Urząd
Zamówień
Publicznych

„Nowe podejście do zamówień publicznych – zamówienia publiczne jako instrument zwiększenia innowacyjności gospodarki i zrównoważonego rozwoju. Doświadczenia polskie i zagraniczne”.

Część I

Honorowy Patronat
Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej
Bronisława Komorowskiego

referaty na
IV KONFERENCJĘ NAUKOWĄ
20-21.06.2011 r. Kazimierz Dolny

Redakcja:
Janusz Niczyporuk
Jacek Sadowy
Mirosław Urbanek

„NOWE PODEJŚCIE DO ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH — ZAMÓWIENIA PUBLICZNE JAKO INSTRUMENT ZWIĘKSZENIA INNOWACYJNOŚCI GOSPODARKI I ZRÓWNOWAŻONEGO ROZWOJU. DOŚWIADCZENIA POLSKIE I ZAGRANICZNE"

CZĘŚĆ I

Honorowy Patronat
Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej
Bronisława Komorowskiego

referaty na
IV KONFERENCJĘ NAUKOWĄ

20–21.06.2011 r. Kazimierz Dolny

Redakcja:
Janusz Niczyporuk
Jacek Sadowy
Mirosław Urbanek

Recenzenci:
Wacława Starzyńska
Henryk Nowicki

WSTĘP

Niniejsza publikacja jest związana z IV Konferencją Naukową, która wpisuje się już tradycyjnie w cykliczne spotkania środowisk zajmujących się problematyką zamówień publicznych z perspektywy teoretycznej i praktycznej, pod tytułem „Zamówienia publiczne jako instrument zwiększenia innowacyjności gospodarki i zrównoważonego rozwoju. Doświadczenia polskie i zagraniczne". Podczas Konferencji zaprezentowane zostaną nowe kierunki zmian w kreowaniu rynku zamówień publicznych na podstawie doświadczeń polskich i międzynarodowych. Zaakcentowana zostanie także rola zamówień publicznych jako stymulatora rozwoju gospodarki oraz instrumentu wspierającego szeroko rozumiane innowacje. Innowacyjne zamówienia publiczne to proces, w którym poprzez odpowiednie wykorzystanie oraz realizację procedur i instrumentów prawnych z zakresu prawa zamówień publicznych, dochodzi do udzielenia zamówień publicznych, gdzie efektem jest opracowanie nowych technologii bądź zakup innowacyjnych produktów. W trakcie Konferencji zwrócona zostanie wreszcie uwagę na rolę zamówienia publicznego w procesach wspierających budowanie zrównoważonej i konkurencyjnej gospodarki, efektywnie korzystającej z zasobów finansowych. Tematyka Konferencji zostanie zaprezentowana w ciągu dwóch dni obrad, które będą obejmowały kolejno cztery sesje. W pierwszym dniu Konferencji zostaną zaprezentowane dwie sesje, które będą obejmowały: „Innowacyjność w zamówieniach publicznych" i „Wybrane zagadnienia procesu udzielania zamówień publicznych". Natomiast podczas drugiego dnia Konferencji sesje ukierunkowane będą na następujące zagadnienia: „Kryteria oceny ofert" i „Poprawność procedury udzielania zamówień publicznych". Omawiane podczas Konferencji tematy pokażą kompleksowy obraz stanu faktycznego systemu zamówień publicznych, barier jego funkcjonowania oraz możliwości ewentualnych zmian na rzecz promowania innowacyjności i nowych rozwiązań. Należy jeszcze podkreślić, że Konferencja wpisuje się w projekt zatytułowany „Nowe podejście do zamówień publicznych — szkolenia i doradztwo", realizowany przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych i Polską Agencję Rozwoju Przedsiębiorczości, który został opracowany na podstawie rządowego dokumentu „Nowe podejście do zamówień publicznych. Zamówienia publiczne a małe i średnie przedsiębiorstwa, innowacje i zrównoważony rozwój". Prezentowana publikacja składa się z dwóch części, ponieważ zaszła konieczność wyodrębniania zebranych opracowań z punktu widzenia charakteru ich związku z tematem przewodnim Konferencji. W związku z tym pierwsza część zawiera opracowania ukierunkowane na zagadnienia ogólne związane z zamówieniami publicznymi, które wpisują się w podany wyżej projekt, podczas gdy druga część bezpośrednio już dotyka zagadnień wskazanego wyżej projektu na gruncie zamówień publicznych. Organizatorzy Konferencji, to znaczy Prezes Urzędu Zamówień Publicznych wraz z Wydziałem Ekonomicznym oraz Wydziałem Prawa i Administracji Uniwersytetu Marii Curie-Skłodowskiej w Lublinie, mają nadzieję, że omawiane podczas Konferencji zagadnienia ekonomiczne i prawne, które zostały odzwierciedlone w niniejszej publikacji, dostarczą nowego spojrzenia i wypracują nowe podejście do problematyki zamówień publicznych.

Janusz Niczyporuk
Jacek Sadowy
Mirosław Urbanek

SPIS TREŚCI

Zamówienia Publiczne w procesie inwestycyjno-budowlanym i sektorze nieruchomości: tendencje i wnioski na przyszłość — *Andrzej Borowicz* 7

Wekslowe zabezpieczenie należytego wykonania zamówienia — *Bogusława Gnela* 25

Problem obowiązku zawarcia umowy w systemie zamówień publicznych — *Zdzisław Gordon* 37

Konsorcjum jako instrument wsparcia małych i średnich przedsiębiorców w systemie zamówień publicznych — *Krzysztof Horubski, Tadeusz Kocowski* 45

Proinnowacyjne oddziaływanie zamówień publicznych w opinii małych i średnich przedsiębiorstw — *Janusz Kornecki, Elżbieta Roszko* 59

Propozycje merytorycznych (pozacenowych) kryteriów oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej w zamówieniach publicznych o prace projektowe — *Aleksander Krupa* 73

Zaliczki w ustawie Prawo zamówień publicznych oraz w projekcie ustawy o zapewnieniu bezpieczeństwa w związku z organizacją Turnieju Finałowego UEFA EURO 2012 — *Izabela Łazuga, Jarosław Wyżgowski* 83

Kontrola zarządcza w zamówieniach publicznych — *Agata Mikołajczak-Waligórska, Michał A. Waligórski* 91

Krajowa Izba Odwoławcza — organ administracji regulacyjnej — *Janusz Niczyporuk* 105

System zamówień publicznych jako regulacja prawna kreująca innowacyjność — *Henryk Nowicki* 111

Polityka spójności Unii Europejskiej a system zamówień publicznych. Reguły udzielania zamówień w realizacji projektów unijnych — *Paweł Nowicki* 119

Wybrane aspekty wykładni Prawa Zamówień Publicznych — *Andrzej Panasiuk* . . . 131

O potrzebie dalszych usprawnień w zakresie zamawiania energii elektrycznej — *Franciszek Łapecki* 139

Kryteria oceny ofert jako jeden z instrumentów realizacji polityki sektora publicznego — *Jerzy Pieróg* 153

Innowacyjność a kryteria techniczne w zamówieniach publicznych — *Aldona Piotrowska* 171

Innowacyjność a system zamówień publicznych w opinii podmiotów zamawiających — *Wacława Starzyńska* 183

Z problematyki zamówień publicznych na usługi badawczo-rozwojowe — *Ryszard Szostak* 193

Ustawowe znamiona oszustwa przetargowego w kodeksie karnych z 1997 r. — *Piotr Wiatrowski* 205

Zamówienia publiczne motorem innowacyjności przedsiębiorstw — szanse i bariery — *Justyna Wiktorowicz* 213

Dyscyplina finansów publicznych jako instrument egzekwowania legalności postępowań o udzielenie zamówienia publicznego. Próba oceny systemu — *Mateusz Winiarz* 225

Proefektywnościowe instrumenty systemów zamówień publicznych — wybrane zagadnienia. Cena — *Katarzyna Wińska-Rużewicz* 243

ZAMÓWIENIA PUBLICZNE W PROCESIE INWESTYCYJNO-BUDOWLANYM I SEKTORZE NIERUCHOMOŚCI: TENDENCJE I WNIOSKI NA PRZYSZŁOŚĆ

dr hab. prof. nadzw. Andrzej Borowicz
— Uniwersytet Łódzki

Biorąc pod uwagę długość okresu funkcjonowania systemu zamówień publicznych w Polsce w okresie powojennym, dziesięć lat uznać należy za właściwy interwał czasowy do analizy wybranych problemów tego systemu oraz formułowania wniosków na przyszłość. Teza ta wydaje się tym bardziej uprawniona, iż w okresie dekady 2000–2010 miały miejsce tak ważne dla polskiego systemu zamówień publicznych fakty, jak akcesja naszego kraju do UE oraz wyraźnie zaznaczające się zmiany w tempie rozwoju gospodarczego kraju.

W sytuacji opisanej powyżej, celem niniejszego opracowania jest udzielenie odpowiedzi na pytanie, jakie tendencje dały się zaobserwować na polskich rynkach zamówień publicznych związanych z procesami inwestycyjno-budowlanymi oraz sektorem nieruchomości, jak również, jakie wnioski na przyszłość można na podstawie tych tendencji i procesów sformułować.

Podstawę wnioskowania w niniejszej publikacji stanowiły ogłoszenia o wszczęcie postępowania oraz ogłoszenia o udzieleniu zamówienia publicznego publikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych (BZP) w latach 2000–2010. Pominięcie w badaniu zamówień o wartości równej lub przekraczającej kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie ustawy art. 11 ust. 8 z 29.01.2004 roku — Prawo zamówień publicznych[1] stanowi pewne zubożenie pola badawczego. W obecnym okresie autor nie dysponował jednak systemowymi możliwościami dotarcia poprzez Internet i przetworzenia za pomocą oprogramowania autorskiego, informacji zawartych w ogłoszeniach publikowanych w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej przez Urząd Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich.

1. RODZAJE ZAMÓWIEŃ W PROCESIE INWESTYCYJNO-BUDOWLANYM I GOSPODARCE NIERUCHOMOŚCIAMI

W obrębie procesów inwestycyjno-budowlanych oraz sektora nieruchomości wyróżnić można następujące podstawowe rodzaje zamówień publicznych[2]:

(a) Zamówienia na dokumentację inwestycyjno-projektową

a_1 — zamówienia na studia uwarunkowań i kierunków zagospodarowania przestrzennego oraz plany miejscowe zagospodarowania przestrzennego,

a_2 — zamówienia na dokumentację projektową.

---

[1] Dz. U. Nr 113 z 2010 roku, poz. 759, ze zm. — dalej Pzp, ustawa.

[2] Z uwagi na konieczność zachowania wymogu ograniczonej objętości tekstu, w publikacji pominięte m.in. zamówienia publiczne związane z finansowaniem inwestycji, a mianowicie zamówienia na kredyt inwestycyjny oraz zamówienia na emisję obligacji komunalnych.

(b) Zamówienia publiczne na zarządzanie i nadzór w procesie inwestycyjnym

b_1 — zamówienia na nadzory inwestorskie,

b_2 — zamówienia na zastępstwo inwestycyjne.

(c) Zamówienia publiczne na roboty budowlane

c_1 — zamówienia na realizację robót budowlanych,

c_2 — łączne zamówienia na zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych.

(d) Zamówienia w sektorze nieruchomości

d_1 — zamówienia na zarządzanie nieruchomościami,

d_2 — zamówienia na usługi rzeczoznawców majątkowych (wycenę nieruchomości).

2. CHARAKTERYSTYKA STRONY POPYTOWEJ BADANYCH RYNKÓW

Stronę popytową analizowanych rynków zamówień publicznych poddano analizie na podstawie ogłoszeń o wszczęciu postępowań jakie opublikowane zostały w BZP w latach 2000–2010. Rozmiary tych rynków, określone na podstawie ogólnej ilości ogłoszeń o wszczęciu postępowania, prezentuje tabela 1.

Rokiem w którym, na wszystkich badanych rynkach, dało się zauważyć skokowe zmniejszanie skłonności zamawiających do żądania wadium, był rok 2007. Co charakterystyczne — stwierdzone w wyniku badań skokowe zmniejszenie skłonności zamawiających do żądania wadium było wyraźne skorelowanie z, również skokowym, zwiększeniem się rozmiarów badanych rynków wyrażonych ilością wszczynanych postępowań. Tak istotna dynamika rozwoju rynków zamówień publicznych w roku 2007 była efektem unijnej „koperty 2007–2013".

W tabeli 2 zestawiono wskaźniki dynamiki badanych rynków w latach 2005–2010 ze wskaźnikami skłonności do żądania wadium. Zestawienie to wyraźnie i jednoznacznie wskazuje na przełomowe w odniesieniu do omawianego problemu znaczenie roku 2007.

Kolejnym istotnym problemem strony popytowej badanych rynków jest popularność jedno- i wielokryterialnych modeli oceny ofert. Popularność tych modeli na badanych rynkach w okresie objętym analizą przedstawia wykres 1.

Tabela 1. Zbiory zamówień publicznych w procesie inwestycyjno-budowlanym i gospodarce nieruchomościami w latach 2000–2010 według ogłoszeń publikowanych w BZP

Rok		Zamówienia na dokumentację projektową i urbanistyczną				Zamówienia na zarządzanie i nadzór w procesie inwestycyjnym				Zamówienia na roboty budowlane				Zamówienia w sektorze nieruchomości			
		Dokumentacja urbanistyczna		Prace projektowe		Nadzory inwestorskie		Zastępstwo inwestycyjne		Roboty budowlane		Projekt i wykonanie		Zarządzanie nieruchomościami		Wycena nieruchomości	
		liczba postępowań	skłonność do wadium*	liczba postępowań	skłonność do wadium	liczba postępowań	skłonność do wadium	liczba postępowań	skłonność do wadium	liczba postępowań	skłonność do wadium	liczba postępowań	skłonność do wadium	liczba postępowań	skłonność do wadium	liczba postępowań	skłonność do wadium
2000	A	160	94,37	805	89,06	59	96,61	52	96,15	17318	99,12	281	4,27	60	90,00	23	100,00
	B	151		717		57		50		17166		12		54		23	
2001	A	190	92,63	775	91,74	44	95,45	55	96,36	17781	98,34	569	44,81	66	81,81	20	85,00
	B	176		711		42		53		17487		255		54		17	
2002	A	138	97,10	614	89,57	54	98,14	29	100,00	18355	95,83	510	46,66	87	93,10	23	26,08
	B	134		550		53		29		17591		238		81		6	
2003	A	193	99,48	845	85,56	50	98,00	13	100,00	15712	98,81	418	59,09	76	97,36	35	94,28
	B	192		723		49		13		15526		247		74		33	
2004	A	52	88,46	643	90,66	58	98,27	9	77,77	11744	97,63	236	82,62	61	93,44	49	83,67
	B	46		583		57		7		11466		195		57		41	
2005	A	46	91,30	626	91,69	62	98,38	18	94,44	11821	97,66	379	96,83	45	91,11	113	63,71
	B	42		574		61		17		11545		367		41		72	
2006	A	48	77,08	654	78,28	39	84,21	22	90,90	17143	85,87	412	83,00	30	76,66	131	33,58
	B	37		512		32		20		14721		342		23		44	
2007	A	326	20,24	4003	26,03	188	14,89	43	41,86	35728	45,00	845	46,98	39	46,15	440	3,40
	B	66		1042		28		18		16081		397		18		15	
2008	A	563	17,58	5461	24,40	495	15,75	71	32,39	53318	37,13	1125	38,75	44	31,81	816	4,16
	B	99		1333		78		23		19799		436		14		34	
2009	A	552	21,37	655	24,12	1283	14,81	104	53,84	52690	39,3	804	44,90	41	19,51	992	3,52
	B	118		158		190		56		20706		361		8		35	

2010	A	402	22,63	253	20,16	1568	15,24	98	35,71	51685	36,16	943	45,81	48	18,75	1070	3,27
	B	91		51		239		35		18690		432		9		35	
Razem	A	2670	43,14	15334	45,35	3899	22,72	514	62,45	303415	59,57	6522	50,32	597	72,52	3711	9,57
	B	1152		6954		886		321		180740		3282		433		355	

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

A — wszystkie zamówienia należące do danego zbioru; B — zamówienia należące do danego zbioru w których żądano wadium.

Źródło: obliczenia własne na podstawie BZP.

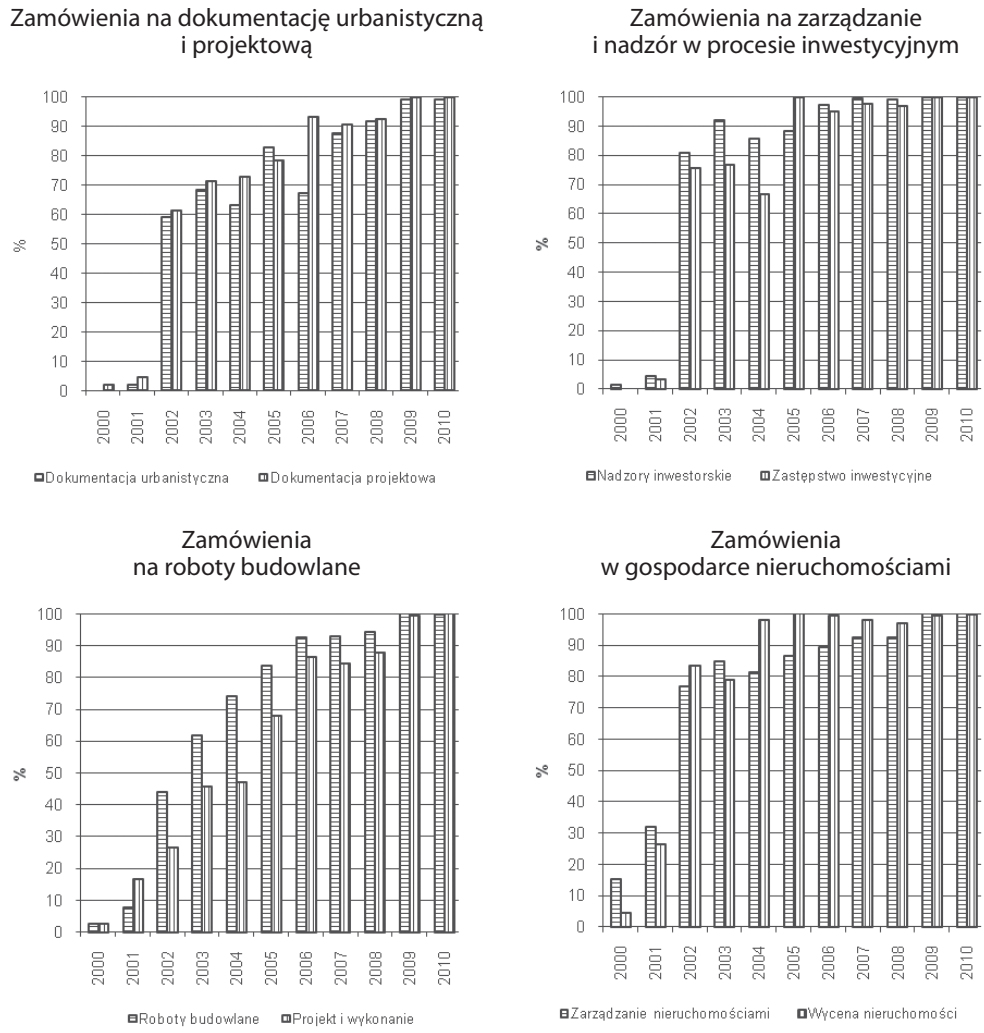
Tabela 2. Skłonność do żądania wadium na tle dynamiki badanych rynków zamówień publicznych w latach 2005–2010

Rok	Zamówienia na dokumentację urbanistyczną i projektową				Zamówienia na zarządzanie i nadzór w procesie inwestycyjnym				Zamówienia na roboty budowlane				Zamówienia w sektorze nieruchomości			
	Dokumentacja urbanistyczna		Dokumentacja projektowa		Nadzory inwestorskie		Zastępstwo inwestycyjne		Roboty budowlane		Projekt i wykonanie		Zarządzanie nieruchomościami		Wycena nieruchomości	
	dynamika rynku*	skłonność do wadium	dynamika rynku*	skłonność do wadium	dynamika rynku*	skłonność do wadium	dynamika rynku*	skłonność do wadium	dynamika rynku*	skłonność do wadium	dynamika rynku*	skłonność do wadium	dynamika rynku*	skłonność do wadium	dynamika rynku*	skłonność do wadium
2005	88,46	91,30	97,36	91,69	106,90	98,38	200,00	94,44	100,66	97,66	160,59	96,83	73,77	91,11	230,61	63,71
2006	104,34	77,08	104,47	78,28	62,90	84,21	122,22	90,90	145,02	85,87	108,71	83,00	66,66	76,66	115,93	33,58
2007	**679,17**	**20,24**	**612,08**	**26,03**	**482,05**	**14,89**	**195,45**	**41,86**	**208,41**	**45,00**	**205,10**	**46,98**	**130,00**	**46,15**	**335,88**	**3,40**
2008	172,70	17,58	136,42	24,40	263,30	15,75	165,12	32,39	149,23	37,13	133,74	38,75	112,82	31,81	185,45	4,16
2009	98,04	21,37	11,99	24,12	259,19	14,81	146,48	53,84	98,82	39,30	71,47	44,90	93,18	19,51	121,57	3,52
2010	72,83	22,63	38,63	20,16	122,21	15,24	94,23	35,71	98,09	36,16	117,29	45,81	117,07	18,75	107,86	3,27

* Rok do roku — indeks łańcuchowy $\left[\frac{t_{n+1}}{t_n}\right]$.

Źródło: jak w tabeli 1.

Wykres 1. Popularność modelu *price only* w badanych zamówieniach publicznych w latach 2000–2010



Źródło: jak w tabeli 1.

Udział postępowań, w których został zastosowany jednokryteriowy model oceny ofert w stosunku do ogółu postępowań, jak wynika z wykresu, szczególnie od roku 2002 gwałtownie wzrastał na wszystkich badanych rynkach. W odniesieniu do niektórych rynków fakt ten musi budzić zdziwienie, natomiast w przypadku zamówień publicznych na prace projektowe powinien on stać się przedmiotem poważnej analizy krytycznej. Powszechność dokonywania wyborów wykonawców prac projektowych oraz utworów urbanistycznych według formuły „najtańszy wygrywa", z pominięciem jakichkolwiek innych kryteriów oceny ofert dopuszczonych przez prawo — w tym zwłaszcza kryteriów odnoszących się do proponowanego sposobu wykonania zamówienia, trudno uznać za pozytywny przejaw funkcjonowania systemu zamówień publicznych na tych rynkach. Co więcej, stosowanie, przynajmniej w odniesieniu do prac projektowych wykonywanych przez architektów oraz do projektów urbanistycznych, jednokryteriowego modelu oceny ofert pozostaje w sprzeczności z art. 2 pkt 5 Pzp oraz z doktryną Prawa zamówień publicznych wyrażoną opiniami komentatorów oraz wyrokami

sądów powszechnych i Zespołu Arbitrów. Przywołany przepis ustawy stanowi przecież wyraźnie, iż w przypadku zamówień publicznych w zakresie działalności twórczej i naukowej, których przedmiotu nie można z góry opisać w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, jako najkorzystniejszą należy uznać tą ofertę, która **przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia.**

Według literatury przedmiotu, przykładem takich zamówień mogą być zamówienia na prace projektowe wykonywane przez architektów oraz zamówienia na utwory urbanistyczne. „Projekty architektoniczne zaliczane są bowiem do utworów w rozumieniu przepisów Prawa autorskiego[3]. Zgodnie z art. 1 ust. 1 tej ustawy utworem jest każdy przejaw działalności twórczej o indywidualnym charakterze, ustalony w jakiejkolwiek postaci, niezależnie od wartości, przeznaczenia i sposobu wyrażenia" [4]. W art. 2 pkt 6 Prawa autorskiego wymienia się wprost utwory architektoniczne oraz urbanistyczne. Tym samym ustawodawca zaliczył projekty architektoniczne (i urbanistyczne — AB) do przejawów działalności twórczej. Potwierdzenie opisanego powyżej charakteru tych prac znaleźć można również w art. 2 ust. 1 ustawy z dnia 15.12.2000 roku o samorządach zawodowych architektów, inżynierów budownictwa oraz urbanistów"[5].

W sytuacji zdecydowanego zdominowania większości badanych rynków przez jednokryteriowy model oceny ofert istotnego znaczenia nabiera dokładniejsze rozpoznanie popularności poszczególnych niecenowych kryteriów oceny ofert jakie stosowane były przez zamawiających w latach 200–2010. Informacje statystyczne pozwalające na dokonanie analizy tego problemu w odniesieniu do niektórych badanych rynków prezentujemy w tabeli 3.

Dane zamieszczone w tabeli 3 potwierdzają, na przykładzie czterech badanych rynków, tezę o niewielkim znaczeniu niecenowych kryteriów oceny ofert w praktyce polskiego systemu zamówień publicznych. Świadczą o tym niskie poziomy zarówno dekadowych (obliczonych dla okresu 2000–2010) wskaźników popularności tych kryteriów jak i dekadowych średnich współczynników wagowych jakie były tym kryteriom przypisywane przez zamawiających. W odniesieniu do trzech najczęściej występujących niecenowych kryteriów oceny ofert wspomniane parametry ukształtowały się w sposób przedstawiony w tabeli 4.

---

[3] J.t. Dz. U. Nr 90 z 2006 rok, poz. 631, ze zm.

[4] T. Czajkowski (red.), *Prawo zamówień publicznych*, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2007, s. 28.

[5] Dz. U. Nr 5 z 2001 roku, poz. 42, ze zm.

Tabela 3. Popularność wybranych niecenowych kryteriów oceny ofert na badanych rynkach zamówień publicznych w latach 2000–2010

Doświadczenie i przygotowanie fachowe oraz wiarygodność wykonawcy												
Rok	Zamówienia na dokumentację projektową			Zamówienia na nadzory inwestorskie			Zamówienia na roboty budowlane			Zamówienia na utwory urbanistyczne		
	wskaźnik popularności kryterium*	współczynniki wagowe:		wskaźnik popularności kryterium*	współczynniki wagowe:		wskaźnik popularności kryterium*	współczynniki wagowe:		wskaźnik popularności kryterium*	współczynniki wagowe:	
		rozpiętość przedziałów	wartości średnie		rozpiętość przedziałów	wartości średnie		rozpiętość przedziałów	wartości średnie		rozpiętość przedziałów	wartości średnie
1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11	12	13
2000	**136,45**	2–65	21,69	**171,19**	5–60	24,70	**141,70**	2–80	17,11	**116,23**	5–70	27,03
2001	**121,59**	3–60	22,23	**158,14**	5–40	22,35	**117,90**	1–80	17,06	**98,88**	5–60	25,45
2002	**3,40**	10–65	26,50	**3,77**	30–30	30,00	**3,5**	3–100	17,82	**3,65**	20–30	22,00
2003	**1,57**	10–40	20,15	**–**	–	–	**0,98**	5–50	19,86	**–**	–	–
2004	**1,88**	5–45	25,83	**–**	–	–	**1,00**	2–60	17,41	**1,92**	50–50	50,00
2005	**1,93**	5–50	25,66	**–**	–	–	**0,50**	2–50	17,03	**2,13**	50–50	50,00
2006	**–**	–	–	**–**	–	–	**0,18**	5–40	16,27	**2,50**	50–50	50,00
2007	**0,13**	10–50	28,00	**–**	–	–	**0,08**	5–40	17,03	**–**	–	–
2008	**0,13**	10–50	27,14	**–**	–	–	**0,09**	5–50	18,57	**–**	–	–
2009	**–**	–	–	**–**	–	–	**–**	–	–	**–**	–	–
2010	**–**	–	–	**–**	–	–	**–**	–	–	**–**	–	–
Ogółem	**13,74**	2–65	22,05	**4,46**	5–60	23,83	**15,70**	1–100	17,11	**14,19**	5–70	26,39

B. Termin realizacji zamówienia												
2000	**33,38**	3–50	13,88	**–**	–	–	**27,06**	1–50	1306	**48,05**	5–40	17,40
2001	**27,28**	5–40	14,85	**–**	–	–	**21,32**	2–40	12,86	**48,31**	5–50	18,89
2002	**21,77**	5–50	18,13	**–**	–	–	**21,74**	1–70	13,73	**26,28**	5–30	18,88
2003	**14,48**	5–35	14,52	**2,00**	20–20	20	**12,24**	1–50	12,76	**20,21**	2–40	18,51
2004	**8,32**	5–40	13,39	**1,79**	10–10	10	**8,01**	2–40	13,37	**23,08**	10–25	15,83
2005	**9,97**	5–40	16,01	**–**	–	–	**4,96**	1–40	13,84	**10,64**	5–30	25,00
2006	**3,25**	2–20	10,05	**–**	–	–	**2,27**	1–90	13,59	**12,50**	10–30	18,00
2007	**4,33**	1–50	16,12	**–**	–	–	**1,67**	1–50	14,16	**5,31**	10–40	20,00
2008	**3,78**	1–50	14,18	**–**	–	–	**1,36**	1–60	14,86	**3,44**	5–40	16,31
2009	**–**	–	–	**–**	–	–	**0,01**	5–30	13,57	**0,60**	30–40	33,33
2010	**–**	–	–	**–**	–	–	**0,02**	5–30	12,72	**0,26**	20–20	20,00
Ogółem	**8,17**	1–50	14,94	**0,05**	10–20	15	**5,91**	1–90	13,30	**11,61**	2–50	18,48

C. Warunki gwarancji												
1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11	12	13
2000	**2,30**	5–40	15,00	**–**	–	–	**29,11**	1–60	10,90	**0,65**	10–10	10,00
2001	**3,31**	5–30	12,00	**–**	–	–	**28,28**	2–40	10,81	**1,12**	5–10	7,50
2002	**2,72**	5–30	14,37	**5,66**	5–20	11,66	**35,79**	1–50	10,52	**–**	–	–
2003	**5,07**	5–20	9,59	**–**	–	–	**24,72**	1–40	10,96	**–**	–	–
2004	**2,67**	5–15	8,64	**–**	–	–	**16,59**	1–30	10,78	**–**	–	–
2005	**2,57**	5–15	7,81	**–**	–	–	**10,39**	2–35	10,52	**2,13**	20–20	20,00
2006	**0,17**	20–20	20,00	**–**	–	–	**4,68**	1–30	10,61	**–**	–	–
2007	**0,20**	1–20	11,50	**–**	–	–	**4,64**	1–40	10,23	**–**	–	–
2008	**0,15**	5–20	15,00	**–**	–	–	**3,74**	1–40	9,91	**0,54**	5–5	5,00
2009	**–**	–	–	**–**	–	–	**0,07**	5–20	10,97	**–**	–	–
2010	**–**	–	–	**–**	–	–	**0,13**	3–25	11,37	**–**	–	–
Ogółem	**1,01**	1–40	11,30	**0,08**	5–20	11,66	**9,45**	1–60	11,12	**0,27**	5–20	8,57

D. Warunki płatności												
2000	**5,37**	5–40	12,02	**3,39**	5–5	5,00	**13,47**	2–50	13,14	**8,44**	10–20	12,30
2001	**6,75**	5–40	13,13	**–**	–	–	**12,79**	2–65	13,56	**12,36**	5–35	14,54
2002	**8,67**	5–30	13,13	**3,77**	10–20	15,00	**17,99**	1–60	13,39	**12,41**	7–35	14,82
2003	**3,62**	5–25	12,33	**2,00**	15–15	15,00	**9,14**	1–40	12,07	**5,18**	5–20	12,00
2004	**1,26**	10–30	15,62	**–**	–	–	**2,12**	2–35	12,56	**1,92**	10–10	10,00
2005	**0,16**	10–10	10,00	**–**	–	–	**0,86**	2–30	11,45	**–**	–	–
2006	**–**	–	–	**–**	–	–	**0,22**	5–30	13,19	**–**	–	–
2007	**0,05**	10–15	12,50	**–**	–	–	**0,06**	3–30	11,72	**–**	–	–
2008	**0,15**	5–5	5,00	**–**	–	–	**0,04**	5–25	12,75	**–**	–	–
2009	**–**	–	–	**–**	–	–	**–**	–	–	**–**	–	–
2010	**–**	–	–	**–**	–	–	**0,00**	10–20	10,00	**–**	–	–
Ogółem	**1,29**	5–40	12,51	**0,13**	5–20	11,00	**3,27**	1–65	13,12	**2,46**	5–35	13,68

Źródło: jak w tabeli 1.

Tabela 4. Dekadowe (2000–2010) parametry istotności podstawowych niecenowych kryteriów oceny ofert*

Nazwa kryterium	Przedziały średniego dekadowego wskaźnika popularności kryterium	Przedziały średnich dekadowych współczynników wagowych przyznawanych kryteriom
Termin realizacji zamówienia	0,05–11,61	13,30–18,48
Warunki gwarancji	0,08–9,45	8,57–11,66
Warunki płatności	0,13–3,27	11,00–13,68

* Obliczeń dokonano na podstawie rynków zamówień publicznych na: dokumentację projektową, nadzory inwestorskie, roboty budowlane oraz utwory urbanistyczne.

Źródło: opracowanie własne na podstawie tabeli 3.

Ostatnim analizowanym problemem charakteryzującym stronę popytową badanych rynków zamówień publicznych była skłonność zamawiających do dopuszczania możliwości składania ofert częściowych. Problem ten jest istotny o tyle, że możliwość składania ofert częściowych jest jednym z instrumentów systemu zamówień publicznych ułatwiających ubieganie się o zamówienia wykonawcom należącym do sektora małych i średnich przedsiębiorstw (MSP).

Jak wynika z danych zawartych w tabeli 5, w sektorze gospodarki nieruchomościami (zarządzanie i wycena nieruchomości), skłonność zamawiających do dopuszczania ofert częściowych była w przybliżeniu dwukrotnie wyższa niż w zamówieniach związanych z procesem inwestycyjno-budowlanym, gdzie udział postępowań z możliwością składania ofert częściowych na żadnym z badanych rynków nie przekroczył poziomu 10%.

Tabela 5. Udział postępowań dopuszczających oferty częściowe w latach 2000–2010*

Rok	Zamówienia na dokumentację urbanistyczna i projektową		Zamówienia na nadzór i zarządzanie w procesie inwestycyjnym		Zamówienia na roboty budowlane		Zamówienia w sektorze nieruchomości	
	utwory urbanistyczne	dokumentacja projektowa	nadzory inwestorskie	zastępstwo inwestycyjne	roboty budowlane	projekt i wykonanie	zarządzanie nieruchomościami	wycena nieruchomości
2000	0,00	1,49	0,00	0,00	0,99	1,07	4,92	13,04
2001	0,53	1,42	4,55	0,00	1,18	1,05	1,52	20,00
2002	0,00	0,00	0,00	0,00	0,74	0,00	0,00	69,57
2003	0,00	0,00	0,00	0,00	1,70	1,19	0,00	0,00
2004	0,00	4,33	1,72	0,00	5,01	0,00	6,56	8,16
2005	0,00	3,17	0,00	0,00	8,80	2,57	6,67	9,73
2006	0,00	3,82	0,00	0,00	6,98	5,26	6,67	9,92
2007	9,20	5,77	1,60	0,00	0,00	5,29	7,69	6,36
2008	10,30	4,79	1,82	0,00	0,00	5,91	9,09	13,74
2009	12,14	9,73	11,92	0,96	5,41	4,80	12,20	36,59
2010	9,45	8,91	9,48	3,06	6,21	5,33	16,67	37,94

* 100,00 = całkowita ilość postępowań ogłaszanych w BZP na określony rodzaj zamówienia w danym roku.

Źródło: jak w tabeli 1.

3. CHARAKTERYSTYKA STRONY PODAŻOWEJ BADANYCH RYNKÓW

W przypadku strony podażowej badanych rynków informacje źródłowe jakie można było uzyskać na podstawie ogłoszeń o udzieleniu zamówienia publikowanych w BZP pozwoliły na przeprowadzenie analiz takich problemów jak:

- ogólna intensywność konkurencji na badanych rynkach zamówień publicznych wyrażona średnią ilością ofert złożonych w jednym postępowaniu oraz
- intensywność konkurencji cenowej wyrażona wskaźnikiem zróżnicowania cen (*Wz*) obliczonym według wzoru $W_z = \frac{\sum_{i=1}^{n} \frac{C_{max}}{C_{min}}}{n}$, gdzie: C_{max}, C_{min} = najwyższa i najniższa cena w danym postępowaniu, n = liczba badanych postępowań.

Dane liczbowe pozwalające na przeprowadzenie analiz o których mowa prezentuje kolejna tabela.

Tabela 6. Intensywność konkurencji na badanych rynkach zamówień publicznych w latach 2000–2010

A. Średnia ilość ofert na 1 postępowanie

Rok	Zamówienia na dokumentację urbanistyczna i projektową		Zamówienia na nadzór i zarządzanie w procesie inwestycyjnym		Zamówienia na roboty budowlane		Zamówienia w sektorze nieruchomości	
	utwory urbanistyczne	dokumentacja projektowa	nadzory inwestorskie	zastępstwo inwestycyjne	roboty budowlane	projekt i wykonanie	zarządzanie nieruchomościami	wycena nieruchomości
1	2	3	4	5	6	7	8	9
2000	3,63	4,90	4,03	5,25	5,05	3,93	1,75	5,59
2001	4,48	5,49	3,41	5,31	5,35	4,03	3,33	7,13
2002	5,18	5,14	3,34	4,53	4,75	3,69	2,48	4,74
2003	4,46	4,53	2,92	3,53	4,70	4,08	3,45	6,41
2004	3,35	3,22	2,46	2,17	3,99	3,10	2,27	2,53
2005	1,66	2,99	2,84	2,94	3,48	2,47	1,65	1,33
2006	2,22	2,70	2,69	2,08	2,99	2,51	1,62	2,00
2007	2,74	2,23	2,31	2,69	2,55	2,00	1,82	2,71
2008	2,84	2,40	2,67	2,20	3,05	2,24	1,83	2,82
2009	3,58	4,04	3,03	2,66	4,16	3,33	1,98	3,09
2010	4,61	6,01	2,81	2,45	3,81	3,20	1,55	3,07
Ogółem	3,60	3,26	2,87	3,31	3,83	2,97	2,69	2,91

B. Wskaźniki zróżnicowania cen ofertowych

1	2	3	4	5	6	7	8	9
2000	2,00	2,46	1,98	2,89	1,43	1,70	1,36	2,16
2001	2,44	2,59	2,34	3,10	1,42	1,63	2,49	5,80
2002	2,64	2,61	1,72	3,83	1,43	1,66	1,27	3,15
2003	2,23	2,38	1,80	2,31	1,39	1,72	2,22	2,69
2004	1,98	1,93	1,76	3,25	1,33	1,36	1,95	1,78
2005	2,32	1,78	3,27	2,25	1,28	1,57	1,27	1,66
2006	1,56	1,79	1,71	1,20	1,27	1,27	1,11	1,62
2007	1,68	1,66	1,65	1,83	1,28	1,26	1,48	1,73
2008	1,66	1,67	1,88	1,35	1,35	1,54	1,22	2,10
2009	2,05	2,24	2,19	1,91	1,42	1,64	1,54	2,17
2010	2,44	3,03	2,25	1,97	1,41	1,61	1,10	2,07
Ogółem	2,07	1,96	2,14	2,25	1,38	1,54	1,41	2,03

Źródło: jak w tabeli 1.

Dane liczbowe zebrane w tabeli 6A pozwalają na stwierdzenie określonych prawidłowości. Na większości badanych rynków, w tym na szczególnie istotnych rynkach zamówień publicznych na prace projektowe i roboty budowlane, w pierwszej połowie badanej dekady, a na dwóch wyżej wymienionych rynkach aż do roku 2008, średnia ilość ofert na 1 postępowanie systematycznie spadała, podczas gdy w latach 2008–2010 nastąpiło wyraźne odwrócenie tego trendu, świadczące o nasileniu się konkurencji. Stwierdzone tendencje są prawdopodobnym skutkiem dwóch niezależnych od siebie przyczyn. Pierwszą z nich był kryzys gospodarczy który w drugiej połowie badanej dekady spowodował zmniejszenie się ilości zamówień emitowanych przez sektor prywatny i, w konsekwencji, zwiększył zainteresowanie przedsiębiorców zamówieniami publicznymi. Drugą prawdopodobną przyczyną omawianej tendencji było istotne i skokowe zwiększenie się rozmiarów polskich rynków zamówień publicznych w związku z unijną kopertą finansową 2007–2013. Tak wyraźna i zdecydowana dynamika rynków zamówień publicznych jaka dała się zaobserwować od roku 2007 musiała zwiększyć zainteresowanie tymi rynkami ze strony sfer biznesowych.

Wskaźniki zróżnicowania cen ofertowych zebrane w tabeli 6B nie wykazują już tak wyraźnych i powszechnie występujących tendencji. Tym niemniej również w odniesieniu do nich pewne trendy dają się zaobserwować. Wyrażają się one mianowicie spadkiem poziomu tych wskaźników w pierwszej połowie badanej dekady (do roku 2006) na takich rynkach usług niematerialnych jak: wycena nieruchomości, prace projektowe oraz utwory urbanistyczne. Zjawisko to ocenić należy pozytywnie zważywszy na fakt, iż dyspersja cen jaką można było zaobserwować na tych rynkach w latach 2000–2005 była nienaturalnie wysoka. Tak duże zróżnicowanie cen musiało być natomiast konsekwencją nieprawidłowości, a nawet patologii, w zachowaniach i strategiach cenotwórczych jakie zamawiający stosowali na wymienionych rynkach. Organizacje zawodowe próbowały przeciwdziałać tym nieprawidłowościom oraz negatywnym zachowaniom cenotwórczym[6].

[6] Przykładem tych działań może być opracowanie i upowszechnienie przez Izbę Projektowania Budowlanego „Środowiskowych zasad wyceny prac projektowych" oraz działania Polskiej Federacji Stowarzyszeń Rzeczoznawców Majątkowych.

Być może, iż wspomniana „praca u podstaw" tych organizacji przyniosła po pewnym czasie pozytywne efekty wyrażające się stwierdzonym w wyniku badań „ucywilizowaniem się" zróżnicowania cen na rynkach na których te organizacje działają.

Na tle rynków usług niematerialnych, bardzo pozytywnie przedstawia się dyspersja cen na rynku zamówień publicznych na roboty budowlane. Była ona mianowicie w całym badanym okresie stosunkowo niska i ustabilizowana o czym świadczy fakt, iż wskaźnik dyspersji cen na tym rynku w latach 2000–2010 nie wykroczył poza wąski przedział 1,27–1,43. Osobom które nie podzielą tego optymistycznego wniosku zwracając uwagę na spektakularne patologie cenotwórcze ujawnione w ostatnich miesiącach na rynku zamówień publicznych na roboty budowlane należy zwrócić uwagę na tonizujące oddziaływanie w odniesieniu do stwierdzonych tendencji prawa wielkich liczb. W ostatnich latach ilość ogłoszeń wszczynających postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane publikowanych w BZP przekroczyła przecież poziom 50 tysięcy!

4. WNIOSKI Z ZAOBSERWOWANYCH TENDENCJI I PROCESÓW

Na podstawie badań i analiz przedstawionych w niniejszym opracowaniu można sformułować następujące wnioski adresowane ku przyszłości.

Wniosek 1 — dotyczy stwierdzonej malejącej skłonności zamawiających do korzystania z prawa do żądania wadium. Tendencję tę trudno jest ocenić w sposób jednoznaczny. Z jednej bowiem strony jej konsekwencją jest pewne ograniczenie problemów wykonawców ubiegających się o zamówienia publiczne w zarządzaniu płynnością finansową. Konsekwencja ta ma, rzecz jasna, ograniczone znaczenie zważywszy na fakt, iż wadia są stosunkowo niskie, natomiast okres ich przetrzymywania przez zamawiających — stosunkowo krótki. Pamiętając jednak o zasadzie racjonalnego prawodawcy nie można tego aspektu problemu całkowicie pominąć. Odnoszące się do wadium liberalizacyjne zmiany wprowadzone do ustawy Pzp przede wszystkim tak zwaną „małą nowelizacją" ustawy z 2009 roku były przecież uzasadniane zamiarem ułatwienia wykonawcom zarządzania płynnością finansową w okresie kryzysu gospodarczego.

Z drugiej jednak strony rezygnacja w ostatnich latach zdecydowanej większości zamawiających na badanych rynkach z żądania wadium może być interpretowana jako kolejna emanacja tendencji o charakterze negatywnym. **Jest to mianowicie tendencja do nie wykorzystywania wszystkich możliwości jakie daje system zamówień publicznych**. Uzasadnieniem dla tej tendencji może być natomiast zwykły brak wiedzy lub asekuranctwo i chęć działania „po linii najmniejszego oporu".

Wniosek 2 — odnosi się do problemu potwierdzonego w sposób kwantytatywny wynikami badań prezentowanymi w niniejszej publikacji. Problem ten ostatnio stał się „tematem dnia" w dyskursie nad kondycją polskiego systemu zamówień publicznych. Problemem o którym mowa jest spetryfikowana dominacja, a na niektórych rynkach wręcz zmonopolizowanie wszczynanych postępowań przez jednokryteriowy model oceny ofert.

Zdaniem autora niniejszej publikacji, dominacja/monopol modelu *price only* jest kolejną emanacją niekorzystnego zjawiska polegającego na nieumiejętności bądź niechęci zamawiających do pełnego wykorzystania możliwości systemu zamówień publicznych. Aczkolwiek na niektórych rynkach, na przykład na rynku budowlanym czy też rynku usług zastępstwa

inwestycyjnego „wprowadzenie do gry" kryteriów oceny ofert innych niż cena wymaga od zamawiających pewnego wysiłku intelektualnego i wiedzy, to jednak nie jest niemożliwe[7]. Negatywne konsekwencje spetryfikowanej dominacji jednokryteriowego modelu oceny ofert w polskim systemie zamówień publicznych zostały, jak się wydaje, dobrze rozpoznane i opisane. W tej sytuacji bardziej istotne staje się pytanie, co należy zrobić, ażeby zmienić istniejący stan rzeczy? Można tu wskazać na trzy możliwości:

a) narzucenie normą prawną, w odniesieniu do poszczególnych rodzajów zamówień, obowiązku stosowania wielokryteriowego modelu oceny ofert. Możliwość ta jest obarczona wysokim ryzykiem. Jego źródłem są trudności związane z opracowaniem wielokryteriowych modeli oceny ofert o charakterze uniwersalistycznym które — jako takie — miałyby być stosowane do wyodrębnionych przez prawodawcę (według jakiego klucza?) rodzajów zamówień, niezależnie od celów oraz możliwości zamawiających związanych z danym konkretnym postępowaniem. Istotnym warunkiem sukcesu normatywnej metody rozwiązania omawianego problemu wydaje się być uzupełnienie zmian przepisów o zamówieniach publicznych przynajmniej nowelizacją art. 17 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych[8];

b) opracowanie i efektywne upowszechnienie publikacji o charakterze poradnikowym, które propagowałyby „dobre praktyki" w zakresie stosowania wielokryteriowych modeli oceny ofert na poszczególnych rynkach zamówień publicznych[9];

c) położenie większego niż dotąd nacisku na problematykę konstruowania wielokryteriowych modeli oceny ofert przez autorów programów kursów, szkoleń oraz studiów podyplomowych z zakresu zamówień publicznych. Ten ostatni postulat autor publikacji kieruje również pod swoim adresem.

Wniosek 3 — na podstawie danych zebranych w tabeli 3 można sformułować kolejne dość istotne spostrzeżenie uogólniające. Mówi ono o tym, iż w latach 2000–2010 wśród niecenowych kryteriów oceny ofert szczególną popularnością na rynkach zamówień publicznych objętych badaniem cieszyły się dwa kryteria, a mianowicie termin realizacji zamówienia praz warunki gwarancji i serwisu. Dekadowe wskaźniki popularności tych najczęściej stosowanych kryteriów okazały się jednak stosunkowo niskie, co ilustruje poniższe zestawienie:

(a) dekadowy wskaźnik popularności pow. 10,00	— termin realizacji zamówienia (utwory urbanistyczne — 11,61);
(b) dekadowy wskaźnik popularności od 5,00 do 9,99	— warunki gwarancji (roboty budowlane — 9,45); termin realizacji (prace projektowe — 8,17 oraz roboty budowlane — 5,91);

[7] Należy tu zwrócić uwagę na interesującą różnicę zdań na temat możliwości stosowania wielokryteriowych modeli oceny ofert w zamówieniach na usługę zastępstwa inwestycyjnego, pomiędzy R. Szostakiem oraz Z. Leszczyńskim, wyrażoną w marcowym numerze miesięcznika Zamówienia Publiczne Doradca. Tak więc o ile Z. Leszczyński stwierdza, iż „Spośród /…/ kryteriów w odniesieniu do postępowań na pełnienie funkcji inwestora zastępczego możliwym do zastosowania jest **wyłącznie** (AB) cena", to według R. Szostaka w zamówieniach tych „pośród kryteriów oceny ofert, obok kryterium wysokości ceny rozważyć można kryterium jakościowe, które nastręcza jednak wiele trudności…" Autor niniejszej publikacji solidaryzuje się z poglądem R. Szostaka. Por. Z. Leszczyński, *Zamówienia usług zastępstwa inwestycyjnego*; R. Szostak, *Zastępstwo inwestycyjne. Część pierwsza*, Zamówienia Publiczne Doradca, nr 3 z 2011.

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

[9] Przykładem takich publikacji mogą być adresowane do zamówień publicznych na prace projektowe opracowania A. Krupy i K. Staśkiewicza rozpowszechniane przez Izbę Projektowania Budowlanego.

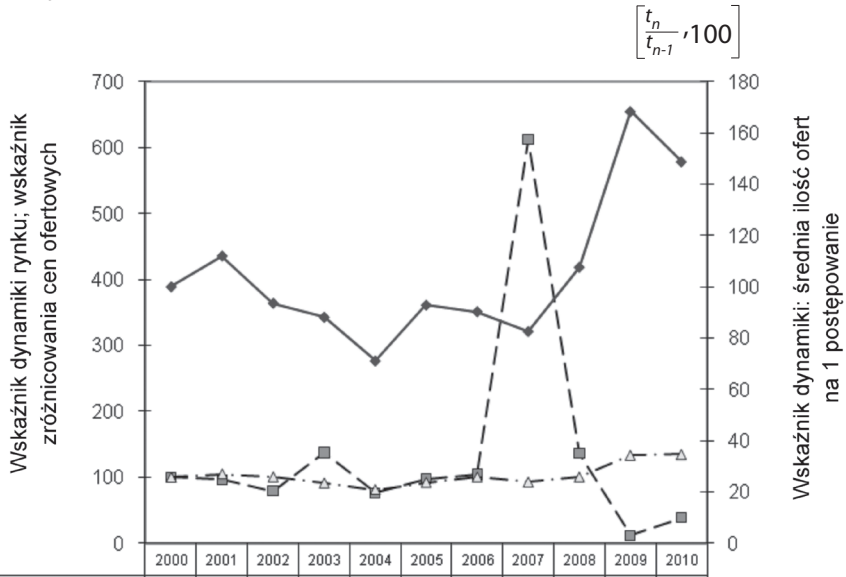
(c) dekadowy wskaźnik popularności poniżej 4,99

— wszystkie pozostałe niecenowe kryteria oceny ofert wyróżnione w badaniu.

Wniosek 4 — niski udział postępowań dopuszczających oferty częściowe (na rynkach zamówień związanych z procesem inwestycyjno-budowlanym poniżej 10%) świadczy o bardzo ograniczonym oddziaływaniu tego instrumentu o charakterze mechanizmu „pro MSP".

Wniosek 5 — generalną podstawę wnioskowania odnoszącego się do strony podażowej badanych rynków stanowią wykresy od 1 do 4. Wizualizują one, za pomocą wskaźników dynamiki o charakterze łańcuchowym (rok do roku), zależności pomiędzy tempem rozwoju rynku oraz intensywnością konkurencji ogólnej i cenowej na czterech największych rynkach objętych badaniem.

Wykres 1. Intensywność konkurencji na tle zmian wielkości rynku zamówień publicznych na dokumentację projektową w latach 2000–2010

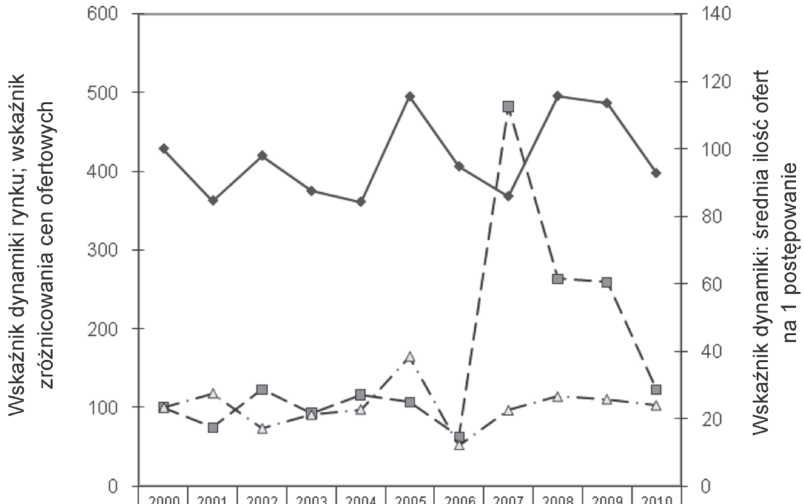


	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010
wskaźnik dynamiki rynku	100	96,27	79,22	137,62	76,09	97,36	104,47	612,08	136,42	11,99	38,62
wskaźniki zróżnicowania cen ofertowych	100	105,28	100,77	91,19	81,09	92,23	100,56	92,74	100,6	134,13	135,27
Średnia ilość ofert na 1 postępowanie	100	112,04	93,62	88,13	71,08	92,86	90,3	82,59	107,62	168,33	148,76

Źródło: obliczenia własne na podstawie tab. 1 i 6.

Wykres 2. Intensywność konkurencji na tle zmian wielkości rynku zamówień publicznych na nadzory inwestorskie w latach 2000–2010

$\left[\frac{t_n}{t_{n-1}}, 100\right]$

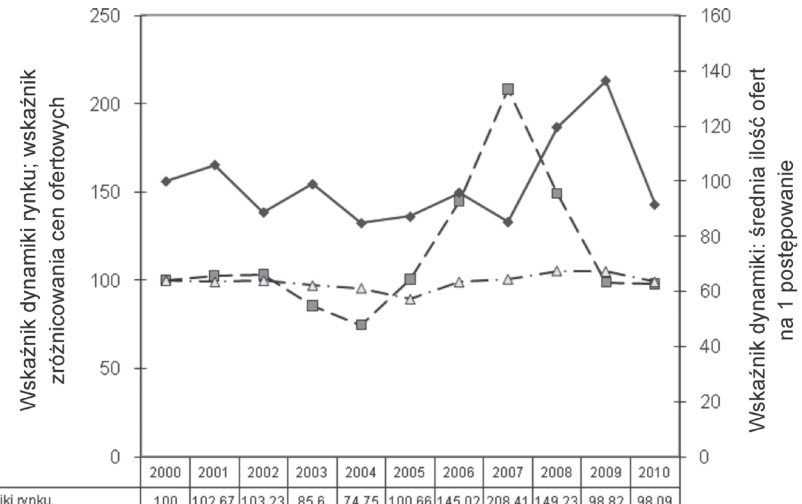


	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010
wskaźnik dynamiki rynku	100	74,58	122,73	92,59	116	106,9	62,9	482,05	263,3	259,19	122,21
wskaźniki zróżnicowania cen ofertowych	100	118,18	73,5	90,91	97,78	165,15	52,29	96,49	113,94	110,61	102,74
Średnia ilość ofert na 1 postępowanie	100	84,62	97,95	87,43	84,25	115,45	94,72	85,87	115,58	113,48	92,74

Źródło: jak w wykresie 1.

Wykres 3. Intensywność konkurencji na tle zmian wielkości rynku zamówień publicznych na roboty budowlane w latach 2000–2010

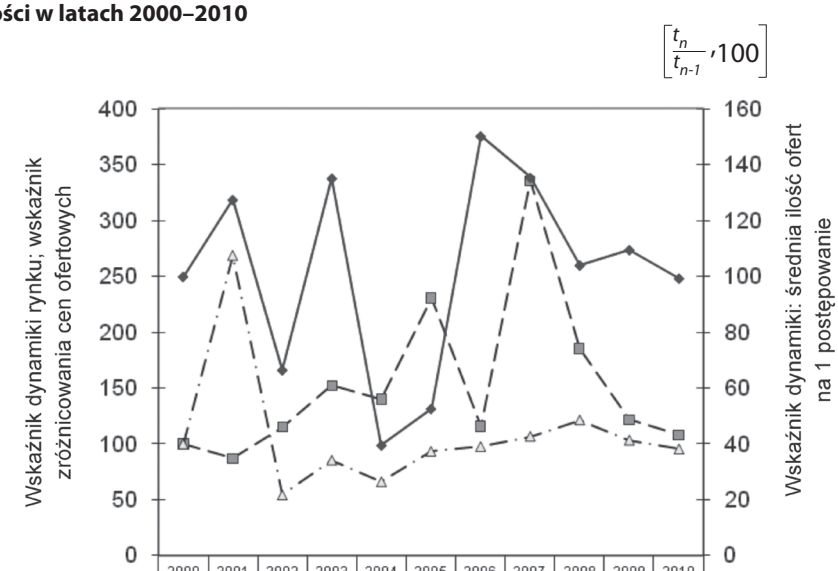
$\left[\frac{t_n}{t_{n-1}}, 100\right]$



	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010
wskaźnik dynamiki rynku	100	102,67	103,23	85,6	74,75	100,66	145,02	208,41	149,23	98,82	98,09
wskaźniki zróżnicowania cen ofertowych	100	99,3	100	97,2	95,68	89,51	99,22	100,79	105,47	105,19	99,3
Średnia ilość ofert na 1 postępowanie	100	105,94	88,79	98,95	84,89	87,22	95,92	85,28	119,61	136,39	91,59

Źródło: jak w wykresie 1.

Wykres 4. Intensywność konkurencji na tle zmian wielkości rynku zamówień publicznych na wycenę nieruchomości w latach 2000–2010



	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010
wskaźnik dynamiki rynku	100	86,96	115	152,17	140	230,61	115,93	335,88	185,45	121,57	107,86
wskaźniki zróżnicowania cen ofertowych	100	268,52	54,31	85,4	66,17	93,26	97,59	106,79	121,39	103,33	95,39
Średnia ilość ofert na 1 postępowanie	100	127,55	66,48	135,23	39,47	52,57	150,38	135,5	104,06	109,57	99,35

Źródło: jak w wykresie 1.

Jak wynika z wykresów, dość wyraźna korelacja dodatnia wystąpiła w latach 2000–2010 na wszystkich badanych rynkach pomiędzy dynamiką rozwoju wyrażoną ilością wszczynanych postępowań oraz intensywnością konkurencji wyrażoną średnią ilością ofert na jedno postępowanie. Konkluzja ta wydaje się potwierdzać pozytywną zależność pomiędzy wielkością i dynamiką rozwoju danego rynku zamówień publicznych a jego atrakcyjnością dla wykonawców.

Konkluzja ostateczna

Materiał liczbowy zebrany i poddany analizie w niniejszym opracowaniu stanowi podstawę do formułowania istotnych wniosków o charakterze uogólniającym. Wnioski wynikające z takich analiz powinny być uwzględniane przez prawodawcę jako jedna z istotniejszych przesłanek wprowadzania kolejnych zmian przepisów o zamówieniach publicznych.

dr hab. Boguslawa Gnela,
prof. Uniwersytetu Ekonomicznego w Krakowie — Katedra Prawa

Z art. 147 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. — Prawo zamówień publicznych[10] wynika, że zamawiający może żądać od wykonawcy zabezpieczenia należytego wykonania umowy, natomiast ust. 2 tego przepisu „wyjaśnia", że wspomniane zabezpieczenie służy pokryciu roszczeń z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy. W rzeczywistości instytucja zabezpieczenia uregulowana w art. 147 i nast. Pzp nie zapewnia („gwarantuje") należytego wykonania umowy, w tym wynikających z niej świadczeń niepieniężnych[11], ale zabezpiecza roszczenia (wierzytelności) zamawiającego wobec wykonawcy z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy (zwanego dalej naruszeniem umowy) zawartej w wyniku udzielenia zamówienia publicznego. Z tego zabezpieczenia można pokryć należności związane np. z zastępczym wykonaniem, karą umowną lub naprawieniem szkody na zasadach ogólnych[12]. Wydaje się, że skoro celem omawianej instytucji prawnej jest zabezpieczenie wierzytelności[13] i wynikających z niej roszczeń[14] w związku z „naruszeniem" umowy to *de lege ferenda* art. 147 ust. 1 Pzp mógłby brzmieć: „Zamawiający może żądać od wykonawcy zabezpieczenia roszczeń z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy", natomiast ust. 2 tego przepisu należałoby wówczas skreślić. Oczywiście ten postulat nie wymaga natychmiastowej realizacji ponieważ w drodze wykładni art. 147 Pzp da się ustalić takie właśnie rozumienie tego przepisu. Utrwalona wykładnia przepisów ustawy Pzp powinna zastępować jej ustawiczne zmiany.

Twierdzi się[15], że art. 147 Pzp przyznając uprawnienie do żądania zabezpieczenia tylko zamawiającemu służy wyłącznie ochronie jego interesów. Należy jednak podkreślić, że wykonawca także może żądać od zamawiającego zabezpieczenia swoich roszczeń wynikających z umowy[16]. Jednakże żądanie takiego zabezpieczenia wydaje się zbędne ze względu na „normatywną" wiarygodność finansową zamawiających.

Zabezpieczenie z art. 147 Pzp ma charakter fakultatywny gdyż zamawiający może a nie musi żądać tego zabezpieczenia. Skoro ustawodawca pozostawia zamawiającemu swobodę w zakresie skorzystania z tego uprawnienia to rozważenia wymaga problem celowości reglamentacji sposobów (form) nieobligatoryjnego zabezpieczenia. Rozwiązanie legislacyjne w postaci tego rodzaju reglamentacji byłoby uzasadnione, gdyby wymóg zabezpieczenia miał obligatoryjny charakter. Fakultatywny charakter omawianego zabezpieczenia powoduje, że reglamentacja sposobów („form")[17] zabezpieczenia wydaje się zbędna. W wyniku udzielenia

---

[10] T. jedn. Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 ze zm.

[11] R. Szostak, Umowa ramowa w sektorowych zamówieniach publicznych, FK 2005/3/35 podkreśla „ wyraźne ukierunkowanie funkcji zabezpieczeń z art. 147–151 pzp na należyte wykonanie świadczenia niepieniężnego".

[12] Por. M. Olszowska, Treść umowy i jej zmiany, Teza 4, Prz. Publ. 2010/10/20.

[13] Zob. np. Z. Radwański, J. Panowicz-Lipska, Zobowiązania — część szczegółowa, C. H. Beck, Warszawa 2010, s. 257 i nast.

[14] S. Grzybowski, J. Skąpski, S. Wójcik, Zarys prawa cywilnego, PWN, Warszawa 1988, s. 161.

[15] Zob. np. Wyrok KIO z dnia 19 lutego 2010 r., KIO/UZP 1839/09, Lex nr 599111.

[16] Np. W. Kaliński, Glosa do wyroku KIO z dnia 26 listopada 2009 r., KIO/UZP 1547/09, Czas Informacji 2010/3/109.

[17] Zabezpieczenie wierzytelności cywilnoprawnych jest instytucją prawa cywilnego, w którym słowo „forma" jest zastrzeżone dla formy czynności prawnych. Wobec tego w art. 148 ust. 1 Pzp w istocie chodzi o sposoby zabezpieczenia.

zamówienia publicznego mogą być bowiem zawierane umowy, z których roszczenia (wierzytelności) zamawiającego nie są w ogóle zabezpieczone oraz umowy, z których te roszczenia są zabezpieczone ale tylko w co najmniej jeden ze sposobów przewidzianych przez ustawodawcę. W tym ostatnim przypadku zamawiający co prawda żąda zabezpieczenia ale wyboru jednego z zabezpieczeń wskazanych w ustawie dokonuje wykonawca (art. 148 ust. 1 Pzp), a w myśl art. 148 ust.2 Pzp — za zgodą zamawiającego wykonawca może wnieść także inne zabezpieczenia określone w tym przepisie. Nieco inaczej wygląda regulacja zabezpieczenia zaliczki udzielonej przez zamawiającego na poczet wykonania zamówienia. W myśl art. 151a ust. 5 Pzp zamawiający może żądać od wykonawcy wniesienia zabezpieczenia zaliczki w jednej lub kilku formach (sposobach) wskazanych w art. 148 ust. 1 i 2 Pzp, natomiast żąda tego zabezpieczenia jeżeli przewidywana wartość zaliczek przekracza 20% wysokości wynagrodzenia wykonawcy (art. 151a ust. 6 Pzp). Z kolei w myśl art. 151a ust. 7 Pzp *„W przypadku żądania wniesienia zabezpieczenia zaliczki, w umowie określa się formę lub formy zabezpieczenia zaliczki, wysokość zabezpieczenia, a także sposób jego wniesienia i zwrotu. Umowa może przewidywać możliwość zmiany formy zabezpieczenia zaliczki w trakcie realizacji tej umowy*". W każdym przypadku dopuszczalne przez ustawodawcę sposoby zabezpieczenia zaliczki są takie same jak w przypadku zabezpieczenia roszczeń wynikających z „naruszenia" umowy. Jednakże w przypadku żądania zabezpieczenia zaliczki to zamawiający decyduje o sposobie (formie) jej zabezpieczenia, który wybiera spośród tych uregulowanych w art. 148 ust. 1 i 2 Pzp (art. 151a ust. 5 Pzp). Okoliczność, że art. 148 Pzp stosuje się także do zabezpieczenia zaliczki, które w przypadku ujętym w art. 151a ust. 6 Pzp ma charakter obligatoryjny, w pewnym zakresie uzasadnia kwestionowaną wcześniej celowość reglamentacji sposobów tego zabezpieczenia. W tym miejscu należy podkreślić, że żądanie zabezpieczenia zwiększa koszty „transakcji" po stronie wykonawcy. Biorąc pod uwagę okoliczność, że w istocie omawiana instytucja zabezpieczenia służy ochronie wierzyciela przed niewypłacalnością dłużnika, a obowiązujące kryteria wyboru wykonawcy zamówienia publicznego, najczęściej zobowiązanego do świadczenia niepieniężnego, pozwalają przypuszczać, że zamówienie publiczne zostaje udzielone solidnemu i wiarygodnemu wykonawcy, to żądanie zabezpieczenia umowy powinno być wyjątkiem. Ponadto, w umowie zawartej w wyniku udzielenia zamówienia publicznego można przewidzieć karę umowną za niewykonanie lub nienależyte wykonanie świadczenia niepieniężnego. Te argumenty uzasadniają zgłoszenie postulatu, aby zamawiający nie żądali zabezpieczenia wykonania zamówienia publicznego w sytuacji, gdy z całokształtu okoliczności wynika, że wykonawca jest bardzo solidnym dłużnikiem a w umowie zostały przewidziane wysokie kary umowne za niespełnienie świadczenia niepieniężnego albo maksymalne odsetki za niespełnienie w terminie świadczenia pieniężnego. Oczywiście ta uwaga nie dotyczy wspomnianego wyżej przypadku obligatoryjnego zabezpieczenia zaliczki.

W myśl art. 148 ust. 1 Pzp zabezpieczenie roszczeń wynikających z „naruszenia" umowy może być wnoszone według wyboru wykonawcy w jednej lub w kilku następujących formach (sposobach):

1) pieniądzu;
2) poręczeniach bankowych lub poręczeniach spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, z tym ze zobowiązanie kasy jest zawsze zobowiązaniem pieniężnym;
3) gwarancjach bankowych;
4) gwarancjach ubezpieczeniowych
5) poręczeniach udzielanych przez podmioty wskazane w art. 6b ust. 5 pkt 2 ustawy z dnia 9 listopada 2000 r. o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości[18].

[18] Dz. U. Nr 109, poz. 1158 ze zm.

Natomiast w myśl art. 148 ust. 2 Pzp za zgodą zamawiającego zabezpieczenie może być wnoszone również:

1) w wekslach z poręczeniem wekslowym banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej;

2) przez ustanowienie zastawu na papierach wartościowych emitowanych przez Skarb państwa lub jednostkę samorządu terytorialnego;

3) przez ustanowienie zastawu rejestrowego na zasadach określonych w przepisach o zastawie rejestrowym i rejestrze zastawów[19].

Rozmiary niniejszego opracowania nie pozwalają na omówienie wszystkich form (sposobów) zabezpieczenia wierzytelności wymienionych w art. 148 Pzp. Z tej przyczyny jego zakres zostanie ograniczony do analizy zabezpieczenia wekslowego, o którym wspomina art. 148 ust. 2 pkt 1 Pzp, gdyż w literaturze podkreśla się, że jest ono rzadko wykorzystywane w praktyce ze względu na nieznajomość przepisów prawa wekslowego wśród zamawiających i obawę przed rygoryzmem formalnym zobowiązań wekslowych[20]. Wydaje się, że nieznajomość prawa wekslowego przez zamawiających nie powinna być argumentem uzasadniającym brak zgody na zabezpieczenie wekslowe. Zamawiający posiadają obsługę prawną a ponadto nieznajomość prawa po stronie zamawiającego nie powinna stanowić argumentu uniemożliwiającego zastosowanie instytucji przewidzianej przez ustawodawcę, której wykorzystanie proponuje wykonawca.

Weksel jest pieniężnym (dłużnym) papierem wartościowym o treści ściśle określonej przez ustawę z dnia 28 kwietnia 1936 r. — Prawo wekslowe[21]. Ta ustawa reguluje dwa rodzaje weksla tj. weksel własny i weksel trasowany. Ustawa Pzp nie wskazuje, jakiego rodzaju ma to być weksel, a zatem może to być weksel własny lub weksel trasowany. Obydwa rodzaje weksli pełnią podobne funkcje gospodarcze tj. funkcje kredytową, obiegową, płatniczą (po spełnieniu pewnych wymogów), legitymacyjną i gwarancyjną (zabezpieczającą). Trafny jest jednak pogląd, że weksel trasowany jest bardziej przydatny jako instrument kredytu handlowego a weksel własny — jako instrument zabezpieczenia określonej wierzytelności[22]. Nie ulega jednak wątpliwości, że najbardziej przydatny, jako instrument zabezpieczenia wierzytelności, jest weksel *in blanco*, zwany także wekslem niezupełnym. Takim wekslem mogą być weksle własne jak i trasowane, niezupełne (celowo) w chwili wystawienia, a szczególnie przydatne wówczas, gdy mają zabezpieczać roszczenia (wierzytelności), których wysokości ani terminu płatności strony stosunku prawnego, z którego wynikają te roszczenia, nie są w stanie z góry oznaczyć[23]. Weksle *in blanco* (niezupełne) nadawałyby się zatem do zabezpieczenia wierzytelności zamawiającego wynikających z „naruszenia" umowy przez wykonawcę ale w literaturze twierdzi się, że tego rodzaju weksle nie są zabezpieczeniem, o którym mowa w art. 148 ust. 2 pkt 1 Pzp. Podkreśla się, że w tym przepisie chodzi o weksel zupełny gdyż weksel *in blanco* jako dokument nie spełnia wymagań dotyczących treści weksla, wynikających z ustawy Prawo wekslowe, a zatem „nie może być formą zabezpieczenia należytego wykonania umowy

---

[19] Ustawa z dnia 6 grudnia 1996 r. o zastawie rejestrowym i rejestrze zastawów, t. jedn. Dz. U. z 2009 r., Nr 67, poz. 569 ze zm.

[20] M. Stachowiak, J. Jurzykowski, W. Dzierżanowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Wyd. IV, Lex 2010 r. (komentarz do art. 148. pkt 3.1.)

[21] Dz.U. RP Nr 37, poz. 282.

[22] Zob. np. J. Mojak, Wprowadzenie [w:] Prawo papierów wartościowych. Wprowadzenie. Zbiór przepisów (oprac. M. Jakubek, J. Mojak), Lublin 1977, s. 20.

[23] J. Mojak, Wprowadzenie, s. 26.

w sprawie zamówienia publicznego"[24]. Z tym poglądem można polemizować. Co prawda weksel *in blanco* rzeczywiście nie jest jeszcze wekslem zupełnym w rozumieniu prawa wekslowego, ale to prawo w art. 10 reguluje instytucję weksla niezupełnego. Trafne jest bowiem stanowisko, że gdy między wystawcą weksla a osobą, której on ten weksel wręczył, istnieje porozumienie co do późniejszego wypełnienia brakujących elementów tegoż dokumentu, to ten dokument jest wekslem niezupełnym. Jedynie gdyby tego porozumienia nie było wspomniany dokument nie byłby wekslem[25]. To porozumienie przybiera w praktyce postać deklaracji wekslowej, która może być na piśmie albo wyrażona w inny, wyraźny lub dorozumiany sposób. Innymi słowy weksel *in blanco* jest wekslem niezupełnym dlatego skutki wekslowe rodzi dopiero wówczas, gdy stanie się wekslem zupełnym w rozumieniu prawa wekslowego, ale „sam w sobie" jest instrumentem zabezpieczenia wierzytelności. Jego wykorzystanie w prawie zamówień publicznych nie powinno budzić zastrzeżeń tylko dlatego, że skutki wekslowe wywołuje nie w chwili wręczenia go uprawnionemu (tu — zamawiającemu) ale dopiero w chwili wypełnienia go przez zamawiającego tak, aby odpowiadał wymogom formalnym weksla zupełnego. Przeciwnie — z punktu widzenia zabezpieczenia zamówień publicznych jest to zaleta weksla *in blanco.* Aby uzasadnić prezentowane stanowisko warto w tym miejscu przypomnieć konstrukcję weksli zupełnych[26].

W myśl art. 1 Pw weksel trasowany zawiera:

1) nazwę „weksel" w samym tekście dokumentu w języku, w jakim go wystawiono,
2) polecenie bezwarunkowe zapłacenia oznaczonej sumy pieniężnej,
3) nazwisko (lub nazwę albo firmę) osoby, która ma zapłacić (trasata),
4) oznaczenie terminu płatności,
5) oznaczenie miejsca płatności,
6) nazwisko (nazwę, firmę) osoby, na której rzecz, lub na której zlecenie zapłata ma być dokonana (remitenta),
7) oznaczenie daty i miejsca wystawienia weksla,
8) podpis wystawcy weksla.

Co do zasady brak któregokolwiek z obowiązkowych elementów weksla trasowanego powoduje, że jest on nieważny. W drodze wyjątków przewidzianych w art. 2 Pw weksel trasowany: bez oznaczenia terminu płatności uważa się za płatny za okazaniem; bez osobnego oznaczenia miejsca płatności, miejsce wymienione obok nazwiska (nazwy, firmy) trasata uważa się za miejsce płatności oraz za miejsce zamieszkania (siedzibę) trasata oraz — weksel, w którym nie oznaczono miejsca wystawienia uważa się za wystawiony w miejscu podanym obok nazwiska (nazwy, firmy) wystawcy.

Natomiast weksel własny zawiera (art. 101 Pw):

1) nazwę „weksel" w samym tekście dokumentu w języku, w jakim go wystawiono,
2) przyrzeczenie bezwarunkowe zapłacenia oznaczonej sumy pieniężnej,
3) oznaczenie terminu płatności,
4) oznaczenie miejsca płatności,

---

[24] M. Stachowiak , J. Jurzykowski, W. Dzierżanowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Wyd. IV, Lex 2010 r. (komentarz do art. 148. pkt 3.1. akapit 2.).

[25] Zob. A. Glasner, A. Thaler, Komentarz. Prawo wekslowe, Wydawnictwo Park, Bielsko-Biała 1992, s. 42.

[26] Zob. np. B. Gnela, A. Kaźmierczyk [w:] Prawo handlowe dla ekonomistów (pod red. B. Gneli), Oficyna a Wolters Kluwer business, Warszawa 2011, s. 192–195.

5) nazwisko (nazwę, firmę) osoby, na której rzecz, lub na której zlecenie zapłata ma być dokonana (remitenta),
6) oznaczenie daty i miejsca wystawienia weksla,
7) podpis wystawcy weksla.

Zgodnie z art. 102 Pw weksel własny bez oznaczenia terminu płatności uważa się za płatny za okazaniem, bez osobnego oznaczenia miejsca płatności miejscem tym jest miejsce wystawienia weksla, a weksel bez miejsca wystawienia uważa się za wystawiony w miejscu podanym obok nazwiska (nazwy, firmy) wystawcy.

Brak elementów weksla, które są wypełniane „z mocy ustawy" nie powoduje, że jest to weksel niezupełny czyli *in blanco.* Taki weksel niezupełny występuje gdy (jak już wspomniano) zgodnie z porozumieniem dokument nie zawiera celowo wszystkich elementów niezbędnych dla zupełnego weksla własnego lub trasowanego. Weksel *in blanco* jest dokumentem zawierającym co najmniej podpis wystawcy, złożony w zamiarze zaciągnięcia zobowiązania wekslowego (a zatem w tym dokumencie podpis powinien być umieszczony pod słowem „weksel") o treści określonej w porozumieniu. Weksel *in blanco* staje się wekslem zupełnym w chwili wypełnienia w nim celowo brakujących elementów. Elementy te określa wspomniane porozumienie między wystawcą weksla a remitentem, nazwane deklaracją wekslową. Istnienie takiej deklaracji nie jest istotne z punktu widzenia ważności weksla zupełnego, jeżeli bowiem uprawniony wypełni weksel *in blanco* niezgodnie z porozumieniem weksel jest ważny, byle tylko zawierał wszystkie elementy niezbędne dla weksla trasowanego lub weksla własnego w rozumieniu prawa wekslowego. W zamówieniach publicznych to zamawiający jako remitent wypełniałby weksel *in blanco* a zatem tego rodzaju weksel nie powinien stanowić dla niego „zagrożenia".

Brak co najmniej jednego elementu treści zupełnego weksla trasowanego lub własnego (którego nie da się także uzupełnić w drodze „ustawowej") powoduje, że weksel jest nieważny z powodu wady formalnej. Nieważność formalna weksla powoduje, że również zobowiązania wekslowe są nieważne. Natomiast weksel ważny od strony formalnej nie gwarantuje ważności zobowiązań wekslowych bowiem mogą one okazać się nieważne np. z powodu braku zdolności wekslowej osoby wskazanej w treści weksla jako dłużnik wekslowy. Zdolności wekslowej (z powodu braku zdolności prawnej) nie ma np. spółka cywilna.

Zobowiązanie wekslowe zaciąga się przez złożenie własnoręcznego podpisu na dokumencie wekslowym i przez wydanie tego dokumentu. W zasadzie każdy podpisany na wekslu jest dłużnikiem wekslowym, chyba że swój podpis składa np. jako pełnomocnik dłużnika wekslowego albo członek jego organu (w przypadku osób prawnych) bądź dokonuje indosu pełnomocniczego lub zastawniczego.

Zobowiązanie wekslowe ma charakter abstrakcyjny gdyż jego ważność nie zależy od ważności przyczyny, z powodu której zaciągnięto to zobowiązanie. Osoby, przeciw którym dochodzi się praw z weksla, nie mogą zasłaniać się wobec posiadacza weksla zarzutami opartymi na swych stosunkach osobistych z wystawcą lub z poprzednimi posiadaczami weksla, chyba że posiadacz nabywając weksel działał świadomie na szkodę dłużnika.

Zobowiązania wekslowe są również samodzielne w tym znaczeniu**,** że ich ważność nie jest zależna od ważności pozostałych zobowiązań wekslowych. Ponadto, zobowiązania wekslowe są solidarne. Co prawda uprawniony z weksla może dochodzić swych roszczeń wekslowych najpierw od tzw. głównego dłużnika wekslowego ale gdy on nie zapłaci w terminie, może

dochodzić swych roszczeń od któregokolwiek z dłużników wekslowych, od niektórych albo od wszystkich dłużników (zob. dalej).

W wekslu własnym głównym dłużnikiem wekslowym jest wystawca, natomiast w wekslu trasowanym — akceptant, czyli trasat, który weksel zaakceptował. Pozostałymi dłużnikami są poręczyciele wekslowi oraz indosanci. Jeżeli dłużnik główny odmówi zapłaty (albo trasat odmówi przyjęcia weksla trasowanego), odpowiedzialnymi solidarnie za zapłatę sumy wekslowej stają się wszyscy podpisani na wekslu dłużnicy, a zatem wystawca, akceptant (w wekslu trasowanym), indosant i poręczyciel. Posiadacz weksla może dochodzić roszczeń przeciwko któremukolwiek z tych dłużników i bez względu na kolejność, w jakiej zaciągnęli zobowiązanie wekslowe. Takie samo prawo ma dłużnik, który weksel wykupił.

Uprawnionym z weksla jest remitent a w przypadku indosowania weksla — indosatariusz.

Jest wiele czynności wekslowych a najważniejszymi wydają się: przyjęcie weksla trasowanego (akcept), poręczenie wekslowe, indos, płatność i zapłata weksla, protest oraz poszukiwanie zwrotne (regres).

Jak już wspomniano, przyjęcie weksla (akcept) dotyczy tylko weksla trasowanego. Przez to przyjęcie trasat staje się akceptantem, czyli głównym dłużnikiem w wekslu trasowanym. Zaciąga on zobowiązanie wekslowe składając na przedniej stronie weksla podpis, z reguły pod wyrazem „przyjmuję" albo „akceptuję". Odmowa przyjęcia weksla powinna być stwierdzona protestem, który jest przesłanką poszukiwania zwrotnego. Takie „poszukiwanie" może nastąpić bez protestu tylko w razie umieszczenia na wekslu klauzuli „bez protestu".

Poręczenie wekslowe (awal) może dotyczyć całości lub części sumy wekslowej. Poręczyciel wekslowy zaciąga zobowiązanie przez złożenie podpisu na wekslu (lub na przedłużku) obok słowa „poręczam", albo innego równoznacznego. Sam podpis na przedniej stronie weksla uważa się za udzielenie poręczenia, z wyjątkiem gdy jest to podpis wystawcy lub akceptanta. Poręczenie powinno wskazywać, za kogo jest dane ale w braku takiego wskazania przyjmuje się, że jest udzielone za wystawcę weksla. Poręczyciel odpowiada tak, jak ten, za kogo poręczył ale w zakresie poręczenia (za całość lub wskazaną w treści weksla część sumy wekslowej). Jednakże ważność zobowiązania poręczyciela nie zależy od ważności zobowiązania tego, za kogo poręczył (chyba że przyczyną tej nieważności jest wada formalna). Zobowiązanie poręczyciela wekslowego jest solidarne[27], gdyż odpowiada on za zapłatę weksla solidarnie z innymi dłużnikami wekslowymi (art. 47 Pw). Poręczyciel wekslowy, który zapłacił weksel, nabywa prawa z weksla przeciwko temu, za kogo poręczył (czyli przeciwko awalatowi) oraz przeciwko osobom wobec niego zobowiązanym.

Indos jest pisemną formułą zbycia umieszczoną z reguły na odwrotnej stronie weksla, przez którą indosant przenosi na indosatariusza prawa z weksla na zlecenie i jednocześnie zaciąga zobowiązanie wekslowe wobec niego i jego następców. Przeniesienie praw z weksla w drodze indosu wymaga ponadto wydania indosatariuszowi dokumentu wekslowego. Indos musi dotyczyć całej wierzytelności wekslowej a zatem indos częściowy jest nieważny. Indos powinien być bezwarunkowy, ustawodawca zastrzeżone warunki indosu uważa za nienapisane.

Prawo wekslowe wyróżnia:

1) indos zupełny (właścicielski), który składa się z formuły zbycia (z reguły brzmi ona „ustępuję na zlecenie"), nazwiska (lub nazwy albo firmy) indosatariusza, daty i miejsca indosu oraz podpisu indosanta,

[27] I. Heropolitańska, Weksel w obrocie gospodarczym, Warszawa 1991, s. 71.

2) indos *in blanco*, z reguły zawiera sam podpis indosanta (ewentualnie także datę i miejsce indosu). Za uprawnionego z weksla z ostatnim indosem *in blanco* jest uważany ten, kto posiada weksel i wykaże swoje prawo nieprzerwanym ciągiem indosów. Gdy po indosie *in blanco* następuje dalszy indos, uważa się, że indosant, który go podpisał, nabył weksel na mocy takiego właśnie indosu,
3) indos na okaziciela (np. formuła „ustępuję na zlecenie okazicielowi") — stosuje się do niego przepisy o indosie *in blanco,*
4) indos pełnomocniczy zawiera wzmiankę *per procura* lub inną równoznaczną. Ten indos nie przenosi praw z weksla tylko upoważnia „indosatariusza pełnomocniczego" do dokonania czynności wekslowych (pełnomocnik może indosować weksel tylko ze skutkami pełnomocnictwa),
5) indos zastawniczy zawiera np. zwroty „waluta na zabezpieczenie" albo „waluta w zastaw". Taki indos ustanawia zastaw na wierzytelności wekslowej. Indosatariusz zastawniczy może wykonywać wszelkie prawa z weksla, ale jego indos może mieć tylko skutki indosu pełnomocniczego.

Bardzo istotnym zagadnieniem, z punktu widzenia wykorzystania weksla jako zabezpieczenia wykonania zamówienia publicznego, jest jego płatność. Weksel może być płatny: za okazaniem, w pewien czas po okazaniu, w pewien czas po dacie (tzn. po dacie wystawienia weksla — np. dwa tygodnie po dacie) oraz w oznaczonym dniu.

Weksel jest płatny za okazaniem gdy to wynika z jego treści albo gdy nie ma w nim podanego terminu płatności. Takie weksle należy przedstawić do zapłaty z reguły w ciągu roku od daty wystawienia (np. wystawca może oznaczyć krótszy lub dłuższy termin). Weksel płatny za okazaniem jest płatny przy jego przedstawieniu. Termin płatności w pewien czas po okazaniu (np. w dziesięć dni po okazaniu) określa się według daty przyjęcia weksla trasowanego, gdyż taki weksel musi być przedstawiony do przyjęcia w terminie rocznym od dnia wystawienia (chyba że ten termin został zgodnie z prawem skrócony lub przedłużony), lub według daty protestu. W przypadku weksla własnego w tych samych terminach musi on być przedstawiony wystawcy celem zaznaczenia przez niego wizy. Termin „po okazaniu" (np. w dziesięć dni po okazaniu) biegnie od daty wizy, a w braku jej zaznaczenia albo odmowy jej datowania — od daty protestu. Jak już wspomniano, termin „w pewien czas po dacie" jest liczony od daty wystawienia weksla. Zasady obliczania tego terminu oraz terminów weksli płatnych w pewien czas po okazaniu, jeżeli są oznaczone w dniach określa art. 73 Pw, natomiast gdy są oznaczone w tygodniach lub w miesiącach — art. 36 Pw. Jeżeli weksel jest płatny w oznaczonym dniu to ten dzień kalendarzowy musi być ściśle oznaczony przez podanie daty: dzień, miesiąc i rok albo np. pierwszego, piętnastego albo ostatniego dnia miesiąca danego roku kalendarzowego bądź w taki sposób, aby treść weksla nie rodziła wątpliwości, który dzień kalendarzowy jest terminem płatności.

Od terminu płatności należy odróżnić termin zapłaty, czyli wymagalności weksla. Weksel płatny w oznaczonym dniu, w pewien czas po dacie lub po okazaniu, powinien być przedstawiony do zapłaty w pierwszym dniu, w którym można wymagać zapłaty, bądź w jednym z dwóch następnych dni powszednich. Jeżeli termin płatności przypada na dzień ustawowo wolny od pracy, dniem wymagalności jest najbliższy dzień powszedni. Jeszcze raz warto przypomnieć, że weksel za okazaniem płatny jest przy przedstawieniu.

Protest to akt notarialny stanowiący dowód, że żądanie przyjęcia lub zapłaty weksla spotkało się z odmową (urzędy pocztowe mogą sporządzać protesty z powodu niezapłacenia weksli). Od sporządzenia protestu uzależnione jest wiele czynności wekslowych (np. poszukiwanie zwrotne). Protest umieszcza się na wekslu lub jego przedłużku.

Zwrotne poszukiwanie z powodu nieprzyjęcia lub niezapłacenia weksla wiąże się z odpowiedzialnością za jego wykupienie. Jeżeli główny dłużnik odmówił zapłaty weksla (albo zaszły inne okoliczności wskazane w prawie wekslowym) to po dokonaniu aktów staranności (przedstawienia do zapłaty w odpowiednim dniu i sporządzeniu protestu), posiadacz weksla może wykonywać zwrotne poszukiwanie (czyli zażądać sumy, którą miał zapłacić dłużnik główny) przeciw dłużnikom regresowym. Dłużnicy ci odpowiadają wobec posiadacza weksla solidarnie. Posiadacz może domagać się od zobowiązanego zwrotnie nie tylko sumy wekslowej, ale także wskazanych w prawie wekslowym odsetek, zwrotu kosztów i wypłaty prowizji komisowej. Ten, kto weksel wykupił, może żądać od swoich poprzedników całkowitej sumy zapłaconej za weksel, odsetek, kosztów własnych i prowizji komisowej wskazanej w prawie wekslowym.

Roszczenia wekslowe przedawniają się w terminach określonych w art. 70 Pw ale kwestie przerwania i zawieszenia biegu przedawnienia reguluje Kodeks cywilny (art. 71 Pw).

W myśl art. 148 ust. 2 pkt. 1 Pzp weksle zabezpieczające „należyte wykonanie zamówienia publicznego" muszą zawierać poręczenie wekslowe banku lub poręczenie spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej. W literaturze wskazuje się, że wprowadzenie obligatoryjnego wymogu poręczenia banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej służy ochronie zamawiającego, gdyż w ten sposób krąg dłużników wekslowych jest poszerzony o podmiot o znacznym majątku[28]. Wydaje się, że w praktyce gospodarczej występuje wiele podmiotów o „znacznym majątku" a zatem ustawowe ograniczanie poręczycieli wekslowych do banków i parabanków, którymi są kasy oszczędnościowo-kredytowe, jest zbędne gdyż ogranicza efektywność tego zabezpieczenia. Właśnie z powodu tego podmiotowego ograniczenia występuje niewielkie wykorzystanie weksli jako zabezpieczenia „należytego wykonania zamówienia publicznego", gdyż banki i parabanki żądają od dającego zlecenie poręczenia zbliżonych zabezpieczeń, jak przy gwarancji bankowej, a zatem koszty wystawienia weksla z art. 148 ust 2 pkt 1 Pzp są wysokie[29].

Prawo bankowe[30] stanowi, że banki mogą udzielać poręczenia (art. 80 Pb), do którego stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego[31], z tym że zobowiązanie banku jest zawsze zobowiązaniem pieniężnym (art. 84 Pb). Ta regulacja nie dotyczy zatem poręczeń wekslowych unormowanych w ustawie Prawo wekslowe. Banki mogą jednak udzielać także poręczeń wekslowych (art. 5 ust. 2 pkt 8 Pb wymienia poręczenia bez dalszego dookreślenia), o czym świadczy praktyka funkcjonowania tych podmiotów. Do realizacji zlecenia bankowi udzielenia poręczenia wekslowego wymagane są z reguły takie same dokumenty, jak przy udzielaniu gwarancji bankowej[32]. Bank może udzielić poręczenia wekslowego (oświadczenie o udzieleniu tego poręczenia podpisują osoby upoważnione do zaciągania w imieniu banku zobowiązań wekslowych) na wekslach zupełnych oraz na wekslach niezupełnych, może także wskazać na tych wekslach kwotę, do której poręcza[33]. W przypadku poręczenia na wekslu niezupełnym oprócz oświadczenia o udzieleniu tego poręczenia złożonym na wekslu, bank podpisuje deklaracje wekslową, w której powinno być wyraźnie określone, w jakich przypadkach weksel

---

28 M. Stachowiak, J. Jurzykowski, W. Dzierżanowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Wyd. IV, Lex 2010 r. (komentarz do art. 148. pkt 3.1. akapit 4.).

29 M. Stachowiak , J. Jurzykowski, W. Dzierżanowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Wyd. IV, Lex 2010 r. (komentarz do art. 148. pkt 3.1. akapit 1.).

30 Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. Prawo bankowe, t. jedn. Dz.U. z 2002 r., Nr 72, poz. 665 ze zm.

31 Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r., Dz. U. Nr 16, poz. 93 ze zm.

32 I. Heropolitańska, E. Borowska, Kredyty i gwarancje bankowe, Twigger, Warszawa 1995, s. 278.

33 I. Heropolitańska, E. Borowska, Kredyty..., s. 278–279.

może być uzupełniony, jakim terminem płatności weksel może być opatrzony oraz na jaką sumę może być wypełniony[34] (chyba że już w wekslu niezupełnym poręczenie zostało ograniczone do określonej kwoty).

Przedstawiona praktyka bankowa jest dodatkowym argumentem przemawiającym za interpretacją, że w art. 148 ust. 2 pkt 1 Pzp chodzi także o weksle niezupełne. Analiza orzecznictwa również dowodzi wykorzystywania weksli *in blanco* z poręczeniem wekslowym w praktyce gospodarczej[35]. Trudno zatem uznać za uzasadniony pogląd, że pod słowem „weksel" z art. 148 ust. 2 pkt 1 Pzp należy rozumieć tylko weksel zupełny. W istocie weksle zupełne nie nadają się do zabezpieczenia zamówienia publicznego tak dobrze, jak weksle *in blanco*. W wekslach zupełnych musi być podana określona suma pieniężna a przecież w chwili wręczania weksla zamawiającemu nie wiadomo jeszcze, w jakiej wysokości będzie miał on wierzytelność pieniężną wobec wykonawcy z tytułu „naruszenia" umowy. Nie wiadomo również, czy ta wierzytelność w ogóle powstanie, ani kiedy ewentualnie powstanie, a w wekslu powinien być podany termin płatności. W literaturze dotyczącej zamówień publicznych można spotkać pogląd, że tylko weksle płatne za okazaniem (a są nimi weksle z takim terminem oraz weksle, w których nie ma podanego terminu płatności) nadają się do zabezpieczenia należytego wykonania zamówienia publicznego, gdyż konieczność przedstawienia weksli z innym terminem płatności do akceptu lub zapłaty w oznaczonym dniu „będzie kolidowała z niemożnością określenia z góry wymagalności zatrzymania zabezpieczenia"[36]. Z tym poglądem można polemizować ponieważ weksle płatne za okazaniem należy przedstawić do zapłaty z reguły w ciągu roku od daty wystawienia a ustawodawca zakreśla ten termin „ze względu na potrzeby obrotu wekslowego"[37]. Wspomniany, roczny termin wystawca może skrócić lub wydłużyć (indosant może ten ustawowy lub umowny termin tylko skrócić), ale zawsze weksel płatny za okazaniem należy przedstawić do zapłaty przed upływem wskazanych wyżej terminów, w których wierzytelność zamawiającego z tytułu „naruszenia umowy" może jeszcze nie istnieć. Oczywiście fakt istnienia lub nieistnienia tej wierzytelności nie ma znaczenia dla ważności zobowiązań wekslowych ponieważ mają one charakter abstrakcyjny. Jednakże posiadanie przez zamawiających, występujących w charakterze wierzycieli wekslowych (remitenta lub indosatariusza), zupełnych weksli z oznaczonymi terminami płatności, wymaga od nich dochowania aktów staranności i realizacji praw z weksla, jeżeli są oni jednostkami finansów publicznych. Wierzytelności wekslowe są bowiem należnościami pieniężnymi o charakterze cywilnoprawnym (prawo wekslowe należy do prawa cywilnego), o których mowa w art. 55 (dotyczącym jednostek sektora „rządowego") oraz art. 59 (dotyczącym sektora „samorządowego") ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych[38], a te wierzytelności mogą być umarzane tylko w przypadkach wskazanych w omawianej ustawie. Przyjmowanie zatem przez zamawiających będących jednostkami finansów publicznych weksli zupełnych na zabezpieczenie roszczeń wynikających z naruszenia umowy zawartej w wyniku udzielenia zamówienia publicznego nie jest celowe ponieważ nie wiadomo, w jakiej wysokości i kiedy te zabezpieczone roszczenia powstaną, a posiadanie wymagalnej wierzytelności wekslowej obliguje te jednostki do ich dochodzenia. Warto jednak nadmienić, że istnieje możliwość zmiany treści weksla (art. 69 Pw), w tym zmiany terminu płatności weksla. Ta zmiana terminu płatności może jednak nastąpić na wniosek dłużnika wekslowego za zgodą wierzyciela i wy-

---

[34] I. Heropolitańska, E. Borowska, Kredyty..., s. 279.

[35] Por. np. I. Heropolitańska, Orzecznictwo sądowe w sprawach wekslowych (tezy orzeczeń 1924–1994), Warszawa 1995, s. 152 i nast., w szczególności przytaczane tu orzecznictwo dotyczące poręczenia na wekslu in blanco.

[36] M. Stachowiak , J. Jurzykowski, W. Dzierżanowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Wyd. IV, Lex 2010 r. (komentarz do art. 148. pkt 3.1. przedostatni akapit).

[37] A. Glasner, A. Thaler, Prawo wekslowe..., s. 101.

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

maga wymiany weksla na nowy z bardziej odległą datą płatności (prolongata pośrednia), lub skreślenia na wekslu pierwotnej daty płatności i wpisania nad nią nowej daty (prolongata bezpośrednia), a w obydwu przypadkach należy uzyskać ponownie podpisanie weksla przez osoby z niego zobowiązane[39]. Oczywiście zmiana terminu płatności weksla nie gwarantuje, że w tym nowym terminie wierzytelność zabezpieczona wekslem w ogóle powstanie albo znana będzie jej wysokość.

Odpowiedzialność awalisty ustaje, jeżeli po umieszczeniu awalu na wekslu przesunięto termin płatności weksla bez zgody awalisty[40]. Wobec tego zmiana terminu płatności weksla z art. 148 ust. 2 pkt 1 Pzp wymaga zawsze zgody banku lub parabanku jako poręczyciela (awalisty), co dla dającego zlecenie poręczenia wiąże się z dodatkowymi kosztami i „uciążliwymi" procedurami przewidzianymi w działalności tychże podmiotów.

W podsumowaniu stwierdzić należy, że w wekslu z art. 148 ust. 2 pkt 1 Pzp zamawiający jest zawsze uprawnionym o statusie remitenta lub indosatariusza (jeżeli weksel był na niego indosowany) w rozumieniu prawa wekslowego. Wystawcą weksla lub akceptantem w wekslu trasowanym może ale nie musi być wykonawca (jako strona umowy zawartej w wyniku udzielenia zamówienia publicznego). Korzystniejszy z punktu widzenia interesów zamawiającego jest taki weksel, w którym głównym dłużnikiem wekslowym jest inny podmiot niż wykonawca „z zamówienia publicznego", bowiem w tym przypadku poszerzony jest krąg dłużników, od których zamawiający będzie mógł żądać zapłaty. Tej zapłaty weksla może on żądać w terminie płatności weksla i bez względu na „naruszenie" umowy zawartej w wyniku zamówienia publicznego, ponieważ zobowiązania wekslowe są abstrakcyjne, czyli niezależne od przyczyny, dla których zostały zaciągnięte. Z tego powodu wydaje się, że weksle zupełne nie nadają się do zabezpieczenia należytego wykonania zamówienia publicznego tak dobrze, jak weksle *in blanco*. Uzasadniony jest zatem postulat aby pod słowem „weksel" z art. 148 ust. 2 pkt 1 Pzp rozumieć także weksel niezupełny . Co prawda weksel *in blanco* nie jest wekslem zupełnym, a zatem nie rodzi skutków związanych z obrotem wekslowym, ale w zabezpieczeniu wierzytelności wynikających z zamówienia publicznego jest to jego zaletą. W momencie zawarcia umowy w wyniku tego zamówienia nie wiadomo bowiem jeszcze, czy te wierzytelności w ogóle powstaną ani jaka będzie ich wysokość. Wręczenie weksla zupełnego zamawiającemu powoduje, że powinien on realizować należność z wymagalnego weksla, w szczególności gdy jest on jednostką sektora finansów publicznych, bez względu na to, czy zabezpieczona wierzytelność w ogóle powstała. Tego problemu nie ma przy wekslu niezupełnym. Wręczenie go zamawiającemu w celu zabezpieczenia roszczeń wynikających z zamówienia publicznego powoduje, że to zabezpieczenie już istnieje w momencie wręczenia ale będzie zrealizowane w razie powstania zabezpieczonej wierzytelności gdyż dopiero wówczas zamawiający zgodnie z porozumieniem (zwanym deklaracja wekslową) wypełni ten weksel.

Warto również zgłosić postulat zmiany art. 148 ust. 2 pkt 1 Pzp w postaci wyeliminowania z niego obowiązującego, podmiotowego ograniczenia po stronie poręczyciela wekslowego. Wystarczy, gdy tym poręczycielem będzie solidny dłużnik, a takimi dłużnikami są nie tylko banki i parabanki. Ponadto, podmioty „bankowe" udzielając poręczenia wekslowego żądają od dającego zlecenie tego poręczenia opłat, zabezpieczeń oraz spełnienia wielu innych wymogów formalnych. W efekcie omawianego rozwiązania normatywnego ustawodawca przymusza wykonawcę zamówienia publicznego do ponoszenia dodatkowych kosztów za-

[39] I. Heropolitańska, Weksel w obrocie..., s. 82.

[40] Zob. A. Glasner, A. Thaler, Prawo wekslowe..., s. 149.

bezpieczenia, których ten wykonawca nie poniósłby gdyby poręczycielem wekslowym w rozumieniu art. 148 ust. 2 pkt 1 Pzp mógł być każdy solidny podmiot prawa cywilnego. Tego rodzaju podmioty, jeżeli nie są bankami, z reguły nie pobierają z tytułu poręczenia wekslowego opłat ani nie żądają zabezpieczeń i spełnienia innych wymogów formalnych, a są niekiedy dłużnikami bogatszymi od banków.

Wydaje się, że realizacja zgłoszonych postulatów może przyczynić się do efektywniejszego wykorzystania weksla jako zabezpieczenia wierzytelności wynikających z „naruszenia" umowy zawartej w wyniku udzielenia zamówienia publicznego.

PROBLEM OBOWIĄZKU ZAWARCIA UMOWY W SYSTEMIE ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

dr Zdzisław Gordon
Uniwersytet Mikołaja Kopernika w Toruniu — Katedra Prawa Handlowego

1. W powszechnym przekonaniu regulacja zawarta w ustawie z dnia 29 stycznia 2004 r. — Prawo zamówień publicznych[41] ma charakter publicznoprawny. Pogląd taki dominuje w doktrynie, a najdobitniej wyraził go H. Nowicki pisząc, że przepisy p.z.p. *„w sposób jednoznaczny (…) wskazują na publicznoprawny charakter unormowań"*[42]. W podobnym duchu wypowiedział się też Sąd Najwyższy w motywach wyroku z dnia 13 stycznia 2001 r.[43] Wskazując, że celem rozwiązań zawartych w przepisach o zamówieniach publicznych jest zagwarantowanie równego traktowania wszystkich uczestników postępowania, wyeliminowanie zjawisk o charakterze korupcyjnym i ochrona rynku, Sąd ten doszedł do wniosku, że *„celem norm zawartych w ustawie o zamówieniach publicznych jest zatem zapewnienie ochrony interesu publicznego, mają więc one charakter publicznoprawny"*.

Teza o publicznoprawnym charakterze regulacji zamówień publicznych jest niewątpliwe trafna, jeżeli za kryterium podziału na prawo publiczne i prawo prywatne uznać to, czy przedmiotem ochrony prawnej jest interes publiczny, czy też interes prywatny[44]. Takie ujęcie zagadnienia nie przesądza jednak o tym, że regulacja ta — jak twierdzą niektórzy autorzy — w całości przynależy do prawa administracyjnego względnie administracyjnego prawa gospodarczego[45]. O gałęziowej przynależności norm prawnych decyduje bowiem przede wszystkim metoda regulacji, a w dalszej kolejności jej przedmiot. Odwołując się do tych kryteriów należy dojść do wniosku, że regulacja p.z.p. ma charakter kompleksowy w tym sensie, że obejmuje swoim zakresem zarówno normy administracyjnoprawne, jak i normy cywilnoprawne. Do pierwszej grupy zaliczyć należy z jednej strony unormowania dotyczące statusu Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, Rady Zamówień Publicznych oraz Krajowej Izby Odwoławczej, z drugiej zaś — unormowania o środkach kontrolnych oraz środkach restrykcyjno-sankcyjnych, a po części także unormowania o środkach ochrony prawnej[46]. Z kolei cywilnoprawny charakter mają w szczególności unormowania odnoszące się do stosunków między zamawiającym a wykonawcami, w tym zwłaszcza unormowania dotyczące postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. O cywilnoprawnym charakterze tych stosunków przesądza zastosowana przez ustawodawcę metoda ich regulacji. Podkreślić bowiem trzeba, że ani zamawiający ani wykonawca nie ma wobec drugiej strony uprawnień władczych, zatem pozostają oni względem siebie jako równorzędni partnerzy. Jest tak nawet wówczas, gdy w roli zamawiającego występuje organ władzy publicznej, bo działa on tu w sferze *do-*

---

41 Tekst jednolity — Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 ze zm. Ustawa ta będzie dalej powoływana jako p.z.p.

42 H. Nowicki: Prawo zamówień publicznych — pojęcie i zakres regulacji (w:) XV-lecie systemu zamówień publicznych w Polsce, Toruń — Warszawa 2009, s. 91.

43 IV CKN 381/00, opubl. OSN-IC 2002, z. 6, poz. 75.

44 Nt. rozgraniczenia między prawem publicznym i prywatnym w najnowszym piśmiennictwie zob. S. Fundowicz: Dychotomiczny podział prawa, Samorząd Terytorialny 2000, z. 1–2, s. 47–57 i cyt. tam literatura. Por. także M. Safjan (w:) M. Safjan (red.) System prawa prywatnego, t. 1, Prawo cywilne — część ogólna, Warszawa 2007, s. 29 i nast.

45 H. Nowicki: *op. cit.* , s. 93.

46 Podobnie S. Fundowicz: Miejsce prawa o zamówieniach publicznych w prawie administracyjnym (w:) XV-lecie systemu zamówień publicznych w Polsce, Toruń — Warszawa 2009, s. 45.

minium, a nie w sferze *imperium*[47], a dokonywane przezeń czynności, nawet takie, jak odrzucenie oferty czy wykluczenie wykonawcy z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, przybierają postać oświadczeń woli[48]. Tezę o cywilnoprawnym charakterze stosunków między zamawiającym i wykonawcą dobitnie potwierdza przepis art. 14 p.z.p., który do czynności tych podmiotów nakazuje stosowanie przepisów kodeksu cywilnego. Zarazem tezie tej nie sprzeciwia się imperatywny charakter przepisów p.z.p., bo z punktu widzenia zakresu stosowalności przepisy prawa cywilnego nie muszą mieć i niejednokrotnie nie mają dyspozytywnego charakteru.

Jeśli na wstępie należało poczynić powyższe uwagi natury ogólnej, to dlatego, że — jakkolwiek dotąd zainteresowanie doktryny cywilistycznej instytucjami prawa zamówień publicznych jest niewielkie[49] — materia cywilistyczna ma tu kapitalne znaczenie. Dotyczy to także tytułowego zagadnienia niniejszego opracowania. Umowa stanowi bowiem zwieńczenie całego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i dopiero jej zawarcie nadaje temu postępowaniu sens, w tym także w takim zakresie, w jakim zamówienia publiczne mają służyć zwiększeniu innowacyjności gospodarki i zrównoważonemu rozwojowi gospodarczemu.

2. Cywiliści definiują umowę jako czynność prawną, na którą składają się zgodne oświadczenia woli co najmniej dwóch stron, zmierzające do wywołania skutków prawnych w postaci powstania, zmiany lub ustania stosunku prawnego. Istotą obowiązku zawarcia umowy jest więc powinność złożenia oświadczenia woli, stanowiącego element umowy, obwarowana sankcją prawną. Powinność, o której mowa, może mieć różne źródła, jak też może być zabezpieczona różnymi sankcjami.

Co do pierwszej kwestii, w literaturze wskazuje się, że źródłem obowiązku zawarcia umowy mogą być czynności prawne, decyzje administracyjne oraz inne zdarzenia, z którymi norma prawna ów obowiązek wiąże[50]. Natomiast do sankcji zabezpieczających wykonanie obowiązku zawarcia umowy zalicza się zwłaszcza roszczenie o zawarcie umowy ewentualnie roszczenie o naprawienie szkody wynikłej z niewykonania obowiązku, a także sankcje natury administracyjnoprawnej[51]. Dodać do tego należy, że — teoretycznie rzecz biorąc — obowiązek zawarcia umowy może spoczywać na jednej tylko stronie umowy, która ma być zawarta, jak też może obciążać wszystkie strony tej umowy.

W tym kontekście istota tytułowego zagadnienia sprowadza się do odpowiedzi na pytanie czy na gruncie przepisów o zamówieniach publicznych można mówić o istnieniu obowiązku zawarcia umowy, a jeżeli tak, to — po pierwsze — co jest źródłem tego obowiązku i na której ze stron on spoczywa, po drugie — jakiego rodzaju sankcją obwarowane jest wykonanie tego obowiązku i wreszcie po trzecie — jak wyegzekwować ów obowiązek.

---

47 Tak samo R. Szostak: Przetarg nieograniczony na zamówienia publiczne — zagadnienia konstrukcyjne, Kraków 2005, s. 29.

48 Por. 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, Łódź 2010, s. 411 i nast. Zob. także uchwałę SN z dnia 17 lipca 2003 r., III CZP 44/03, OSN-IC 2004, z. 10, poz. 152.

49 Wyjątkiem są jedynie liczne opracowania R. Szostaka, w tym zwłaszcza sztandarowa monografia tego autora, przywołana w przypisie 7.

50 Zob. Z. Radwański (w:) Z. Radwański (red.) System prawa prywatnego, t. 2, Prawo cywilne — część ogólna, Warszawa 2008, s. 304 i nast.

51 Zob. np. M. Jasiakiewicz: Zawarcie umowy w obrocie handlowym, Toruń 2005, s. 93 i nast.

3. Za punkt wyjścia do dalszych rozważań należy przyjąć stwierdzenie, że przepisy p.z.p. nie dają podstaw do przyjęcia, aby obowiązek zawarcia umowy wynikał z decyzji administracyjnej albo zdarzeń innych niż czynności prawne. Natomiast czynności prawnych — jako potencjalnego źródła obowiązku zawarcia umowy — wykluczyć nie można. Jest tak dlatego, że w systemie zamówień publicznych nie znajduje zastosowania przepis art. 70 § 1 k.c. stanowiący, iż w razie wątpliwości umowę poczytuje się za zawartą w chwili otrzymania przez składającego ofertę oświadczenia o jej przyjęciu, a jeżeli dojście do składającego ofertę oświadczenia o jej przyjęciu nie jest wymagane — w chwili przystąpienia przez drugą stronę do wykonania umowy. Według przepisów kodeksowych regułę tę stosuje się nie tylko w trybie ofertowym, ale także w trybie przetargowym (art. 70^3 § 3 zd. 1 k.c.). Jednakże jej zastosowanie w systemie zamówień publicznych wyłącza szczególny w stosunku do k.c. przepis art. 94 ust. 1 p.z.p. Jeśli bowiem — zgodnie z jego treścią — zamawiający zawiera umowę w sprawie zamówienia publicznego w kilku- lub kilkunastodniowym terminie, liczonym od przesłania zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty (tzw. *standstill period*)[52], to niepodobna przyjąć, iżby doręczenie tego zawiadomienia oznaczało dojście umowy do skutku[53]. Jest tak tym bardziej, jeżeli wziąć pod uwagę cel regulacji z art. 94 ust. 1 p.z.p.: wszak chodzi o możliwość „uruchomienia" procedur odwoławczych od decyzji zamawiającego o wyborze najkorzystniejszej oferty przez wykonawców, których oferty nie zostały wybrane, jak też możliwość przeprowadzenia kontroli doraźnej w trybie przepisów165 i nast. p.z.p.[54]. Zatem to właśnie na tym tle rodzi się pytanie, czy zamawiający ma obowiązek zawarcia umowy z oferentem, którego ofertę wybrał, jak i pytanie odwrotne: czy wykonawca, którego oferta została wybrana ma obowiązek zawarcia umowy z zamawiającym. Z natury rzeczy problem nie dotyczy trybu zamówienia z wolnej ręki, gdyż w tym trybie nie jest zamawiającemu składana oferta i nie jest dokonywany wybór najkorzystniejszej oferty.

4. W doktrynie panuje przekonanie, że w wyniku wyczerpania procedury wyboru najkorzystniejszej oferty, bez względu na tryb, w którym to następuje (poza trybem zamówień z wolnej ręki), między zamawiającym i wybranym wykonawcą dochodzi do powstania tzw. stosunku przedkontraktowego, zbliżonego w swej naturze do relacji prawnych ukształtowanych przez umowę przedwstępną[55]. Pogląd ten, z pewnością trafny, nie rozwiązuje jednak problemu. Stosunki przedkontraktowe mogą bowiem przybierać różną postać i różna może być ich treść oraz skutki[56]. Kwestia istnienia bądź nieistnienia obowiązku zawarcia umowy pozostaje otwarta, bo istota rzeczy sprowadza się do tego, czy obowiązek ten składa się na treść stosunku przedkontraktowego, ukształtowanego wyborem najkorzystniejszej oferty i poinformowaniem uczestników postępowania o tym wyborze.

5. Jak się wydaje, kwestia istnienia po stronie zamawiającego obowiązku zawarcia umowy z wybranym oferentem — przynajmniej co do zasady — nie powinna budzić wąt-

---

[52] Nt. istoty i aktualnej regulacji *standstill period* zob. D. Piasta: Zmiany w procedurze wyboru oferty najkorzystniejszej (w:) J. Sadowy (red.) Prawo zamówień publicznych po zmianach z 2009 r., 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.

[53] Zob. np. 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, z. 3, s. 12.

[54] P. Kunicki: *op. cit.,* s. 12.

[55] Tak zwłaszcza R. Szostak: Przetarg…, s. 29; tenże: Planowanie i finansowanie zamówień publicznych, Warszawa 2007, s. 122.

[56] Zob. Z. Radwański: *op. cit.,* s. 354 i nast.

pliwości i pogląd taki dominuje w literaturze[57] oraz w judykaturze[58]. W orzecznictwie KIO wskazuje się, że podstawę do przypisania zamawiającemu wspomnianego obowiązku dają przepisy art. 36 ust. 1 pkt 16 i art. 140 ust. 1 p.z.p.[59]. Podstawowe znaczenie ma jednak literalne brzmienie przepisu art. 94 ust. 1 p.z.p., który stanowi, że *„zamawiający zawiera umowę w sprawie zamówienia publicznego (…) w terminie…"*. Jest to sformułowanie na tyle kategoryczne, że nie pozwala na inną interpretację od zaprezentowanej. Nie ma też argumentów natury funkcjonalnej i systemowej, które mogłyby przemawiać za odmiennym stanowiskiem. Co więcej — zobowiązanie do zawarcia umowy z wybranym wykonawcą da się wywieść z treści oświadczeń woli składanych przez zamawiającego w toku postępowania o zamówienie publiczne, w tym z treści ogłoszenia o zamówieniu i specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a zwłaszcza z treści oświadczenia o wyborze najkorzystniejszej oferty. Gdyby bowiem z tymi oświadczeniami nie wiązać stanowczego zamiaru zawarcia umowy definitywnej, to byłby one pozbawione prawnej doniosłości. Z kolei ów stanowczy zamiar należy odczytywać jako zobowiązanie do zawarcia umowy.

Wypada jednak odnotować, że ciążący na zamawiającym obowiązek zawarcia umowy nie ma absolutnego charakteru i może podlegać wyłączeniu. Przede wszystkim niepodobna mówić o istnieniu tego obowiązku, gdy zachodzi nieważność postępowania w sprawie zamówienia publicznego i to jest oczywiste. Jak się wydaje obowiązek zawarcia umowy zostaje uchylony także wówczas, gdy po wyborze najkorzystniejszej oferty, ale jeszcze przed zawarciem umowy zaistnieją przesłanki z art. 145 p.z.p., uzasadniające odstąpienia zamawiającego od umowy już zawartej. W drodze wnioskowania *a maiore ad minus* należy zatem przyjąć, że nie można żądać od zamawiającego zawarcia umowy, jeżeli we wskazanym okresie nastąpi istotna zmiana okoliczności powodująca, że wykonanie umowy, która miałaby być zawarta, nie leży w interesie publicznym. Stanowisko to jest tym bardziej uzasadnione, jeżeli zważyć, że w przypadku odmiennej interpretacji zamawiający z jednej strony musiałby umowę zawrzeć, zaś z drugiej strony nie mógłby od niej odstąpić, jako że prawo odstąpienia od umowy z art. 145 p.z.p. uwarunkowane jest nie tylko istotną zmianą okoliczności powodującą, że wykonanie umowy nie leży w interesie publicznym, ale także niemożnością przewidzenia tego w chwili zawarcia umowy. Tymczasem w analizowanym przypadku chodzi o okoliczność nie tylko przewidywalną, ale wręcz znaną w chwili zawarcia umowy.

6. Bardziej złożony jest problem istnienia obowiązku zawarcia umowy po stronie wykonawcy, którego oferta została wybrana, a przyczyn tego stanu należy upatrywać w zmianach dotyczących treści art. 94 ust. 2 p.z.p.

W pierwotnym brzmieniu przepis ten stanowił, że *„jeżeli wykonawca, którego oferta została wybrana uchyla się od zawarcia umowy lub nie wnosi wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy, zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą spośród pozostałych ofert, bez przeprowadzania ich ponownej oceny, chyba że zachodzą przesłanki, o których mowa w art. 93 ust. 1 p.z.p."*, tj. przesłanki unieważnienia postępowania. Także w tym przypadku zwraca uwagę kategoryczny charakter przepisu, uzasadniający wniosek, że zamawiający nie ma innej możliwości, jak tylko wybór kolejnej oferty, a zatem nie może żądać od wybranego wykonawcy zawarcia umowy. Stąd w doktrynie ugruntował się pogląd, że wybrany wykonawca nie ma

---

[57] Zob. np. R. Szostak: Obowiązek…, s. 7; P. Kunicki: *op. cit.,* s. 12 i nast.

[58] Zob. orzecz. Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 7 lutego 2008 r., I ACa 1050/07, niepubl. oraz orzecz. Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 16 lipca 2009 r., XVI GC 682/08, niepubl., omówione przez I. Trześcińską i A. Dębską, Rzeczpospolita 2009, nr 240.

[59] Zob. orzecz. KIO z dnia 21 lutego 2011 r., KIO 279/2011, LEX nr 772882.

obowiązku zawarcia umowy[60], a nawet jeśli można mu taki obowiązek przypisać, to jest on obwarowany co najwyżej sankcją odszkodowawczą i to tylko w granicach ujemnego interesu umowy[61].

W wyniku noweli z dnia 7 kwietnia 2006 r.[62] formuła art. 94 ust. 2 p.z.p. uległa zmianie, polegającej na tym, że zwrot *„zamawiający wybiera"* zastąpiono zwrotem *„zamawiający może wybrać"*. Zmiana ta ma niewątpliwie charakter merytoryczny, a nie tylko językowy. Obecne brzmienie analizowanego przepisu wskazuje bowiem, że wybór kolejnej oferty jest jedną z możliwości, jakie w analizowanym przypadku ma zamawiający, a zatem że nie jest — jak to było wcześniej — możliwością jedyną. Nie można więc na podstawie aktualnej formuły art. 94 ust. 2 p.z.p. wyłączać istnienia po stronie wybranego wykonawcy obowiązku zawarcia umowy. Z drugiej strony obowiązek ten da się wywieść z samej istoty oferty, składanej przez tego wykonawcę. Zauważyć bowiem należy, że na gruncie systemu zamówień publicznych istotę oferty należy postrzegać tak, jak czyni się to w klasycznej cywilistyce (art. 14 p.z.p.)[63]. W cywilistyce natomiast zasadniczym skutkiem oferty jest stan związania oferenta złożoną przez siebie ofertą i ten stan związania nadaje ofercie sens. Jak bowiem zauważył Z. Radwański *„związanie (…) jest koniecznym skutkiem oferty wyznaczonym stanowczą decyzją oferenta o zawarciu umowy. Gdyby jego oświadczenie wykazywało, że konsekwencje te chce on uchylić, jego oświadczenia o zamiarze zawarcia umowy nie można by zakwalifikować jako ofertę"*[64]. Co do zasady stan związania polega na tym, że sam oblat może przez przyjęcie oferty doprowadzić do zawarcia umowy[65]. Jeśli jednak — tak, jak w przypadku umów zawieranych w systemie zamówień publicznych — przyjęcie oferty nie jest równoznaczne z dojściem umowy do skutku, to zasadnym wydaje się wniosek, że stan związania oznacza obowiązek złożenia oświadczenia woli stanowiącego powielenie treści oferty i prowadzącego do zawarcia umowy. Jeśli więc kluczowym elementem konstrukcji zawierania umów w ramach zamówień publicznych jest „cywilistyczna" oferta, to odmienne ujęcie zagadnienia rozsadzałoby tę konstrukcję i pozbawiałoby ją jakiegokolwiek sensu i znaczenia. W konkluzji należy zatem stwierdzić, że w aktualnym stanie prawnym obowiązek zawarcia umowy ciąży także na wykonawcy[66].

7. W piśmiennictwie dotyczącym zamówień publicznych można spotkać się z poglądem, jakoby w przypadku istnienia obowiązku zawarcia umowy podstawę roszczenia o jej zawarcie stanowił przepis art. 64 k.c. stanowiący, że prawomocne przeczenie sądu stwierdzające obowiązek złożenia oznaczonego oświadczenia woli zastępuje to oświadczenie[67]. Pogląd ten budzi wątpliwości. Powołany przepis określa bowiem jedynie prawne konsekwencje prawomocnego orzeczenia stwierdzającego obowiązek złożenia oświadczenia woli, nie może zatem być postrzegany jako samodzielne źródło tego obowiązku[68]. Obowiązek ten winien więc zawsze wynikać albo z przepisu prawa albo z czynności prawnej[69].

---

60 Zob. np. T. Czajkowski (red.): Prawo zamówień publicznych, Warszawa 2007, s. 327.

61 Zob. np. R. Szostak: Obowiązek…, s. 7; P. Kunicki: *op. cit.,* s. 12 i nast.

62 Ustawa z dnia 7 kwietnia 2006 r. o zmianie ustawy — Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. nr 79, poz. 551)

63 Tak samo A. Sowiński: Jeszcze o zamówieniach z wolnej ręki, Zamówienia Publiczne — Doradca 2008, z. 6, s. 34

64 Z. Radwański: *op. cit*., s. 327.

65 B. Gawlik: Procedura zawierania umowy na tle ogólnych przepisów prawa cywilnego (AT. 66–72 KC), Kraków 1977, s. 48. Zob. także M. Jasiakiewicz: *op. cit*., s. 89 i nast. oraz Z.Radwański: *op. cit.,* s. 327

66 Tak samo W. Dzierżanowicz, J. Jerzykowski, M. Stachowiak: Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX 2010

67 Tak T. Czajkowski: *op. cit.,* s. 327

68 Z. Radwański: *op. cit.,* s. 304 i nast.

69 Tak trafnie Sąd Apelacyjny w Poznaniu w orzecz. Powołanym w przypisie 18.

Wydaje się, że już dotychczasowe wywody dają dostateczną podstawę po temu, by mówić o tym, iż ciążący zarówno na zamawiającym, jak i na wykonawcy obowiązek zawarcia umowy obwarowany jest sankcją w postaci roszczenia drugiej strony o zawarcie umowy. W obu przypadkach źródło obowiązku zawarcia umowy i podstawy roszczenia o jej zawarcie należy upatrywać w czynnościach prawnych (oświadczeniach woli). Co do zamawiającego tą czynnością prawną jest oświadczenie o wyborze najkorzystniejszej oferty w związku z uprzednim ogłoszeniem o postępowaniu w sprawie zamówienia publicznego i specyfikacją istotnych warunków zamówienia, zaś co do wykonawcy — oferta. W każdym z tych oświadczeń, jeśli nie wyraźnie, to przynajmniej w sposób dorozumiany, zawarte jest swoiste zobowiązanie do zawarcia umowy będącej przedmiotem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, bowiem — jak była o tym mowa — tylko przyjęcie istnienia takiego zobowiązania nadaje sens wspomnianym oświadczeniom.

8. Tezę, w myśl której zarówno zamawiający, jak i wybrany wykonawca, mają roszczenie o zawarcie umowy, można uzasadnić także w inny sposób przynajmniej dla tych przypadków, w których wybór najkorzystniejszej oferty następuje w drodze przetargu nieograniczonego, przetargu ograniczonego oraz licytacji elektronicznej, którą należy postrzegać w kategoriach aukcji w rozumieniu przepisów kodeksu cywilnego (art. 70^2 k.c.).

Otóż w myśl art. 70^2 § 3 k.c. *„jeżeli ważność umowy zależy od spełnienia szczególnych wymagań przewidzianych w ustawie, zarówno organizator aukcji, jak i jej uczestnik, którego oferta została przyjęta, mogą dochodzić zawarcia umowy"*. Stosownie do treści art. 70^3 § 3 zd. 2 k.c. regułę tę stosuje się także do postępowania przetargowego. Ponieważ p.z.p. nie reguluje kwestii dochodzenia zawarcia umowy — z uwagi na unormowania z art. 14 i 139 ust. 1 p.z.p. — przytoczone przepisy zachowują aktualność w obszarze zamówień publicznych i znajdują w tym obszarze zastosowanie. Zachodzi bowiem przesłanka ich zastosowania w postaci uwarunkowania ważności umowy od spełnienia szczególnych ustawowych wymagań. W cywilistyce przyjmuje się, że chodzi tu zwłaszcza o wymagania co do formy zastrzeżonej przez ustawę pod rygorem nieważności albo wymóg uzyskania decyzji administracyjnej dla zawarcia umowy[70]. Jakkolwiek jest to wyliczenie jedynie egzemplifikacyjne, a nie taksatywne, to już w jego świetle zaistnienie przesłanki zastosowania art. 70^2 § 3 k.c. do umów zawieranych w zamówieniach publicznych nie powinno budzić wątpliwości, bowiem przepis art. 139 ust. 2 p.z.p. wymaga dla tych umów formy pisemnej zastrzeżonej *ad solemnitatem*[71].

Formuła art. art. 70^2 § 3 k.c. nie rozstrzyga wyraźnie, czy jego zastosowanie wchodzi w grę tylko w przypadku nieważności bezwzględnej, czy także w przypadku nieważności względnej, ale reguła *lege non distingunde* przemawia na rzecz tego drugiego rozwiązania, choć kwestia może być dyskusyjna. Jeśli jednak to rozwiązanie przyjąć, to w istocie całokształt przepisów p.z.p. stanowi ustawowe uwarunkowanie ważności umowy od szczególnych wymagań, co potwierdza treść art. 146 p.z.p.[72].

9. Zasadność roszczenia o zawarcie umowy przysługującego zamawiającemu albo wykonawcy uwarunkowana jest uchyleniem się drugiej strony od jej zawarcia. Kwestia została wyraźnie uregulowana co do przypadków, w których od zawarcia umowy uchyla się wykonawca (art. 94 ust. 2 p.z.p.), ale odnosi się także do sytuacji odwrotnej. W tym kontekście podkreślić należy, że nie każda odmowa zawarcia umowy może być poczytywana za uchylenie

---

[70] Z. Radwański: *op. cit.*, s. 365.

[71] Tak trafnie Sąd Okręgowy w Warszawie w orzecz. powołanym w przypisie 1.

[72] Nt. nieważności umowy na gruncie aktualnych przepisów o zamówieniach publicznych zob. H. Nowicki, I. Łazuga, J. Wyżgowski: *op. cit.*, s. 70 i nast.

się od zawarcia umowy[73]. Na tle przepisów o umowie przedwstępnej ugruntował się bowiem pogląd, że o uchylaniu się od zawarcia umowy przyrzeczonej można mówić tylko wówczas, gdy odmowa zawarcia umowy jest bezzasadna[74]. Pogląd ten jest aktualny także na gruncie przepisów o zamówieniach publicznych. Jeśli więc np. którakolwiek ze stron zasadnie odmawia zawarcia umowy z uwagi na nieważność postępowania w sprawie zamówienia publicznego, to nie można mówić o uchylaniu się od zawarcia umowy.

10. Wyegzekwowanie obowiązku zawarcia umowy następuje wyłącznie w drodze powództwa o stwierdzenie obowiązku zawarcia umowy (art. 1047 § 1 k.p.c.). Właściwym do rozpoznania tego powództwa jest tylko sąd, bo tylko prawomocne orzeczenie sądu wywołuje skutek zastępujący oświadczenie woli strony zobowiązanej (art. 64 k.c. i art. 1047 k.p.c.). Zasadnie zatem KIO nie uznaje swojej właściwości w omawianym zakresie[75].

Odnotować też należy, że jakkolwiek formalnie rzecz biorąc orzeczenie sądu zastępuje tylko oświadczenie strony zobowiązanej do zawarcia umowy, to jednak sam fakt wniesienia powództwa należy postrzegać jako oświadczenie strony uprawnionej. Dlatego moment uprawomocnienia się orzeczenia sądu należy traktować jako moment dojścia umowy do skutku[76]. Kwestia nie powinna budzić wątpliwości zwłaszcza co do umów zawieranych w systemie zamówień publicznych, jako że z uwagi na unormowanie z art. 140 p.z.p. nie zachodzi tu problem ustalenia treści umowy. Zawsze bowiem będzie ona odpowiadała ustaleniom wynikającym ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

11. Wystąpienie z roszczeniem o zawarcie umowy jest prawem zamawiającego albo wykonawcy, a nie jego obowiązkiem. Uprawniony nie musi zatem z tego prawa korzystać[77]. W takim przypadku będzie mu przysługiwało roszczenie odszkodowawcze. Jeśli bowiem uprawniony może żądać zawarcia umowy, to tym bardziej może żądać naprawienia szkody wynikłej z faktu, że umowa nie doszła do skutku (*argumentum a maiore ad minus*). Będzie to jednak odpowiedzialność odszkodowawcza w granicach tzw. ujemnego interesu umowy, a zatem — jak zasadnie stwierdził R. Szostak — chodzi tylko o różnicę w majątku uprawnionego wynikającą z faktu, że wdał się w postępowanie o udzielenie zamówienia[78]. Odpowiedzialność odszkodowawcza zaistnieje z pewnością, gdy od zawarcia umowy uchyla się zamawiający, a także wówczas, gdy od zawarcia umowy uchyla się wykonawca, który nie wniósł wadium, Natomiast w przypadku wniesienia przez wykonawcę wadium przyjmuje się, że przepada ono na rzecz zamawiającego, ale nie może on już dochodzić odszkodowania[79]. Kwestia jest jednak dyskusyjna, bowiem można bronić poglądu, że przepadek wadium przewidziany przepisem art. 70^4 § 2 k.c. oraz art. 46 ust. 5 p.z.p. realizuje jedynie funkcję represyjną oraz stymulacyjną, a nie kompensacyjną.

---

[73] Tak trafnie W. Dzierżanowicz, J. Jerzykowski, M. Stachowiak: *op. cit.*

[74] *Ibidem.*

[75] Zob. orzecz. KIO w sprawie KIO/UZP 1106/08 (niepubl.), omówione przez S. Wikariaka, Rzeczpospolita 2008, nr 255.

[76] Tak Z. Radwański: *op. cit.,* s. 310–313.

[77] W. Dzierżanowicz, J. Jerzykowski, M. Stachowiak: op. cit. Zob. także R. Szostak: Obowiązek…, s. 6–8.

[78] R. Szostak: Obowiązek…, s. 7.

[79] Tak R. Szostak: Obowiązek…, s. 7 oraz P. Kunicki: *op. cit.,* s. 14–15.

KONSORCJUM JAKO INSTRUMENT WSPARCIA MAŁYCH I ŚREDNICH PRZEDSIĘBIORCÓW W SYSTEMIE ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

dr Krzysztof Horubski
Zakład Publicznego Prawa Gospodarczego
Uniwersytet Wrocławski

dr hab. Tadeusz Kocowski
Zakład Publicznego Prawa Gospodarczego
Uniwersytet Wrocławski,
dr hab. prof. Uniwersytetu Ekonomicznego we Wrocławiu

Współcześnie w Polsce rozwój gospodarczy kraju uzależniony jest w dużej mierze od aktywności przedsiębiorców. Niezwykle ważną rolę pośród nich odgrywają mali i średni przedsiębiorcy zaliczani niegdyś do kategorii tzw. drobnej wytwórczości. Działalność podmiotów z sektora małych i średnich przedsiębiorców była jednym z podstawowych czynników gwałtowanego rozwoju gospodarczego Polski z początków lat`90 i przyczyniła się do ukształtowania aktualnie obowiązującego sytemu społecznej gospodarki rynkowej. Ich podstawowe i najważniejsze znaczenie, obok realizowanej działalności wytwórczej, budowlanej, usługowej czy handlowej, sprowadza się do tworzenia ogromnej liczby miejsc pracy, a tym samym zmniejszania negatywnego dla gospodarki zjawiska bezrobocia. Często podmioty z tej grupy, w sporej części kraju tworzą jedyne miejsca pracy. Ich duża mobilność, mniejsze wymagania co do kapitału początkowego, a także pracownicze zaangażowanie „rodzinne", pozwala tym jednostkom na szybkie dostosowanie się do zmieniających się warunków gospodarowania, tym samym gwarantując im dużą konkurencyjność. Paradoksalnie te cechy pozytywne, w określonych sytuacjach dowodzą wszakże słabości takich podmiotów gospodarczych. Niewielkie obroty jednostkowe, małe przychody i ograniczone możliwości finansowania prowadzonej działalności powodują, że bez stwarzania dogodnych warunków ich powstawania i rozwoju, miałyby one ograniczone możliwości „utrzymania się" na rynku.

Warunki działania małych i średnich przedsiębiorców biorąc pod uwagę ich mniejszą stabilność i siłę ekonomiczną, są w porównaniu z dużymi podmiotami gospodarczymi relatywnie trudniejsze. Z punktu widzenia interesów państwa rozwój tego sektora jest koniecznym składnikiem zrównoważonego rozwoju gospodarki jako całości. Stąd niewątpliwie państwo powinno być zainteresowane stworzeniem mechanizmów zapewniających wspieranie rozwoju małych i średnich przedsiębiorców.

Zarówno uregulowania unijne, jak i przepisy wewnętrzne, określając sytuację przedsiębiorców zwracają wyraźną uwagę na tę kategorię. Zgodnie z przepisem art. 173 TFUE[80] Unia i Państwa Członkowskie powinny wspierać tworzenie, z poszanowaniem zasad równości i konkurencji, korzystnych warunków do funkcjonowania i rozwoju, małych i średnich przedsiębiorstw. Kryteria zastosowane przy wyodrębnieniu mikroprzedsiębiorców, małych i średnich przedsiębiorców przyjęte w przepisach ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej[81] to średnie roczne zatrudnienie, roczny obrót netto ze sprzedaży towarów i usług

[80] Traktat z dnia 25 marca 1957 r. o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, wersja skonsolidowana Dz. U. UE z 2010 r., seria C, Nr 83, s. 1.

[81] Ustawa z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej, tj. Dz. U. z 2010 r., Nr 220, poz. 1447, z późn. zm.; dalej w skrócie jako usdg.

oraz operacji finansowych lub suma aktywów bilansu, w jednym z dwóch ostatnich lat obrotowych (art. 104–106 usdg).

Przepisy usdg o stosunku organów władzy publicznej do małych i średnich przedsiębiorców wspominają w dwu miejscach. W treści postanowień art. 8 stwierdzają wyraźnie, iż organy administracji publicznej wspierają rozwój przedsiębiorczości, tworząc korzystne warunki do podejmowania i wykonywania działalności gospodarczej, w szczególności wspierają mikroprzedsiębiorców oraz małych i średnich przedsiębiorców, zaś w art. 103 podkreślają, iż Państwo stwarza, z poszanowaniem zasad równości i konkurencji, korzystne warunki dla funkcjonowania i rozwoju mikroprzedsiębiorców, małych i średnich przedsiębiorców, także poprzez inicjowanie zmian stanu prawnego.

Jedną z form zapewnienia rozwoju przedsiębiorców sektora MŚP byłoby ułatwienie ich udziału w ogromnym co do swej wartości rynku zamówień publicznych. Zlecenia uzyskiwane od podmiotów publicznych, dawałyby tym podmiotom pewną stabilizację działalności i zapewnienie podstaw do rozwoju w warunkach gospodarki rynkowej. Ze względu wszakże na obowiązujące zasady i praktykę udzielania zamówień publicznych, rynek ten trudno uznać za w pełni przychylny tej kategorii przedsiębiorców.

Zasadom udzielania zamówień publicznych przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. — Prawo zamówień publicznych[82] poświęcają osobny rozdział. W szczególności przepis art. 7 ust. 1 stanowi jednoznacznie, że zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Jest to zgodne z treścią pkt 2 preambuły dyrektywy 2004/18/WE[83] stanowiącym, iż udzielanie zamówień podlega zasadom traktatowym, w szczególności zasadzie swobody przepływu towarów, swobody przedsiębiorczości oraz swobody świadczenia usług, a także zasadom, które się z nich wywodzą, takich jak: zasada równego traktowania, zasada niedyskryminacji, zasada wzajemnej uznawalności, zasada proporcjonalności oraz zasada przejrzystości.

Wykonawcami zamówień publicznych, w większości wypadków są podmioty posiadające status przedsiębiorców. Oznacza to, że przy postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, jak i w sytuacji udzielenia takiego zamówienia wszyscy przedsiębiorcy traktowani być powinni jednakowo niezależnie od posiadanego przez siebie statusu prawnego. Przepisy Pzp, podobnie jak i uregulowania unijne nie przewidują żadnych preferencji, które związane byłyby z wielkością wykonawcy czy reprezentowanym przez niego potencjałem gospodarczym. Biorąc pod uwagę skalę jednostkową udzielanych zamówień, mały potencjał wykonawczy przedsiębiorców sektora MŚP, w wielu przypadkach staje się przeszkodą w uzyskaniu zamówienia publicznego.

Mali i średni przedsiębiorcy są często na gruncie specyfikacji istotnych warunków zamówienia w oczywiście gorszej pozycji, niż przedsiębiorcy dysponujący dużym potencjałem kadrowym i finansowym. To samo dotyczy wymagań w zakresie przedstawiania niezbędnych dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Two-

---

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

[83] Dyrektywa 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi, Dz. U. UE L 134/114, z późn. zm.

rzą one swoiste bariery utrudniające udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego[84].

Faktycznie mniej korzystna sytuacja potencjalnych wykonawców zamówień publicznych, nie stanowi uzasadnienia i podstawy do wprowadzania w obowiązujących regulacjach prawnych, jakichkolwiek zasad preferencyjnych, które mogłyby naruszyć uczciwą konkurencję oraz równe traktowanie wykonawców. Tym niemniej ustawodawca wprowadził i wprowadza do przepisów o zamówieniach publicznych rozwiązania, które nie naruszając zasad podstawowych powinny służyć wyrównaniu szans małych i średnich przedsiębiorców w procesie uzyskiwania zamówień publicznych. Państwo wszakże, zgodnie z przytoczonymi przepisami usdg, powinno stwarzać, z poszanowaniem zasad równości i konkurencji, korzystne warunki dla funkcjonowania i rozwoju mikro-, małych i średnich przedsiębiorców także na rynku zamówień publicznych.

Rozwiązaniem, które niewątpliwie ułatwiało tym jednostkom gospodarczym uzyskiwanie zleceń od podmiotów publicznych było podniesienie wartości zamówienia, którego udzielenie musi się odbyć z zastosowaniem procedur przewidzianych w ustawie. Przepis art. 4 pkt 8 Pzp stanowi, że ustawy nie stosuje się do zamówień i konkursów, których wartość nie przekracza wyrażonej w złotych równowartości kwoty 14 000 euro. Przyjęcie tego rozwiązania niewątpliwie zwiększa szanse podmiotów sektora MŚP na wykonywanie tego typu zleceń, które raczej nie powinny być przedmiotem szczególnego zainteresowania dużych przedsiębiorców.

Omawianemu celowi niewątpliwie służy również możliwość dzielenia zamówienia na części. Przepisy ustawy (art. 32 ust. 2 i 4 Pzp) nie zabraniają dzielenia dużego zamówienia na części, co w konsekwencji powinno sprawiać, że stanie się ono bardziej dostępne dla małych i średnich przedsiębiorców. Jedynym prawnym ograniczeniem możliwości dzielenia dużych zamówień na części jest przepis art. 32 ust. 2 Pzp stanowiący, że zamawiający nie może w celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy dzielić zamówienia na części lub zaniżać jego wartości. Dzielenie zamówienia jest niestety kłopotliwe i prowadzi do zwiększenia po stronie zamawiających nakładów organizacyjnych na postępowania, stąd nie są oni zbytnio zainteresowani tego typu działaniami. Wszak przeprowadzenie mniejszej liczby postępowań przetargowych, skraca czas realizacji projektu i minimalizuje skutki opóźnień wynikających z nadmiernego stosowania środków ochrony prawnej przez wykonawców.

---

[84] Bariery te stały się przedmiotem osobnych badań, których rezultatem jest ich swoista „inwentaryzacja". Wyrażają się one przede wszystkim w:
- nadmiernej wielkość zamówienia w stosunku do potencjału i wielkości firmy,
- braku dostatecznych i jasnych informacji związanych, z jednej strony z możliwościami udziału w postępowaniu o zamówienie publiczne, z drugiej, z wymaganą procedurą,
- zbyt wysokich wymaganiach finansowych w zakresie gwarancji i zabezpieczeń,
- zbyt krótkim czasie przewidzianym na przygotowanie oferty,
- zbyt wysokich wymaganiach stawianych w zakresie posiadania atestów, certyfikatów, zaświadczeń, itp.,
- zbyt surowych wymaganiach związanych z technicznymi standardami przedmiotu zamówienia,
- wysokimi kosztami jakie związane są z uzyskaniem certyfikatów i atestów, a także z innymi obciążeniami finansowymi, takimi jak: wniesienie wadium, ustanowienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy,
- opóźnieniach w płatnościach dokonywanych przez zamawiającego,
- braku wiedzy zamawiających na temat odpowiednich wykonawców,
- zbyt częstym występowaniu małych i średnich przedsiębiorców w roli podwykonawców, a nie wykonawców, co ogranicza ich wpływ na wykonanie przedmiotu zamówienia i obniża wynagrodzenie,
- braku usług szkoleniowych w zakresie procedury zamówień publicznych,
- niejednoznaczności i niejasności kryteriów wyboru oferty (zob. Nowe podejście do zamówień publicznych. Zamówienia publiczne a małe i średnie przedsiębiorstwa i zrównoważony rozwój. Dokument przyjęty na posiedzeniu Rady Ministrów w dniu 8 kwietnia 2008 r., Warszawa 2008, s. 25).

Kolejnym rozwiązaniem prawnym mogącym ułatwić małym i średnim przedsiębiorcom udział w rynku zamówień publicznych jest możliwość posługiwania się przy realizacji zamówień podwykonawcami. Idea wprowadzenia instytucji podwykonawcy ma na celu realizację pkt 32 preambuły dyrektywy 2004/18/WE, gdzie wprost określa się jako jeden z celów reżimu prawnego udzielania zamówień zachęcenie małych i średnich przedsiębiorstw do udziału w tym rynku publicznym. Podmioty te w wielu wypadkach nie mogłyby samodzielnie uzyskać statusu wykonawcy, ale instytucja podwykonawstwa pozwala im na udział w realizacji zamówień publicznych, a tym samym na aktywizację tego sektora przedsiębiorców. Zauważyć jednak należy, że przepisy ustawy nie regulują w istocie pozycji podwykonawcy. Przedmiotem ich zainteresowania jest wykonawca. Stąd też podwykonawca pośrednio jedynie uczestniczy w tym procesie, a jego pozycja i rzeczywista rola zależy od woli wykonawcy i warunków jakie podwykonawca z nim wynegocjuje.

Inną formą współuczestnictwa małych i średnich przedsiębiorców w rynku zamówień publicznych będzie korzystanie z przewidzianej w art. 23 Pzp możliwości wspólnego ubiegania się o zamówienie. W poglądach doktryny i w orzecznictwie określana mianem konsorcjum (łac. *consortium* — zjednoczenie, od *consors* — uczestnik, współudziałowiec), choć treść właściwych przepisów ustawy takim pojęciem nie operuje[85]. Ta właśnie możliwość jest główną szansą dla działających wspólnie małych i średnich przedsiębiorców na skuteczne konkurowanie z dużymi przedsiębiorcami. Działanie wspólne, powinno pozwolić im na wyrównanie szans wynikających z nierówności potencjałów organizacyjnych i ekonomicznych jakie istnieją między przedsiębiorcami sektora MŚP, a przedsiębiorcami posiadającymi silną pozycję na danym rynku właściwym. Stąd też szczególnego znaczenia nabierają rozwiązania normatywne dotyczące wspólnego ubiegania się o zamówienia i jego późniejszej wspólnej realizacji, które same w sobie, służąc w zamierzeniu zwiększeniu szans konkurowania o zamówienia mniejszych przedsiębiorców nie powinny kreować dodatkowych barier w dostępie do zamówienia. Bariery takie mogą bowiem wynikać zarówno z określonego ukształtowania charakteru prawnego (formy prawnej) współdziałania w ubieganiu się o zamówienia, jak i z przyjętych ram prawnych funkcjonowania podmiotów wspólnie występujących w postępowaniu o udzielenie zamówienia. W dalszej części rozważań analizie poddane zostaną w związku z tym zagadnienia istoty prawnej konsorcjum jako postaci współudziału wykonawców w postępowaniu oraz prawne uwarunkowania wspólnego ubiegania się o zamówienie.

Istota prawna konsorcjum

Jedną z podstawowych i budzących szczególne wątpliwości kwestii odnoszących się do konsorcjum na gruncie przepisów Pzp jest zagadnienie jego charakteru prawnego. Dominuje pogląd, że pojęciem konsorcjum należy obejmować zarówno spółki cywilne, jak i zbliżone do nich umowne formy współdziałania podmiotów zmierzających do osiągnięcia wspólnego celu gospodarczego, w tym przypadku do uzyskania zamówienia publicznego[86].

Spotyka się również stanowisko, że konsorcjum jako takie mieści się w szeroko ujmowanym modelu spółki cywilnej[87]. Wedle tego poglądu wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie byliby kwalifikowani jako typowa spółka cywilna, lub jako jej specyficzna postać,

---

[85] M. Stachowiak [w:] M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2010, s. 162; W. Stodolak [w:] M. Winiarz (red.), Zamówienia publiczne po nowelizacji 2006, Wrocław 2006, s. 138.

[86] W. Stodolak [w:] M. Winiarz (red.), Zamówienia publiczne..., *op. cit*., s. 139.

[87] Tak. M. Stachowiak [w:] M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, Prawo..., *op. cit*., s. 162.

kreowana przez wspólników (przedsiębiorców) *ad hoc* na potrzeby występowania w postępowaniu o udzielenie zamówienia[88]. Byłaby to tzw. spółka okazyjna tworzona na krótko, w celu wykorzystania nadarzającej się okazji gospodarczej, najczęściej dla jednej określonej transakcji. Struktura taka z reguły ma na celu wykonanie przez kilku przedsiębiorców wspólnymi siłami dużego przedsięwzięcia, wymagającego udziału wielu wyspecjalizowanych jednostek, najczęściej robót budowlanych lub innych inwestycji, mieszczących się w granicach typu umowy o dzieło. W praktyce obrotu gospodarczego nie ma przeszkód by taka spółka okazyjna tworzyła się nawet po zawarciu umowy, o której realizację chodzi. Nierzadko spółka okazyjna tworzy wspólny majątek służący do prowadzenia wspólnych spraw, jednakże bardzo nieznaczny w porównaniu z rozmiarem zamierzonej działalności (np.: wspólne biuro mające charakter tylko koordynacyjny). Na ogół strony takich porozumień zobowiązują się wobec siebie do pokrywania odrębnie, z „osobistego" majątku, kosztów całej działalności i nie dzielą się zyskami w ustalonej proporcji, lecz z góry zakładają podział między siebie ceny kontraktowej odpowiednio do rozmiaru prac, które każda ma wykonać. Organizacja tak rozumianego konsorcjum może być różna, z wykorzystaniem wszelkich możliwości dyspozytywnej regulacji cywilnoprawnej[89]. Najczęściej jeden z uczestników spełnia rolę wiodącą (tzw. lidera) i to on — we wszystkich lub najważniejszych sprawach — w sposób wiążący pozostałych konsorcjantów występuje wobec głównego kontrahenta konsorcjum. Uczestnicy takiego porozumienia mogą kształtować w nim wewnętrzne zasady odpowiedzialności za wykonanie zobowiązań. Nierzadko to lider przyjmuje odpowiedzialność za zobowiązania pozostałych uczestników, choć z perspektywy kontrahenta konsorcjum zastosowanie w takim przypadku znajduje przepis art. 864 Kc, stanowiący o solidarnej odpowiedzialności wspólników. Konsorcjum w postępowaniu o udzielenie zamówienia byłoby w takim ujęciu właściwie wyspecjalizowaną odmianą spółki okazyjnej.

Obok koncepcji postrzegania konsorcjum na gruncie art. 23 Pzp jako specyficznej spółki cywilnej prezentowany jest pogląd o konieczności wyodrębnienia różnych form prawnych wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia. Jedną z nich byłaby umowa spółki cywilnej. Współudział w postępowaniu o udzielenie zamówienia wynikałby także z zawieranych w ramach swobody umów zobowiązaniowych (art. 353^1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 — Kodeks cywilny[90]) porozumień dotyczących wspólnego ubiegania się o zamówienie, nie wykazujących jednak wszystkich cech konstytutywnych dla umowy spółki cywilnej. Z takim poglądem korespondowałaby treść art. 23 ust. 2 Pzp nakładająca na podmioty wspólnie ubiegające się o zamówienie obowiązek ustanowienia pełnomocnika do ich reprezentowania w postępowaniu, z zawarciem umowy finalnej włącznie. W odniesieniu bowiem do spółki cywilnej określone są w art. 866 Kc ustawowe zasady reprezentacji wspólników spółki w obrocie gospodarczym, oparte na konstrukcji przedstawicielstwa, a nie pełnomocnictwa. Wobec czego należałoby uznać, że przepis art. 23 ust. 2 Pzp dotyczy porozumień innych niż umowa spółki cywilnej, umów konsorcjalnych, zawieranych w ramach korzystania ze swobody umów zobowiązaniowych (konsorcjum *sensu stricte*). Objęcie obowiązkiem ustanowienia pełnomocnika takich sytuacji wspólnego ubiegania się o zamówienie publiczne jest rozwiązaniem korzystnym, chroniącym interesy nie tylko zamawiającego, ale i wykonawców. Zamawiający składając pełnomocnikowi określone oświadczenia woli lub wiedzy ma bowiem gwarancję ich skuteczności wobec uczestników konsorcjum (mocodawców pełnomocnika), z drugiej strony wykonawcy w braku wspólnego pełnomocnika musieliby dokonywać wszystkich czynności w postępowaniu wobec zamawiającego wspólnie. W odniesieniu do spółki cywilnej nie można jednak przyjąć, że brak po stronie spółki cywilnej takiego pełnomocnika

[88] *Ibidem*, s. 162.

[89] Por. A. W. Wiśniewski, Prawo o spółkach. Podręcznik praktyczny. Tom I, Warszawa 1992, s. 119–120.

[90] Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. — Kodeks cywilny, Dz. U. Nr 16, poz. 93, z późn. zm.; dalej w skrócie jako Kc.

miałby nieść ze sobą negatywne konsekwencje dla wspólników, w sytuacji gdy ich spółka byłaby prawidłowo reprezentowana na zasadach określonych w Kc[91].

To właśnie kwestia ustawowo określonych zasad reprezentacji (z możliwością ich modyfikacji umową spółki, bądź uchwałą wspólników — art. 866 Kc) w szczególności odróżnia konstrukcję prawną spółki cywilnej od konsorcjum opartego na umowie konsorcjalnej (nienazwanej)[92]. Z reguły konsorcjum *sensu stricte* tworzone będzie na potrzeby wspólnej realizacji jednorazowego przedsięwzięcia. Spółka cywilna natomiast jest najczęściej formą dążenia do osiągania celów wspólników w ramach działalności gospodarczej prowadzonej w sposób ciągły. Wskazanie takiego zamiaru wspólników nie należy jednak do *essentialia negotii* umowy spółki cywilnej. Nie są wykluczone spółki cywilne tworzone dla realizacji zamierzeń jednorazowych, nawet nie rozciągniętych w czasie. Podobnie umowa konsorcjalna nie musi dotyczyć jedynie pojedynczych inicjatyw, lecz może konkretyzować szerzej rozumianą współpracę jej stron, przy wielu różnych przedsięwzięciach gospodarczych. Zarówno umowa spółki cywilnej jak i umowa konsorcjalna zakładają dążenie do osiągnięcia wspólnego celu gospodarczego. Trwałość tych dążeń występująca z reguły przy spółce cywilnej prowadzi do ukształtowania się w jej ramach odrębnej masy majątkowej — wspólnego majątku wspólników opartego na zasadzie wspólności łącznej (art. 863 Kc). Majątek taki nie kształtuje się w ramach współpracy opartej na tak rozumianej umowie konsorcjalnej. Współdziałanie poprzez wnoszenie wkładów, w tym praw majątkowych, nie jest jednak koniecznym elementem, kreującym spółkę cywilną. Art. 860 § 1 Kc stanowi, że z umowy spółki cywilnej winno wynikać wzajemne zobowiązanie wspólników wobec siebie do osiągnięcia celu gospodarczego przez działanie w sposób oznaczony, przy czym wniesienie wkładów jest tylko jednym z sposobów takiego działania. Zarówno spółka cywilna w obrocie gospodarczym, jak i konsorcjum *sensu stricte* w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego występują w sposób jawny. W końcu odpowiedzialność solidarna wspólników za zobowiązania spółki jest obligatoryjna w spółce cywilnej (art. 864 Kc), a w odniesieniu do konsorcjum *sensu stricte*, jako formy współdziałania przy realizacji zamówienia publicznego, wynika z treści art. 141 Pzp. Nie ulega wątpliwości, że w praktyce obrotu gospodarczego może dochodzić do zacierania przedstawionych powyżej różnic pomiędzy „typową" spółką cywilną, a stosunkiem prawnym wynikającym z umowy konsorcjalnej, co może z kolei rodzić wątpliwości co do charakteru prawnego danej formy współdziałania w osiąganiu celów gospodarczych.

Podsumowując założenia tej koncepcji należy wskazać, że podstawowymi elementami odróżniającymi spółkę cywilną od form współdziałania opartych na umowie konsorcjalnej będą: występowanie w obrocie prawnym w oparciu o mającą swe źródło w ustawie zasadę przedstawicielstwa (bez konieczności działania wspólnie lub przez wspólnego pełnomocnika) oraz istnienie wspólnego majątku wspólników, jeśli powstanie w ramach danej spółki cywilnej.

Powyższe rozważania ukazują problemy jakie towarzyszą jednoczesnemu kwalifikowaniu spółek cywilnych oraz konsorcjów *sensu stricte* jako przejawów wspólnego ubiegania się wykonawców o zamówienie w rozumieniu art. 23 Pzp. W odpowiedzi na nie ukształtował się pogląd o podstawach dokonania odmiennej niż powszechnie przyjęta wykładni kategorii pojęciowej „jednostek organizacyjnych nieposiadających osobowości prawnej" jako wykonawców w rozumieniu art. 2 pkt 11 Pzp. Oparty na założeniu, że wyróżnione pojęcie nie jest w pełni tożsame z unormowaną w art. 33^1 Kc konstrukcją jednostek organizacyjnych, niebę-

---

[91] Tak wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 4 lipca 2007 r. w sprawie UZP/ZO/0-352/07, www.uzp.gov.pl.; dalej jako wyrok w sprawie UZP/ZO/0-352/07.

[92] J. Lic wskazuje na możliwość przyjęcia, że jest to umowa nienazwana typu joint venture (J. Lic, Konsorcjum w zamówieniach publicznych, Prawo zamówień publicznych. Kwartalnik, 4/2008, s. 101).

dących osobami prawnymi, którym ustawa przyznaje zdolność prawną[93]. Uzasadniałoby to wniosek, że ta kategoria wykonawców obejmuje oprócz tzw. ułomnych osób prawnych[94], nieposiadających osobowości prawnej, lecz wyposażonych przez ustawę w zdolność prawną, także takie jednostki organizacyjne, które nie mogą być podmiotami uprawnień i obowiązków wynikających z przepisów prawa, lecz w stosunku, do których ustawa określa zasady ich występowania w obrocie prawnym, oraz elementy organizacji[95]. W konsekwencji do przedstawionej kategorii wykonawców należałoby zakwalifikować nie tylko spółki osobowe prawa handlowego, ale także nieposiadające zdolności prawnej spółki cywilne[96], oddziały przedsiębiorców zagranicznych, czy samorządowe zakłady budżetowe[97]. Jednostki takie wprawdzie nie mogą być podmiotami stosunków cywilnoprawnych, lecz z ich występowaniem w obrocie prawnym normy prawne wiążą skutki po stronie podmiotów, których taka jednostka organizacyjna jest częścią, lub które taką jednostkę utworzyły. Inaczej mówiąc w sytuacjach, w których ustawodawca przewidział w stosunku do jednostek organizacyjnych zasady ich występowania w obrocie prawnym (zasady reprezentacji) należałoby przyjąć, że to właśnie te jednostki dokonują określonych czynności prawnych (działają) ze skutkiem dla innych osób wyposażonych w zdolność prawną lub osobowość prawną[98].

Pogląd ten opiera się na uwypuklaniu odrębności spółki cywilnej w stosunków do innych typów porozumień o współdziałaniu uczestników obrotu gospodarczego. Niemniej jednak należy pamiętać, że nie wyłącza on traktowania wspólników jako podmiotów praw i obowiązków, które są nabywane w ramach działalności spółki. Prowadzi to do stwierdzenia, że nawet gdyby przyjąć perspektywę postrzegania spółki cywilnej jako jednego wykonawcy, to nie zmieni to faktu konieczności stosowania wobec niej w niektórych sytuacjach zasad odnoszących się do wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie określonych w art. 23 ust. 3 Pzp (odpowiednie stosowanie przepisów dotyczących jednego wykonawcy). Przykładem byłaby ocena spełniania warunku udziału w postępowaniu polegającego na posiadaniu uprawnień, w zasadzie publicznoprawnych[99], do prowadzenia określonej działalności lub czynności w sytuacji, gdy przepisy prawa tego wymagają (art. 22 ust. 1 pkt 1 Pzp). W świetle takich przepisów uprawnionym będzie wspólnik, a nie pozbawiona zdolności prawnej spółka cywilna. Gdyby więc w ramach spółki cywilnej takie uprawnienie posiadał tylko jeden wspólnik należałoby przyjąć, że „wnosi" on w tym zakresie potencjał do spółki jako wykonawcy. Powinno to być wystarczające do przyjęcia, że spółka, postrzegana w tym momencie jako grupa wspólników spełnia ten warunek udziału w postępowaniu.

Za akceptacją trzeciej z przedstawionych koncepcji, zgodnie z którą spółka cywilna nie podlega kwalifikacji jako forma współdziałania wykonawców wspólnie ubiegających o udzielenie zamówienia, lecz jako wykonawca „pojedynczy" w rozumieniu art. 2 pkt 11 Pzp przemawia także gwarantowana wykonawcom, a wynikająca z zasad równego traktowania i ochrony

---

93 J. Lic, Konsorcjum..., *op. cit*., s. 98–99.

94 Zob. A. Wolter, J. Ignatowicz, K. Stefaniuk, Prawo cywilne. Zarys części ogólnej, Warszawa 2000, s. 229.

95 J. Lic, Konsorcjum..., *op. cit*., s. 98–99.

96 W wyroku w sprawie UZP/ZO/0-352/07 stwierdzono, że „wspólnicy spółki cywilnej (...) nie są wykonawcami wspólnie ubiegającymi się o udzielenie zamówienia i nie mają obowiązku ustanowienia pełnomocnika". Natomiast w wyroku Zespołu Arbitrów z dnia 29 lipca 2004 r. w sprawie UZP/ZO-1161/04 (www.uzp.gov.pl) wskazano, że „art. 2 pkt 11 ustawy wyraźnie definiuje wykonawcę, w czym zawiera się również spółka cywilna". Pogląd zawarty w tych wyrokach sformułowano w odniesieniu do zasad reprezentacji spółki, nie natomiast w odniesieniu do kwestii spełniania przez nie warunków udziału w postępowaniu.

97 J. Lic, Konsorcjum..., *op. cit*., s. 99–100.

98 *Ibidem*, s. 100.

99 W szczególności chodzi o koncesje, zezwolenia, licencje, zgody, uprawnienia zawodowe.

konkurencji swoboda wybory formy organizacyjno-prawnej ubiegania się o zamówienie publiczne[100]. Zasada ta sprzeciwia się wymaganiu od wspólników spółki cywilnej, aby Ci składali ofertę jako konsorcjum odrębnych przedsiębiorców poprzez wspólnego pełnomocnika, podczas gdy w innych obszarach aktywności gospodarczej dopuszczalne jest ich działanie w ramach spółki cywilnej na zasadach ustawowo określonej reprezentacji i odpowiedzialności solidarnej za zobowiązania, przy założeniu jednak, że nabywane w ten sposób prawa i obowiązki odnoszą się bezpośrednio do wspólników. W tym przypadku przesądzająca powinna być decyzja samym wspólników co do tego czy występują w postępowaniu pod szyldem spółki cywilnej o określonej nazwie, czy też jako konsorcjum wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie[101].

Nie starając się przesądzać prymatu którejś z przedstawionych koncepcji, a także o ich większym bądź mniejszym walorze praktycznym, ogniskujemy dalsze rozważania na zagadnieniu wspólnego ubiegania się o zamówienie opartego na umowie konsorcjalnej jako umowie nienazwanej. Nie kwestionujemy jednak możliwości postrzegania w niektórych sytuacjach udziału w postępowaniu „typowej" spółki cywilnej jako formy wspólnego ubiegania się o zamówienie jej wspólników.

Prawne uwarunkowania wykorzystania konsorcjum przez małych i średnich przedsiębiorców

Uprawnienie do wspólnego ubiegania się o zamówienie wynika wprost z przepisów Pzp (art. 23), co oznacza, iż nie jest wymagane by zamawiający wyraźnie dopuszczał, czy wypowiadał się o takiej możliwości w specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub innych dokumentach postępowania.[102] Brak takich unormowań nie oznaczałby jednak niemożności wspólnego ubiegania się o zamówienie, należy bowiem uznać, że możliwość ta jest implikowana przez podstawowe dla udzielania zamówień publicznych zasady równego traktowania wykonawców i ochrony konkurencji. Dyrektywy unijnego prawa zamówień również odnoszą się do kwestii wspólnego ubiegania się o zamówienie, stanowiąc, że grupy wykonawców mogą składać oferty lub wysuwać swoje kandydatury (art. 4 ust. 2 dyrektywy 2004/18/WE oraz art. 11 ust. 2 dyrektywy 2004/17/WE[103]). Jednocześnie w przepisach tych zakazuje się zamawiającemu stawiania wymogów w zakresie przybierania przez wykonawców określonych form organizacyjno-prawnych na etapie składania ofert, bądź wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Dopuszcza się jednak możliwość stawiania wspomnianego wymogu na etapie realizacji zamówienia (w warunkach umowy w sprawie zamówienia), gdyby było to niezbędne dla jego prawidłowego wykonania. Potwierdza to sygnalizowaną już wyżej zasadę swobody wyboru formy organizacyjno-prawnej ubiegania się o zamówienie.

Należy w tym miejscu podkreślić, że podstawowym obowiązkiem zamawiającego jest traktowanie na równych zasadach wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie oraz wykonawców działających samodzielnie. Niedopuszczalne będzie w szczególności różnico-

---

[100] Zob. wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 21 lipca 2006 r. w sprawie UZP/ZO/0–2083/06, www.uzp.gov.pl.

[101] J. Lic, Konsorcjum..., *op. cit.*, s. 105.

[102] M. Stachowiak [w:] M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, Prawo..., *op. cit.*, s. 161–162.

[103] Dyrektywa 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. koordynująca procedury udzielania zamówień publicznych przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, Dz. U. UE L 134/1, z późn. zm.

wanie warunków udziału w postępowaniu wobec wykonawców występujących wspólnie poprzez stawianie im wymogów dodatkowych[104].

Wskazuje się, że często to właśnie dążenie do spełnienia warunków udziału w postępowaniu (art. 22, art. 24 ust. 1 Pzp) jest główną, czasem jedyną przyczyną, dla której powstają grupy przedsiębiorców wspólnie ubiegających się o zamówienia publiczne[105]. Kryteria kwalifikacji podmiotowej wykonawców stanowią bowiem zasadniczą barierę w dostępie do rynku zamówień publicznych, a spełnienie objętych nimi wymogów służących weryfikacji zdolności do wykonania zamówienia oraz wiarygodności stanowi warunek konieczny dopuszczenia do oceny oferty wykonawcy (wykonawców). Jednocześnie należy podkreślić, że w niektórych trybach udzielania zamówień kryteria kwalifikacji podmiotowej mogą nabierać charakteru selekcyjnego, służąc wyłonieniu wykonawców, którzy spełniają je w najwyższym stopniu (zob. art. 51 ust. 2, art. 57 ust. 3, 60d ust. 3 Pzp).

Art. 23 ust. 3 Pzp stanowi, że do takich wykonawców stosuje się odpowiednio przepisy dotyczące wykonawcy samodzielnie ubiegającego się o zamówienie. Unormowanie to jest bardzo lakonicznie. Wynika z niego, że konsorcjum wykonawców należy traktować tak jakby byli jednym wykonawcą. Stosowanie tego postanowienia ustawowego szczególnie w płaszczyźnie weryfikacji spełniania przez konsorcjum warunków udziału w postępowaniu budzi liczne wątpliwości i kontrowersje w praktyce.

Wobec zasadniczego celu zawiązywania porozumień konsorcjalnych, a więc dążenia do wspólnego spełnienia wymogów koniecznych dla uzyskania zamówienia publicznego podstawową kwestią staje się wskazanie sytuacji, w których wymogi te musi spełnić odrębnie każdy z uczestników konsorcjum, oraz sposobów dopuszczalnego „sumowania" potencjałów podmiotowych poszczególnych konsorcjantów.

Rozważając to zagadnienie w pierwszej kolejności należy podkreślić, że konieczność odrębnego spełniania w całości przez każdego z uczestników kryteriów podmiotowych należy uznać za wyjątek od ogólnej zasady wspólnego (łącznego, sumarycznego) wykazywania ich spełnienia przez członków konsorcjum. W wyroku w sprawie KIO/1197/10[106] Krajowa Izba Odwoławcza[107] stwierdziła, że możliwość sumowania potencjału „poszczególnych wykonawców tworzących konsorcjum w celu uznania, iż spełniają warunki udziału w postępowaniu, nie jest zasadą absolutną, którą można generalnie rozciągnąć na wszystkie sytuacje oraz wszystkie warunki udziału w postępowaniu (…). Natomiast fakt, że konkretne żądanie spełniania i wykazywania danego warunku przez wszystkich wykonawców ubiegających się razem o udzielenie zamówienia jest sprzeczne z istotą i celem zawierania konsorcjów, a tym samym narusza konkurencję, należałoby udowodnić." Wśród tych wyjątków polegających na odstępstwie od zasady „łączenia potencjałów" należy wyróżnić takie, które wynikają z istoty danego kryterium podmiotowego ściśle związanego z osobą każdego wykonawcy, oraz wynikające z obiektywnie uwarunkowanych względów prawidłowości realizacji konkretnego przedmiotu zamówienia. Wśród tych pierwszych należy niewątpliwie wskazać na przesłanki wykluczenia wykonawcy (negatywne warunki udziału w postępowaniu) określone w art. 24 ust. 1 Pzp. Warunki te dotyczą wiarygodności wykonawcy, w związku z tym mają ściśle personalny charakter i muszą być weryfikowane odrębnie wobec każdego z podmiotów wspól-

---

[104] M. Stachowiak [w:] M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, Prawo... *op. cit.*, s. 162.

[105] G. Wicik, P. Wiśniewski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2007, s. 167–168.

[106] Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 lipca 2010 r. w sprawie KIO/1197/10; www.uzp.gov.pl.

[107] Dalej w skrócie KIO lub Izba.

nie ubiegających się o zamówienie[108]. Przesłanki wykluczenia określone w art. 24 ust. 1 Pzp nie są związane z postępowaniem, w którym wykonawcy ubiegają się wspólnie o zamówienie[109], dotyczą bowiem związanych z każdym uczestnikiem konsorcjum różnych aspektów rzetelności prowadzonej przez niego działalności, w tym wywiązywania się z obowiązków (obciążeń) publicznoprawnych. Nie budzi więc wątpliwości, że w tym zakresie konieczne jest przeprowadzenie odrębnej oceny wiarygodności każdego z uczestników konsorcjum i nie występuje tu sytuacja potencjałów nadających się do sumowania[110]. W tym miejscu powstaje pytanie o szczególnej doniosłości z perspektywy efektywności wspólnego występowania w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a mianowicie — czy wykluczenie jednego uczestnika konsorcjum powoduje konieczność wykluczenia pozostałych a tym samym odrzucenia wspólnej oferty zgodnie z art. 24 ust 4 Pzp? Biorąc pod uwagę główną funkcję porozumień zakładających wspólne ubieganie się o zamówienia jaką jest dążenie do spełnienia warunków udziału w postępowaniu, których nie jest w stanie spełnić każdy z wykonawców z osobna, należałoby przyjąć, że wykluczenie jednego wykonawców w sytuacji, gdy pozostali nadal będą spełniali wszystkie kryteria kwalifikacji podmiotowej powinno umożliwiać im dalsze wspólne ubieganie się o udzielenie zamówienia[111]. J. Lic wskazuje, że w tym przypadku oferta wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie pozostaje w mocy, ponieważ oferta taka jest niejako sumą oświadczeń woli uczestników konsorcjum. Oferta taka nie traci „waloru oferty wspólnej przez to, że jedno ze składowych oświadczeń woli stało się nieaktualne"[112]. Zgodnie z art. 82 ust. 1 Pzp wykonawca może złożyć jedną ofertę, odpowiednie stosowanie tego przepisu do sytuacji wykonawców ubiegających się wspólnie o uzyskanie zamówienia powoduje konieczność przyjęcia, że składają oni jedną ofertę w postępowaniu o udzielenie zamówienia stanowiącą sumę zgodnych oświadczeń woli. Wskazane rozstrzygnięcie analizowanego problemu nie budzi wątpliwości także z perspektywy obowiązku przestrzegania podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych, tj. zasady równego traktowania i zasady ochrony konkurencji.

Do spornych kwestii w analizowanej problematyce należy także problem oceny wspólnego spełniania warunków udziału w postępowaniu w odniesieniu do przesłanki posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności (art. 22 ust. 1 pkt 1 Pzp). W przeszłości w poglądach doktryny obecne były dwie koncepcje. Pojawiał się pogląd o konieczności odrębnego badania tych kwestii w stosunku do każdego z wspólnie ubiegających się o zamówienie[113]. Koncepcja ta zakładała możliwość brania pod uwagę łącznego potencjału technicznego i kadrowego, kwalifikacji, doświadczenia oraz sytuacji ekonomicznej wykonawców, przy założeniu, że każdy uczestnik konsorcjum musi odrębnie udokumentować posiadanie niezbędnych uprawnień[114]. Druga z koncepcji zakładała możliwość poddania także tego warunku łącznej ocenie spełnienia w ramach sumowania potencjału członków konsorcjum. W wyroku Zespołu Arbitrów w sprawie UZP/ZO/0-43/05[115]

---

[108] Zob. wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 20 stycznia 2005 r. w sprawie UZP/ZO/0-44/05; dalej jako wyrok w sprawie UZP/ZO/0-44/05.

[109] J. Baehr [w:] T. Czajkowski (red.), Prawo zamówień publicznych. Komentarz. Wydanie III, Warszawa 2007, s. 133–134.

[110] M. Stachowiak [w:] M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, Prawo..., *op. cit.*, s. 163; G. Wicik, P. Wiśniewski, Prawo..., *op. cit.*, s. 103; zob. również wyrok w sprawie UZP/ZO/0-44/05.

[111] Tak J. Lic, Konsorcjum..., *op. cit.*, s. 108, odmiennie G. Wicik, P. Wiśniewski, Prawo..., *op. cit.*, s. 173.

[112] J. Lic, Konsorcjum..., *op. cit.*, s. 108–109.

[113] Zob. A. Kurowska, M. Sarnowski, G. Wicik, P. Wiśniewski, Analiza wyroków sądów okręgowych oraz analiza orzeczeń Zespołów Arbitrów, Warszawa 2006, s. 107–108.

[114] *Ibidem*, s. 108.

[115] Wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 20 stycznia 2005 r. w sprawie UZP/ZO/0-43/05, www.uzp.gov.pl

ustalono, że odpowiednio stosując na podstawie art. 23 ust. 3 Pzp przepisy dotyczące warunków udziału w postępowaniu należy przyjąć, że wymagane jest „łączne spełnienie tych warunków przez członków konsorcjum. Tylko taka interpretacja, bowiem zapewnia zachowanie zasady równego traktowania wykonawców. Do takiego wniosku prowadzi również wykładnia celowościowa zgodnie, z którą konsorcjum zawiązywane jest w celu łącznego ubiegania się o zamówienie przez wykonawców, którzy samodzielnie nie są w stanie wypełnić warunków postawionych przez zamawiającego". Wniosek ten został odniesiony do wszystkich pozytywnych warunków udziału w postępowaniu, objętych w aktualnym brzmieniu ustawy art. 22 ust. 1 pkt 1–4[116]. Obecnie dominuje trafne stanowisko, że wystarczającym jest, by jeden z wykonawców posiadał komplet uprawnień w zakresie w jakim wymagają tego przepisy prawa, lub by wykonawcy komplementarnie dopełniali się w tym aspekcie, legitymując się różnymi koniecznymi uprawnieniami potrzebnymi do wykonania zamówienia[117]. W pierwszej ze wskazanych sytuacji pozostali konsorcjanci wykonywali by zamówienie w takim zakresie w jakim nie wymagałoby to posiadania szczególnych uprawnień, a ich obecność w grupie wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie wynikałaby z spełniania innych warunków udziałów np.: w zakresie sytuacji finansowej, czy potencjału technicznego. Tylko w wypadku, gdy ze specyfiki przedmiotu zamówienia wynika, że uprawnienie do jego wykonywania musi mieć każdy z konsorcjantów należy przyjąć konieczność odrębnego spełniania tego warunku. Jeśli posiadanie uprawnień wymagane jest w odniesieniu do części przedmiotu zamówienia konieczne będzie wykazanie, że dysponuje nimi ten z wykonawców, który będzie tę część wykonywał[118].

W odniesieniu do pozytywnych warunków udziału w postępowaniu objętych treścią art. 22 ust. 1 pkt 2–4 Pzp (wiedza i doświadczenie, potencjał techniczny, osoby zdolne do wykonania zamówienia, sytuacja ekonomiczna i finansowa) w zasadzie nie budziło wątpliwości ogólne założenie o możliwości ich oceny poprzez sumowanie potencjałów wykonawców[119]. Niemniej jednak nie oznacza to, że stosowanie tego założenia w praktyce nie nastręcza trudności. Sporne jest m.in. — czy mogą podlegać sumowaniu określone w polisach ubezpieczeniowych wartości ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności? Pojawia się pogląd, że ochrona ubezpieczeniowa jednego z konsorcjantów nie obejmuje innych członków konsorcjum, dlatego też warunek udziału w tym zakresie powinien spełniać odrębnie każdy z wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie[120]. Odmienne rozstrzygnięcie tej wskazanej kwestii zawarto w wyroku KIO w sprawie KIO-1511/10[121]. Izba nie kwestionowała możliwości sumowania wartości ubezpieczeń odpowiedzialności cywilnej, wynikającej z różnych polis przedłożonych przez konsorcjantów. Uznała, że konieczne jest osiągnięcie wymaganej w specyfikacji wartości ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej wykonawcy, co było możliwe także przez przedłożenie polis łącznie opiewających na wymaganą sumę pieniężną. Polisy te miały spełniać warunek opłacenia na dzień dokonywania oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Sumowanie potencjałów w tym za-

---

[116] W brzmieniu w dacie orzekania warunki te były objęte treścią art. 22 ust. 1 pkt 1–3 Pzp.

[117] J. Baehr [w:] T. Czajkowski (red.), Prawo..., *op. cit.*, s. 129.

[118] G. Wicik, P. Wiśniewski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2007, s. 173.

[119] Zob. A. Kurowska, M. Sarnowski, G. Wicik, P. Wiśniewski, Analiza wyroków sądów okręgowych oraz analiza orzeczeń Zespołów Arbitrów, Warszawa 2006, s. 107; wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 28 stycznia 2005 r. w sprawie UZP/ZO/0-119/05, www.uzp.gov.pl

[120] Tak M. Stachowiak [w:] M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, Prawo..., *op. cit.*, s. 164.

[121] Wyrok KIO z dnia 30 lipca 2010 r. w sprawie KIO 1511/10; tak również wyrok KIO z dnia 4 października 2010 r. w sprawie KIO 2066/10, www.uzp.gov.pl; dalej jako wyrok w sprawie KIO 2066/10.

kresie znajduje także uzasadnienie w zasadzie solidarnej odpowiedzialności wykonawców wspólnie wykonujących zamówienie wynikającej z art. 141 Pzp.[122].

Niemniej jednak nie można przyjąć ogólnego obowiązywania zasady swobody łączenia potencjałów technicznych, personalnych, w zakresie wiedzy, doświadczenia i sytuacji finansowej, abstrahując od specyfiki przedmiotu zamówienia. W orzecznictwie wypowiedziano pogląd o niemożności wykluczenia uprawnienia zamawiającego do „doprecyzowania wymogów, w odniesieniu do wykonawców działających wspólnie przede wszystkim w zakresie warunków, które nie mogą podlegać prostemu sumowaniu." Stwierdzenie to odniesiono do robót specjalistycznych, w stosunku do których nie można „przeprowadzać prostego sumowania prac zrealizowanych przez poszczególnych członków konsorcjum co do ich zakresu i wartości, jako mającego przekładać się na doświadczenie.[123]" W wyroku w sprawie KIO 1197/10 Izba uznała, że choć podstawową zasadą wspólnego ubiegania się o zamówienie jest możliwość łącznego spełniania warunków udziału w postępowaniu, to zasada ta nie może podlegać absolutyzacji. Jeśli więc specyfika przedmiotu zamówienia, uwarunkowana obowiązującymi przepisami prawa, uzasadnia w sposób obiektywny wymóg dysponowania przez każdego z konsorcjantów odrębnie odpowiednim potencjałem osobowym, to należy przyznać zamawiającemu możliwość takiego ukształtowania warunków udziału w postępowaniu[124].

Wśród czynników warunkujących skuteczność wspólnego ubiegania się o zamówienia należy wskazać nie tylko na zasady dotyczące łączenia potencjałów konsorcjantów, ale także na możliwość wykazywania spełnienia warunków w zakresie doświadczenia, związaną z wcześniejszym uczestnictwem w konsorcjum realizującym zamówienie, lub z podwykonawstwem. Istnieje więc możliwość powoływania się przez konsorcjantów na doświadczenie jakie uzyskali w ramach podwykonawstwa przy wykonywaniu robót budowlanych, usług, czy dostaw podobnych, co nie znaczy, że tożsamych do przedmiotu zamówienia w postępowaniu, w którym o zamówienie się aktualnie ubiegają. Znajduje ona potwierdzenie w orzecznictwie[125] i poglądach doktryny[126]. O szczególnym znaczeniu instytucji konsorcjum dla zwiększenia szans przedsiębiorców sektora MŚP w ubieganiu się o zamówienie przesądzają także dalsze zasady akceptowane w orzecznictwie, zgodnie z którymi „członek konsorcjum nabywa doświadczenie w zakresie działalności całego konsorcjum, a wykonawca również w przedmiocie świadczenia przez podwykonawcę, nie wkraczając w sferę wiążącego ich stosunku prawnego"[127].

---

[122] Analogiczne stanowisko KIO zajęła wobec sytuacji dysponowania tylko przez jednego z konsorcjantów gwarancją ubezpieczeniową obejmującą wadium — zob. wyrok z dnia 31 marca 2008 r. w sprawie KIO/UZP 223/08; www.uzp.gov.pl

[123] Wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 10 października 2005 r. w sprawie V Ca 428/05, fragment treści wyroku za A. Kurowska, M. Sarnowski, G. Wicik, P. Wiśniewski, Analiza wyroków sądów okręgowych oraz analiza orzeczeń Zespołów Arbitrów, Warszawa 2006, s. 108; zob. również Orzeczenie Głównej Komisji Orzekającej z dnia 20 września 2007 r. w sprawie Nr DF/GKO-4900-38/42/07/1725, www.mf.gov.pl

[124] W treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia rozstrzyganej analizowanym wyrokiem sprawy zamawiający postawił warunek, aby każdy z wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie spełniał wymogi ustawy z dnia 22 stycznia 1999 r. o ochronie informacji niejawnych (Dz. U. Nr 11, poz. 95, z późn. zm.) w zakresie ochrony informacji niejawnych, stanowiących tajemnicę służbową oznaczonych klauzulą „poufne" poprzez dysponowanie pełnomocnikiem ochrony informacji niejawnych. Żądanie takie można obiektywnie uzasadnić możliwością potencjalnego kontaktu przez każdego z wykonawców realizujących zamówienie z informacjami niejawnymi zamawiającego.

[125] Zob. wyrok w sprawie KIO 2066/10.

[126] A. Piotrowska, Spełnienie przesłanek udziału w postępowaniu o zamówienie publiczne — wymóg posiadania uprawnień, wiedzy i doświadczenia — w perspektywie prawa UE [w:] A. Borowicz, M. Królikowska-Olczak, J. Sadowy, W. Starzyńska (red.), Ekonomiczne i prawne zagadnienia zamówień publicznych. Polska na tle Unii Europejskiej, Warszawa 2010, s. 277.

[127] Tak wyrok KIO z dnia 14 lipca 2009 r. w sprawie KIO 823/09, www.uzp.gov.pl

Nie ma podstaw do kwestionowania doświadczenia wykonawcy, ze względu na charakter prawny stosunku łączącego go z innymi podmiotami, którymi się posługuje wykonując zamówienie (podwykonawcami, pracownikami, innymi zatrudnionymi w ramach stosunków cywilnoprawnych). W końcu podmiot, który w drodze cesji przejął wykonanie określonego zobowiązania na zasadzie jego głównego realizatora może legitymować się posiadanym doświadczeniem w zakresie całości wykonanych świadczeń, bez względu na to, w którym momencie cesja miała miejsce[128]. Wynika to z faktu ponoszenia odpowiedzialności za wykonanie całości zobowiązania, w tym także np. o charakterze gwarancji lub rękojmi[129].

W ramach analizy uwarunkowań prawnych wspólnego ubiegania się o zamówienie należy jeszcze zwrócić uwagę na zagadnienie odpowiedzialności solidarnej wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie za jego wykonanie (art. 141 Pzp). Przyjęcie zasady odpowiedzialności solidarnej, na podstawie której także wobec każdego wykonawcy z osobna może być skutecznie podniesione żądanie wykonania całości zobowiązania (art. 366 Kc) stanowi pewną barierę w korzystaniu z konsorcjów w ubieganiu się o zamówienia. Potencjalnie oznacza bowiem możliwość poniesienia odpowiedzialności, nie tylko odszkodowawczej, za prace niewykonywane bezpośrednio przez konkretnego wykonawcę, w ramach podziału zadań dokonywanego z reguły w ramach danego konsorcjum w związku ze zróżnicowanymi specjalizacjami jego członków.

Podsumowanie

Uprawnienie do wspólnego występowania w postępowaniu o udzielenie zamówienia i następnie wspólnej realizacji zamówienia publicznego należy postrzegać jako warunek *sine qua non* funkcjonowania na rynku zamówień publicznych przedsiębiorców sektora MŚP. Obecna, bardzo ogólnikowa regulacja tej problematyki nie jest wolna od kreowania licznych wątpliwości interpretacyjnych, tym samym powodując obniżenie efektywności porozumień konsorcjalnych w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Konieczne jest zatem nadanie wspólnemu ubieganiu się o zamówienie bardziej skonkretyzowanych ram prawnych, w tym podjęcie próby rozstrzygnięcia będącego źródłem szczególnych wątpliwości statusu spółki cywilnej. Przy ocenie spełniania przez konsorcjum warunków udziału w postępowaniu należy w szczególności pamiętać o zasadzie łącznego oceniania potencjałów konsorcjantów i wyjątkowych obiektywnie oraz prawnie uzasadnionych odstępstwach od niej. Dodatkowo, mimo istniejących rozbieżności w tym względzie należy odrzucić automatyczne wykluczenie wszystkich członków konsorcjum, w sytuacji istnienia przesłanek wykluczenia po stronie jednego z nich. Konieczność taka nie będzie występować, gdy pozostali uczestnicy konsorcjum będą spełniać warunki udziału w postępowaniu. Respektowanie tych zasad powinno zwiększyć efektywność korzystania przez małych i średnich przedsiębiorców z konsorcjów na rynku zamówień publicznych.

Ocenie należałoby poddać również zasadę solidarnej odpowiedzialności konsorcjantów za wykonanie umowy w sprawie zamówienia. Szczególne wątpliwości budzi jej zastosowanie wobec konsorcjum, którego ideą jest wzajemne uzupełnianie się jego członków w realizacji poszczególnych elementów przedsięwzięcia, na podstawie zgromadzonego przez każdego z nich doświadczenia, posiadanych uprawnień i potencjału wykonawczego. *De lege ferenda* należałoby zaproponować oparcie odpowiedzialności konsorcjantów na modelu zbliżonym

[128] A. Piotrowska, Spełnienie przesłanek udziału w postępowaniu o zamówienie publiczne — wymóg posiadania uprawnień, wiedzy i doświadczenia — w perspektywie prawa UE [w:] A. Borowicz, M. Królikowska-Olczak, J. Sadowy, W. Starzyńska (red.), Ekonomiczne..., *op. cit.*, s. 278.

[129] Wyrok KIO z dnia 1 października 2009 r. w sprawie KIO 1211/09, www.uzp.gov.pl

do zasad odpowiedzialności wspólników w spółce partnerskiej, gdzie ponoszą oni odpowiedzialność za te zobowiązania spółki, które wynikają z działalności prowadzonej przez nich osobiście lub za pośrednictwem osób, którymi się posługują przy wykonaniu zobowiązania[130].

Konieczne jest jednak zastrzeżenie, że wszelkie zmiany statusu i sytuacji wykonawców wspólnie ubiegających się w postępowaniu o udzielenie zamówienia nie mogą odbywać się z naruszeniem zasad równego traktowania i ochrony konkurencji.

[130] Zob. art. 95 ustawy z dnia 15 stycznia 2000 r. — Kodeks spółek handlowych, Dz. U. Nr 94, poz. 1037, z późn. zm.

PROINNOWACYJNE ODDZIAŁYWANIE ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH W OPINII MAŁYCH I ŚREDNICH PRZEDSIĘBIORSTW

dr Janusz Kornecki
Adiunkt, Wydział Zarządzania, Uniwersytet Łódzki

Elżbieta Roszko
Asystent, Wydział Ekonomiczno-Socjologiczny, Uniwersytet Łódzki

Wprowadzenie

System zamówień publicznych ma niewątpliwie potencjał przekształcenia się w jeden z najważniejszych instrumentów polityki innowacyjnej krajów członkowskich Unii Europejskiej, jak i jej samej. Przekonanie to znalazło swój wyraz w licznych dokumentach UE, gdzie wskazano jego możliwości w zakresie promowania rozwiązań innowacyjnych w gospodarce, a także lepszego wykorzystania czynników produkcji i niwelowania niedoskonałości rynku[131]. Znaczenie sektora publicznego w stymulowaniu proinnowacyjnego rozwoju gospodarki jest nie do przecenienia, jako że sektor ten reprezentuje stronę popytową i ma możliwość generowania zapotrzebowania na innowacyjne produkty i usługi, poprawy warunków do podejmowania innowacji oraz pobudzania i dyfuzji innowacji[132]. Możliwości proinnowacyjnego oddziaływania systemu zamówień publicznych mogą się przejawiać chociażby w uwzględnianiu innowacji jako podstawowego kryterium oceny oferty bądź jako integralnej cechy produktu lub usługi, będącej przedmiotem zamówienia.

Jak pokazują dane statystyczne, rynek zamówień publicznych stanowi ważny sektor gospodarki Unii Europejskiej, o czym świadczy jego wartość kształtująca się w 2006 roku na poziomie 1800 mld euro, co tworzy 16% Produktu Krajowego Brutto Unii Europejskiej[133]. Także w Polsce rynek zamówień publicznych osiągnął rozmiary gwarantujące możliwości oddziaływania jako instrumentu polityki proinnowacyjnej. Analiza rocznych sprawozdań przekazywanych Prezesowi Urzędu Zamówień Publicznych przez zamawiających pozwala oszacować wielkość rynku zamówień publicznych w Polsce w roku 2006 na 79,6 mld zł, co stanowiło 7,6% PKB.

Celem niniejszego opracowania jest próba oceny oddziaływania systemu zamówień publicznych na innowacyjność przedsiębiorstw, uczestniczących w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego w świetle wyników uzyskanych w rezultacie realizacji projektu „Zamówienia publiczne a innowacyjność przedsiębiorstw — stan obecny i perspektywy"[134].

---

[131] Por. m.in. E. Aho, J. Cornu, L. Georghiou, A. Subira, *Creating an Innovative Europe*, Report of the Independent Expert Group on R&D and Innovation, Brussels 2006; L. Georghiou., *Effective innovation policies for Europe — the missing demand-side*, Prime Minister's Office — Economic Council of Finland, 2006; E. Uyarra, K. Flanagan, *Understanding the Innovation Impacts of Public Procurement*, Manchester Business School Working Paper No. 574, 2009; *European Trend Chart on Innovation — Innovation and Public Procurement*, 2006; Procurement Innovation Group, *Using Public Procurement to Stimulate Innovation and SME Access to Public Contracts*, Department of Enterprise, Trade and Employment, Dublin 2009.

[132] J. Edler, *Demand-based Innovation Policy*, Manchester Business School Working Paper No 529, 2007.

[133] GHK, Technopolis, *Evaluation of SMEs' Access to Public Procurement Markets in the EU*, Report to the European Commission, Brussels 2007.

[134] Projekt badawczy „Zamówienia publiczne a innowacyjność przedsiębiorstw — stan obecny i perspektywy" realizowany był w latach 2009–2011 przez Katedrę Statystyki Ekonomicznej i Społecznej Uniwersytetu Łódzkiego w ramach grantu badawczego finansowanego ze środków Ministerstwa Nauki i Szkolnictwa Wyższego

Bariery rozwoju proinnowacyjnego systemu zamówień publicznych

Pomimo doceniania roli i znaczenia systemu zamówień publicznych w stymulowaniu innowacyjności gospodarki, jak dotychczas państwa rzadko sięgają po ten instrument polityki. Jednym z nielicznych wyjątków w tym względzie jest Wielka Brytania, która wpisała tę tematykę w nurt oficjalnej polityki rządu i przoduje w zakresie rozwoju strategii innowacyjnych zamówień publicznych.

Zgodnie z konkluzjami przygotowanymi dla Komisji Europejskiej barierami w promowaniu innowacji poprzez zamówienia publiczne są[135]:

— brak doświadczenia w zakresie stosowania innowacyjnych zamówień publicznych w tym niska skłonność do ponoszenia ryzyka związanego z wykorzystaniem wysoko innowacyjnych rozwiązań w zamówieniach publicznych,

— prowadzenie krótkookresowej polityki zamówień publicznych i jednoczesny brak długookresowych strategii w tym obszarze,

— stosunkowo wysokie ryzyko korupcji,

— utrudniony dostęp MSP do „innowacyjnych" zamówień publicznych,

— trudności w zdefiniowaniu obiektywnych kryteriów oceny przedmiotu zamówienia, którym jest innowacyjne rozwiązanie/technologia,

— trudności w prawidłowym zdefiniowaniu cech/funkcji, które powinien posiadać/spełniać przedmiot zamówienia, (wskazanie oczekiwanych funkcji, a nie rozwiązań).

Z kolei wśród barier towarzyszących możliwościom rozwoju innowacyjnych zamówień publicznych w Polsce wymienia się m.in.[136]:

1) Bariery finansowe

— brak środków na nabywanie praw majątkowych przez zamawiających, nie zabezpieczający ochrony innowacyjnych rozwiązań,

— nie stosowanie w warunkach wynagradzania zaliczek, co w przypadku oferowania rozwiązań innowacyjnych powoduje istotną trudność w prefinansowaniu zamówienia w całości ze środków własnych wykonawców.

2) Bariery wynikające z braku zainteresowania i wiedzy wykonawców

— postrzeganie przez wykonawców sektora publicznego jako zbiurokratyzowanego i niechętnego nowym pomysłom,

— obawa wykonawców, że z uwagi na długotrwałość procedur, ich produkt oferowany rynkowi publicznemu straci przymiot nowości zanim zostanie zawarta umowa o zamówienie publiczne,

— brak umiejętności składania prawidłowych pod względem formalnym ofert przez przedsiębiorców, którzy mogliby zaoferować najciekawsze nowatorskie rozwiązania.

(nr umowy NN 112 128336). Badania empiryczne w ramach tego projektu badawczego zostały przeprowadzone w okresie wrzesień–grudzień 2010 roku.

[135] *European Trend Chart on Innovation — Innovation and Public Procurement*, 2006.

[136] Grupa Doradcza Sienna, *Tworzenie warunków dla zamówień publicznych sprzyjających innowacjom*, ekspertyza na zlecenie Ministerstwa Gospodarki, Warszawa 2007.

3) Bariery wynikające z postaw i wiedzy zamawiających

— obawa przed odpowiedzialnością za niestandardowe działania polegające na nabywaniu rozwiązań lub produktów nie zweryfikowanych przez długotrwałe stosowanie na rynku,

— brak wiedzy zamawiających na temat możliwości odstępowania od trybów przetargowych w sytuacjach, gdy przedmiotem zamówienia są rzeczy wytwarzane w celach badawczych oraz odstępowania od stosowania prawa zamówień publicznych gdy nabywane są usługi badawcze,

— opisywanie przedmiotu zamówienia w sposób konwencjonalny, bez korzystania z możliwości odstąpienia od posługiwania się normami technicznymi na rzecz funkcjonalnego opisu przedmiotu zamówienia,

— brak skłonności zamawiających do dopuszczania ofert wariantowych w postępowaniu o udzielenie zamówienia, ze względu na trudniejszą ocenę i porównanie ofert składanych w takim postępowaniu,

— obawa przed trybami negocjacyjnymi udzielania zamówień i angażowania wykonawców w definiowanie ostatecznego kształtu zamówienia, uzasadniana koniecznością zachowania zasady równego traktowania wykonawców.

4) Bariery wynikające z wykonywania prawa i działalności organów

— nadmierne posługiwanie się kryterium ceny jako jedynym kryterium oceny ofert, co preferuje rozwiązania starsze, które zazwyczaj są tańsze,

— nieumiejętne i niezgodne z celem prawa posługiwanie się przepisem, który zakazuje stosowania ceny jako wyłącznego kryterium przy zamawianiu rozwiązań twórczych poprzez uzupełnianie jej prostymi kryteriami takimi jak np. termin realizacji, zamiast stosowania kryteriów promujących rozwiązania twórcze i innowacyjne,

— nadużywanie warunku doświadczenia jako niezbędnego do ubiegania się o zamówienia publiczne, który eliminuje z rynku zamówień nowe firmy, będące najczęściej nośnikiem innowacyjnych rozwiązań,

— nieumiejętność konstruowania umów o zamówienie publiczne w sposób, który pozwalałby twórcy rozwiązań i zamawiającemu na dalszą współpracę mającą na celu rozwój dostarczonego produktu.

Małe i średnie przedsiębiorstwa w systemie zamówień publicznych

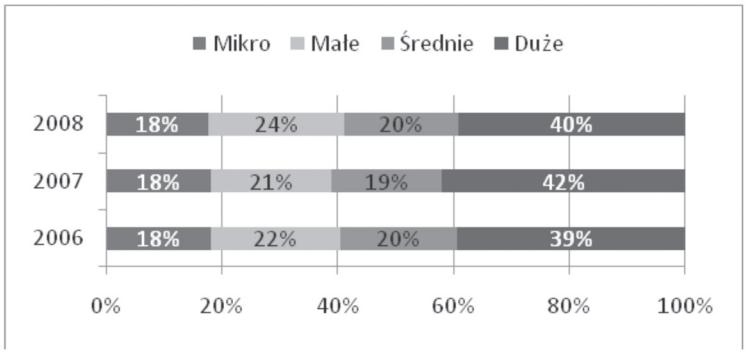
Małe i średnie przedsiębiorstwa (MSP) stanowią ponad 99% ogółu przedsiębiorstw w Europie i w Polsce mając znaczący udział w Produkcie Krajowym Brutto, który w przypadku UE sięga 60%, a w przypadku Polski — blisko 47%[137]. Z uwagi na brak pełnych danych niemożliwe jest jednakże ustalenie udziału w nim firm sektora małych i średnich przedsiębiorstw. Dlatego też, wszelkie szacunki związane z uczestnictwem sektora MSP w rynku zamówień publicznych bazują na dostępnych raportach opracowanych na zlecenie Komisji Europejskiej, prezentujących charakterystykę tego rynku dla całej Unii Europejskiej. Udział MSP w rynku zamówień publicznych UE był szacowany w 2005 roku na 42% w ujęciu wartościowym (z czego udział firm mikro wynosił 7%, firm małych — 11% a firm średnich — 23%) i 61% w ujęciu ilościo-

[137] *Raport o stanie sektora małych i średnich przedsiębiorstw w Polsce w latach 2008–2009*, Polska Agencja Rozwoju Przedsiębiorczości, Warszawa 2010, s. 28.

wym[138]. Szacunki te obrazują jedynie wartość kontraktów przyznanych bezpośrednio firmom sektora MSP, natomiast nie uwzględniają uczestnictwa MSP w realizacji zamówień publicznych w charakterze podwykonawców, które, jak pokazują statystyki amerykańskie, może być znaczący i sięgać nawet 40%.

Udział europejskich MSP, które wygrały w postępowaniach o wartościach powyżej progów unijnych wyniósł 60% w 2008 roku, co oznacza względną stabilizację w latach 2006–2008 (Rys. 1).

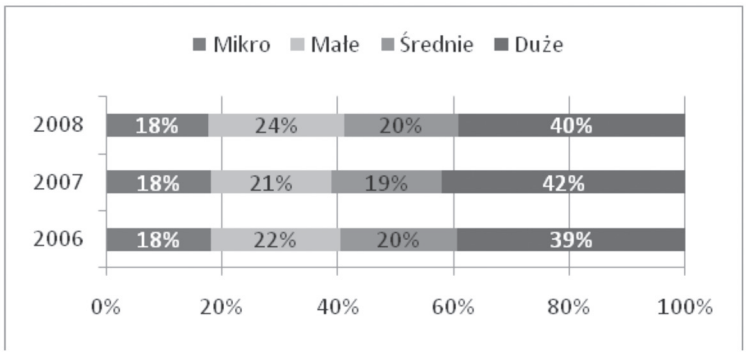
Rys. 1. Udział europejskich MSP, które wygrały w postępowaniach o wartościach powyżej progów unijnych, 2006–2008



Źródło: GHK, Evaluation of SME's Access to Public Procurement Markets in the EU, Brussels 2010, s. 21.

Jak można wywnioskować z danych przedstawionych na Rys. 2, MSP wygrywały postępowania (o wartościach powyżej progów unijnych) o mniejszej wartości aniżeli firmy duże, o czym świadczy wartość wygranych postępowań kształtująca się na poziomie od 31% w 2006 i 2007 roku do 38% w 2008 roku.

Rys. 2. Udział MSP w ogólnej wartości wygranych postepowań o zamówienia publiczne



Źródło: GHK, Evaluation of SME's Access to Public Procurement Markets in the EU, Brussels 2010, s. 21.

[138] GHK, Technopolis, *Evaluation of SMEs' Access to Public Procurement Markets in the EU*, Report to the European Commission, Brussels 2007, s. 47.

Udział MSP jako wykonawców zamówień publicznych nie odzwierciedla znaczenia podmiotów tego sektora w gospodarce. Ogólnopolskie badania przeprowadzone w 2007 roku na reprezentatywnej próbie 802 MSP pokazały, że tylko co trzecia mała i średnia firma działająca w Polsce starała się o kontrakt w ramach zamówienia publicznego, a co czwarta deklarowała wygraną w co najmniej jednym przetargu[139]. Wśród MSP, które do tej pory nie interesowały się zamówieniami publicznymi, ponad 80% nadal nie planuje uczestniczyć w tych postępowaniach. Reprezentanci badanych firm, zapytani o problemy utrudniające udział w przetargach wskazywali przede wszystkim na niski potencjał przedsiębiorstwa, jako niedostosowany do wymogów określonych przez zamawiających, zawiłe procedury administracyjne i biurokrację, niejasne kryteria wyboru najlepszej oferty oraz wysokie koszty przygotowania oferty.

Liczne raporty oraz inne dokumenty instytucji Unii Europejskiej[140] omawiające dostęp MSP do zamówień publicznych wskazują na istnienie następujących barier utrudniających dostęp firm tego sektora do zamówień publicznych:

— brak świadomości szans dla firmy tworzonych przez rynek zamówień publicznych;

— brak dostatecznych i jasnych informacji związanych z procedurami stosowanymi w postępowaniach o zamówienie publiczne oraz mało zrozumiałym żargonem używanym w dokumentacji przetargowej;

— niejednoznaczność i niejasność kryteriów wyboru oferty;

— brak wiedzy związanej z udziałem w postępowaniach o zamówienie publiczne;

— nadmierne wymagania związane z zamówieniami publicznymi w stosunku do wielkości firmy i jej potencjału, w tym zwłaszcza związane z gwarancjami finansowymi oraz posiadaniem atestów, certyfikatów, zaświadczeń, itp.;

— zbyt surowe wymagania związane z technicznymi standardami przedmiotu zamówienia;

— relatywnie wysokie koszty transakcyjne związane z przygotowaniem oferty, w tym szczególnie koszty uzyskania niezbędnych certyfikatów i atestów oraz obciążenia finansowe, takie jak wniesienie wadium, ustanowienie zabezpieczenia wykonania umowy na żądanie zamawiającego itp.;

— zbyt krótki czas na przygotowanie oferty;

— opóźnienia w płatnościach dokonywanych przez zamawiającego;

— zbyt częste występowanie MSP w roli podwykonawców, a nie wykonawców, co ogranicza ich wpływ na wykonanie przedmiotu zamówienia i obniża wynagrodzenie;

— brak usług szkoleniowych w zakresie procedury zamówień publicznych.

Zwiększanie dostępu MSP do zamówień publicznych wymagać zatem powinno podjęcia stosownych działań zmierzających do całkowitej eliminacji lub przynajmniej zmniejszenia uciążliwości postrzeganych barier.

---

[139] J. Kornecki i in., *Potencjał rozwojowy polskich MSP*, Polska Agencja Rozwoju Przedsiębiorczości, Warszawa 2008.

[140] M.in. dokument pt *Facilitating the access of SMEs and crafts to public tenders*, European Association of Craft, Small and Medium-sized Enterprises, Brussels 2006; http://www.ueapme.com/docs/pos_papers/2006/061020_SME-Procurement_EN.pdf

Metodologia badań

Celem głównym projektu badawczego „Zamówienia publiczne a innowacyjność przedsiębiorstw — stan obecny i perspektywy" realizowanego przez Katedrę Statystyki Ekonomicznej i Społecznej była ocena oddziaływania systemu zamówień publicznych na innowacyjność przedsiębiorstw uczestniczących w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego. Badania empiryczne w tym zakresie zostały przeprowadzone w okresie wrzesień — grudzień 2010 roku. Badanie zostało przeprowadzone techniką wywiadu internetowego CAWI (*Computer Assisted Web Interview*) wspartego wywiadem telefonicznym. W pierwszym etapie badania ankieterzy kontaktowali się telefonicznie z podmiotem wybranym z bazy wykonawców w celu uzyskania adresu e-mailowego oraz danych kontaktowych respondenta (zgodnie z przyjętymi kryteriami). W kolejnym etapie kwestionariusz ankiety przesyłany był na wskazany adres e-mailowy. Zwrot ankiet monitowany był telefonicznie przez ankieterów.

Mając na uwadze fakt, iż Urząd Zamówień Publicznych nie prowadzi monitoringu zamówień publicznych pozwalającego na bardziej szczegółowe scharakteryzowanie struktury wykonawców zamówień publicznych, a właściwe dane nie są gromadzone w ramach statystyki publicznej prowadzonej przez Główny Urząd Statystyczny, właściwe zaprojektowanie badania, które odzwierciedlałoby sytuację przedsiębiorstw na rynku zamówień publicznych, a w szczególności wnioskowanie dotyczące oddziaływania sektora publicznego na ich innowacyjność, było bardzo utrudnione.

Czynniki te skłoniły zespół projektu do zastosowania dwutorowego podejścia. Badanie wśród przedsiębiorstw podzielono na dwie części:

A. badanie wśród podmiotów, które realizowały zamówienia publiczne, wyodrębnione na podstawie bazy wykonawców, skonstruowanej w oparciu o ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych (n1 = 350),

B. badanie wśród przedsiębiorstw ogółu przedsiębiorstw (bez sprawdzenia warunku brzegowego doświadczeń w zakresie realizacji zamówień publicznych), wyodrębnionych spośród aktywnych przedsiębiorstw (n2 = 350).

Dobór próby miał charakter losowo-warstwowy z warstwowaniem profilu działalności. Z założenia pominięto te sektory działalności, które mają znikomy udział w rynku zamówień publicznych. Na etapie doboru próby posłużono się trzycyfrową klasyfikacją PKD-2004 (operaty losowania obejmowały podmioty będące w rejestrze w 2008 r., stąd wybór PKD-2004). Dokonano przy tym przejścia między klasyfikacją PKD i CPV (*Wspólnym Słownikiem Zamówień* stosowanym w zamówieniach publicznych), co pozwoliło na podejście sektorowe do prowadzonych analiz i uogólnienia wyników badań wg profilu działalności przedsiębiorstw (z pominięciem jednak tych sektorów, których udział w rynku zamówień publicznych jest niewielki). Operatem losowania dla badania A była baza wykonawców, skonstruowana w ramach projektu na podstawie ogłoszeń zamieszczonych w Biuletynie Zamówień Publicznych. Jako podstawę do opracowania operatu losowania przyjęto ogłoszenia o udzieleniu zamówienia w 2008 r. Przeprowadzono przy tym losowanie ze zwracaniem, zwiększając tym samym prawdopodobieństwa trafienia do próby w przypadku tych podmiotów, które są bardziej aktywnymi uczestnikami rynku zamówień publicznych. Liczebność próby (n1 = 350) zwiększono o próbę rezerwową liczącą pięciokrotność wielkości próby docelowej.

Z kolei w przypadku badania B, wyjściowym operatem losowania był rejestr REGON, z którego wylosowano 997 podmiotów gospodarczych. Zwrotność ankiet okazała się niewystar-

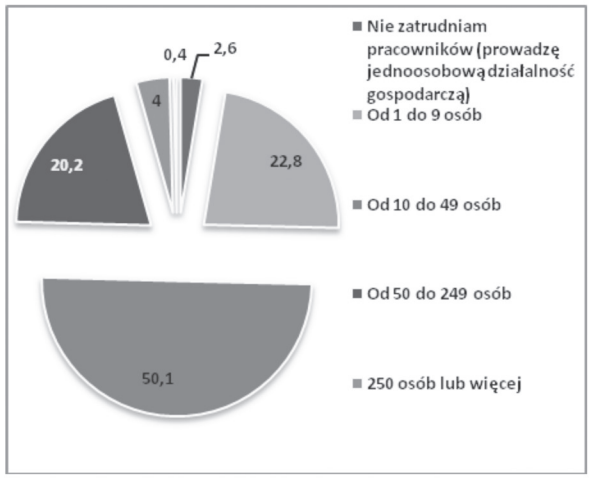
czająca. Spośród 540 przedsiębiorstw, które na wstępnym etapie wyraziły zgodę na udział w badaniu, zaledwie 140 odesłało wypełniony kwestionariusz, co zmusiło zespół badawczy do dolosowania przedsiębiorstw. W tym celu posłużono się bazą Firmy Polskie, z której dolosowano kolejne 500 przedsiębiorstw. Zwrotność tej fazy ankietyzacji była stosunkowo duża — w badaniu udział wzięło 131 podmiotów. Łącznie w badaniu wzięło udział 545 podmiotów (277 w badaniu A i 268 w badaniu B).

Wyniki badań empirycznych

W niniejszym artykule analiza wyników uzyskanych z badania empirycznego ograniczona została do charakterystyki wykonawców według wybranych kryteriów (wielkości zatrudnienia, obszaru działalności, fazy cyklu życia głównych produktów i usług, nakładów na innowacje, udziału w rynku zamówień publicznych) oraz do oceny opinii wykonawców na temat proinnowacyjnego oddziaływania systemu zamówień publicznych.

Nieco ponad połowa respondentów (50,1%), to przedsiębiorstwa małe, zatrudniające od 10 do 49 pracowników. Odpowiednio 22,8% oraz 20,2% stanowiły podmioty mikro oraz średnie (Rys. 3).

Rys. 3. Struktura wykonawców według wielkości zatrudnienia, % wskazań

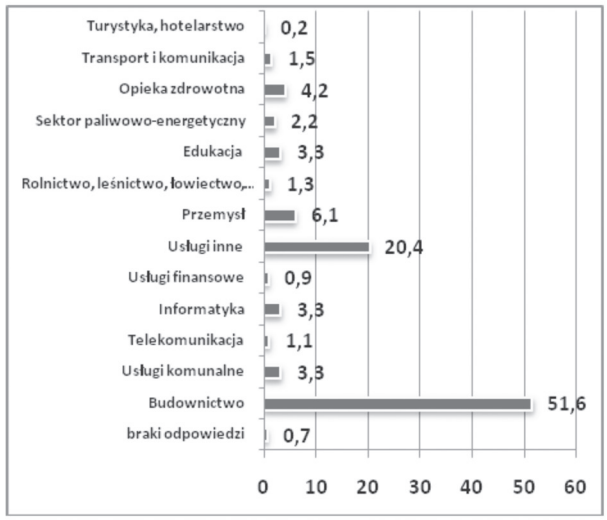


Źródło: opracowanie własne na podstawie wyników badania przeprowadzonego w ramach projektu *Zamówienia publiczne a innowacyjność przedsiębiorstw — stan obecny i perspektywy*

Co druga z badanych jednostek działała w obszarze budownictwa (51,6% wskazań), a co piąta zajmowała się pozostałą działalnością usługową (Rys. 4).

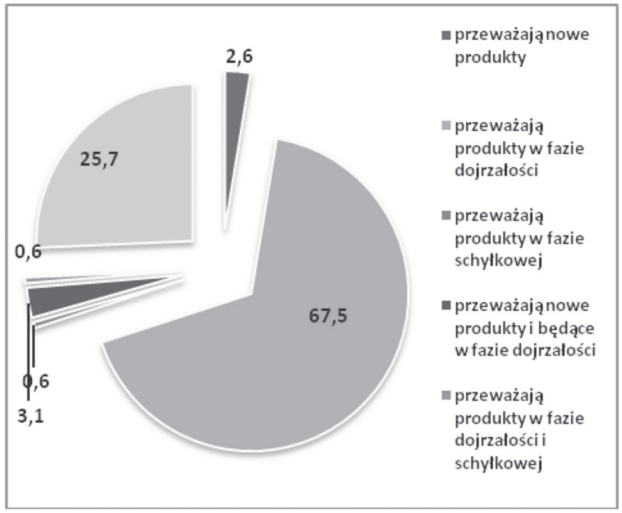
Dynamiczne zmiany zachodzące na rynku oraz rosnąca konkurencja i globalizacja rynków wymuszają na przedsiębiorstwach podejmowanie działań proinnowacyjnych, których efektem w znacznej mierze jest oferta asortymentowa, unikatowość produktów i usług. W tej kwestii badane przedsiębiorstwa wypadają mało konkurencyjnie, bowiem 67,5% wykonawców określiło, że produkty, które miały największy udział w tworzeniu przychodów przedsiębiorstwa w roku 2009 znajdują się w fazie dojrzałości. Przewaga produktów, które są zupełną nowością na rynku w tworzeniu przychodów firmy została wybrana zaledwie przez 2,6% respondentów (Rys. 5).

Rys. 4. Struktura wykonawców według podstawowego obszaru działalności, % wskazań



Źródło: opracowanie własne na podstawie wyników badania przeprowadzonego w ramach projektu *Zamówienia publiczne a innowacyjność przedsiębiorstw — stan obecny i perspektywy*

Rys. 5. Struktura wykonawców według fazy cyklu życia głównych produktów i usług, % wskazań

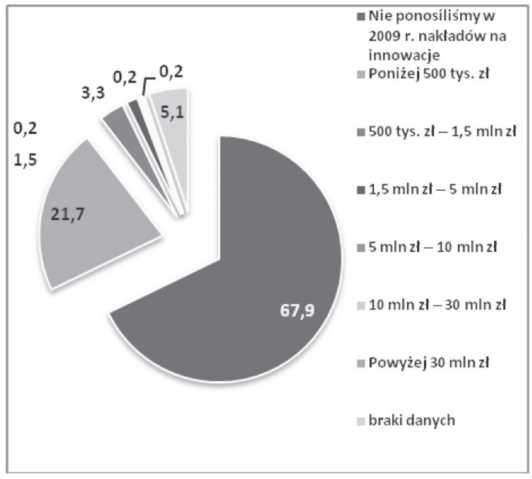


Źródło: opracowanie własne na podstawie wyników badania przeprowadzonego w ramach projektu Zamówienia publiczne a innowacyjność przedsiębiorstw — stan obecny i perspektywy

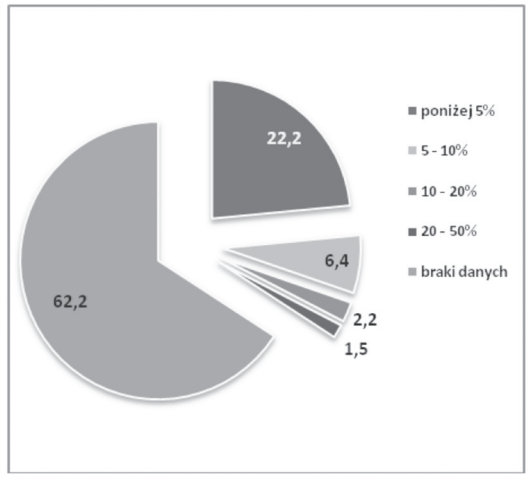
Udział innowacyjnych produktów w ofercie przedsiębiorstw jednoznacznie odzwierciedla sytuację badanych jednostek w zakresie ponoszonych nakładów na innowacje (Rys. 6). Prawie 68% przedsiębiorców przyznało, że nie ponosiło nakładów na innowacje w roku 2009. Powyżej 500 tys. zł na działalność innowacyjną wydało jedynie co dwudzieste przedsiębiorstwo (5,2% wskazań). Analiza udziału nakładów na innowacje w przychodach przedsiębiorstwa ujawniła, że 22,2% przedsiębiorców wydaje poniżej 5% przychodów przedsiębiorstwa na działalność innowacyjną.

Rys. 6. Struktura wykonawców według charakterystyki działalności innowacyjnej, % wskazań

Wielkość nakładów na innowacje w 2009 r.



Udział % nakładów na innowacje w przychodach w 2009 r.

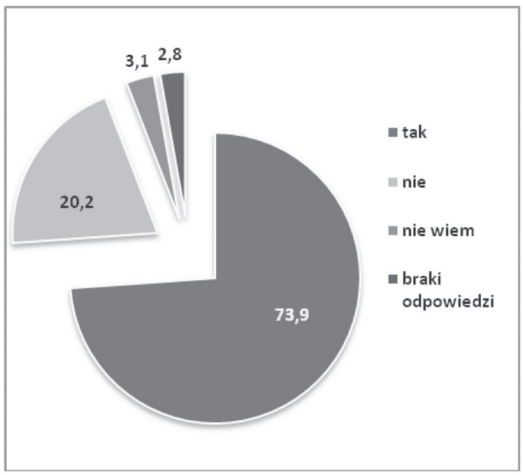


Źródło: opracowanie własne na podstawie wyników badania przeprowadzonego w ramach projektu *Zamówienia publiczne a innowacyjność przedsiębiorstw — stan obecny i perspektywy*

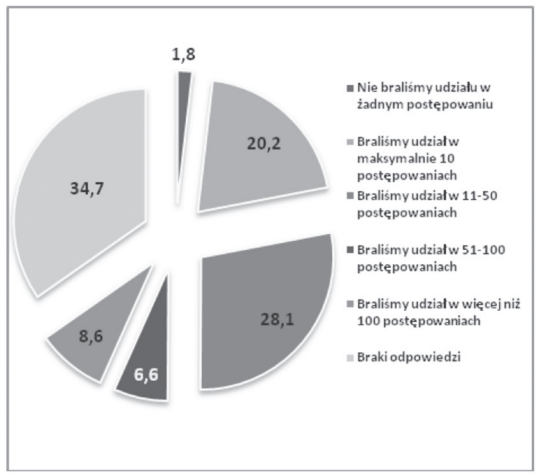
Jak pokazują dane statystyczne publikowanie w raportach UZP, wielkość rynku zamówień publicznych w Polsce stale rośnie. Nie dziwi zatem fakt, że coraz więcej przedsiębiorców walczy o kontrakty publiczne. Na podstawie uzyskanych wyników można wnioskować o dużej aktywności ankietowanych w postepowaniach o zamówienia publiczne (Rys. 7).

Rys. 7. Struktura wykonawców według udziału w rynku zamówień publicznych, % wskazań

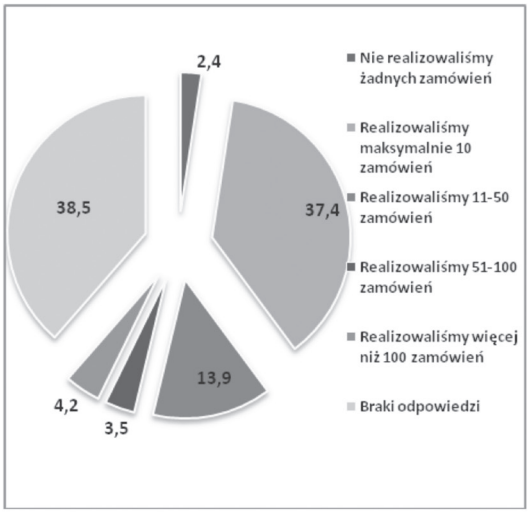
Jakikolwiek udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego



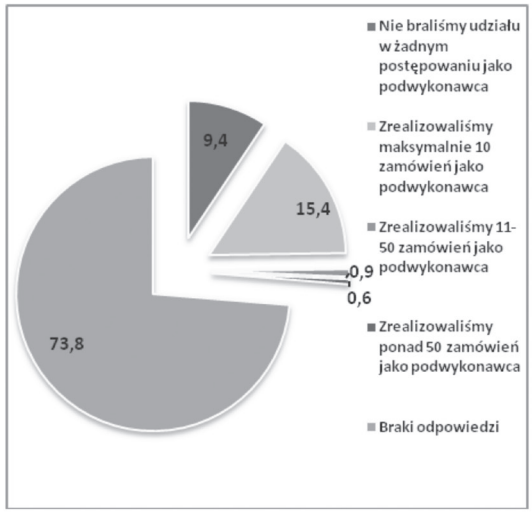
Liczba postępowań, w których przedsiębiorstwo uczestniczyło w roku 2009



Liczba postępowań, w których przedsiębiorstwo uczestniczyło w roku 2009 jako wykonawca



Liczba postępowań, w których przedsiębiorstwo uczestniczyło w 2009 r. jako podwykonawca

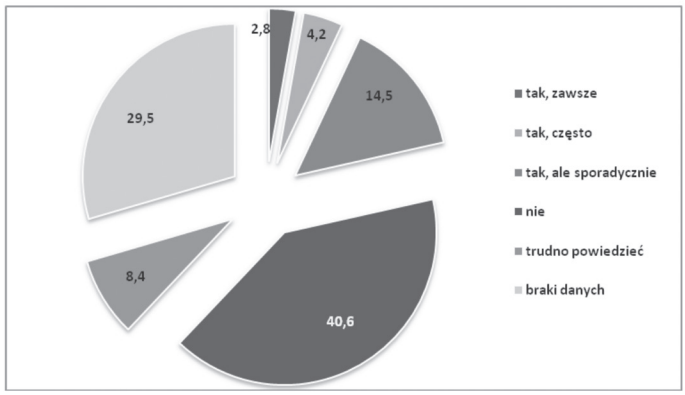


Zródło: opracowanie własne na podstawie wyników badania przeprowadzonego w ramach projektu Zamówienia publiczne a innowacyjność przedsiębiorstw — stan obecny i perspektywy

Jedynie 1,8% badanych podało, że nie brało udziału w żadnym postępowaniu. Ponad 28% respondentów uczestniczyło w od 11 do 50 postępowaniach, ta grupa była też reprezentowana najliczniej. Jedynie sześciu przedsiębiorców w roku 2009 wzięło udział tylko w jednym postępowaniu. Co piąty przedsiębiorca przyznaje, że uczestniczył w maksymalnie 10 postępowaniach w 2009 roku. Przedsiębiorcy zdecydowanie częściej realizują zamówienia publiczne jako wykonawca aniżeli podwykonawca.

Jak pokazują dane zamieszczone na Rys. 8, przedsiębiorstwa pytane o rodzaj realizowanych zamówień odpowiadały w zdecydowanej większości, że przedmiotem zamówienia nie były ani innowacyjne produkty ani innowacyjne usługi (40,6% wskazań). Jedynie w przypadku 2,8% ankietowanych (co odpowiada 15 wskazaniom) innowacyjne produkty bądź usługi były zawsze przedmiotem zamówień, w których brało udział ich przedsiębiorstwo.

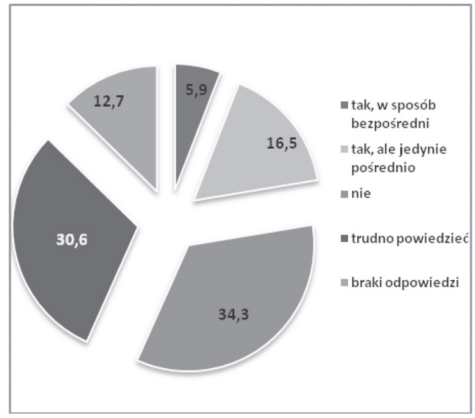
Rys. 8. Struktura wykonawców realizujących zamówienia, których przedmiotem były innowacyjne produkty lub usługi, % wskazań



Źródło: opracowanie własne na podstawie wyników badania przeprowadzonego w ramach projektu *Zamówienia publiczne a innowacyjność przedsiębiorstw — stan obecny i perspektywy*

Blisko dwie trzecie wykonawców zapytanych o możliwość oddziaływania sektora publicznego poprzez zamówienia publiczne na podejmowanie działalności innowacyjnej było w tej mierze sceptycznych (Rys. 9). O tym, że taki wpływ jest możliwy przekonanych jest 22,4% respondentów, przy czym zdecydowana ich większość (16,5%) upatruje możliwości jedynie pośredniego stymulowania rozwoju działalności innowacyjnej przez system zamówień publicznych.

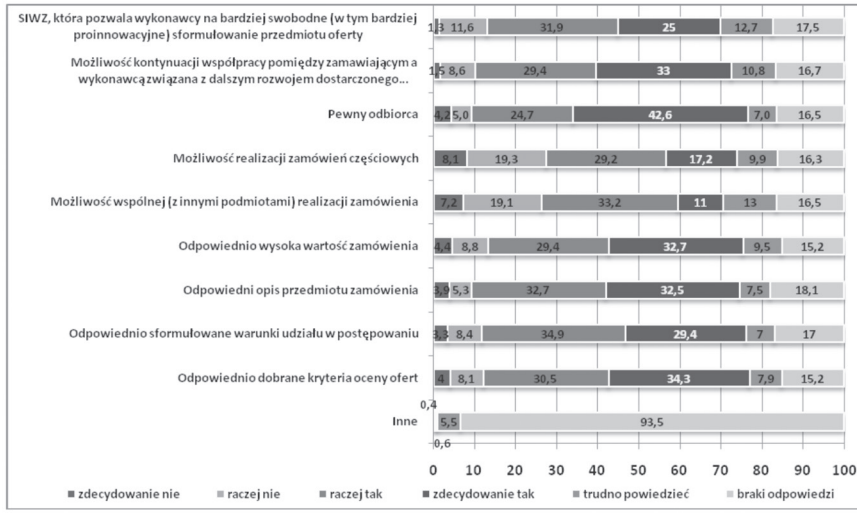
Rys. 9. Opinia wykonawców na temat oddziaływania sektora publicznego poprzez zamówienia publiczne na podejmowanie działalności innowacyjnej, % wskazań



Źródło: opracowanie własne na podstawie wyników badania przeprowadzonego w ramach projektu *Zamówienia publiczne a innowacyjność przedsiębiorstw — stan obecny i perspektywy*

Wśród czynników mogących zachęcić wykonawców do występowania w postępowaniach o zamówienia publiczne z ofertami zawierającymi innowacyjne rozwiązania najczęściej wskazywano pewnego odbiorcę, odpowiedni opis przedmiotu zamówienia, odpowiednio dobrane kryteria oceny ofert oraz odpowiednio sformułowane warunki udziału w postępowaniu (Rys. 10).

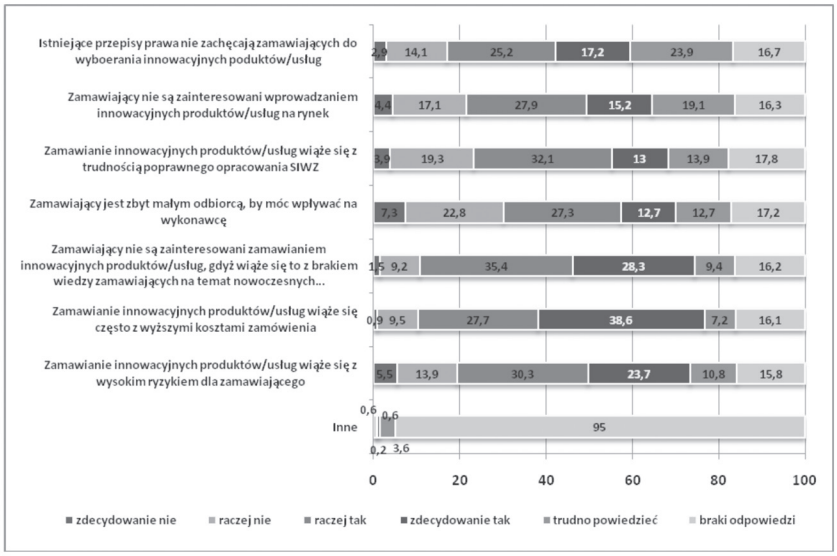
Rys. 10. Opinia wykonawców na temat czynników, które mogłyby zachęcić wykonawców do składania ofert zawierających innowacyjne rozwiązania, % wskazań



Źródło: opracowanie własne na podstawie wyników badania przeprowadzonego w ramach projektu *Zamówienia publiczne a innowacyjność przedsiębiorstw — stan obecny i perspektywy*

W opinii najliczniejszej grupy wykonawców uczestniczących w badaniu głównym powodem zniechęcającym zamawiających do zamawiania innowacyjnych produktów i usług są związane z nimi wyższe koszty zamówienia, a w dalszej kolejności także brak wiedzy zamawiających na temat nowoczesnych produktów/usług oraz związane z nimi wysokie ryzyko dla zamawiającego (Rys. 11).

Rys. 11. Opinia wykonawców na temat stosunku zamawiających do zamawiania innowacyjnych produktów/usług



Źródło: opracowanie własne na podstawie wyników badania przeprowadzonego w ramach projektu *Zamówienia publiczne a innowacyjność przedsiębiorstw — stan obecny i perspektywy*

Podsumowanie

System zamówień publicznych stanowi ważny element systemu gospodarczego stwarzając możliwość istotnego wpływania na proinnowacyjne zachowania podmiotów gospodarczych. Jak dotychczas, jednakże, te możliwości nie są w pełni wykorzystywane, na co wpływ mają liczne bariery o charakterze finansowym, bariery wynikające z braku zainteresowania i wiedzy wykonawców, bariery wynikające z postawy i wiedzy zamawiających, jak również bariery wynikające z wykonywania prawa i działalności organów.

Małe i średnie przedsiębiorstwa są pełnoprawnymi podmiotami na rynku zamówień publicznych, systematycznie zwiększając w nim swój udział. Z uwagi na liczebną dominację firm tego sektora w gospodarce, powinny one się stać głównym adresatem polityki stymulowania innowacyjności gospodarki poprzez system zamówień publicznych. Przedstawiciele firm tego sektora wykazują jednakże dość duży sceptycyzm, jeśli chodzi o ocenę możliwości oddziaływania sektora publicznego poprzez zamówienia publiczne na podejmowanie przez nie działalności innowacyjnej. Wśród firm przekonanych o możliwości takiego wpływu zdecydowana ich większość dostrzega szanse jedynie pośredniego oddziaływania. Jako czynniki mogące stanowić dla wykonawców zachętę do występowania w postępowaniach o zamówienia publiczne z ofertami zawierającymi innowacyjne rozwiązania najczęściej wymieniano pewnego odbiorcę, odpowiedni opis przedmiotu zamówienia, odpowiednio dobrane kryteria oceny ofert oraz odpowiednio sformułowane warunki udziału w postępowaniu. Wśród głównych

powodów zniechęcających zamawiających do zamawiania innowacyjnych produktów i usług wskazywano związane z nimi wyższe koszty zamówienia, brak wiedzy zamawiających na temat nowoczesnych produktów/usług oraz związane z nimi wysokie ryzyko dla zamawiającego.

Literatura

1. Aho E., Cornu J., Georghiou L., Subira A., *Creating an Innovative Europe*, Report of the Independent Expert Group on R&D and Innovation, Brussels 2006.
2. Edler J., *Demand-based Innovation Policy*, Manchester Business School Working Paper No 529, 2007.
3. *European Trend Chart on Innovation — Innovation and Public Procurement*, 2006.
4. *Facilitating the access of SMEs and crafts to public tenders*, European Association of Craft, Small and Medium-sized Enterprises, Brussels 2006; http://www.ueapme.com/docs/pos_papers/2006/061020_SMEProcurement_EN.pdf
5. Georghiou L., *Effective innovation policies for Europe — the missing demand-side*, Prime Minister's Office — Economic Council of Finland, 2006.
6. GHK, *Evaluation of SME's Access to Public Procurement Markets in the EU*, Brussels 2010.
7. GHK, Technopolis, *Evaluation of SMEs' Access to Public Procurement Markets in the EU*, Report to the European Commission, Brussels 2007.
8. Grupa Doradcza Sienna, *Tworzenie warunków dla zamówień publicznych sprzyjających innowacjom*, ekspertyza na zlecenie Ministerstwa Gospodarki, Warszawa 2007.
9. Kornecki J. i in., *Potencjał rozwojowy polskich MSP*, Polska Agencja Rozwoju Przedsiębiorczości, Warszawa 2008.
10. Ministerstwo Gospodarki, Urząd Zamówień Publicznych, *Nowe podejście do zamówień publicznych. Zamówienia publiczne a małe i średnie przedsiębiorstwa, innowacje i zrównoważony rozwój*, Warszawa 2008.
11. Panasiuk A., Kłoda Z., *Zamówienia publiczne przyjazne innowacjom,* PARP, Warszawa 2010.
12. Procurement Innovation Group, *Using Public Procurement to Stimulate Innovation and SME Access to Public Contracts*, Department of Enterprise, Trade and Employment, Dublin 2009.
13. *Raport o stanie sektora małych i średnich przedsiębiorstw w Polsce w latach 2008–2009*, Polska Agencja Rozwoju Przedsiębiorczości, Warszawa 2010.
14. *Sprawozdanie z funkcjonowania systemu zamówień publicznych w 2009 roku*, UZP, Warszawa 2010.
15. Uyarra E., Flanagan K., *Understanding the Innovation Impacts of Public Procurement*, Manchester Business School Working Paper No. 574, 2009.

PROPOZYCJE MERYTORYCZNYCH (POZACENOWYCH) KRYTERIÓW OCENY OFERT I WYBORU OFERTY NAJKORZYSTNIEJSZEJ W ZAMÓWIENIACH PUBLICZNYCH O PRACE PROJEKTOWE

Aleksander Krupa
— Izba Projektowania Budowlanego

1. Wprowadzenie

Określenie kryteriów, ich znaczenia i sposobu oceny ofert w zamówieniach publicznych o prace projektowe, tj. w tzw. zamówieniach intelektualnych, stwarza zamawiającym wiele trudności.

Zamawiający przeszli więc na powszechność stosowania kryterium *„najniższej ceny"*, jako jedynego kryterium wyboru *„oferty najkorzystniejszej"*. Kryterium to jest proste w stosowaniu, a jego użycie pozwala zamawiającemu i członkom komisji przetargowej uniknąć posądzeń o manipulowanie procedurą wyboru *„oferty najkorzystniejszej"*. Za finalne efekty zamówienia, szczególnie w aspekcie jakościowym, nikt zamawiającego ani członków komisji przetargowej nie rozlicza.

Wybór oferty z *najniższą ceną*, w szczególności w zamówieniach intelektualnych, często oznacza wybór oferty na niskim poziomie jakościowym jej realizacji. Jest to jedna z głównych przyczyn oddziaływania systemu zamówień publicznych na obniżanie się poziomu jakości uzyskiwanych produktów, obiektów budowlanych i usług intelektualnych oraz hamowanie wdrażania rozwiązań innowacyjnych i rozwojowych do gospodarki — bo realizatorem zamówienia zostaje wybrany wykonawca o niskich, a nie najwyższych kwalifikacjach.

Aktualnie, według danych statystycznych 90% zamówień, o wartości poniżej progów Unii Europejskiej, udzielanych jest na podstawie *kryterium najniższej ceny*. Zjawisko to występuje, mimo iż definicja *„najkorzystniejszej oferty"*, zawarta w art. 2 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych (Pzp) mówi, że *jest to oferta, która przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia publicznego, albo oferta z najniższą ceną, a* ***w przypadku zamówień w zakresie działalności twórczej*** *lub naukowej, których przedmiotu nie można z góry opisać w sposób jednoznaczny i wyczerpujący — oferta, która przedstawia* ***najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów*** *odnoszących się do przedmiotu zamówienia publicznego*.

W regulacji dotyczącej wyboru *oferty najkorzystniejszej* (art. 91 ust. 2) ustawodawca wskazuje, że *„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"*. Ust. 3 tego artykułu rozstrzyga, że *„kryteria oceny ofert nie mogą dotyczyć właściwości wykonawcy, a w szczególności jego wiarygodności ekonomicznej, technicznej lub finansowej*.

Z przytoczonych regulacji wynika, że istotna jest ocena zamawiającego czy prace projektowe kwalifikują się do zamówień o charakterze twórczym. Przypomnieć należy, że w obowiązujących regulacjach dotyczących zamówień publicznych do 2004 r. funkcjonowało rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 7 sierpnia 1997 r. *w sprawie określenia zakresu twórczych prac*

projektowych oraz trybu przeprowadzania konkursu na twórcze prace projektowe i prace z zakresu działalności twórczej w dziedzinie kultury i sztuki (Dz. U. Nr 100, poz. 619).

W rozporządzeniu tym do twórczych prac projektowych zaliczono urbanistyczne prace projektowe, architektoniczne prace projektowe i konstrukcyjno-budowlane prace projektowe. Wszystkie te opracowania w zasadzie wchodzą w skład prac projektowych. Prawie każdy projekt obiektu budowlanego zawiera:

— projekt zagospodarowania działki lub terenu, który w efekcie jest opracowaniem urbanistycznym, obrazującym relacje tego obiektu do otoczenia,

— projekt architektoniczno-budowlany, który zawiera projekty architektoniczne, projekty konstrukcyjne i projekty instalacji, w dostosowaniu do funkcji i przeznaczenia obiektu, niezbędne dla jego wybudowania i użytkowania.

Wychodząc z tych przesłanek należy stwierdzić, że zarówno prace studialne i przedprojektowe, jak również zamówienia dotyczące prac projektowych zawierają elementy twórcze, gdyż i*ch przedmiotu nie można z góry opisać w sposób jednoznaczny i wyczerpujący*. Oznacza to, że **zgodnie z dyspozycją art. 2 pkt 5 ustawy Pzp dla tych zamówień *oferta najkorzystniejsza* to taka, która przedstawia *najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia publicznego***. Mimo tej dyspozycji ustawodawcy zamawiający w przeważającej części do tych zamówień stosują wyłącznie *kryterium najniższej ceny*. Niestety, ten wynikający z art. 2 ust. 5 ustawowy obowiązek powszechnie nie jest realizowany. Mimo to nie obserwuje się przeciwdziałania tej sytuacji w orzeczeniach Krajowej Izby Odwoławczej oraz w komentarzach Urzędu Zamówień Publicznych.

Na obowiązek stosowania wielokryteryjnej oceny ofert, np. na prace architektoniczne, zwracają również uwagę autorzy opracowania pt. *„Kryteria wyboru oferty najkorzystniejszej ekonomicznie — rekomendacje dla beneficjentów realizujących projekty indywidualne"*, wykonanego w 2010 r. na zamówienie Ministerstwa Rozwoju Regionalnego, które jest dostępne na stronie internetowej Ministerstwa Rozwoju Regionalnego.

Ponadto ustawa o finansach publicznych zwraca uwagę na racjonalne wydatkowanie środków publicznych. Racjonalnie to wcale nie znaczy, że za *najniższą cenę*, lecz chodzi o wybór oferty o najkorzystniejszej relacji do wartości przedmiotu zamówienia (wartości zaoferowanego świadczenia), a właściwie *relacji jakości do ceny*. Wynika to z faktu, że w działalności gospodarczej *jakość jest powiązana z ceną*. Za najniższą cenę uzyskuje się zazwyczaj produkt (świadczenie) o miernym, a właściwie najniższym poziomie. Dotyczy to w szczególności świadczeń o charakterze twórczym i naukowym, *których przedmiotu nie można z góry opisać w sposób jednoznaczny i wyczerpujący*.

Z tych właśnie przesłanek wynika potrzeba zmiany podejścia do stosowania *najniższej ceny* jako *jedynego kryterium wyboru oferty najkorzystniejszej* do zamówień o charakterze intelektualnym, w tym do zamówień o prace projektowe.

2. Ogólne zasady oceny ofert w zamówieniach publicznych o prace projektowe

Ocena ofert to sposób mierzenia stopnia spełnienia przez ofertę preferencji zamawiającego wyrażonych w postaci kryteriów[141]. Zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu i w specyfikacji

[141] Na podstawie opracowania pt. *„Kryteria wyboru oferty najkorzystniejszej ekonomicznie — rekomendacje dla beneficjentów realizujących projekty indywidualne"*, wykonanego dla Ministerstwa Rozwoju Regionalnego. Warszawa, 20 lipca 2010 r.

istotnych warunków zamówienia określa kryteria, informuje jaką wagę przywiązuje do określonych kryteriów i ewentualnie podkryteriów oraz szczegółowo opisuje sposób przeprowadzenia oceny, tj. sposób przyznawania poszczególnym ofertom punktacji za poszczególne kryteria oraz punktacji łącznej, za spełnienie preferencji zamawiającego wyrażonej zastosowaniem wskazanych przez niego kryteriów.

Zasady przyznawania punktów (wartości punktowej ofercie) przedstawiają się inaczej w przypadku **kryteriów (lub podkryteriów) wymiernych**, inaczej zaś w odniesieniu do **kryteriów (lub podkryteriów) niewymiernych**.

Kryteria wymierne to np. cena, okres gwarancji, ilość zużywanej energii itd. Dla tych kryteriów punkty przyznaje się stosując formuły matematyczne. Niestety, dla zamówień intelektualnych, tj. również w zamówieniach o prace projektowe, **trzeba stosować kryteria niewymierne**, np. właściwości estetyczne, właściwości funkcjonalne itp.

Przy takich kryteriach konieczna jest ich kwantyfikacja. *Kwantyfikacja* polega na stopniowaniu zakresu (stopnia) spełnienia przez ofertę preferencji zamawiającego wyrażonej

w postaci danego kryterium. Każdy ze stopni spełnienia preferencji zamawiającego należy opisać, np. za pomocą wyrazów wartościujących i nadać mu określoną wartość punktową.

Zgodnie z propozycjami zawartymi w przywołanym opracowaniu (*przypis na str. 3*), podobnie jak dla innych zamówień także w odniesieniu do zamówienia o prace projektowe, proponuje się przyjąć następujące zasady:

- ogólną zasadę, że ocena będzie dokonywana według skali punktowej, przy założeniu, że maksymalna punktacja oferty wynosi 500 punktów (wartość punktowa oferty x wartość punktowa wagi),
- każdemu z kryteriów zamawiający przypisuje wagę, która będzie określać jakie znaczenie ma dane kryterium. Wagę wyraża liczba procentowa (wartość punktowa wagi w %) dla każdego z kryteriów z warunkiem, że wszystkie kryteria łącznie stanowią 100%,
- dla **kryteriów niewymiernych** oraz **podkryteriów** je uszczegóławiających i objaśniających stosuje się stopniowanie zakresu (stopień) spełnienia przez ofertę preferencji zamawiającego wyrażonej w postaci danego kryterium lub podkryterium według następującej zasady:
  - 5 pkt, (jako max) dla ocen: dobry, spełnia, kompletny, satysfakcjonujący itp.
  - 3 pkt, przy ocenie: dostateczny, częściowo spełnia, przeciętny, z niewielkimi uchybieniami,
  - 1 pkt przy ocenie: niedostateczny, nie spełnia, wadliwy, niekompletny itp.

Celem zwiększenia zróżnicowania oceny zamawiający może zastrzec, że punktacja może być wyrażona w ułamkach punktów, np. 3½. W ocenie porównawczej poszczególnych ofert wygodnie jest przyjąć zasadę, że oferta spełniająca w najwyższym stopniu preferencje zamawiającego będzie punktem odniesienia przy ocenie pozostałych ofert w ramach danego kryterium lub podkryterium.

Zamawiający dokumentuje wyniki oceny w karcie indywidualnej oceny oferty oraz wykonuje streszczenie oceny i porównania złożonych ofert.

Dla zamówień o prace projektowe kryteriami niewymiernymi mogą być: *jakość, wartości techniczne, właściwości funkcjonalne i estetyczne, zastosowanie najlepszych dostępnych technologii w aspekcie oddziaływania na środowisko itd.*

3. Merytoryczne kryteria oceny ofert w zamówieniach o prace projektowe

3.1. Kryteria i podkryteria oceny ofert w zamówieniach publicznych o prace projektowe

Pozacenowymi (merytorycznymi) kryteriami i podkryteriami oceny ofert o prace projektowe mogą być:

I) Metodologia wykonywania przedmiotu zamówienia, zawierająca w szczególności opis przewidywanych działań kontrolnych, koordynacyjnych i sprawdzających wyniki projektowania, zastosowanych programów komputerowych, terminów rad technicznych, przekazania do opiniowania, uzgodnień, organizacja systemu sprawdzania itp. Kryterium to funkcjonowało w okresie przedakcesyjnym. Może być ono stosowane do większości zamówień o prace projektowe.

Podkryteriami dla tego kryterium mogą być:

a) opis przewidywanych działań koordynacyjnych, kontrolnych i sprawdzających w trakcie wykonywania opracowań,

b) kontrola terminów określonych w harmonogramach wykonania, np. przekazywania materiałów dla opracowań zależnych, spotkań koordynacyjnych, posiedzeń rad technicznych, przekazania do uzgodnień itp.,

c) organizacja, kierowanie i nadzór nad zespołem projektowym,

d) organizacja sprawdzania projektów;

II) Szczegółowy wykaz opracowań i projektów tworzących przedmiot zamówienia podstawowego (które zamawiający ustalił ogólnie) z określeniem terminów ich przekazania zamawiającemu wraz z wynagrodzeniem wykonawcy za ich wykonanie oraz harmonogramu ich wykonywania z podaniem tzw. terminów pośrednich (kontrolnych), potwierdzających realność dotrzymania terminów finalnych dla głównych opracowań ustalonych przez zamawiającego. Z prawidłowym spełnieniem tego kryterium będą mieli trudności wykonawcy, którzy nie dysponują doświadczeniem zawodowym i praktyką, ale posiadają oświadczenia od podwykonawców, że im użyczą swojego potencjału wykonawczego.

Podkryteriami dla oceny tego kryterium mogą być:

a) kompletność wykazu — przez porównanie z obiektami podobnymi, dla których zamawiający dysponuje faktycznymi danymi z praktyki, lub na podstawie porównań z wykazem, przekazanym przez innych wykonawców, który został oceniony jako najlepszy;

b) harmonogram wykonywania opracowań, który potwierdza realność terminów wykonania poszczególnych opracowań w terminach ustalonych przez zamawiającego.

III) Wstępna koncepcja projektowa przedsięwzięcia inwestycyjnego, potwierdzająca możliwość spełnienia wymagań programowych, przedstawiająca:

— koncepcję projektową zagospodarowania działki lub terenu,

— koncepcję projektową przewidywanych obiektów budowlanych,

— koncepcyjny projekt technologiczny, jeżeli technologia występuje w przedsięwzięciu lub obiekcie,

— oszacowanie kosztów realizacji projektowanych obiektów tworzących przedsięwzięcie, a w bliskiej przyszłości także kosztów eksploatacji i likwidacji, jeżeli zamawiający tego wymaga.

Powinno to być podstawowe kryterium wyboru wykonawcy prac projektowych oraz wyboru wykonawcy w procedurze „zaprojektuj i buduj". Praktycznie może to być forma minikonkursu na najlepsze rozwiązanie projektowe.

Dysponowanie przez zamawiającego wstępnymi koncepcjami projektowymi od wykonawców może:

— służyć zamawiającemu do oceny merytorycznej ofert wykonawców,

— potwierdzać realność uzyskania satysfakcjonującego rozwiązania projektowego,

— zapewniać możliwość wykorzystania w dalszych pracach najlepszych pomysłów zgłoszonych w postępowaniu ofertowym,

— doprecyzować ofertę wykonawcy w procedurze „zaprojektuj i buduj".

Aby te cele zamawiający osiągnął niezbędne jest:

— przyjęcie procedury przetargu ograniczonego, negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego, a niebawem dialogu technicznego,

— określenie, że w wyniku prekwalifikacji do II etapu zostanie dopuszczonych nie więcej niż 5–7 uczestników,

— przekazanie zakwalifikowanym wykonawcom podstawowych danych wyjściowych do sporządzenia wstępnej koncepcji projektowej,

— przewidzenie zwrotu kosztów wszystkim uczestnikom II etapu postępowania i nabycia od nich licencji na zastosowanie w projekcie budowlanym ich dobrych pomysłów zawartych w ich ofertach lub propozycjach.

Podkryteriami dla oceny propozycji zawartych w opracowanej koncepcji projektowej mogą być:

- **dla wstępnej koncepcji projektowej zagospodarowania działki lub terenu:**
  a) rozmieszczenie obiektów budowlanych na terenie lub działce oraz zachowanie właściwych powiązań i relacji między nimi i otoczeniem,
  b) uwzględnienie wymagań wynikających z dokumentów planowania przestrzennego i ograniczeń związanych z otoczeniem,
- **dla wstępnej koncepcji projektowej przewidywanych obiektów budowlanych:**
  a) wielkość obiektów, ich wymiary, wysokość i kształt,
  b) propozycje materiałowe dotyczące obiektów budowlanych,

c) rozmieszczenie programu szczegółowego w obiektach,

- **dla proponowanej technologii, jeżeli technologia występuje:**

  — dobór technologii w aspekcie:

  a) oczekiwań zamawiającego,

  b) wymagań ochrony środowiska,

  c) minimalizacji zużycia mediów i wytwarzania odpadów,

- **dla oszacowania kosztów realizacji projektowanych obiektów tworzących inwestycję oraz w niedalekiej przyszłości także kosztów eksploatacji i likwidacji:**

  a) kompletność szacunków,

  b) prawidłowość szacunków,

  przez ich porównanie (odniesienie) do cen rynkowych lub danych kosztowych zamawiającego.

IV) Propozycje zmian w projektach budynków (podane opisowo), które zapewniałyby uzyskanie korzystniejszych wskaźników zapotrzebowania na energię, zużycie wody, ilości odpadów itp., np. 20%, 50% itd. w stosunku do wielkości w budynku referencyjnym, spełniającym aktualne warunki techniczne — wraz z określeniem kosztów ich realizacji z odniesieniem do kosztów budynku referencyjnego.

Byłoby to tzw. kryterium środowiskowe. Zamawiający dysponowałby przesłanką czy w ramach inwestycji nie spełnić ostrzejszych kryteriów, aby uniknąć w nieodległym czasie modernizacji, wynikających z zapowiadanej zmiany wymagań dla budynków.

Podkryteriami dla oceny tego zespołu kryteriów mogą być:

— propozycje dodatkowych działań i urządzeń, albo technologii, które zapewnią:

a) zmniejszenie zapotrzebowania na energię,

b) zmniejszenie zużycia wody,

c) zmniejszenie ilości wytwarzanych lub pozostających bezużytecznych odpadów,

z określeniem wzrostu kosztów (w kwotach lub w procentach) w stosunku do obiektu spełniającego aktualne przepisy.

V) Merytoryczna ocena uczestnictwa przedstawicieli zaproszonych wykonawców w rozmowach i dialogu zmierzającym do doprecyzowania przedmiotu zamówienia, ewentualnych kryteriów oceny ofert, sposobu uwzględnienia kosztów eksploatacji i likwidacji oraz kryteriów środowiskowych.

Podkryteriami dla oceny tego kryterium może być:

— ocena wkładu merytorycznego uczestników dialogu w:

a) doprecyzowanie przedmiotu zamówienia,

b) doprecyzowanie kryteriów oceny ofert,

c) sposób uwzględnienia kosztów eksploatacji lub kosztów środowiskowych.

Kryterium to może być stosowane w procedurze dialogu konkurencyjnego i dialogu technicznego.

3.2. Niezbędne działania zamawiającego

Dla umożliwienia stosowania oprócz ceny także kryteriów merytorycznych (pozacenowych) zamawiający powinien w ogłoszeniu o zamówieniu i w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) zamieścić swoje wymagania i rozstrzygnięcia dotyczące:

— jakich dodatkowych opracowań będzie wymagał w ramach oferty,

— w jaki sposób będzie oceniał przedłożone opracowania i jakie wagi przewiduje dla poszczególnych kryteriów i podkryteriów,

— w jakiej wysokości i na jakich zasadach przewiduje zwrot kosztów wykonania tych dodatkowych opracowań i nabycia licencji na wykorzystanie wskazań i propozycji w nich zawartych w toku przygotowania i realizacji inwestycji.

Dopuszczalność zwrotu kosztów udziału w postępowaniu wynika z dyspozycji art. 36, ust. 2, pkt 8 ustawy Pzp.

Zdaniem autora opracowania dotyczące:

— metodologii wykonywania przedmiotu zamówienia,

— sporządzenia szczegółowego wykazu opracowań i projektów tworzących przedmiot zamówienia podstawowego,

jako związane ściśle z przedmiotem oferty, powinny być wykonane w ramach oferty, bez zwrotu kosztów.

Natomiast opracowania dotyczące:

— wstępnej koncepcji projektowej inwestycji,

— propozycji zmian w projektach budynków zapewniających uzyskanie korzystniejszych wskaźników w aspekcie środowiskowym,

— merytorycznej oceny uczestnictwa przedstawicieli wykonawców w rozmowach i dialogu,

wymagają odpłatności na rzecz wykonawców obejmującej zwrot kosztów uczestnikom postępowania i nabycia licencji przez zamawiającego na wykorzystanie wskazań, propozycji i pomysłów w nich zawartych — w toku przygotowania i realizacji inwestycji. Izba dysponuje szczegółowymi propozycjami dotyczącymi tych odpłatności.

3.3. Propozycja sposobu oceny ofert w zamówieniach o prace projektowe

Autor proponuje przyjąć sposób oceny ofert tożsamy jak zaproponowano w opracowaniu wykonanym dla Ministerstwa Rozwoju Regionalnego, przywołanym w przypisie na str. 3.

Dla kryterium *„cena"* przyjmuje się następujący sposób:

— oferta z najniższą ceną otrzymuje 5 pkt., bo w aspekcie cenowym jest to oferta najkorzystniejsza,

— pozostałe oferty otrzymują punkty określone według następującej formuły arytmetycznej:

$$P = \frac{X}{Y} \times 5$$

gdzie:

P — punkty dla oferty ocenianej,

X — najniższa cena oferty w ocenianym zbiorze ofert, bo ona spełnia oczekiwania zamawiającego,

Y — cena ocenianej oferty.

Podobną zasadę proponuje się dla kryteriów niewymiernych i uszczegóławiających je podkryteriów, także niewymiernych. Podkryteria, zawężając merytoryczny zakres oceny do ściślej określanego zagadnienia, ułatwiają i dają szansę zwiększenia urealnienia tej oceny. Dla kryteriów niewymiernych oraz podkryteriów je uszczegóławiających przyjęto stopniowanie zakresu (stopnia) spełnienia przez ofertę preferencji zamawiającego wyrażonej w postaci punktów za spełnienie danego podkryterium, według następującej zasady:

— 5 punktów (jako max) dla ocen: dobry, spełnia, kompletny itp.,

— 3 punkty przy ocenie: dostateczny, częściowo spełnia, przeciętny itp.,

— 1 punkt przy ocenie: niedostateczny, wadliwy, nie spełnia, niekompletny.

Jeżeli ocenę punktową wykonują poszczególni członkowie komisji, to za dane podkryterium przyjmuje się punkty będące średnią arytmetyczną z punktów wszystkich członków komisji biorących udział w ocenie danego podkryterium.

Dla oceny oferty obliczone punkty należy przemnożyć przez wagę przypisaną do kryterium lub podkryterium, korzystając z formuły arytmetycznej:

$$O = P \times W$$

gdzie:

O — ocena za dane kryterium lub podkryterium,

P — punkty dla oferty ocenianej,

W — waga dla danego kryterium lub podkryterium.

Ocenia się, że w zamówieniach o prace projektowe, stosownie do stopnia ich skomplikowania i specyfiki inwestycji, powinny ważyć:

— kryteria cenowe 30–50%,

— kryteria merytoryczne 70–50%.

Zamawiający ma swobodę w ustalaniu wagi dla danego kryterium czy podkryterium. Zdaniem autora najwyższą wagę powinno mieć kryterium wynikające z merytorycznej oceny wstępnej koncepcji projektowej przedsięwzięcia. Waga ta powinna wynosić 50–60%. To kryterium składa się faktycznie z 4 składowych, w tym, np.:

— wstępna koncepcja projektowa zagospodarowania działki lub ternu powinna ważyć ok. 15%,

— wstępna koncepcja projektowa przewidywanych obiektów budowlanych powinna ważyć ok. 15%,

— proponowana technologia — ok. 10%, z wyłączeniem przypadku, gdy technologia stanowi istotę całego projektu,

— oszacowanie kosztów realizacji projektowanych obiektów tworzących inwestycje powinno ważyć 10–15%.

4. Podsumowanie

Potrzebę zmian w funkcjonowaniu zamówień publicznych dostrzegła także Komisja Europejska i zainicjowała dyskusje na ten temat publikując *Zielona Księgę w sprawie modernizacji polityki Unii Europejskiej w dziedzinie zamówień publicznych* — KOM(2011) z dnia 27.01.2011 r.

Również polski ustawodawca w ramach ustawy *o publicznym transporcie zbiorowym* (Dz.U. z 2011 r. Nr 5 poz. 13) zawarł w zmienionym art. 91 Pzp. delegację dla Prezesa Rady Ministrów *do określenia w rozporządzeniu innych niż cena obowiązkowych kryteriów oceny ofert w odniesieniu do niektórych rodzajów zamówień*.

Prace nad pozacenowymi kryteriami ofert zostały przez Urząd Zamówień Publicznych już zainicjowane w końcu 2010 r. i są kontynuowane.

W ramach tych działań Izba Projektowania Budowlanego, omówione wyżej propozycje pozacenowych kryteriów oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej w zamówieniach publicznych o prace projektowe, przekazała do Urzędu Zamówień Publicznych do wiadomości i wykorzystania.

Należy mieć nadzieję, że podjęte działania zostaną pomyślnie sfinalizowane oraz, że projekt rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie pozacenowych kryteriów oceny ofert będzie szeroko konsultowany, a w efekcie końcowym bardzo korzystny dla gospodarki.

ZALICZKI W USTAWIE PRAWO ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH ORAZ W PROJEKCIE USTAWY O ZAPEWNIENIU BEZPIECZEŃSTWA W ZWIĄZKU Z ORGANIZACJĄ TURNIEJU FINAŁOWEGO UEFA EURO 2012

Izabela Łazuga, Jarosław Wyżgowski
— Uniwersytet Mikołaja Kopernika w Toruniu
Katedra Publicznego Prawa Gospodarczego Wydział Prawa i Administracji

1. Zagadnienia wstępne

Problematyka związana z udzielaniem zaliczek na realizację zamówień publicznych została uregulowana przez art. 1 pkt 16 ustawy z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy — Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych[142]. Zmiana ustawy w zakresie możliwości zaliczkowania zamówień, weszła w życie z dniem 22 grudnia 2009 r. Usankcjonowanie w ustawie z dnia 29 stycznia 2004 r. — Prawo zamówień publicznych[143], instytucji zaliczek wywołuje skutki zarówno dla wykonawców jak i zamawiających. Dodatkowe obowiązki formalne występujące po stronie zamawiającego w przypadku gdy dopuści udzielenie zaliczki, powodować mogą dla niego pewne niedogodności, jednakże stosowanie zaliczek może przyczynić się do wzrostu konkurencyjności w postępowaniu poprzez zwiększenie zainteresowania wykonawców zamówieniem publicznym. Ponadto, udzielenie zaliczki umożliwia wykonawcom finansowanie zamówienia ze środków zamawiającego. W konsekwencji powoduje to brak konieczności kredytowania danego zamówienia do czasu jego zakończenia i otrzymania wynagrodzenia, co może wpłynąć na obniżenie cen ofert[144]. Przepis art. 151 a ustawy Pzp nie rozstrzyga o ilości udzielanych zaliczek ani ich wielkości. Powoduje to, iż zamawiający ma możliwość uregulowania tych zagadnień samodzielnie we wzorze umowy zawartym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a zatem ma możliwość elastycznego skonstruowania kontraktu, w zależności od potrzeb wynikających z uwarunkowań gospodarczych, w jakich jest udzielane zamówienie. Ponadto, warto pamiętać o skorelowaniu wypłacania ewentualnych transz zaliczek z rokiem budżetowym, co znacznie ułatwia dokonywanie bilansu rocznego zamawiającego

2. Definicja zaliczki

Przepisy ustawy Pzp nie regulują definicji zaliczki. Zgodnie z art. 14 ustawy Pzp, do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. — Kodeks cywilny[145], jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Jednakże przepisy kodeksu cywilnego, mimo iż znajdują się w nim odwołania do instytucji zaliczki (np. art. 626 § 2 i art. 743 Kodeksu cywilnego) nie definiują również przedmiotowego pojęcia. Ze względu na brak definicji ustawowej przedmiotowego pojęcia, na potrzeby niniejszego opracowania przez zaliczkę, o której

---

[142] Ustawa z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy — Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych — Dz. U. Nr 206, poz. 1591.

[143] Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. — Prawo zamówień publicznych — tekst jednolity: Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm., zwana w dalszej części opracowania ustawą Pzp.

[144] H. Nowicki, I. Łazuga, J. Wyżgowski: Prawo zamówień publicznych. Komentarz do nowelizacji, Wydawnictwo Lexis Nexis, Warszawa 2010, s. 77.

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

mowa w art. 151a Pzp, należy rozumieć przedpłatę na poczet wynagrodzenia wykonawcy, uiszczaną przez zamawiającego przed terminem realizacji zamówienia przez wykonawcę[146].

3. Warunki formalne umożliwiające zamawiającemu wypłatę zaliczki

Zgodnie z dyspozycją przepisu art. 151a ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający może udzielić zaliczek na poczet wykonania zamówienia, jeżeli możliwość taka została przewidziana w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Wzór ogłoszenia o zamówieniu, określony w załączniku nr 1 do rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 28 stycznia 2010 r. w sprawie ogłoszeń zamieszczanych w Biuletynie Zamówień Publicznych[147], zawiera informację o możliwości udzielenia zaliczki w sekcji III punkcie 2. Zasadnym wydaje się jednakże, by informacje w tym zakresie były uszczegóławiane w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz), np. dopuszczalną wysokość, termin rozliczenia oraz ewentualne zabezpieczenia ich spłaty. Wprawdzie, dyspozycja art. 36 ust. 1 ustawy Pzp nie zawiera informacji o ewentualnych zaliczkach, należy mieć jednak na względzie, iż przepis ten reguluje minimalne wymagania co do treści siwz — wskazuje jej obligatoryjne elementy. Konieczność przekazania wykonawcom informacji o udzielaniu zaliczek jest niezbędna dla zachowania warunków konkurencyjności postępowania o udzielenie zamówienia. Jak już było wyżej wykazane, możność finansowania zamówienia zaliczkami uiszczanymi przez zamawiającego ma bowiem doniosłe znaczenie przy określeniu ceny oferty. W takiej sytuacji wykonawca nie jest zmuszony angażować środków własnych ani też szukać finansowania obcego, które zazwyczaj niesie ze sobą dodatkowe koszty[148].

Fakt zamieszczenia informacji o zaliczce w ogłoszeniu nie przesądza jeszcze o możliwości jej udzielenia. Zgodnie bowiem z dyspozycją przepisu art. 151a ust. 2 ustawy Pzp, zaliczki mogą być udzielane, jeżeli zamówienie jest finansowane z udziałem środków pochodzących z budżetu Unii Europejskiej, niepodlegających zwrotowi środków z pomocy udzielonej przez państwa członkowskie Europejskiego Porozumienia o Wolnym Handlu (EFTA) oraz niepodlegających zwrotowi środków innych niż wymienione wyżej, pochodzących ze źródeł zagranicznych. Ponadto, zaliczki mogą być udzielane w przypadku, gdy przedmiotem zamówienia są roboty budowlane. Powyższe ograniczenia nie dotyczą jednostek samorządu terytorialnego oraz ich związków oraz innych jednostek sektora finansów publicznych, dla których organem założycielskim lub nadzorującym jest jednostka samorządu terytorialnego. Oznacza to zatem, iż zamawiający należący do jednostek samorządu terytorialnego oraz ich związków, a także innych jednostek sektora finansów publicznych, dla których organem założycielskim lub nadzorującym jest jednostka samorządu terytorialnego mogą udzielać zaliczek w przypadku każdego udzielanego przez siebie zamówienia, tj. również dla zamówień, których przedmiot stanowią usługi czy dostawy oraz w sytuacji gdy środki na sfinansowanie przedmiotu zamówienia pochodzą z różnych źródeł.

Wskazać również należy, iż ustawa Pzp nie stanowi o tym, czy wykonawca może otrzymać zaliczkę jeden raz czy może mu zostać ona przyznana wielokrotnie. Jednakże, zamawiający może udzielić kolejnych zaliczek, pod warunkiem że wykonawca wykaże, że wykonał zamó-

---

[146] Tak też: Komentarz do art. 151(a) ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.10.113.759), [w:] M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2010, wyd. IV.

[147] Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 28 stycznia 2010 r. w sprawie ogłoszeń zamieszczanych w Biuletynie Zamówień Publicznych — Dz. U. Nr 12, poz. 69.

[148] Komentarz do art. 151(a) ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.10.113.759), [w:] M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2010, wyd. IV.

wienie w zakresie wartości poprzednio udzielanych zaliczek[149]. Oznacza to, że płatność kolejnej zaliczki udzielanej przez zamawiającego powinna następować dopiero po wykonaniu przez wykonawcę świadczeń na wartość zaliczki uprzednio udzielonej. Podkreślenia wymaga, iż ustawa Pzp nie rozstrzyga, jak powinno nastąpić wykazanie przez wykonawcę, że wykonał zamówienie w zakresie wartości udzielonych poprzednio zaliczek. Zasadnym wydaje się przyjęcie rozwiązania polegającego na dokumentowaniu zakresu wykonanego już zamówienia, przy czym, w doktrynie podkreśla się, że dokumentowanie to nie musi przybierać postaci protokołu odbioru częściowego ani nawet nie musi się wiązać z odbiorem częściowym, a za w pełni dopuszczalny uznać należy jakikolwiek sposób wykazania w sposób wystarczający przez wykonawcę, iż wykonał zamówienie w zakresie wartości udzielonych poprzednio zaliczek (np. w przypadku umowy o roboty budowlane przewidującej wyłącznie odbiór końcowy — wykonanie pomiaru geodezyjnego mającego dla potrzeb rozliczenia zaliczki ustalenie, iż roboty zostały wykonane w zakresie wartości udzielonej zaliczki)[150]. Powyższy przepis wymusza zatem kształtowanie postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego w sposób uniemożliwiający kumulowanie płatności zaliczek[151]. Oznacza to, iż w przypadku, gdy wykonawca nie rozliczy poprzednio udzielonej zaliczki, lub rozliczy zaliczkę tak, że wartość części wykonanego przedmiotu zamówienia nie odpowiada wartościom otrzymanych przez niego środków, nie będzie on uprawniony do otrzymania kolejnej zaliczki[152], a zamawiający nie będzie miał podstaw do wypłacenia następnych środków. Ze względu na fakt, że ustawa Pzp, nie reguluje wprost sposobu ustalenia i potwierdzania, że wykonawca wykonał zamówienie w zakresie wartości udzielonych poprzednio zaliczek, zasadnym wydaje się zajęcie stanowiska, iż kwestie te winny być regulowane w umowie w sprawie zamówienia publicznego już na etapie specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

4. Zaliczki, a tryby niekonkurencyjne

Zgodnie z art. 151 a ust. 3 ustawy Pzp, zamawiający nie może udzielić zaliczki, jeżeli wykonawca został wybrany w trybie negocjacji bez ogłoszenia lub z wolnej ręki. Wolą ustawodawcy było zabezpieczenie gospodarowania środkami publicznymi, zwłaszcza w trybach niekonkurencyjnych, z uwagi na znacznie ograniczony krąg podmiotów mogących weryfikować niewłaściwe w tym zakresie działania zamawiającego, ewentualnie nadużywanie instytucji zaliczek przez wybranego w negocjacjach wykonawcę.

W odniesieniu do kategorii zamówień publicznych z zakresu kultury i sztuki ustawodawca dostrzegł potrzebę uregulowania możliwości udzielania zaliczek wykonawcy wybranemu również w trybie niekonkurencyjnym, co znalazło swoje uzasadnienie w projekcie ustawy o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych[153], w którym zaproponowano wprowadzenie wyjątku od zasady nieudzielania przez zamawiającego zaliczek, w sytuacji gdy wykonawca został wybrany w trybie negocjacji bez ogłoszenia lub w trybie zamówienia z wolnej reki. Wprowadzany wyjątek będzie dotyczył szczególnej sytuacji zamówienia z zakresu kultury

---

[149] Arg. Z art. 151a ust. 4 ustawy Pzp.

[150] Komentarz do art. 151(a) ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.10.113.759), [w:] M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2010, wyd. IV.

[151] Por. także: Komentarz do art. 151(a) ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.10.113.759), [w:] M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2010, wyd. IV.

[152] Zob. również: G. Karwatowicz: Zaliczki dla wykonawców zamówienia publicznego, Zamówienia publiczne. Doradca, Nr 8, 2010, s. 55.

[153] Projekt założeń do projektu ustawy o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych skierowanego pod obrady Stałego Komitetu Rady Ministrów, źródło: www.uzp.gov.pl

i sztuki. Z uzasadnienia do projektu ustawy wynika, iż powyższa zmiana jest spowodowana koniecznością uwzględnienia specyfiki zamówień z zakresu kultury i sztuki oraz wyjściem naprzeciw oczekiwaniom zamawiających i wykonawców tego rodzaju zamówień, którzy bez zapewnienia zaliczek potencjalnym wykonawcom są w rzeczywistości pozbawieni możliwości udzielenia zamówień w przedmiotowym zakresie.

5. Zabezpieczenie zaliczki

Zgodnie z art. 151 ust. 5 ustawy Pzp, zamawiający może żądać od wykonawcy wniesienia zabezpieczenia zaliczki. Zabezpieczenie może być dokonane w jednej lub w kilku formach, które są dopuszczalne na podstawie przepisów ustawy Pzp. Ustawa Pzp odwołuje w tym zakresie do dyspozycji art. 148 ust. 1 ustawy. Zgodnie z powyższym przepisem, zabezpieczenie może być wnoszone według uznania wykonawcy w jednej lub w kilku formach, jak: pieniądzu, poręczeniach bankowych lub poręczeniach spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, z tym że zobowiązanie kasy jest zawsze zobowiązaniem pieniężnym; gwarancjach bankowych; gwarancjach ubezpieczeniowych; poręczeniach udzielanych przez podmioty, o których mowa w art. 6b ust. 5 pkt 2 ustawy z dnia 9 listopada 2000 r. o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości[154]. Ponadto, za zgodą zamawiającego zabezpieczenie może być wnoszone również w wekslach z poręczeniem wekslowym banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej; przez ustanowienie zastawu na papierach wartościowych emitowanych przez Skarb Państwa lub jednostkę samorządu terytorialnego oraz poprzez ustanowienie zastawu rejestrowego na zasadach określonych w przepisach o zastawie rejestrowym i rejestrze zastawów.

Ustawa Pzp określa również górną wysokość zaliczek, jakich może udzielić zamawiający. Wysokość ta wyrażona jest procentowo i maksymalnie w stosunku do wysokości wynagrodzenia wykonawcy. Zgodnie z art. 151a ust. 6 ustawy Pzp, zamawiający żąda wniesienia zabezpieczenia zaliczki, jeżeli przewidywana wartość zaliczek przekracza 20% wysokości wynagrodzenia wykonawcy. Wprowadzenie tej regulacji miało na celu ochronę prawidłowego wykorzystania środków finansowych przekazanych wykonawcom w formie zaliczki

Zgodnie z art. 151a ust. 7 ustawy Pzp, w przypadku żądania wniesienia zabezpieczenia zaliczki, w umowie określa się formę lub formy zabezpieczenia zaliczki, wysokość zabezpieczenia, a także sposób jego wniesienia i zwrotu. Wskazany przepis stanowi jednoznacznie, iż umowa w sprawie zamówienia publicznego może przewidywać jedną formę zabezpieczenia zwrotu zaliczki, co jest możliwe tylko wówczas, gdy o formie zabezpieczenia zwrotu zaliczki wiążąco decyduje zamawiający. Dlatego też, zawarte w art. 151a ust. 5 Pzp, odesłanie do art. 148 ustawy Pzp traktować należy wyłącznie w kategoriach oznaczenia katalogu dopuszczalnych form zabezpieczenia zwrotu zaliczki[155].

Ponadto, umowa może przewidywać możliwość zmiany formy zabezpieczenia zaliczki w trakcie realizacji tej umowy. Mimo, iż przepis ustawowy nie określa tego w sposób jednoznaczny, zmiana formy zabezpieczenia zwrotu zaliczki może nastąpić tylko na jedną z form wskazanych w art. 151a ust. 5, czyli na jedną z form wskazanych w art. 148 ust. 1 i 2 ustawy Pzp. Wskazać należy, iż zmiana formy zabezpieczenia zwrotu zaliczki na inną formę prowadziłaby do obejścia przepisu art. 151a ust. 5 ustawy Pzp. Jednocześnie należy zauważyć, iż normując wymogi doty-

---

[154] Ustawa z dnia 9 listopada 2000 r. o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości — Dz. U. Nr 109, poz. 1158 ze zm.

[155] Komentarz do art. 151(a) ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.10.113.759), [w:] M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2010, wyd. IV.

czące postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego dotyczącego zabezpieczenia zwrotu zaliczki, ustawa nie wskazuje terminu ustanowienia takiego zabezpieczenia. Wzgląd na ochronę interesu zamawiającego wymaga, aby ustanowienie zabezpieczenia zwrotu zaliczki stanowiło warunek jej wypłaty[156]. W przypadku zatem, kiedy na żądanie zamawiającego wykonawca realizujący przedmiot zamówienia nie ustanowi zabezpieczenia we wskazanej przez zamawiającego formie i wysokości, ustalonej w umowie w sprawie zamówienia publicznego, zamawiający nie będzie posiadał podstawy do przekazania wykonawcy zaliczki[157]. Termin wniesienia zabezpieczenia wobec braku regulacji ustawowej powinien zostać określony w postanowieniach umowy w sprawie zamówienia publicznego. Nadmienić również należy, iż przekazanie zaliczki przez zamawiającego w przypadku braku ustanowienia zabezpieczenia zaliczki przez wykonawcę, narusza dyspozycję przepisu art. 151a ust. 6 ustawy Pzp.

6. Zaliczki na usługi hotelarskie

Usługi hotelarskie mieszczą się w katalogu usług o charakterze niepriorytetowym[158]. Oznacza to, iż udzielając zamówienia na ten przedmiot zamawiający może zastosować mniej rygorystyczną procedurę, jednakże nie ma on podstaw by zastosować procedury niekonkurencyjne. Usługi hotelarskie stanowią specyficzny przedmiot zamówienia z uwagi na uwarunkowania rynku usług hotelarskich. W umowach na usługi hotelarskie rynek niejako wymusza dokonywanie przedpłat tytułem rezerwacji miejsc noclegowych. W przypadku zatem gdy zamawiający nie spełnia wymagań określonych przepisami prawa niezbędnymi do zaliczkowania zamówień, czyli nie należy do określonego w ustawie Pzp katalogu zamawiających uprawnionych do udzielania zaliczki, zamówienie nie jest finansowane z określonych prawem środków, nie może stosować instytucji zaliczek. Ograniczenie możliwości stosowania zaliczek powoduje wiele problemów, przede wszystkim dla zamawiających będących jednostkami administracji rządowej w przypadku organizacji spotkań międzynarodowych, grup roboczych czy konferencji. Oczywistym jest, iż w przypadku gdy wartość zamówienia przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 14 000 euro, zamawiający zobowiązany jest stosować ustawę Pzp, jednakże nie ma możliwości udzielić zaliczki w ww. przedmiocie.

Problem ten stał się szczególnie aktualny w odniesieniu do organizacji turnieju finałowego piłki nożnej EURO 2012. W odniesieniu do organizacji ww. przedsięwzięcia podjęto działania, zmierzające do umożliwienia udzielania zaliczek na poczet wykonania zamówienia publicznego w szerszym zakresie, czego efektem jest powstanie projektu ustawy o zapewnieniu bezpieczeństwa w związku z organizacją Turnieju Finałowego UEFA EURO 2012 oraz o zmianie ustawy — Kodeks karny, ustawy — Kodeks postępowania karnego, ustawy — Kodeks karny wykonawczy, ustawy — Kodeks wykroczeń oraz niektórych innych ustaw[159]. Ustawa ta stanowić ma lex specjalis w stosunku do ustawy Pzp, a zatem w odniesieniu do zamówień publicznych udzielanych przez Ministra właściwego do spraw wewnętrznych i administracji oraz jednostki organizacyjne Policji, Państwowej Straży Pożarnej, Straży Granicznej oraz

---

[156] Tamże.

[157] Zob. również: G. Karwatowicz: Zaliczki dla wykonawców zamówienia publicznego, Zamówienia publiczne. Doradca, Nr 8, 2010, s. 55.

[158] Wykaz usług o charakterze niepriorytetowym określony jest w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 28 stycznia 2010 r. w sprawie wykazu usług o charakterze priorytetowym i niepriorytetowym — Dz. U. Nr 12, poz. 68.

[159] Projekt ustawy o zapewnieniu bezpieczeństwa w związku z organizacją Turnieju Finałowego UEFA EURO 2012 oraz o zmianie ustawy — Kodeks karny, ustawy — Kodeks postępowania karnego, ustawy — Kodeks karny wykonawczy, ustawy — Kodeks wykroczeń oraz niektórych innych ustaw, zwany dalej ustawą o zapewnieniu bezpieczeństwa EURO 2012, źródło: projekt roboczy Ministerstwa Spraw Wewnętrznych i Administracji.

Biuro Ochrony Rządu, których przedmiotem mają być usługi związane z zapewnieniem zakwaterowania, zamawiający będą mogli korzystać z możliwości udzielania zaliczek w trybach niekonkurencyjnych, mimo iż obecnie na podstawie przepisów ustawy Pzp, nie mają takich możliwości.

Z uzasadnienia do projektu art. 9 ww. ustawy[160] wynika, iż ma on na celu przede wszystkim stworzenie podstaw prawnych do dokonywanie przez Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji oraz służby przez niego nadzorowane wypłaty zaliczek na kontraktowane usługi związane z zakwaterowaniem. W uzasadnieniu podniesiono również, iż Turniej UEFA EURO 2012 spowoduje, że w czterech miastach gospodarzach trzeba będzie zakwaterować zarówno siły Policji, Państwowej Straży Pożarnej, Straży Granicznej oraz Biura Ochrony Rządu przesunięte do działań w miastach gospodarzach z innych części kraju, jak i zakwaterowanie dla przedstawicieli służb odpowiedzialnych za bezpieczeństwo pochodzących z innych państw, w szczególności z Ukrainy, państw uczestników Turnieju, państw sąsiadujących oraz państw tranzytu kibiców (tzw. spottersów). Projektodawca zwrócił uwagę, iż praktyka rezerwowania miejsc w hotelach z dużym wyprzedzeniem wykazała, że podmioty gospodarcze prowadzące działalność hotelową są skłonne dokonywać takich rezerwacji, jednakże po uiszczeniu stosownej zaliczki, zwłaszcza, że zainteresowanie usługami hotelarskimi w tym okresie przez podmioty niezobowiązane do stosowania ustawy Pzp jest bardzo duże. Stąd potrzeba uregulowania możliwości udzielania zaliczek, nie na gruncie ustawy Pzp, lecz w innym akcie prawnym okazuje się konieczna.

Zgodnie z dyspozycją art. 9 ust. 1 i 2 ustawy o zapewnieniu bezpieczeństwa EURO 2012, Minister właściwy do spraw wewnętrznych i administracji oraz jednostki organizacyjne Policji, Państwowej Straży Pożarnej, Straży Granicznej oraz Biuro Ochrony Rządu mogą, z zachowaniem zasad określonych w Pzp, dokonywać zaliczek na poczet wykonania zamówienia dotyczącego usług związanych z zapewnieniem zakwaterowania lub innych usług niezbędnych dla realizacji działań i warunków koniecznych do zapewnienia bezpieczeństwa i porządku publicznego podczas Turnieju Finałowego UEFA EURO 2012 w Polsce, a przepisów w zakresie możliwości udzielania zaliczek finansowanych z udziałem środków pochodzących z budżetu Unii Europejskiej, niepodlegających zwrotowi środków z pomocy udzielonej przez państwa członkowskie Europejskiego Porozumienia o Wolnym Handlu (EFTA) oraz niepodlegających zwrotowi środków innych niż wymienione wyżej, pochodzących ze źródeł zagranicznych oraz zamówień na roboty budowlane, nie stosuje się. Również regulacja dotycząca zakazu udzielania zaliczek w przypadku, gdy wykonawca realizujący przedmiotowe zamówienie wybrany został w trybie negocjacji bez ogłoszenia lub zamówienia z wolnej ręki nie ma zastosowania. Zamawiający korzystając z powyższej regulacji winien mieć na względzie cel zaliczkowanego zamówienia, tj. usługi związane z zapewnieniem zakwaterowania lub inne usługi niezbędne dla realizacji działań i warunków koniecznych do zapewnienia bezpieczeństwa i porządku publicznego podczas Turnieju Finałowego UEFA EURO 2012 w Polsce

7. Wyłączenia od stosowania przepisów ustawy Pzp w przedmiocie udzielania zaliczek

Ograniczenia przy udzielaniu zaliczek dotyczące źródła finansowania zamówienia, trybu udzielenia zamówienia czy też przedmiotu zamówienia nie dotyczą zamawiających nienależących

[160] Projekt uzasadnienia do projektu ustawy o zapewnieniu bezpieczeństwa w związku z organizacją Turnieju Finałowego UEFA EURO 2012 oraz o zmianie ustawy — Kodeks karny, ustawy — Kodeks postępowania karnego, ustawy — Kodeks karny wykonawczy, ustawy — Kodeks wykroczeń oraz niektórych innych ustaw, źródło: uzasadnienie do projektu roboczego Ministerstwa Spraw Wewnętrznych i Administracji.

do jednostek sektora finansów publicznych w rozumieniu przepisów o finansach publicznych[161], tj. zamawiających sektorowych, podmioty prawa publicznego, podmioty z którymi zawarto umowę koncesji na roboty budowlane na podstawie ustawy z dnia 9 stycznia 2009 r. o koncesji na roboty budowlane lub usługi[162] oraz podmioty określone w art. 3 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Tego rodzaju zamawiający mogą udzielać zaliczek na wszystkie rodzaje zamówień, przyznane po przeprowadzeniu postępowania zarówno w trybach otwartych, jak i negocjacji bez ogłoszenia oraz zamówienia z wolnej ręki, bez konieczności żądania zabezpieczenia oraz udzielania kolejnych zaliczek po wykazaniu przez wykonawcę, iż wykonał zamówienie w zakresie wartości poprzednio udzielonych zaliczek (art. l5la ust. 8 Pzp).

8. Podsumowanie

Uregulowanie w ustawie Pzp możliwości udzielania zaliczek, mimo braków w obszarze rozliczania zaliczek, należy ocenić pozytywnie. Oczywiście obowiązki formalne dla zamawiającego w przypadku, gdy przewiduje on możliwość udzielenia zaliczki, mogą stanowić pewne obciążenie, jednakże zamawiający powinien mieć głównie na względzie korzyści, jakie daje mu ww. regulacja. Po pierwsze, wzrost konkurencyjności w postępowaniu poprzez zwiększenie zainteresowania zamówieniem publicznym, gdyż zamówienia częściowo finansowane poprzez zaliczki są bardziej atrakcyjne dla wykonawców. Po drugie, udzielenie zaliczki umożliwia wykonawcom finansowanie zamówienia ze środków zamawiającego, co powoduje, iż wykonawca nie kredytuje danego zamówienia do czasu jego zakończenia, a to wpływa na obniżenie cen ofert, co jest niezwykle istotne z punktu widzenia gospodarowania przez dysponentów środkami publicznymi.

Wydaje się, iż inicjatywy w zakresie zmian legislacyjnych w obszarze zaliczkowania zamówień publicznych, wskazują na potrzebę kompleksowej regulacji w tym zakresie. Nadmienić także należy, iż usankcjonowanie instytucji zaliczek w ustawie Pzp wykorzystywane przez zamawiających wpływa na elastyczność procedur udzielania zamówień publicznych, co wskazuje na spełnianie celu ustawy Pzp, jakim jest nie tylko zapewnienie racjonalnego i gospodarnego wydatkowania środków publicznych, ale również wdrożenie procedur korespondujących z bieżącymi uwarunkowaniami rynkowymi.

W odniesieniu do projektu ustawy o zapewnieniu bezpieczeństwa w związku z EURO 2012 wydaje się, iż koncepcja udzielania zaliczek w przypadku tego przedsięwzięcia jest korzystna, a zatem pozytywnie należy ocenić propozycję projektu ww. ustawy, która ma na celu stworzenie podstaw prawnych do dokonywania przez Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji oraz służby przez niego nadzorowane do wypłaty zaliczek na usługi związane z zakwaterowaniem w czasie turnieju. Reasumując, należy stwierdzić, iż powyższa inicjatywa stanowi przykład wyjścia naprzeciw potrzebom zamawiających, a przez to będzie miała znaczący wpływ na uelastycznienie procedury udzielenia zamówienia publicznego i w konsekwencji zwiększenia zainteresowania zamówieniami publicznymi wykonawców, których podstawowym obszarem działalności jest rynek zamówień publicznych.

[161] Ustawa z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych — Dz. U. Nr 157, poz. 1240 ze zm.

[162] Ustawa z dnia 9 stycznia 2009 r. o koncesji na roboty budowlane lub usługi — Dz. U. Nr 19, poz. 101 ze zm.

KONTROLA ZARZĄDCZA W ZAMÓWIENIACH PUBLICZNYCH

Agata Mikołajczak-Waligórska
Regionalna Izba Obrachunkowa w Poznaniu

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

1. Kontrola w sektorze administracji publicznej jest tą instytucją, która pod wpływem stosowania do niej przepisów unijnych, doznaje daleko idących zmian ustrojowych i organizacyjnych. Dotyczy to w szczególności wprowadzanej w jednostkach sektora finansów publicznych kontroli zarządczej modyfikującej audyt wewnętrzny. Do kontroli administracji mogą być powołane zarówno podmioty usytuowane na zewnątrz administracji (kontrola zewnętrzna) jak też znajdujące się wewnątrz tej administracji (kontrola wewnętrzna). Ta ostatnia jest wykonywana przez pracownika, wewnętrzną jednostkę organizacyjną lub inny podmiot należący do systemu jednostek organizacyjnych administracji. Kontrola wewnętrzna traktowana jest jako integralna część systemu kierowania jednostką organizacyjną, która wspiera sprawną realizację jej zadań, skuteczne i ekonomiczne podejmowanie działań a także umożliwia racjonalne wykorzystanie i ochronę zasobów jednostki. Tak rozumiana kontrola wewnętrzna stanowi zbiór procedur i mechanizmów organizacyjnych, mający na celu wspieranie wykrywania nieprawidłowości jak też uzyskania racjonalnej pewności, że osiągnięte zostały cele zarządzania. Tradycyjne rozumienie w doktrynie prawa administracyjnego kontroli wewnętrznej jako czynności sprawdzających, wykonywanych przez komórki organizacyjne instytucji, polegających na badaniu i ocenie faktycznej realizacji zadań jednostki organizacyjnej w celu wykrywania odchyleń, nieprawidłowości, niegospodarnego działania i nadużyć, jest dziś niewystarczające do zapewnienia skuteczności działania, zwłaszcza jednostek publicznych. Należy zatem przyjąć, iż 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 prze kierownictwo oraz rozumiane i akceptowane przez pracowników. Oceną powinny być też objęte działania kierownicze, podejmowane w celu zapobiegania, ograniczania i znoszenia skutków zagrożeń realizowanych zadań. Wytyczne unijne wymagają aby kontrola wewnętrzna była procesem dynamicznym i integralnym, który musi być ciągle dostosowywany do zmian w organizacji. Kierownicy i personel wszystkich szczebli muszą mieć współudział w procesie odnoszenia się do ryzyk i dawania rozsądnego zapewnienia o osiąganiu misji jednostki i jej ogólnych celów . Przyjęty w państwach zachodnich, zarówno w biznesie jak też w sektorze publicznym, system kontroli wewnętrznej wymaga, aby kontrola ta stanowiła integralny proces, na który ma wpływ zarząd jednostki oraz jej personel. Ma być zaprojektowana tak, aby odnosić się do ryzyk i dawać rozsądne zapewnienie, że działania jednostki skierowane na wypełnianie jej misji pomagają jej również w osiągnięciu takich celów jak: a) prowadzenie uporządkowanej, etycznej, gospodarnej, skutecznej i wydajnej działalności; b) wypełnianie obowiązków związanych z odpowiedzialnością; c) zgodność z prawem i przepisami; d) ochrona zasobów przed utratą, niewłaściwym wykorzystaniem i zniszczeniem.

2. Kontrola wewnętrzna obejmuje kontrolę wewnętrzną instytucjonalną i kontrolę wewnętrzną funkcjonalną oraz samokontrolę. Kontrola instytucjonalna sprawowana jest przez specjalnie wyodrębnione organizacyjnie organy kontroli w jednostkach publicznych (wydziały kontroli) lub kontrolerów zakładowych, zatrudnionych w specjalistycznych komórkach kontroli wewnętrznej przedsiębiorstwa, podporządkowanych kierownictwu jednostki w zakresie określonym w podstawowych dokumentach organizacyjnych (statutach, regulaminach)

instytucji. W jej ramach przeprowadzana jest kompleksowa kontrola zagadnień ważnych dla danej instytucji oraz opracowywanie informacji i analiz działalności określonych komórek organizacyjnych jednostki bądź też wybranych aspektów jej działalności, uznanych za istotne przez kierownictwo danej jednostki. Kontrola ta spełnia usługową rolę wobec kierownictwa jednostki i objawia się tym, że osoby ją wykonujące w większości przypadków ograniczają się do czynności kontrolnych i przygotowania materiałów, natomiast właściwe decyzje podejmowane są przez odpowiednie organy zarządzające bądź nadzorujące daną jednostkę. Szczególnym rodzajem kontroli wewnętrznej instytucjonalnej jest audyt wewnętrzny. Z kolei kontrola funkcjonalna polega na wykonywaniu przez upoważnionych pracowników danej jednostki organizacyjnej czynności kontrolnych z tytułu pełnienia przez nich określonych funkcji w sferze zarządzania. Jest ona sprawowana przede wszystkim przez kierowników, którzy z racji zajmowanego stanowiska sprawują nadzór nad podległymi im zespołami pracowniczymi. Szczególną rolę odgrywa kontrola zarządcza wykonywana w podległej jednostce przez kierownika tej jednostki. Obok sformalizowanych postaci kontroli wewnętrznej można jeszcze wyróżnić samokontrolę, którą wykonują wszyscy pracownicy, w ramach powierzonych zadań w toku codziennego wykonywania obowiązków służbowych. Samokontrola polega na kontroli prawidłowości wykonywania własnej pracy przez każdego z pracowników w oparciu o obowiązujące przepisy prawa, regulacje i procedury wewnętrzne oraz obowiązki wynikające z zakresu czynności służbowych. W przypadku ujawnienia nieprawidłowości pracownik dokonujący samokontroli jest zobowiązany podjąć niezbędne działania zmierzające do usunięcia nieprawidłowości oraz niezwłocznie poinformować bezpośredniego przełożonego o stwierdzonych nieprawidłowościach, który to niezwłocznie podejmuje decyzję co do sposobu ich usunięcia. Obowiązek i rodzaj sprawowanej kontroli powinien wynikać ze struktury organizacyjnej instytucji oraz powinien być wyraźnie zaznaczony w zakresach obowiązków osób wykonujących kontrolę. Kontrola zarządcza i audyt wewnętrzny najszersze zastosowanie znalazły w jednostkach sektora finansów publicznych, jako instytucje realizujące zasadę jawności gospodarowania środkami publicznymi, przejawiającą się w podawaniu do publicznej wiadomości treści planów działalności, sprawozdań z wykonania planów działalności oraz oświadczeń o stanie kontroli zarządczej oraz zapewnianiu radnym danej jednostki samorządu terytorialnego dostępu do sprawozdania z wykonania planu audytu za rok poprzedni.

3. Zasady kontroli zarządczej oraz jej koordynacji zostały określone w ustawie z 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. Nr 157, poz. 1240 ze zm.). Zgodnie z art. 68 u.f.p. kontrolę zarządczą 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 kontroli zarządczej jest zapewnienie w szczególności:

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.

W myśl przepisu art. 69 u.f.p. kontrola zarządcza powinna funkcjonować na dwóch poziomach. Podstawowym poziomem jest jednostka sektora finansów publicznych, a za funkcjonowanie w niej kontroli zarządczej odpowiedzialny jest jej kierownik. Ponadto w ramach administracji rządowej i samorządowej powinna funkcjonować kontrola zarządcza na poziomie drugim

a więc odpowiednio na poziomie działu administracji rządowej, a także jednostki samorządu terytorialnego. Za funkcjonowanie kontroli zarządczej na tym poziomie odpowiada odpowiednio minister kierujący danym działem administracji rządowej oraz wójt (burmistrz, prezydent miasta), starosta albo marszałek województwa w przypadku samorządu terytorialnego. Organy wykonawcze samorządu terytorialnego są odpowiedzialne za zapewnienie adekwatnego, skutecznego i efektywnego systemu kontroli zarządczej w urzędzie gminy (urzędzie miasta), starostwie powiatowym lub urzędzie marszałkowskim, a także w jednostce samorządu terytorialnego. Z kolei minister jest odpowiedzialny za zapewnienie takiego systemu kontroli zarządczej w ministerstwie (jako kierownik jednostki) oraz w dziale administracji rządowej (jako minister kierujący działem) i z tego tytułu może zobowiązać kierownika jednostki w dziale do sporządzenia planu działalności kontroli zarządczej, składania oświadczeń o jej stanie jak też sprawozdania z wykonania planu (art. 70 ust. 4 u.f.p.). Nie ma natomiast ustawowo określonych szczególnych kompetencji dla ministrów i odpowiednio wójtów (burmistrzów, prezydentów miast), starostów i marszałków województw w stosunku do jednostek podległych i nadzorowanych z tytułu odpowiedzialności za funkcjonowanie kontroli zarządczej w dziale administracji rządowej lub w jednostce samorządu terytorialnego. Zadania te powinny być realizowane w ramach i na podstawie kompetencji przyznanych ministrom i odpowiednio organom wykonawczym jednostek samorządu terytorialnego w przepisach odrębnych. Ustawa nie stworzyła także nakazu tworzenia planów i składania sprawozdań z ich wykonania skierowanego do wskazanego w art. 69 ust. 1 pkt 2 u.f.p. wójta, burmistrza, prezydenta miasta oraz przewodniczącego zarządu jednostki samorządu terytorialnego jak też kierownika innej jednostki sektora finansów publicznych (pkt 3). Dostrzegając ten problem sugerowano w doktrynie aby decyzje o sporządzaniu owych planów, sprawozdań i oświadczeń były podejmowane przez jednostki samorządu terytorialnego — a w szczególności ich organy wykonawcze — na zasadzie dobrowolnej[163]. Nałożenie takiego obowiązku w sposób pośredni nastąpiło dopiero, wydanym na podstawie art. 70 ust. 6 u.f.p. rozporządzeniem Ministra Finansów z 2 grudnia 2010 r. w sprawie wzoru oświadczenia o stanie kontroli zarządczej (Dz. U. Nr 238, poz. 1581) a właściwie w załączonym do niego wzorze oświadczenia o stanie kontroli zarządczej. Nałożenie przez ustawodawcę w rozporządzeniu, dotyczącym składania oświadczeń, nakazu sporządzania planów działalności i sprawozdań z ich wykonania przez pozostałe jednostki sektora finansów publicznych, krytykowane przez doktrynę jako niekonstytucyjne, wypełniło lukę ustawową, czyniąc zadość wymogom zasady jawności gospodarowania środkami publicznymi, nakazującej m.in. pełne upublicznienie kontroli zarządczej w zakresie treści planów działalności, sprawozdań z ich wykonania oraz oświadczeń o jej stanie. Pośrednio obowiązek sporządzania planów działalności i sprawozdań z ich wykonania przez wszystkie jednostki sektora finansów publicznych można wywieść z treści przepisu art. 295 ust. 2 u.f.p. zawierającego obowiązek informowania Ministra Finansów o funkcjonowaniu kontroli zarządczej (mimo ustawowego wyłączenia z tego obowiązku m.in. jednostek samorządu terytorialnego), bowiem jedynym wiarygodnym źródłem takiej informacji są plany działania i oświadczenia oraz sprawozdania z ich wykonania.

4. Polskie standardy kontroli zarządczej wskazał załącznik do komunikatu nr 23 Ministra Finansów z 16 grudnia 2009 r. w sprawie standardów kontroli zarządczej dla sektora finansów publicznych (Dz. Urz. MF Nr 15, poz. 84), określając podstawowe wymagania jakie musi ona spełniać w sektorze finansów publicznych. Z kolei celem standardów jest promowanie wdrażania w sektorze finansów publicznych spójnego i jednolitego modelu kontroli zarządczej zgodnego z międzynarodowymi standardami, z uwzględnieniem specyficznych zadań jednostki, która ją wdraża i warunków, w których ona działa. Standardy stanowią uporządkowany zbiór wskazówek, które osoby odpowiedzialne za funkcjonowanie kontroli zarząd-

[163] A. Mazurek, Kontrola zarządcza w samorządzie terytorialnym, Finanse Komunalne nr 5/2010, s. 54.

czej powinny wykorzystać do tworzenia, oceny i doskonalenia systemów kontroli zarządczej. Standardy zostały ujęte w grupy odpowiadające poszczególnym elementom kontroli zarządczej. I tak grupa środowisko wewnętrzne obejmuje takie standardy jak:

a) przestrzeganie wartości etycznych;
b) posiadanie odpowiednich kompetencji zawodowych;
c) prawidłowa struktura organizacyjna instytucji i wynikające z niej zakresy indywidualnych stanowiska pracy;
d) precyzyjnie określone zakresy delegowanych uprawnień.

Z kolei grupa cele i zarządzanie ryzykiem jako standardy maja zwiększać prawdopodobieństwo osiągnięcia celów i realizacji zadań i zawiera:

a) misję zarządzającego jednostką w odniesieniu do podległych mu jednostek;
b) planowanie perspektywiczne celów i zadań, ich monitorowanie oraz ocenę ich realizacji;
c) dokonywanie okresowej identyfikacji ryzyka w odniesieniu do celów i zadań, jego analizy oraz sposoby postępowania w stosunku do ryzyka.

W grupie mechanizmy kontroli standardy stanowią zestawienie podstawowych instrumentów, które mogą funkcjonować w kontroli zarządczej. Można tu wymienić:

a) dokumentowanie systemu kontroli;
b) sprawowanie nadzoru;
c) zapewnienie ciągłości działalności jednostki;
d) ochrona zasobów jednostki;
e) ochrona bezpieczeństwa danych i systemów informatycznych.

Nadto w tej grupie ujęto standardy odnoszące się do szczegółowych mechanizmów kontroli dotyczących operacji finansowych i gospodarczych takie jak:

a) rzetelne i pełne dokumentowanie i rejestrowanie operacji finansowych i gospodarczych,
b) zatwierdzanie (autoryzacja) operacji finansowych przez kierownika jednostki lub osoby przez niego upoważnione,
c) podział kluczowych obowiązków,
d) weryfikacja operacji finansowych i gospodarczych przed i po ich realizacji.

Następna grupa standardów związana jest z informacją i komunikacją a ich zadaniem jest zapewnienie instytucji bieżących informacji oraz efektywnego systemu komunikacji wewnętrznej i zewnętrznej. Ostatnia wreszcie grupa standardów ma zapewnić monitorowanie i ocenę systemu kontroli zarządczej poprzez jej samoocenę, audyt wewnętrzny oraz złożenie oświadczenia o stanie kontroli zarządczej w poprzednim roku.

5. Kontrolę zarządczą sprawuje kierownik jednostki (odpowiednio: minister kierujący działem administracji rządowej, wójt, burmistrz, prezydent miasta, przewodniczący zarządu jednostki samorządu terytorialnego) w oparciu o plan działalności, sporządzony na podstawie wydanego w oparciu o przepis art. 70 ust. 7 u.f.p. rozporządzenia Ministra Finansów z 29 września 2010 r. w sprawie planu działalności i sprawozdania z jego wykonania (Dz. U. Nr 187, poz. 1254). Plan ten złożony jest z kilku części, w którym część pierwsza obejmuje zestawienie nie więcej niż pięciu najważniejszych celów przyjętych do realizacji dla działu administracji rzą-

dowej albo dla jednostki sektora finansów publicznych, przypisanych im mierników określających stopień realizacji celów wraz z ich planowanymi wartościami, a także najważniejszych zadań służących realizacji tych celów wraz z odniesieniem ich do dokumentów o charakterze strategicznym. Część druga obejmuje zestawienie celów zadań w budżecie państwa w układzie zadaniowym na rok, którego dotyczy plan, wskazanych jako priorytetowe, przypisanych im mierników, określających stopień realizacji celów wraz z ich planowanymi wartościami, a także podzadań budżetowych służących realizacji tych celów zaś część trzecia — zestawienie innych niż wymienione w poprzednich częściach celów, przypisanych im mierników określających stopień realizacji celów wraz z ich planowanymi wartościami, a także najważniejszych zadań służących realizacji tych celów. Natomiast sprawozdanie z wykonania planu działalności obejmuje zestawienie celów wskazanych w poszczególnych częściach planu oraz opis przyczyn niezrealizowania celów, wystąpienia istotnych różnic w planowanych i osiągniętych wartościach mierników lub podjęcia innych niż planowane zadań, służących realizacji celów. Obowiązek sporządzenia planu i sprawozdania z jego wykonania jak też składania oświadczeń o stanie kontroli zarządczej został nałożony przepisami ustawy na ministrów kierujących działami administracji rządowej (art. 70 ust. 1 i 3 u.f.p.) Z kolei tenże minister może zobowiązać do tego kierowników jednostek w dziale art. 70 ust. 4 u.f.p.). Nadto owe plany, sprawozdania i oświadczenia podlegają ogłoszeniu w Biuletynie Informacji Publicznej.

6. Istotne znaczenie dla prawidłowej realizacji celów i zadań kontroli zarządczej oraz ustalenia odpowiedzialności za jej funkcjonowanie ma coroczne składanie upublicznionych oświadczeń o stanie kontroli zarządczej. Oświadczenie opiera się na ocenie własnej składającego i informacjach dostępnych w czasie jego sporządzania, pochodzących z różnych źródeł, a w szczególności z monitoringu realizacji celów i zadań, samooceny kontroli zarządczej przeprowadzonej z uwzględnieniem jej standardów, procesu zarządzania ryzykiem, audytu wewnętrznego oraz kontroli wewnętrznych i zewnętrznych. Oświadczenie składa się z trzech działów, obrazujących stan faktyczny i postulowany kontroli zarządczej. Zakładając, iż w jednostce funkcjonowała adekwatna, skuteczna i efektywna kontrola zarządcza, w wystarczającym stopniu zapewniająca spełnienie łącznie wszystkich elementów takich jak: zgodność działalności z przepisami prawa oraz procedurami wewnętrznymi, skuteczność i efektywność działania, wiarygodność sprawozdań, ochronę zasobów, przestrzeganie i promowanie zasad etycznego postępowania, efektywność i skuteczność przepływu informacji oraz zarządzanie ryzykiem. Kontrola zarządcza może jednakże funkcjonować w ograniczonym stopniu, niezapewniając w wystarczającym stopniu jednego lub więcej z wymienionych wyżej elementów lub niefunkcjonowć tj. niezapewniać w wystarczającym stopniu żadnego z wymienionych elementów. W przypadku gdy kontrola zarządcza nie funkcjonowała lub funkcjonowała w ograniczonym stopniu, w oświadczeniu zamieszcza się zastrzeżenia dotyczące jej funkcjonowania wraz z planowanymi działaniami naprawczymi które zostaną podjęte w celu poprawy funkcjonowania kontroli zarządczej. Zastrzeżenia dotyczące funkcjonowania kontroli zarządczej w roku ubiegłym powinny wskazywać przyczyny ich złożenia, np. istotną słabość kontroli zarządczej, istotną nieprawidłowość w funkcjonowaniu jednostki sektora finansów publicznych albo działu administracji rządowej, istotny cel lub zadanie, które nie zostały zrealizowane, niewystarczający monitoring kontroli zarządczej itp. jak też wskazywać elementy, których kontrola zarządcza nie zapewniła. W dziale drugim oświadczenia wskazuje się zastrzeżenia dotyczące funkcjonowania kontroli zarządczej w roku ubiegłym oraz planowane działania kluczowe, które zostaną podjęte w celu poprawy jej funkcjonowania wraz z podaniem terminu ich realizacji. W ostatnim dziale oświadczenia należy natomiast podać najistotniejsze działania, jakie zostały podjęte w ubiegłym roku w celu poprawy funkcjonowania kontroli zarządczej, działania, które zostały zaplanowane na rok, którego dotyczy oświadczenie oraz pozostałe działania, niezaplanowane w oświadczeniu za rok poprzedzający, jeżeli takie działania zostały podjęte. Składanie rzetelnych oświadczeń i sprawozdań umożliwiają ankiety sporządzane od-

rębnie przez kierowników komórek organizacyjnych instytucji oraz przez pracowników według wzoru zawartego w komunikacie nr 3 Ministra Finansów z 16 lutego 2011 r. w sprawie szczegółowych wytycznych w zakresie samooceny kontroli zarządczej w jednostkach sektora finansów publicznych (Dz. Urz. MF Nr 2, poz. 11), wydanego na podstawie art. 69 ust. 4 u.f.p.

7. Zaniedbanie lub niewypełnienie obowiązków w zakresie kontroli zarządczej rodzi dla kierownika jednostki finansów publicznych odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, przewidzianą w ustawie z 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. Nr 14, poz. 114 ze zm.). Odpowiedzialność kierownika jednostki za zaniedbanie lub niewypełnienie obowiązków w zakresie kontroli zarządczej, podobnie jak odpowiedzialność za niewypełnienie obowiązków w zakresie nadzoru, ma charakter odpowiedzialności subsydiarnej. Odpowiedzialność ta może wystąpić jedynie, gdy kierownik dopuścił do naruszenia dyscypliny finansów publicznych przez osoby po stronie zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w sytuacjach wskazanych w ustawie o naruszeniu dyscypliny finansów publicznych, a naruszenie dyscypliny jest wynikiem zaniedbania czy też zaniechania obowiązków kierownika jednostki w zakresie kontroli zarządczej.

I tak naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest dopuszczenie przez kierownika jednostki sektora finansów publicznych, wskutek zaniedbania lub niewypełnienia obowiązków w zakresie kontroli zarządczej, do:

1) uszczuplenia wpływów należnych Skarbowi Państwa, jednostce samorządu terytorialnego lub innej jednostce sektora finansów publicznych (art. 5 ust. 2);
2) dokonania wydatku powodującego przekroczenie kwoty wydatków ustalonej w rocznym planie finansowym jednostki (art. 11 ust. 2);
3) niewykonania zobowiązania jednostki, którego termin płatności upłynął (art. 16 ust. 2);
4) udzielenia zamówienia publicznego:
   a) wykonawcy, który nie został wybrany w trybie określonym w przepisach o zamówieniach publicznych,
   b) zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego bez zachowania formy pisemnej, na czas dłuższy niż określony w przepisach o zamówieniach publicznych lub na czas nieoznaczony, z wyłączeniem przypadków dopuszczonych w przepisach o zamówieniach publicznych jak też przed ogłoszeniem orzeczenia przez Krajową Izbę Odwoławczą, z naruszeniem przepisów o zamówieniach publicznych,
   c) unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z naruszeniem przepisów o zamówieniach publicznych, określających przesłanki upoważniające do unieważnienia,
   d) niewyłączenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego osoby podlegającej wyłączeniu z takiego postępowania na podstawie przepisów o zamówieniach publicznych (art. 17 ust. 7);
5) zawarcia umowy koncesji z koncesjonariuszem, który nie został wybrany zgodnie z przepisami o koncesji na roboty budowlane lub usługi, zawarcia umowy koncesji:
   a) bez zachowania formy pisemnej,
   b) z pominięciem terminu, w jakim może ona być zawarta, z wyłączeniem przypadków dopuszczonych w przepisach o koncesji na roboty budowlane lub usługi,
   c) na czas dłuższy niż określony w przepisach o koncesji na roboty budowlane lub usługi, z wyłączeniem przypadków dopuszczonych w przepisach o koncesji na roboty budowlane lub usługi,

d) przed ogłoszeniem orzeczenia przez wojewódzki sąd administracyjny w sprawie skargi na czynność wyboru oferty najkorzystniejszej z wyłączeniem przypadku dopuszczonego w przepisach o koncesji na roboty budowlane lub usługi oraz odwołania postępowania o zawarcie umowy koncesji z naruszeniem przepisów o koncesji na roboty budowlane lub usługi (art. 17a ust. 5).

8. Rozpatrując funkcję, jaką ma spełniać kontrola zarządcza w zamówieniach publicznych, należy się odnieść przede wszystkim do tych, które mają na celu zapewnienie prawidłowego postępowania kierownika jednostki finansów publicznych przy udzielaniu zamówienia publicznego, a w szczególności zapobiegać i eliminować nieprawidłowości, które mogłyby powstać wskutek zaniedbania lub niewypełnienia przez kierownika obowiązków określonych ustawą z 29 stycznia Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 ze zm).

Prawo zamówień publicznych przewiduje osiem trybów udzielania zamówień publicznych, przy czym przetarg nieograniczony i przetarg ograniczony ustawodawca zaliczył do trybów podstawowych. Przetarg w obu tych trybach opiera się na pełnej konkurencyjności i przejrzystości postępowania, zapewniającej zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Trybami niekonkurencyjnymi są natomiast negocjacje z ogłoszeniem, dialog konkurencyjny, negocjacje bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki, zapytanie o cenę oraz licytacja elektroniczna. Tryby te zamawiający może zastosować wyłącznie w przypadkach określonych w ustawie (art. 10 p.z.p.), stąd przesłanki do zastosowania danego trybu zamawiający powinien interpretować zawężająco a nie rozszerzająco. Wybór trybu udzielenia zamówienia publicznego następuje już na etapie przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego[164]. Zatem na kierowniku jednostki będzie spoczywał obowiązek doboru takich pracowników, którzy posiadają wiedzę w zakresie stosowania przepisów o zamówieniach publicznych co nie zwalnia go od odpowiedzialności za przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia (art. 18 ust. 1 p.z.p.). Naruszeniem dyscypliny finansów publicznych przez zamawiającego będzie przede wszystkim wybór wykonawcy z pominięciem przepisów o zamówieniach publicznych. Sytuacja taka może mieć miejsce nie tylko gdy zamawiający, który jest zobowiązany do stosowania ustawy (art. 3 p.z.p.) odstępuje od przeprowadzenia danego zamówienia publicznego lecz również w sytuacji, gdy wartość zamówień i konkursów przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 14000 euro, a mimo to zamawiający nie udziela zamówienia publicznego na zasadach określonych w ustawie.

Inna sytuacja ma miejsce, gdy zmienia się wykonawca w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W tym przypadku możliwa jest zmiana oferenta, jeżeli zmiana nastąpiła w drodze czynności cywilnoprawnej — np. przejęcie generalnej sukcesji cywilnoprawnej przez spółkę. W wyrokach z 12 stycznia 2011 r.[165] oraz z 20 kwietnia 2010 r.[166] Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że:

„1. Generalna sukcesja cywilnoprawna, oznacza przejęcie przez spółkę przejmującą ogółu praw podmiotowych, jakie przysługiwały spółce przejmowanej. Prawem takim jest uprawnienie nabyte przez spółkę przejętą na wcześniejszym etapie postępowania, polegające na prawie do złożenia oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

2. W postępowaniu prowadzonym dwuetapowo (np. w trybie przetargu ograniczonego), zmiana podmiotowa będąca wynikiem sukcesji generalnej po stronie wykonawcy zaproszonego do zło-

[164] Wyrok KIO z 26.04.2010 r., KIO /UZP 580/10

[165] KIO /UZP 1946/09

[166] KIO/UZP 526/10

żenia oferty, nie może automatycznie prowadzić do kwestionowania wyników wcześniej zakończonej oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu. Niedopuszczalne jest odrzucenie oferty sukcesora generalnego pomimo spełniania warunków udziału w postępowaniu przez jego poprzednika prawnego, którego prawa i obowiązki przejął w całości.

3. Oświadczenia i dokumenty podmiotowe Wykonawcy, zgodnie z art. 50 ust. 1 p.z.p. składane są wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w przetargu, a nie w dacie składania oferty

4. Art. 7 ust. 3 p.z.p. dotyczy dokonywanych w trakcie trwania przetargu przekształceń podmiotowych dotyczących oferentów." Niedopuszczalne jest natomiast przeniesienie praw i obowiązków wykonawcy, z którym zamawiający zawarł umowę, na innego wykonawcę w drodze cesji wierzytelności (art. 509 k.c.) czy też przyjęcie długu (art. 519 k.c.). Przejęcie tych praw i obowiązków przez innego wykonawcę w istocie skutkuje tym, że zamówienie publiczne realizuje wykonawca, który nie został wybrany zgodnie z przepisami prawa zamówień publicznych, co słusznie stwierdził SN[167] w wyroku z 13 października 2004 r., *że „niedopuszczalna jest zmiana podmiotowa umowy zawartej w następstwie przetargu, umożliwiająca przejęcie zamówienia publicznego."*.

Kierownik jednostki sektora finansów publicznych odpowiada również za formalną stronę udzielania zamówień publicznych. I tak przepis art. 139 ust. 2 p.z.p. stanowi, że umowa wymaga, pod rygorem nieważności, zachowania formy pisemnej, chyba że przepisy odrębne wymagają formy szczególnej. Umowa zawierana w wyniku przeprowadzenia postępowania w sprawie zamówienia publicznego musi mieć więc formę pisemną. Niedochowanie tej formy skutkuje nieważnością umowy. Wobec przepisów kodeksu cywilnego regulujących formy czynności prawnych (art. 73–81 k.c.) przepis ten ma charakter *lex specialis*. Przepisy kodeksu cywilnego wymieniają bowiem trzy rygory, dla których może być zastrzeżona forma czynności prawnej a mianowicie: rygor nieważności czynności prawnej (*ad solemnitatem*), rygor formy pisemnej dla celów dowodowych (*ad probationem)*, przy czym rygor zachowania formy szczególnej (*ad eventum*) jest zastrzeżone jedynie dla wywołania określonych skutków czynności prawnej.

Kolejną przesłanką odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych kierownika jednostki wskutek zaniedbania lub niewypełnienia obowiązków w zakresie kontroli zarządczej, jest dopuszczenie do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego na czas dłuższy niż określony w przepisach o zamówieniach publicznych lub na czas nieoznaczony, z wyłączeniem przypadków dopuszczonych w przepisach o zamówieniach publicznych. Ustawodawca w art. 142 p.z.p. przyjął, iż umowę w sprawie zamówienia publicznego strony (zamawiający oraz wykonawca) mają obowiązek zawrzeć na czas oznaczony na okres do 4 lat. Wyjątkami od powyższej reguły jest możliwość zawarcia umowy na okres dłuższy niż cztery lata, której przedmiotem są świadczenia okresowe lub ciągłe i gdy 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. Należy zauważyć, iż podstawą ustalenia wartości zamówienia na usługi lub dostawy powtarzające się okresowo jest łączna wartość zamówień tego samego rodzaju w sposób określony w art. 34 p.z.p. Na okres dłuższy niż 4 lata istnieje możliwość zawarcia umowy kredytu i pożyczki, umowy rachunku bankowego, jeżeli okres umowy nie przekracza 5 lat, umowy ubezpieczenia, jeżeli okres umowy nie przekracza 5 lat oraz umowy o świadczenie usług w zakresie publicznego transportu zbiorowego. Jednakże w przypadku umów o świadczenia okresowe lub ciągłe zawierane na okres dłuższy niż 4 lata, zamawiający ma obowiązek zawiadomić, w terminie 3 dni

[167] V CK 97/03, OSNC 2005/2/34, Biuletyn SN 2004/6/7, OSP 2005/2/22.

od wszczęcia postępowania, Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o zamiarze ich zawarcia wraz z uzasadnieniem faktycznym i prawnym w sytuacji, gdy wartość zamówienia takiej umowy przekracza kwoty określone w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z 23 grudnia 2009 r. w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich (Dz. U. Nr 224, poz. 1795). Na czas nieoznaczony mogą być zawierane wyłącznie umowy, których przedmiotem są dostawy:

1) wody za pomocą sieci wodno-kanalizacyjnej lub odprowadzanie ścieków do takiej sieci,
2) gazu z sieci gazowej,
3) ciepła z sieci ciepłowniczej a także umowa licencji na oprogramowanie komputerowe oraz umowa usług przesyłowych lub dystrybucyjnych energii elektrycznej lub gazu ziemnego (art. 143).

Naruszeniem dyscypliny finansów publicznych będzie również zawarcie umowy przed ogłoszeniem orzeczenia przez Krajową Izbę Odwoławczą, z naruszeniem przepisów prawa zamówień publicznych. Odwołanie pozostało jedynym środkiem ochrony prawnej uregulowanym w prawie zamówień publicznych. Środek ten przysługuje wyłącznie na czynności zamawiającego, które zdaniem odwołującego zostały podjęte przez niego z naruszeniem przepisów ustawy, wskazanych w art. 180 p.z.p. i wnosi się go bezpośrednio do KIO w terminach wskazanych w art. 182 p.z.p. W przypadku wniesienia odwołania zamawiający nie może zawrzeć umowy do czasu ogłoszenia orzeczenia, tj. wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze (art. 183 p.z.p.). Wyroki KIO wydaje w przypadku oddalenia lub uwzględnienia odwołania, natomiast postanowienia wydaje w pozostałych przypadkach (art. 192 p.z.p.). Przepisy prawa zamówień publicznych przewidują sytuację zawarcia umowy przed wydaniem orzeczenia przez KIO. Zawarcie umowy przez zamawiającego może nastąpić w przypadku uchylenia przez Izbę zawarcia umowy, jeżeli niezawarcie umowy mogłoby spowodować negatywne skutki dla interesu publicznego, przewyższające korzyści związane z koniecznością ochrony wszystkich interesów, w odniesieniu do których zachodzi prawdopodobieństwo doznania uszczerbku w wyniku czynności podjętych przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, przy czym Izba nie ma możliwości podjęcia działań w tym zakresie z urzędu lecz wyłącznie na wniosek zamawiającego. Należy również podkreślić, że KIO nie może nakazać zawarcia umowy (art. 192 ust. 6 p.z.p.).

Kolejną przyczyną powodującą naruszenie dyscypliny finansów publicznych jest unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z naruszeniem przepisów o zamówieniach publicznych, określających przesłanki upoważniające do unieważnienia tego postępowania. Przede wszystkim należy podnieść, że nowelizacja prawa zamówień publicznych w 2009 r. wprowadziła względną nieważność umowy. Umowa obarczona wadami z art. 140 ust. 3, art. 144 ust. 2, art. 146 ust. 1 i ust. 6 p.z.p. jest zatem ważna do czasu jej unieważnienia przez KIO lub sąd powszechny. Umowa podlega natomiast unieważnieniu (art. 146 ust. 1 p.z.p.), jeżeli zamawiający:

1) z naruszeniem przepisów ustawy zastosował tryb negocjacji bez ogłoszenia lub zamówienia z wolnej ręki. Mimo powyższego naruszenia umowa nie podlega jednakże unieważnieniu, gdy zamawiający miał uzasadnione podstawy, aby sądzić, że działa zgodnie z ustawą, a umowa została zawarta odpowiednio po upływie 5 dni od dnia zamieszczenia ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy w Biuletynie Zamówień Publicznych albo po upływie 10 dni od dnia publikacji takiego ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej;

2) nie zamieścił ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych albo nie przekazał ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich;

3) zawarł umowę z naruszeniem przepisów dotyczących terminów jej zawarcia a więc nie krótszym niż 10 dni od dnia przesłania zawiadomienia o wyborze najkorzystniej oferty, jeżeli zawiadomienie przesłano faksem lub drogą elektroniczną albo 15 dni, gdy zawiadomienie przesłano w inny sposób (np. pisemnie lub za pośrednictwem poczty), jednakże tylko do tych zamówień, w których wartość jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich.

Jeżeli wartość zamówienia jest niższa niż podane wyżej kwoty, to termin zawarcia umowy nie może być krótszy niż 5 dni, jeżeli zawiadomienie przesłano faksem lub drogą elektroniczną, a 10 dni gdy zawiadomienie przesłano w inny sposób (art. 94 ust. 1 p.z.p.) jak też, gdy zawarł ją przed ogłoszeniem orzeczenia przez KIO (art. 183 ust. 1 p.z.p.), jeżeli uniemożliwiło to Izbie uwzględnienie odwołania przed zawarciem umowy. Zamawiający może jednakże zawrzeć umowę przed upływem terminów określonych w art. 94 ust. 1 p.z.p., jeżeli:

1) w postępowaniu o udzielenie zamówienia:
   a) w przypadku trybu przetargu nieograniczonego złożono tylko jedną ofertę,
   b) w przypadku trybu przetargu ograniczonego, negocjacji z ogłoszeniem i dialogu konkurencyjnego złożono tylko jedną ofertę oraz gdy w przypadku wykluczenia wykonawcy upłynął termin do wniesienia odwołania na tę czynność lub w następstwie jego wniesienia Izba ogłosiła wyrok lub postanowienie kończące postępowanie odwoławcze;
2) umowa dotyczy zamówienia udzielanego w trybie negocjacji bez ogłoszenia, w ramach dynamicznego systemu zakupów albo na podstawie umowy ramowej;
3) w postępowaniu o udzielenie zamówienia o wartości mniejszej niż kwoty unijne nie odrzucono żadnej oferty oraz:
   a) w przypadku trybu przetargu nieograniczonego albo zapytania o cenę nie wykluczono żadnego wykonawcy,
   b) w przypadku trybu przetargu ograniczonego, negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego i licytacji elektronicznej — upłynął termin do wniesienia odwołania na czynność wykluczenia wykonawcy lub w następstwie jego wniesienia Izba ogłosiła wyrok lub postanowienie kończące postępowanie odwoławcze;
4) postępowanie jest prowadzone w trybie licytacji elektronicznej, z wyjątkiem przypadku wykluczenia wykonawcy, wobec którego nie upłynął jeszcze termin do wniesienia odwołania lub w następstwie jego wniesienia Izba nie ogłosiła jeszcze wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze.

Umowa podlega unieważnieniu, jeżeli zamawiający uniemożliwił składanie ofert orientacyjnych wykonawcom niedopuszczonym dotychczas do udziału w dynamicznym systemie zakupów lub uniemożliwił wykonawcom dopuszczonym do udziału w dynamicznym systemie zakupów złożenie ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym w ramach tego systemu, aczkolwiek umowa zawarta w powyższej sytuacji nie podlega unieważnieniu, gdy zamawiający miał uzasadnione podstawy, aby sądzić, że działa zgodnie z ustawą, a umowa została zawarta po upływie terminu określonego w art. 94 ust. 1p.z.p. Umowa podlega też unieważnieniu jeżeli zamawiający udzielił zamówienia na podstawie umowy ramowej

przed upływem terminu jej zawarcia określonym w art. 94 ust. 1 p.z.p. albo nie zapraszając do składania ofert wszystkich wykonawców, z którymi zawarł umowę ramową (art. 101 ust. 1 pkt 2p.z.p.). Natomiast zawarcie umowy z naruszeniem powyższych przepisów nie podlega unieważnieniu, jeżeli zamawiający miał uzasadnione podstawy, aby sądzić, że działa zgodnie z ustawą, a umowa została zawarta po upływie terminu określonego w art. 94 ust. 1p.z.p. Ostatnią przesłanką unieważnienia umowy jest sytuacja, w której zamawiający z naruszeniem przepisów ustawy zastosował tryb zapytania o cenę.

Ważną przesłanką formalną odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych jest niewyłączenie z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego osoby podlegającej wyłączeniu z takiego postępowania na podstawie przepisów o zamówieniach publicznych. Zgodnie z treścią art. 17 ust. 1 p.z.p. osoby wykonujące czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia podlegają wyłączeniu, jeżeli ubiegają się o udzielenie tego zamówienia lub 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. Niezbędne dla zastosowania wyłączeń po stronie zamawiającego jest ustalenie prawidłowego stanu faktycznego i prawnego. Słusznie zatem stwierdził w wyroku z 17 grudnia 2002 r., Sąd Okręgowy w Warszawie[168], że *„w toczącym się postępowaniu nie zostało wykazane, iż małżonek członka komisji przetargowej jest członkiem władz osoby prawnej oferenta, który wygrał przetarg, a więc w ocenie Sądu Okręgowego nie doszło do naruszenia przez zamawiającego art. 20 ustawy o zamówieniach publicznych"*. Wyłączeniu podlegają również osoby, które 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, osoby pozostające z wykonawcą w takim stosunku prawnym lub faktycznym, że może to budzić uzasadnione wątpliwości co do bezstronności tych osób oraz osoby 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. Ten ostatni przepis ma służyć zagwarantowaniu zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców przy przygotowaniu i przeprowadzaniu przez zamawiającego postępowania w sprawie zamówienia publicznego. Czynności związane z przygotowaniem oraz przeprowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego mają wykonywać osoby zapewniające bezstronność i obiektywizm (art. 7 ust. 1 i 2 p.z.p.). Co do zasady wyłączeniu podlegają wszystkie osoby po stronie zamawiającego, które wykonują czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, jeżeli zachodzą przesłanki z art. 17 ust. 1 p.z.p. tj. kierownik zamawiającego, pełnomocnicy zamawiającego, członkowie komisji przetargowej, pracownicy zamawiającego, którym powierzono inne czynności związane z postępowaniem oraz inne osoby, które wykonują czynności w postępowaniu — np. biegli sądowi. Stąd też w wyroku z 2 lipca 2008 r. KIO stwierdziła, że *„Ustawa — Prawo zamówień publicznych w Dziale II, Rozdziale I „Zamawiający i wykonawcy" określa wszystkie podmioty, jakie biorą udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Kierownik zamawiającego, członkowie komisji przetargowej i biegli składają oświadczenie, o którym mowa w art. 17 ust. 2 ustawy p.z.p., co powoduje, że mogą podlegać wyłączeniu w przypadku braku złożenia takiego oświadczenia"*[169]. Również Regionalna Komisja Orzekająca w orzeczeniu z 27 lutego 2009 r.[170] wskazała, że

[168] Sygn. akt V Ca 1851/02.

[169] KIO/UZP 716/08.

[170] RIO-51/DFP-135/08, Biuletyn NDFP 2009/3/3.

„niewyłączenie z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego osoby podlegającej wyłączeniu z takiego postępowania na podstawie przepisów o zamówieniach publicznych stanowi naruszenie dyscypliny finansów publicznych, w myśl art. 17 ust. 5 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych." Należy zauważyć, że wyłączenie nie dotyczy kierownika zamawiającego, jeżeli wykonywał jedynie czynności techniczne np. powołał komisję przetargową[171]. Zatem wyłączenia będą dotyczyły tych osób po stronie zamawiającego, które są powiązane z wykonawcą albo rodzinnie, zawodowo lub takimi powiązaniami, które mogą budzić wątpliwości co do ich bezstronności. Dlatego też oświadczenia o zaistnieniu lub braku istnienia okoliczności powodujących konieczność wyłączenia tych osób składane są pod rygorem odpowiedzialności karnej za fałszywe zeznania. Ponadto owe wyłączenia będą w zasadzie dotyczyły osób, które biorą udział w przeprowadzeniu postępowania a nie w fazie jego przygotowania (np. przygotowanie ogłoszenia, specyfikacji istotnych warunków zamówienia); nie dotyczy to jednakże osób nadal wykonujących inne czynności związane z udzieleniem zamówienia publicznego po wszczęciu postępowania (np. pracownika zamawiającego, który ubiega się o zamówienie, a w fazie przygotowania opracował specyfikację bądź też czynności wykonywane przez członków komisji przetargowej).

Składanie oświadczenia o wyłączeniu bądź o jego braku z reguły nie dotyczy osoby podpisującej umowę w imieniu zamawiającego, gdyż ten etap w sprawie zamówienia publicznego nie wchodzi w zakres postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Jeżeli jednak osobami, podpisującymi umowę są kierownicy zamawiającego, którzy na etapie prowadzenia postępowania dokonują innych czynności (np. zatwierdzają wniosek komisji przetargowej o wyborze najkorzystniejszej oferty), to również oni są zobowiązani do złożenia takiego oświadczenia. W uchwale z 20 października 2010 r. KIO[172] wskazała, że *„naruszenie przepisu art. 17 ust. 2 p.z.p. przez zamawiającego wystąpiłoby w sytuacji, gdyby oświadczenie nie zostało złożone lub też gdyby złożono oświadczenie o istnieniu okoliczności wymienionych w art. 17 ust. 1 p.z.p., a zamawiający zaniechałby wyłączenia takiej osoby z postępowania o udzielenie zamówienia*".

9. Na koniec warto zwrócić uwagę na rolę standardów kontroli zarządczej dla prawidłowego przeprowadzania zamówień publicznych w sektorze finansów publicznych. Jeśli chodzi o środowisko wewnętrzne, które w zasadniczy sposób wpływa na jakość kontroli zarządczej to najbardziej istotnym elementem w zakresie przebiegu zamówień publicznych, będzie prawidłowy dobór kompetentnych pracowników dla przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Osoby te nie tylko powinny posiadać wiedzę w zakresie przepisów prawa dotyczących zamówień publicznych, lecz również w zakresie innych gałęzi prawa, które związane są z prawidłowym przeprowadzeniem zamówienia publicznego. Stąd też niezbędne jest podnoszenie kwalifikacji zawodowych pracowników. Niektóre podmioty sektora finansów publicznych mają obowiązek zapewnienia środków finansowych na szkolenia pracowników zgodnie z przepisem art. 29 ustawy z 21 listopada 2008 r. o pracownikach samorządowych (Dz. U. Nr 223, poz. 1458 ze zm.). Zarówno kierownicy jednostek jak i inni pracownicy zamówień powinni przestrzegać zasad etycznych i cechować się wartościami etycznymi takimi jak uczciwość, bezstronność, obiektywizm itp., które są niezbędne w postępowaniu o udzieleniu zamówienia publicznego.

Ważne jest także dostosowanie struktury organizacyjnej w zamówieniach publicznych do celu jakim jest prawidłowe udzielenie zamówień publicznych. Pracownicy zamówień powinni posiadać prawidłowo opisane stanowiska pracy poprzez wskazanie w formie pisemnej zakresu

[171] Wyrok ZA/UZP z 10.08.1999 r., UZP/ZO/0-650/99.

[172] KIO/KD 72/10, LEX nr 736811.

uprawnień, obowiązków i odpowiedzialności. Natomiast pomiędzy poszczególnymi jednostkami wewnętrznymi, zajmującymi się zamówieniami publicznymi, powinien być określony czytelny zakres zadań i odpowiedzialności za dane etapy wykonywania zamówień publicznych.

Istotnym standardem kontroli zarządczej znajdującym zastosowanie w zamówieniach publicznych jest zarządzaniem ryzykiem, które ma na celu zwiększenie prawdopodobieństwa osiągnięcia celu jakim jest udzielenie zamówień publicznych zgodnie z prawem w sposób efektywny, oszczędny i terminowy. Identyfikacja ryzyka polega na określeniu obszarów ryzyka (np. błędne planowanie zamówień publicznych zarówno w skali roku, jak i do konkretnego zamówienia publicznego), błędy w fazie postępowania przygotowawczego (np. błędne ustalenie wartości zamówienia, błędny wybór trybu zamówień publicznych, błędne sporządzenie siwz), błędy w strukturze jednostki, spowodowane np. brakiem komunikacji między pracownikami w zakresie przygotowania jak i prowadzenia postępowania; błędy w fazie prowadzenia postępowania — błędne wyłączenia bądź brak wyłączenia osób po stronie zamawiającego jak i wykonawców, błędne odrzucenie ofert, unieważnienie postępowania, zagrożenie środkami ochrony prawnej. Natomiast mechanizmy kontroli stanowią odpowiedź na konkretne ryzyko, które jednostka zamierza ograniczyć. Mogą tu być stosowane różne zabiegi organizacyjne jak np. wyznaczenie pracownika odpowiedzialnego za zamówienia publiczne, który będzie kontrolował wykonywanie czynności przy zamówieniach publicznych, samokontrola pracowników wykonujących czynności związane z zamówieniem publicznym, bieżący przepływ informacji pomiędzy pracownikami w czasie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, informowanie na bieżąco o ewentualnych zmianach w przepisach prawa i ich zastosowaniu, dokumentowanie całego procesu zamówień publicznych, podział obowiązków umożliwiający wykrywanie i korygowanie błędów, zachowanie ciągłości pracy (prawidłowe planowanie urlopów, zastępowanie członka komisji przetargowej w przypadku jego wykluczenia itp.), zapewnienie ciągłości działania systemu informatycznego oraz kontrola do jego dostępu ograniczona do osób związanych z wykonywaniem zamówienia publicznego.

Inny z przydatnych tu standardów to informacja i komunikacja, które mają zapewnić pracownikom zamówień dostęp do informacji niezbędnych do prowadzenia zamówień publicznych, a także zapewnić efektywny systemu komunikacji wewnętrznej i zewnętrznej i właściwe ich rozumienie przez odbiorców,

Każdy pracownik ma obowiązek zgłaszać problemy wynikające z zakresu jego czynności bezpośredniemu przełożonemu, natomiast bezpośredni przełożony ma obowiązki wobec pracownika wynikające nie tylko z ustaw i aktów wykonawczych, ale również wynikające z przepisów wewnętrznych jak np. z regulaminów organizacyjnych, regulaminów pracy danej jednostki itp.

Należy podkreślić, iż najważniejszym ryzykiem nie tylko w kontroli zarządczej dotyczącej zamówień publicznych ale dla działalności danej jednostki będzie głównie ograniczenie środków finansowych wynikających z programu oszczędnościowego Państwa. Istotnym ograniczeniem może stać się również zmniejszanie zatrudnienia w administracji publicznej przewidzianych ustawą o racjonalizacji zatrudnienia w państwowych jednostkach budżetowych i w niektórych jednostkach sektora finansów publicznych w latach 2011–2013.

KRAJOWA IZBA ODWOŁAWCZA — ORGAN ADMINISTRACJI REGULACYJNEJ

prof. dr hab. Janusz Niczyporuk
Uniwersytet Marii Curie-Skłodowskiej

Określenie statusu ustrojowego Krajowej Izby Odwoławczej stanowi nadal przedmiot rozlicznych kontrowersji w prawie zamówień publicznych[173]. Przyczyn tego stanu rzeczy jest oczywiście dużo i mają one charakter złożony. Co prawda Krajowa Izba Odwoławcza została wprowadzona do systemu prawa zamówień publicznych dopiero na podstawie noweli z dnia 13 kwietnia 2007 r., to jednak krótki upływ czasu od tego zdarzenia nie był istotną przeszkodą dla dokonania pogłębionej refleksji teoretycznej. Problemy z określeniem statusu ustrojowego Krajowej Izby Odwoławczej są bowiem merytoryczne, przy czym nie chodzi o praktyczną wykładnię prawa zamówień publicznych. Tak naprawdę określenie statusu ustrojowego Krajowej Izby Odwoławczej wymaga przyjęcia stosownej koncepcji dla tej instytucji prawnej, przy odniesieniu również do wielu fundamentalnych zagadnień systemu prawa zamówień publicznych. W podanych ramach ujawnia się jeszcze potrzeba badań porównawczych, które ukażą dodatkowy kontekst zjawisk poddanych teraz analizie prawnej. Niniejsze opracowanie ma właśnie na celu wypracowanie koncepcji statusu ustrojowego Krajowej Izby Odwoławczej, przez rekonstrukcjonistyczną syntezę zastosowaną do ujęcia instytucjonalnego w prawie.

Z całą pewnością prawo zamówień publicznych obejmuje zespół różnych norm: ustrojowych, proceduralnych i materialnych[174]. W związku z tym do norm ustrojowych należą normy dotyczące aparatu administracyjnego właściwego w sprawach zamówień publicznych, czyli normy określające przeważnie jego: zadania, kompetencje, formy działania, organizację, korpus urzędniczy. Gdy tymczasem za normy proceduralne uznaje się normy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, choćby ustalające: prawa i obowiązki uczestników postępowania, przygotowanie oraz przeprowadzenie postępowania, środki ochrony prawnej. A wreszcie normy materialne obejmują normy odnoszące się do umów w sprawach zamówień publicznych, w szczególności traktujące o: istocie zawartych umów, elementach konstrukcyjnych umów, ważności oraz wykonaniu umów. Oczywiście koncepcja statusu ustrojowego Krajowej Izby Odwoławczej musi zawsze opierać się na normach ustrojowych, chociaż nie można również uniknąć odwołania do norm proceduralnych. Na wstępie należy bowiem przyjąć założenie, że Krajowa Izba Odwoławcza jest podmiotem prawa, który ma wyraźnie przypisane zadania orzecznicze.

W każdym razie trzeba jeszcze uznać, że koncepcja statusu ustrojowego Krajowej Izby Odwoławczej wynika bezpośrednio z charakteru przypisanych jej norm. Jakkolwiek normy systemu prawa zamówień publicznych nie mają nigdy charakteru jednolitego, ponieważ leżą niejako na styku norm prawa publicznego i prywatnego, to jednak można w jego ramach ustalić charakter poszczególnych grup norm prawnych związanych z określonymi instytucjami. Celem dalszych rozważań jest więc ustalenie charakteru norm prawnych przypisanych Krajowej Izbie Odwoławczej. Tradycyjnie podział na normy prawa publicznego i normy prawa prywatnego dokonuje się przy pomocy czterech głównych teorii: teorii interesu, teorii podmiotu,

---

[173] Zob. art. 172 — art. 176a i 180–198 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. — Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.).

[174] Zob. E. Przeszło, System zamówień publicznych na tle prawa publicznego, (w:) Przegląd dyscyplin badawczych pokrewnych nauce prawa i postępowania administracyjnego, pod red. S. Wrzoska, M. Domagały, J. Izdebskiego i T. Stanisławskiego, Lublin 2010, s. 451.

teorii praw specjalnych, teorii podporządkowania[175]. Z tego punktu widzenia normy prawne przypisane Krajowej Izbie Odwoławczej należy wyraźnie zakwalifikować do norm prawa publicznego. W końcu Krajowa Izba Odwoławcza działa w interesie publicznym, jako podmiot reprezentujący państwo, dysponuje władztwem państwowym, wchodzi z innymi podmiotami w stosunki typowe dla nadrzędności. Ponadto należy również zaznaczyć, że normy prawa publicznego przypisane Krajowej Izbie Odwoławczej obejmują nie tylko normy ustrojowe, ale w równym stopniu dotyczą też norm proceduralnych.

Naturalnie nie można tutaj poprzestać na ogólnym stwierdzeniu, że status ustrojowy Krajowej Izby Odwoławczej wynika z prawa publicznego. Albowiem dla wypracowania optymalnej koncepcji są konieczne również dalsze ustalenia. Przede wszystkim należy teraz dodać, że chodzi już konkretnie w obrębie prawa publicznego o gałąź prawa administracyjnego. Z jednej strony oznacza to więc, że status ustrojowy Krajowej Izby Odwoławczej zostanie bezpośrednio poddany regulacji administracyjnej w prawie zamówień publicznych. Jeżeli natomiast nie pojawi się bezpośrednia taka regulacja, to z drugiej strony należy pomocniczo odwołać się do metody regulacji administracyjnej, gdy poszukujemy określenia statusu ustrojowego Krajowej Izby Odwoławczej. Wobec tego jest nieodzowne dalej założenie, że prawo prywatne obowiązuje dla podmiotów reprezentujących państwo subsydiarnie, co trzeba niewątpliwie zastosować do wszystkich norm prawa zamówień publicznych, czyli również norm przypisanych Krajowej Izbie Odwoławczej[176]. Szczególnie dotyczy to charakteru postępowania odwoławczego przed Krajową Izbą Odwoławczą. Co prawda do tego postępowania stosuje się odpowiednio przepisy Kodeksu postępowania cywilnego o sądzie polubownym (arbitrażowym), gdy inaczej nie stanowi prawo zamówień publicznych, ale nie zmienia to w niczym jego charakteru administracyjnego.

Zatem koncepcja statusu ustrojowego Krajowej Izby Odwoławczej musi wtedy opierać się jedynie na regulacji prawa administracyjnego. Jeżeli powstaje odesłanie przez prawo zamówień publicznych do innego aktu prawnego, to nie oznacza to natychmiast, że określone przepisy w prawie zamówień publicznych należą do tej części systemu prawnego, do której jest odesłanie[177]. O charakterze postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą nie rozstrzyga więc ostatecznie zastosowanie w prawie zamówień publicznych odesłania do przepisów Kodeksu postępowania cywilnego, a jedynie użyta metoda regulacji administracyjnej. Bo przecież regulacja postępowania odwoławczego jest zasadniczo kompleksowa w prawie zamówień publicznych i tylko na zasadzie wyjątku stosuje się odesłanie do przepisów Kodeksu postępowania cywilnego. Tym samym zupełnie nie jest uprawnione spotykane czasami twierdzenie, że Krajowa Izba Odwoławcza ma charakter stałego sądu polubownego[178]. Z faktu zastosowania odpowiednio przed Krajową Izbą Odwoławczą przepisów, które dotyczą w Kodeksie postępowania cywilnego sądu polubownego (arbitrażowego), nie może przecież wynikać inna diametralnie jej kwalifikacja[179].

Niewątpliwie Krajowa Izba Odwoławcza jest właściwa do rozpoznawania odwołań wnoszonych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Ze swej natury musi to następ-

---

[175] Zob. S. Fundowicz, Miejsce prawa o zamówieniach publicznych w prawie administracyjnym, (w:) XV-lecie systemu prawa zamówień publicznych w Polsce, pod red. H. Nowickiego i J. Sadowego, Toruń-Warszawa 2009, s. 36.

[176] Tamże, s. 40.

[177] Zob. P. Szustakiewicz, Podstawowe instytucje zamówień publicznych, (w:) Zamówienia publiczne, pod red. M. Chmaja, Warszawa 2008, s. 88.

[178] Zob. T. Czajkowski, Tezy do art. 172, (w:) J. Baehr, T. Czajkowski, W. Dzierżanowski, T. Kwieciński, W. Łysakowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Wyd. III, Warszawa 2007, s. 477.

[179] Zob. Z. Czarnik, Tezy do art. 172, (w:) S. Babiarz, Z. Czarnik, P. Janda, P. Pełczyński, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Wyd. 1, Warszawa 2010, s. 614–615.

nie przesądzić o uznaniu Krajowej Izby Odwoławczej za podmiot administracji regulacyjnej. Ogólnie przez administrację regulacyjną należy tutaj rozumieć władczą działalność administracyjną, która — na podstawie norm kompetencyjnych — zapewnia indywidualne, skierowane przyszłościowo kształtowanie uczestnictwa w rynku i czy lub zachowania na rynku określonych przedsiębiorstw, ewentualnie nawet w określonych sektorach, przede wszystkim w celu rozwoju konkurencji oraz wolnego dostępu do urządzeń kluczowych, względnie wolnego i powszechnego dostarczania usług powszechnych[180]. Stąd później odpowiednie kompetencje podmiotów administracji publicznej w takiej działalności — przy czym coraz częściej tworzy się podmioty powołane głównie bądź nawet wyłącznie w tym celu — przyjęło się od pewnego czasu nazywać w naszym języku prawnym i prawniczym, w ślad za nazewnictwem anglosaskim, regulacyjnymi[181]. W praktyce chodzi o organy regulacyjne (regulatory agency/authority), które nie powinny jednakże nabywać statusu organów administracji rządowej[182].

Istota regulacji w tym rozumieniu sprowadza się do ustalania standardów zachowania na danym rynku oraz często do koncesjonowania udziału w nim, lecz nieraz także do niezależnego, fachowego rozstrzygania sporów w danym segmencie rynku (zarówno konfliktów między podmiotami rynkowymi, jak też konfliktów z interesem ogólnym, określanym przez ustawodawcę i przez samego regulatora)[183]. Niemal zawsze podkreśla się przy badaniu regulacji jej zwierzchni i władczy charakter. W systemie prawa zamówień publicznych trzeba natomiast mówić o regulacji w rozumieniu niezależnego i fachowego rozstrzygania sporów. Wobec tego rozstrzyganie sporów przez Krajową Izbę Odwoławczą musi zawsze być nie tylko fachowe w znaczeniu profesjonalnym, ale dodatkowo niezależne nawet pośrednio od władzy politycznej administracji publicznej. Do pewnego zresztą stopnia regulacja w systemie prawa zamówień publicznych powinna być też swego rodzaju samoregulacją, czyli regulacją dokonywaną przez regulowane podmioty lub reprezentujące ich organizacje[184]. W związku z tym należy jeszcze wymownie zaakcentować, że Prezes Urzędu Zamówień publicznych prowadzi listę organizacji uprawnionych do wnoszenia środków ochrony prawnej, a dokładnie mówiąc odwołań i skarg do sądu, czyli odpowiednich izb samorządu gospodarczego i samorządu zawodowego.

Zainteresowanie doktryny prawa administracyjnego regulacją nastąpiło dopiero w latach dziewięćdziesiątych XX wieku, zatem w okresie zwiększonego zainteresowania nią również doktryny wielu państw zachodnioeuropejskich[185]. Punktem odniesienia stały się wówczas doświadczenia amerykańskie w zakresie regulacji (*regulation*), które wynikały z oceny funkcjonowania tworzonych już nawet od końca XIX wieku niezależnych agencji regulacyjnych (*independent regulatory agencies*)[186]. Pośród kluczowych racji tworzenia niezależnych agencji regulacyjnych można między innymi znaleźć: zbytnią ogólność prawotwórstwa ciał prawodawczych, brak niemożliwości rozpatrywania wszystkich spraw przez sądy, konieczność rozstrzygania trudnych problemów przez ekspertów, ochronę społeczeństwa przed nadużyciami biznesu, dążenie do zastępowania żywiołowej konkurencji regulacją, niezbędność regulacji

---

[180] Zob. T. Skoczny, Stan i tendencje rozwojowe prawa administracji regulacyjnej w Polsce, (w:) Jus Publicum Europeum, pod red. H. Bauera, P. M. Hubera, Z. Niewiadomskiego, Warszawa 2003, s. 162–163.

[181] Zob. H. Izdebski, M. Kulesza, Administracja publiczna. Zagadnienia ogólne, Warszawa 2004, s. 106.

[182] Tamże, s. 106–107.

[183] Tamże, s. 106–107.

[184] Tamże, s. 142.

[185] Zob. R. Stasikowski, Funkcja regulacyjna administracji publicznej. Studium z zakresu nauki prawa administracyjnego oraz nauki administracji, Bydgoszcz-Katowice 2009, s. 164.

[186] Zob. H. Izdebski, M. Kulesza, Administracja publiczna …, s. 170–171.

niektórych dziedzin[187]. Wreszcie jest istotne też podkreślenie, że doświadczenia zachodnioeuropejskie eksponują pogląd, iż administracyjne prawo regulujące rozwinęło się właściwie jako model przeciwstawny do modelu prawa administracyjnego prywatnego, które zawsze traktuje państwo jako świadczeniodawcę[188]. Lecz ocena działania Krajowej Izby Odwoławczej może dopiero ujawnić się z perspektywy prawa administracyjnego regulującego.

Krajowa Izba Gospodarcza jako podmiot administracji regulacyjnej działa w określonej formie organizacyjnej. Ogólnie nie budzi wątpliwości, że mamy tu do czynienia z organem państwa. Co więcej można również potwierdzić, że Krajowa Izba Odwoławcza jest szczególnym organem administracji publicznej. Albowiem jest ona wyodrębnioną państwową jednostką organizacyjną, której na podstawie przepisów prawa powszechnie obowiązującego powierzono wykonywanie, także w formach władczych, działań należących do administracji publicznej. Na pewno chodzi tutaj zarazem o organ administracji publicznej w rozumieniu ustrojowym. Z całą pewnością Krajowa Izba Odwoławcza nie jest organem administracji rządowej, ponieważ mieści się poza scentralizowaną i zbudowaną hierarchicznie strukturą administracji rządowej[189]. Ze względu na jej samodzielny status w sferze prawa administracyjnego powinna zostać uznana za zdecentralizowaną formę osobową wykonywania administracji publicznej inną niż korporacyjna (samorządowa)[190]. W gruncie rzeczy status ustrojowy Krajowej Izby Odwoławczej jest bardzo podobny do takich organów, jak przykładowo: Krajowa Rada Radiofonii i Telewizji, Rada Polityki Pieniężnej, samorządowe kolegia odwoławcze, regionalne izby obrachunkowe[191]. Ponieważ nie ma jeszcze utrwalonej nazwy dla wskazanej grupy organów, to można chyba pokusić się o przypisanie ich wszystkich do organów administracji regulacyjnej.

W rezultacie zakwalifikowanie Krajowej Izby Odwoławczej do organów regulacyjnych pozwala na dokonanie kolejnych ustaleń. Jakkolwiek Krajowa Izba Odwoławcza nie posiada osobowości prawa publicznego, to jednak wolno tutaj mówić o jej wyraźnie samodzielnym statusie w sferze prawa publicznego, ze względu na jednoznaczne wyłączenie z hierarchicznych struktur administracji rządowej[192]. Dlatego posiada odrębną podmiotowość administracyjnoprawną. Z kolei elementami konstrukcji podmiotowości administracyjnoprawnej Krajowej Izby Odwoławczej są nieodłącznie: obiektywizm, bezstronność i niezależność[193]. Tym niemniej sama niezależność Krajowej Izby Odwoławczej musi równolegle sprzyjać zapewnieniu obiektywizmu i bezstronności jej działania. Niewątpliwie Krajowa Izba Odwoławcza jest stałym organem regulacyjnym, mającym własną strukturę organizacyjną i składającym się z etatowych członków, zatrudnionych na podstawie powołania[194]. Szczególnie ważnym potwierdzeniem samodzielnego statusu Krajowej Izby Odwoławczej jest przyjęte w ostatnim czasie założenie, że nie działa już ona przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych. W rezultacie Krajowa Izba Odwoławcza jest organem całkiem odrębnym od Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, zaś związki między oboma organami są jednoznacznie uregulowane przepisami prawa[195].

---

[187] Zob. R. Tokarczyk, Prawo amerykańskie, Wyd. IV, Zakamycze 1999, s. 73.

[188] Zob. J. Masing, Stan i tendencje rozwojowe regulującego prawa administracyjnego, (w:) Ius Publicum Europeum, pod red. H. Bauera, P. M. Hubera, Z. Niewiadomskiego, Warszawa 2003, s. 190.

[189] Por. E. Norek, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2009, s. 329.

[190] Zob. H. Izdebski, M. Kulesza, Administracja publiczna …, s. 140–142.

[191] Zob. Z. Czarnik, Tezy do art. 172 …, s. 615.

[192] Zob. R. Stasikowski, Funkcja regulacyjna …, s. 209.

[193] Tamże.

[194] Zob. J. Pieróg. Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Wyd. 10, Warszawa 2010, s. 502.

[195] Zob. Z. Czarnik, Tezy do art. 172 …, s. 614.

Bezsprzecznie Krajową Izbę Odwoławczą należy dodatkowo zaliczyć do kategorii organów regulacyjnych o kompetencji szczególnej[196]. Wykonywanie kompetencji regulacyjnej stanowi bowiem dla niej wyłączny i jedyny przedmiot działalności. Aczkolwiek Krajowa Izba Odwoławcza jest organem regulacyjnym szczebla centralnego, to właściwie nie można jej traktować jako typowy organ centralny, zresztą w przeciwieństwie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych kwalifikowanego jako centralny organ administracji rządowej. Te kompetencje szczególne Krajowej Izby Odwoławczej mają zasadniczo charakter orzeczniczy, ponieważ polegają na formułowaniu wiążącego rozstrzygnięcia w przypadkach przewidzianych prawem zamówień publicznych. Wobec powyższego Krajową Izbę Odwoławczą należy aktualnie przypisać do grupy organów orzeczniczych administracji publicznej. Niezawisłość orzecznicza Krajowej Izby Odwoławczej opiera się na gwarancjach personalnych dla jej członków. Gdyż członkowie jej składów orzekających są zawsze przy orzekaniu niezawiśli i związani wyłącznie przepisami obowiązującego prawa. Ponadto można jeszcze dodać, iż w zakresie wykonywania czynności służbowych korzystają oni z ochrony przysługującej funkcjonariuszom publicznym. Nieodpowiednio został natomiast ukształtowany status pracowniczy jej członków, zwłaszcza na skutek dopuszczenia możliwości odwołania z powodu utraty autorytetu.

W kontekście badań porównawczych wydaje się nieodzowne odniesienie do analogicznych podmiotów. Najpierw antenatów Krajowej Izby Odwoławczej należy zatem szukać wśród amerykańskich niezależnych agencji regulacyjnych, których działalność przejawia się w funkcji orzeczniczej[197]. Przekazane im wtedy zadania w rozstrzyganiu sporów są bardzo często wykonywane poprzez decyzje o charakterze sądowym (*administrative agencies resolution*)[198]. Następnie trzeba również zwrócić uwagę na niezależne instytucje kontroli administracyjnej, co przede wszystkim dotyczy bardzo rozpowszechnionych w świecie trybunałów administracyjnych[199]. Choć pojęcie trybunałów administracyjnych jest kategorią wewnętrznie niejednorodną, obejmującą tak sądy w znaczeniu funkcjonalnym, jak i organy będące jednym z podmiotów aparatu administracji publicznej[200]. Ze względu na bliższe konotacje wypada jeszcze podnieść, że w drugim znaczeniu trybunały administracyjne upodabnia do sądów określony stopień niezależności od egzekutywy, innymi słowy atrybut instytucjonalnej autonomii, wyznaczający gwarancje obiektywizmu i bezstronności orzekania[201]. Powierzanie rozstrzygania sporów w trybie niesądowym niezależnym, kolegialnym organom orzekającym można traktować jako naturalne zjawisko, wywołane logiką rozwoju instytucji prawa publicznego[202].

Jeżeli chodzi o procedurę zamówień publicznych, to zalicza się ona do tak zwanych procedur hybrydowych[203]. Gdyż pojawia się na początku postępowanie odwoławcze przed Krajową Izbą Odwoławczą o charakterze administracyjnym, a następnie mamy już do czynienia z postępowaniem skargowym przed sądami powszechnymi o charakterze cywilnym. Aktualnie spotykamy się coraz częściej z występowaniem procedur hybrydowych, jeżeli rozstrzy-

---

[196] Zob. R. Stasikowski, Funkcja regulacyjna …, s. 208.

[197] Zob. R. Tokarczyk, Prawo amerykańskie …, s. 75.

[198] Tamże, s. 204.

[199] Zob. Z. Kmieciak, Przyszłość instytucji niezależnego organu kontroli w postępowaniu administracyjnym, (w:) Pozycja samorządowych kolegiów odwoławczych w postępowaniu administracyjnym, pod red. Cz. Martysza i A. Matana, Zakamycze 2005, s. 55 i n.

[200] Tamże, s. 60.

[201] Tamże, s. 60.

[202] Tamże, s. 62.

[203] Zagadnieniu procedur hybrydowych zostało poświęcone opracowanie: Aktualne problemy rozgraniczenia właściwości sądów administracyjnych i powszechnych, pod red. M. Błachuckiego i T. Górzyńskiej, Warszawa 2011.

ganie sporów dotyczy dziedzin administrowania, w których z różnych względów mają swoje znaczenie odesłania pozasystemowe. Współistnienie dwóch różnych trybów rozstrzygania sporów, co narusza zasadę kontynuacji, ma miejsce przykładowo w sprawach: antymonopolowych, energetycznych, rentowych, rozgraniczenia nieruchomości. Tryb administracyjny rozstrzygania sporów powinien jeszcze być rozpatrywany w kategoriach samoregulacji administracyjnej, jako przesłanka alternatywnego rozwiązywania sporów *(Alternative Dispute Resolution*), co znajduje szczególne uzasadnienie w prawie zamówień publicznych[204]. Tak więc rozstrzyganie sporów w prawie zamówień publicznych ma najpierw zmierzać do ich rozwiązywania[205]. W tym względzie jest to kontynuacja szczególnego rodzaju sądu polubownego, jakim nie tak dawno były zespołów arbitrów przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych.

[204] Zob. M. Stefaniuk, Deregulacja jako przesłanka alternatywnych mechanizmów rozwiązywania sporów, (w:) Arbitraż i mediacja. Aktualne problemy teorii i praktyki funkcjonowania sądów polubownych i ośrodków mediacyjnych, pod red. J. Olszewskiego, Rzeszów 2009, s. 373 i n.

[205] Zob. Z. Kmieciak, Mediacja i koncyliacja w prawie administracyjnym, Zakamycze 2004, s. 15 i n.

SYSTEM ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH JAKO REGULACJA PRAWNA KREUJĄCA INNOWACYJNOŚĆ

dr Henryk Nowicki
Uniwersytet Mikołaja Kopernika w Toruniu
członek Rady Zamówień Publicznych

I. Zagadnienia wstępne

Problematyka innowacyjności w gospodarce jest swoistą „mantrą" wypowiadaną przez wielu, szczególnie polityków i działaczy gospodarczych, jest pojęciem w prawie niezdefiniowanym. Wagę problematyki innowacyjności zauważyli również organizatorzy Forum Ekonomicznego zwołując sesję Forum Innowacji w Rzeszowie[206]. Tematem tego spotkania była dyskusja wokół zagadnienia: na ile zamówienia publiczne kreują rozwój innowacyjności? Uczestnicy dyskusji wskazywali na potrzebę jak najefektywniejszego wydatkowania środków publicznych z jednoczesnym zwiększaniem, czy też pobudzaniem innowacyjności. Wobec faktu, że zamówienia publiczne realizowane są w oparciu o obowiązujące prawo zamówień publicznych[207] należy odpowiedzieć na pytanie czy istniejące prawo pozwala, przeszkadza czy też sprzyja rozwojowi gospodarczemu opartemu na wiedzy wdrażającej jak najefektywniejsze wydatkowanie środków publicznych? Wobec powyższego należy podjąć próbę prawnego określenia tego pojęcia. Nie jest moim zamiarem wprowadzanie prawnej definicji tego terminu, gdyż uważam to za zbędne i jednocześnie trudne do zrealizowania.

W języku polskim pod pojęciem innowacja rozumie się wprowadzanie czegoś nowego (nowatorstwo, nowość)[208], pisze się i mówi o innowacjach technologicznych, innowacjach rynkowych. W naukach technicznych używa się pojęcia innowacyjności na wdrażanie prototypów nowych urządzeń lub nowych technologii i wprowadzanie ich do produkcji.

Nauki ekonomiczne i związane z zarządzaniem pod pojęciem innowacyjność rozumieją wprowadzanie nowych technologii oraz tworzenie organizacji i instytucji. Innowacje organizacyjne i instytucjonalne wiążą się nierozerwalnie z przedsiębiorczością, a ich wdrażanie jest rodzajem działalności gospodarczej o szczególnie wysokim stopniu ryzyka[209]. Wprowadzanie innowacji wymaga przełamywania często oporu społecznego związanego z zachowawczym, konserwatywnym widzeniem rzeczywistości. Gospodarka rynkowa oparta na konkurencyjności w której przedsiębiorcy konkurując pomiędzy sobą sami wytwarzają potrzebę, między innymi, innowacyjności proponując rynkowi lepsze, tańsze, nowocześniejsze technicznie i technologicznie produkty, usługi realizowane z wykorzystaniem nowocześniejszych technologii. Ukierunkowanie przedsiębiorców na rynek tworzy proces wymuszający innowacyjność. Elementem tego rynku jest ciągle rosnący rynek zamówień publicznych.

---

[206] Forum odbyło się w dniach 7–8 września 2010 roku w Rzeszowie.

[207] Posługując się pojęciem prawa zamówień publicznych będę rozumiał akty prawa krajowego/w tym ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2010 r. nr 113, poz. 759 z późn. zm. — zwana dalej „ustawą") wraz innymi ustawami związanymi z zamówieniami/ oraz regulacji Unii Europejskiej odnoszące się do zamówień publicznych, zob. *Prawo zamówień publicznych — pojęcie i zakres regulacji (w:) XV-LECIE SYSTEMU ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH W POLSCE*, red. H. Nowicki, J. Sadowy, Toruń–Warszawa 2009.

[208] *Uniwersalny słownik języka polskiego*, PWN, Warszawa 2003 s. 113.

[209] *Wielka encyklopedia PWN*, Warszawa 202, tom 12, s. 149.

Powraca zatem problem podstawowy czym jest innowacyjność w zamówieniach publicznych i czy zamówienia mogą kreować innowacyjność?

Przyjmując za naukami ekonomicznymi i technicznymi rozumienie innowacyjności jako działania związane z wprowadzaniem nowych technologii oraz nowych rozwiązań organizacyjnych możemy stwierdzić, że na pewno zamówienia publiczne stwarzają szanse na takie działania. Ustawa swym zakresem obejmuje zawieranie umów na usługi, dostawy i roboty budowlane. Wprawdzie prawodawca dokonując wyłączenia stosowania ustawy[210] obejmuje tym wyłączeniem usługi w zakresie badań naukowych i prac rozwojowych oraz świadczenie usług badawczych, nie należy jednak tego przepisu wiązać, w sposób bezpośredni, z naszymi rozważaniami dotyczącymi innowacyjności.

Dokonując analizy ustawy możemy, z pełnym przekonaniem, stwierdzić, że doskonale się ona wpisuje w problematykę innowacyjności. O słuszności tego stwierdzenia postaram się przekonać w trakcie poniższych rozważań. Trudno przesądzić na ile „efekt Innowacyjności" ustawy był działaniem zamierzonym, a na ile jest „efektem ubocznym" procesu racjonalizowania tego prawa. W ramach prowadzonych rozważań dokonam analizy tylko niektórych, moim zdaniem najważniejszych, przepisów ustawy służących innowacyjności. Oczywiście ich wykorzystanie będzie uzależnione od woli samego zamawiającego, ponieważ to on przeprowadza postępowanie i za nie ponosi odpowiedzialność. Nie bez znaczenia jest jednak rozumienie prawa zamówień publicznych również przez organy państwowe, szczególnie organy kontrolujące udzielanie i realizację zamówień publicznych. Organy kontrolujące muszą zrozumieć ideę „racjonalnego" wydatkowania środków przez zamawiających, a nie tylko oszczędnego ich wydatkowania. Zrozumienie tego zagadnienia jest dopiero początkiem do zrozumienia prawa zamówień publicznych w płaszczyźnie innowacyjności, która problematyka jest „wyższym" stadium rozumienia tej regulacji prawnej. Analiza zatem będzie obejmowała poszczególne fazy działania zamawiającego stosującego ustawę prawo zamówień publicznych.

II. Innowacyjność w Prawie zamówień publicznych

a) Konkurencyjność a innowacyjność

Wśród zasad ustawy za najważniejszą, z rozważanego punktu widzenia, należy uznać zasadę konkurencyjności, zobowiązującą zamawiającego do przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji[211]. Zasada uczciwej konkurencji jest zasadą, która wiąże tak zamawiającego jaki i wykonawców. Zamawiający dokonując opisu przedmiotu zamówienia nie może go opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję[212]. Pojęcie konkurencyjności jest obecnie nierozerwalnie związane z innowacyjnością. Konkurentem na rynku zamówień publicznych jest wykonawca wprowadzający lub mogący wprowadzić, w tym samym czasie, towary (rozumie się przez to rzeczy, jak również energię, papiery wartościowe i inne prawa majątkowe, usługi, a także roboty budowlane)[213]. Pod pojęciem konkurencji na gruncie prawa rozumiemy: „rywalizację lub współzawodnictwo (…) przedsiębiorców o korzyści ekonomiczne

[210] Art. 4 ust. 3 pkt e) ustawy.

[211] Art. 7 ust 1 ustawy.

[212] Art. 29 ust 2 ustawy.

[213] Ustawa z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. nr 50, poz. 331 z późn. zm.) art. 4 pkt 7 i 11.

osiągane ze sprzedaży towarów i usług"[214]. Tak pojmowana konkurencyjność będzie oczywiście wpływała na osiągane, przez zamawiającego, efekty ekonomiczne. Osiąganie efektu ekonomicznego, wynikającego z konkurencyjności, może być ponadto połączone z efektem innowacyjności[215], tyle tylko, że zamawiający musi mieć świadomość, które z regulacji zawartych w ustawie mogą temu służyć.

b) Opis przedmiotu zamówienia a innowacyjność

Pierwszymi czynnościami zamawiającego, podejmującego działania związane z udzieleniem zamówienia publicznego, będzie dokonanie opisu przedmiotu zamówienia[216]. Zgodnie z art. 29 ust. 1 opisu przedmiotu zamówienia należy dokonać w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Opisu przedmiotu nie można dokonywać przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, chyba że jest uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia i nie można opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, dla zachowania konkurencyjności zamawiający jest zobowiązany, obok wskazania konkretnych cech przedmiotu zamówienia, zamieścić wyrazy „lub równoważny"[217]. Podobnie jest z opisem przedmiotu zamówienia za pomocą norm, aprobat, specyfikacji technicznych i systemów odniesienia, o których mowa w ustawie, zamawiający jest obowiązany wskazać, że dopuszcza rozwiązania równoważne opisywanym[218]. W wyniku decyzji zamawiającego dopuszczającej złożenie oferty równoważnej wykonawcy będą mogli zaproponować w tych ofertach innowacyjne rozwiązania w stosunku do wymogów określonych przez zamawiającego. Co w praktyce może oznaczać produkt o parametrach nie gorszych w stosunku do opisu przedmiotu przez zamawiającego, a tym samym może służyć dokonaniu zakupu produktu o podwyższonych parametrach niż oczekiwanych przez zamawiającego. Podobnie jest z opisem przedmiotu za pomocą cech technicznych i jakościowych z zachowaniem norm obowiązujących[219]. Korzystanie z tychże norm nie oznacza, że zamawiający nie może żądać od wykonawców spełnienia norm o podwyższonych parametrach, a więc innowacyjnych w stosunku do norm istniejących dzisiaj. Zamawiający może również dokonać opisu przedmiotu zamówienia za pomocą cech technicznych i jakościowych z zachowaniem norm obowiązujących[220]. Korzystanie z tychże norm nie oznacza, że zamawiający nie może żądać od wykonawców spełnienia norm o podwyższonych parametrach, a więc innowacyjnych w stosunku do norm istniejących dzisiaj. Rozwiązania równoważne mogą być rozwiązaniami innowacyjnymi, tyle tylko, że nie znanymi zamawiającemu w trakcie opisywania przedmiotu zamówienia[221]. Warto zwrócić uwagę na

---

[214] A. Powałowski (red.) *Leksykon prawa konkurencji* C. H. Beck 2010 s. 90.; podobnie C. Banasiński (w:) *Prawo gospodarcze. Zagadnienia administracyjnoprawne,* red. H. Gronkiewicz-Waltz, M. Wierzbowski, LexixNexis 2009, s. 313.

[215] Na funkcje innowacyjną konkurencji zwraca, miedzy innymi, również uwagę A. Brzezińska-Rawa, *Wprowadzenie do prawa antymonopolowego*, Toruń 2009, s. 12; T. Skoczny zwraca uwagę na konkurencję jako procesu rywalizacji przedsiębiorców oraz jako mechanizm prowadzący do maksymalizacji efektywności działań przedsiębiorców (w:) *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, T. Skoczny (red.) C. H. Beck Warszawa 2009 s. 40 i nast.

[216] Na temat opisu przedmiotu zamówienia jako instrumentu zapewniającego urzeczywistnienie zasady uczciwej konkurencji zob. H. Nowicki (red.), I. Łazuga, J. Wyżgowski, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz do nowelizacji,* LexisNexis 2010, s. 49 i następne oraz orzecznictwo KIO tam przywołane.

[217] Art. 29 ust. 3 ustawy.

[218] Art. 30 ust. 4 ustawy.

[219] Art. 30 ust 1 ustawy.

[220] Art. 30 ust 1 ustawy.

[221] Art. 30 ust 4 ustawy.

treść przepisu art. 30 ust. 6 ustawy, który w przypadku dokonywania opisu przedmiotu zamówienia poprzez wskazanie wymagań funkcjonalnych może objąć nimi oddziaływanie na środowisko[222]. Przepisy ustawy dotyczące opisu przedmiotu zamówienia publicznego, które obejmuje roboty prawa budowlanego, gdzie podstawą opisu jest dokumentacja projektowa[223] oraz specyfikacja techniczna wykonania i odbioru robót budowlanych też mogą, moim zdaniem, służyć innowacyjności . Podobnie jest z zamówieniami, gdzie opis przedmiotu zamówienia dokonuje się za pomocą programu funkcjonalno-użytkowego. W obydwu przypadkach zamawiający będzie wskazywał na stawiane wymagania techniczne, ekonomiczne, architektoniczne, materiałowe i funkcjonalne[224]. Tym samym będzie mógł oczekiwać od wykonawców stosowania podwyższonych wymagań technicznych, ekonomicznych i materiałowych przy wykonywaniu określonych robót budowlanych. Przykładem niech będzie stawianie podwyższonych norm w zakresie ograniczenia energochłonności realizowanego obiektu budowlanego, a których to spełnienie będzie miało znaczenie dla zamawiającego w przyszłości, w trakcie eksploatacji obiektu.

c) Specyfikacja istotnych warunków zamówienia a innowacyjność

Przygotowując specyfikację istotnych warunków zamówienia należy zwrócić szczególną uwagę na niektóre jej elementy związane, moim zdaniem, z innowacyjnością, Bez wątpienia tym elementem będą kryteria, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty. Oferty najkorzystniejszej w rozumieniu art. 2 pkt 5 tj. oferty, która przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów (pozacenowych) odnoszących się do przedmiotu zamówienia publicznego, a w przypadku zamówień publicznych w zakresie działalności twórczej lub naukowej, których przedmiotu nie można z góry opisać w sposób jednoznaczny i wyczerpujący — ofertę, która przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia publicznego. Ważnego, z punktu widzenia innowacyjności, w ustawie nabierają kryteria pozacenowe mogące bezpośrednio odnosić się do takich kwestii jak np. koszty eksploatacji, które mogą być efektem zastosowania nowszych technologii. Ustawa zapewnia zamawiającemu możliwość wyboru oferty nie tylko najkorzystniejszej w ujęciu formalnym, lecz również w ujęciu ekonomicznym, jakościowym czy funkcjonalnym. Przepis art. 90 ust. 2 wskazuje na przykładowe kryteria pozacenowe do których zalicza jakość, funkcjonalność, parametry techniczne, zastosowanie najlepszych dostępnych technologii w zakresie oddziaływania na środowisko, koszty eksploatacji, serwis oraz termin wykonania zamówienia.

W specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamawiający określa również istotne dla stron postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie

---

[222] Art. 3 pkt 20 Ustawa z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (tj. Dz. U. z 2010 r. nr 243, poz. 1623 z późn. zm.) definiuje obszar oddziaływania obiektu, który należy rozumieć teren wyznaczony w otoczeniu obiektu budowlanego na podstawie przepisów odrębnych, wprowadzających związane z tym obiektem ograniczenia w zagospodarowaniu tego terenu.

[223] Art. 20. 1. Ustawy prawo budowlane wskazuje, że do podstawowych obowiązków projektanta, między innymi, należy: opracowanie projektu budowlanego w sposób zgodny z ustaleniami określonymi w decyzji o warunkach zabudowy i zagospodarowania terenu, w decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach, o której mowa w art. 71 ust. 1 ustawy z dnia 3 października 2008 r. o udostępnianiu informacji o środowisku i jego ochronie, udziale społeczeństwa w ochronie środowiska oraz o ocenach oddziaływania na środowisko (Dz. U. Nr 199, poz. 1227, z późn. zm.[4)]), wymaganiami ustawy, przepisami oraz zasadami wiedzy technicznej.

[224] Zgodnie z art. 5 Prawa budowlanego obiekt budowlany należy projektować i budować w sposób określony w przepisach, w tym techniczno-budowlanych zapewniając, między innymi, wymogi bezpieczeństwa konstrukcji, pożarowego i użytkowania, ale i odpowiedniej charakterystyki energetycznej oraz racjonalizacji użytkowania energii.

zamówienia publicznego, bądź ogólne warunki umowy lub wzór umowy. Treści te nabierają jeszcze większego znaczenia w związku z art. 144 ust 1, który zakazuje istotnych zmian postanowień umowy. Przywołany przepis artykułu 144 nabiera szczególnego znaczenia z interesującego nas punktu widzenia. Możliwość dokonywania istotnych zmian postanowień zawartej umowy jest możliwa w sytuacji, kiedy zamawiający w ogłoszeniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia przewidział taką możliwość i określił warunki takiej zmiany. Umowy w sprawach zamówień publicznych są często umowami kilkuletnimi (np. umowy na roboty budowlane), mogą nimi być również umowy dostawy lub umowy na świadczenie usług. Kilkuletni czas trwania umowy może oznaczać pojawiające się nowe technologie lub nowe rozwiązania techniczne. Przewidując takie okoliczności tworząc siwz lub publikując ogłoszenie zamawiający może wskazać na pojawiające się nowe rozwiązania techniczne, technologiczne lub organizacyjne, których zaistnienie w trakcie realizacji umowy będzie dawało podstawę do dokonania zmian umowy, oczywiście z zachowaniem pozostałych reguł wynikających z przepisów ustawy.

d) Oferta wariantowa a innowacyjność

Kolejnym „innowacyjnym" przepisem ustawy może okazać się dla zamawiającego wprowadzenie możliwości składania ofert wariantowych[225], oznacza to oczywiście prawo zamawiającego do skorzystania z takiego sposobu dojścia do realizacji zamówienia publicznego. Ogłaszając o zamiarze udzielania zamówienia publicznego zamawiający może przewidzieć składanie przez wykonawców ofert wariantowych, wówczas w siwz-ie musi opisać sposób przedstawienia ofert wariantowych oraz minimalne warunki, jakim musi odpowiadać złożona oferta wariantowa. Ustawa dopuszcza możliwość złożenia ofert wariantowych tylko w przypadku, gdy cena nie jest jedynym kryterium wyboru[226]. Dopuszczenie, przez zamawiającego, złożenia ofert wariantowych będzie stwarzało możliwość wyboru „najkorzystniejszej oferty" ze szczególnym uwzględnieniem kryteriów pozacenowych. Zamawiający określając minimalne warunki oferty oraz wprowadzając kryteria pozacenowe, musi je tak zdefiniować, aby warunki przygotowania oferty i kryteria te dawały możliwość porównywalności złożonych ofert i spełniały oczekiwania zamawiającego — wskazane w opisie przedmiotu zamówienia. Zamawiający określając minimalne warunki dla oferty wariantowej wskazuje np. na oczekiwane lub spodziewane efekty, funkcjonalność, parametry techniczne lub technologiczne, koszty eksploatacji[227]. Wprowadzenie innych kryteriów oceny ofert daje zamawiającemu możliwość zawarcia umowy z wykonawcą, który zaproponuje np. bardziej innowacyjne rozwiązania w stosunku do przedmiotu zamówienia niż przewidział to zamawiający.

e) Tryby udzielania zamówień sprzyjające innowacyjności

Do przepisów kreujących innowacyjność w ustawie można również zaliczyć same tryby zamówień publicznych, z tym jednak zastrzeżeniem, że chodzi tu tylko o tryby negocjacyjne lub oparte na procedurze dialogu. Prowadzone negocjacje, w trybie negocjacji z ogłoszeniem, mogą dotyczyć głównie doprecyzowania lub uzupełnienia opisu przedmiotu umowy lub doprecyzowania warunków umowy o zamówienie publiczne[228]. Szczególnie widoczne

---

[225] Art. 36 ust pkt 4 oraz 41 pkt 5 ustawy.

[226] Art. 83 ust. 1 ustawy.

[227] Porównaj: P. Granecki, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, C. H. Beck 2007 s. 239, J. Pieróg, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, C. H. Beck 2009 s. 288.

[228] Art. 58 ust. 2 ustawy.

to jest w art. 55 ust. 1 pkt 3, który wskazuje na niemożność określenia z góry szczegółowych cech zamawianych usług. Zastosowanie tego trybu, a szczególnie części negocjacyjnej, może skutkować dla zamawiającego innowacyjnością poprzez właśnie „innowacyjne" doprecyzowanie opisu przedmiotu zamówienia. W wyniku przeprowadzonych negocjacji zamawiający może dokonać zmian lub uzupełnień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, lecz tylko w zakresie prowadzonych negocjacji[229]. Tak poprawiona specyfikacja stanowi podstawę przygotowania ofert przez zaproszonych wykonawców. Natomiast w trybie negocjacji bez ogłoszenia możliwość wpływania wykonawcy na przedmiot umowy jest bardzo ograniczony, gdyż przedmiotem negocjacji są warunki umowy w sprawie zamówienia publicznego[230], a nie opis przedmiotu zamówienia jak w przypadku trybu negocjacji z ogłoszeniem.

W problematykę innowacyjności wpisuje się również dialog konkurencyjny, który zamawiający może zastosować gdy zachodzą łącznie następujące przesłanki:

— nie jest możliwe udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego lub przetargu ograniczonego, ponieważ ze względu na szczególnie złożony charakter zamówienia nie można opisać przedmiotu zamówienia zgodnie z art. 30 i 31 ustawy, lub obiektywnie określić uwarunkowań prawnych lub finansowych wykonania zamówienia;

— cena nie jest jedynym kryterium wyboru najkorzystniejszej oferty[231].

Tryb dialogu konkurencyjnego jest procedurą, w której dochodzi do najszerszego współdziałania wykonawcy z zamawiającym w zakresie opisu przedmiotu zamówienia. Należy zwrócić uwagę, że dialog zamawiający prowadzi do czasu, gdy jest już w stanie opisać przedmiot umowy i przygotować siwz, który następnie przekazuje zaproszonym wykonawcom. Poprzez dialog, w jego trakcie, wykonawcy mogą wprowadzać bardziej innowacyjne rozwiązania, w stosunku do tych które zamawiający uwzględnił w siwz-ie, a które miały charakter niedookreślonych lub niezidentyfikowanych wcześniej przez zamawiającego[232].

f) Umowy ramowe i dynamiczny system zakupów a innowacyjność

Przepisy regulujące umowy ramowe też mogą dawać możliwość wykorzystywania ich w kontekście innowacyjności. Umowy ramowe są zawierane z odpowiednim wykorzystaniem przepisów dotyczących przetargu nieograniczonego, przetargu ograniczonego lub negocjacji z ogłoszeniem[233]. Stosowanie wymienionych trybów daje możliwość ich wykorzystanie dla pobudzenia innowacyjności w sposób wyżej przedstawiony (opis przedmiotu zamówienia, kryteria pozacenowe oceny najkorzystniejszej oferty, dialog itd.). Podobne uwagi można odnieść do ustanowienia dynamicznego systemu zakupów, z tym jednak zastrzeżeniem, że odpowiednie zastosowanie będą miały przepisy dotyczące udzielania zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego[234].

---

[229] Art. 59 ust. 1

[230] Art. 61 ustawy.

[231] Art. 60b ust. 1 ustawy.

[232] Zob. A. Panasiuk, Z. Kłoda, *Zamówienia publiczne przyjazne innowacjom*, PARP 2010 s. 28.

[233] Art. 99 ustawy.

[234] Art. 102 ust. 1 ustawy.

g) Konkurs a innowacyjność

Ważną z punktu widzenia procedurą, przewidzianą przepisami ustawy, jest konkurs, w którym przez publiczne ogłoszenie zamawiający przyrzeka nagrodę za wykonanie i przeniesienie prawa do wybranej przez sąd konkursowy pracy konkursowej[235]. Konkurs dotyczyć może zadań w szczególności z zakresu planowania przestrzennego, projektowania urbanistycznego, architektoniczno-budowlanego oraz przetwarzania danych. Wszczynając postępowanie konkursowe organizator konkursu (zamawiający) musi w publikowanym ogłoszeniu[236] określić, między innymi, przedmiot konkursu, wymagania stawiane uczestnikom konkursu oraz kryteria oceny prac konkursowych wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów[237]. Zamawiający chcący zrealizować zamówienie z wykorzystaniem konkursu musi szczególnie zwrócić uwagę na te kryteria oceny, które będą miały innowacyjne znaczenie. Procedura ze swej natury jest postępowaniem skierowanym na wyłonienie prac o charakterze nowatorskim, innowacyjnym. Konkurs przeprowadzany jest na podstawie regulaminu konkursu ustanowionego przez zamawiającego, natomiast zespołem pomocniczym zamawiającego powołanym do oceny spełniania przez uczestników konkursu wymagań oraz oceny i wyboru najlepszych prac konkursowych jest sąd konkursowy. Skład sądu konkursowego wskazuje na jego profesjonalny charakter w zakresie prowadzonego konkursu. Zgodnie z art. 113 ust. 5 członkami sądu konkursowego mogą być wyłącznie osoby posiadające kwalifikacje umożliwiające ocenę zgłoszonych prac konkursowych, z tym że jeżeli przepisy szczególne wymagają posiadania uprawnień do opracowania pracy konkursowej, co najmniej 1/3 członków sądu konkursowego, w tym jego przewodniczący, muszą posiadać wymagane uprawnienia. Taki skład sądu konkursowego powinien gwarantować zamawiającemu, w połączeniu z właściwie określonymi kryteriami oceny wybór pracy lub prac konkursowych spełniających wymagania zamawiającego, w tym innowacyjności (nowatorstwa) w proponowanych rozwiązaniach w stosunku do przedmiotu konkursu. Istotnym, z punktu innowacyjności jest również system nagród w konkursie, do których ustawa zalicza: zaproszenie do negocjacji w trybie negocjacji bez ogłoszenia co najmniej dwóch autorów wybranych prac konkursowych lub zaproszenie do negocjacji w trybie zamówienia z wolnej ręki autora wybranej pracy konkursowej. Ustawa w art. 116 ust. 1 pkt 5 określa, że praca konkursowa obejmuje szczegółowe opracowanie przedmiotu zamówienia udzielanego w przywołanych, jako nagrodach, trybach negocjacyjnych.

h) Innowacyjność w zamówieniach sektorowych

Przepisy ustawy oddzielnie określają zamówienia sektorowe. Zgodnie z przepisami ustawy zamówienia sektorowe są udzielane w trybach i po spełnieniu określonych warunków. Dlatego też do tych zamówień, pod względem innowacyjności, mają zastosowanie wcześniej zgłoszone uwagi co do trybów udzielania zamówień stosowanych przez zamawiających sektorowych. Zastosowanie będą miały również uwagi dotyczące podstawowych dokumentów przygotowywanych w postępowaniu, a więc uwagi dotyczące innowacyjności w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz umów.

---

[235] Art. 110 ustawy.

[236] Treść ogłoszenia określa art. 115 ust. 2 ustawy.

[237] Art. 115 ust. 2 ustawy.

III. Wnioski końcowe

Jak wyżej wykazałem, możemy na ustawę Prawo zamówień publicznych patrzeć również jak na regulację, w bardzo szerokim zakresie swych przepisów, sprzyjającą innowacyjności w gospodarce oraz innowacyjności w działaniu zamawiających. Odpowiednie stosowanie przepisów ustawy, ukierunkowane na wykorzystywanie uregulowań sprzyjających innowacyjności, jest możliwe do wykorzystania w zależności od potrzeb zamawiającego. Działania innowacyjne zamawiającego muszą wypływać z jego potrzeb w zakresie wprowadzania w realizowanych dostawach, usługach czy też robotach budowlanych rozwiązań innowacyjnych (nowatorskich). Odpowiedni opis przedmiotu wskazujący na oczekiwania innowacyjne zamawiającego będzie podstawą tego procesu. Sam już opis może wymuszać innowacyjne określenie przedmiotu zamówienia publicznego w składanej ofercie. Innowacyjności będzie służyło odpowiednio innowacyjne określenie kryteriów oceny najkorzystniejszej oferty. Szczególnego, z punktu widzenia innowacyjności, nabierają kryteria pozostałe tzw. pozacenowe, to te kryteria mogą czynić z oferty bardziej innowacyjną. Również wybór trybu udzielania zamówienia może mieć wpływ na innowacyjność zamówienia publicznego. Tryby oparte na negocjacjach czy dialogu mają, z racji swego charakteru, bardziej innowacyjny charakter. Stosując te tryby zarówno zamawiający jaki i wykonawcy mogą w większym stopniu wpływać na przedmiot udzielanego zamówienia publicznego. Stworzenie możliwości składania ofert wariantowych, czy też równoważnych jest również regulacją pro innowacyjną.

Najistotniejszą jednak regulacją Prawa zamówień publicznych w zakresie innowacyjności jest wprowadzenie do systemu zamówień publicznych konkurencyjności. Temu bez wątpienia służy znacząca część przepisów oraz konkurencyjność liczby składanych ofert w jednym postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Oczekiwaniom wzrostu innowacyjności poprzez system zamówień publicznych musi towarzyszyć wyraźny wzrost konkurencyjności przejawiający się liczbą składanych ofert w jednym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Współczynnik 2,76[238] oferty wpływającej w jednym postępowaniu trudno uznać za satysfakcjonujący konkurencyjność gospodarki.

Prawo zamówień jest bez wątpienia regulacją służącą innowacyjności w gospodarce, podstawowym jednak problemem jest zrozumienie tego przez zamawiających i ich innowacyjne oczekiwania w stosunku do udzielanych zamówień publicznych. Innowacyjne działania zamawiającego muszą wynikać z jego potrzeb, w tym potrzeb racjonalnego (efektywnego) wydatkowania środków. Na racjonalne „najkorzystniejsze ekonomicznie' wydatkowanie środków przy realizacji zamówień publicznych na roboty budowlane wskazują uwagi Izby Projektowania Budowlanego[239]. Niestety tego procesu nie da się przeprowadzić poprzez ustawowe „przymuszanie" zamawiających do takich działań. Potrzeba tych działań musi być potrzebą zamawiających.

---

[238] *Sprawozdanie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych w 201 roku*, według tego sprawozdania konkurencyjność w 2008 roku wynosiła 2,41 oferty, w 2009 r. 2,77 oferty.

[239] *Uwagi Izby Projektowania Budowlanego do Zielonej Księgi — KOM (2011) z dnia 27.01.2011 w sprawie modernizacji polityki UE w dziedzinie zamówień publicznych w kierunku zwiększenia skuteczności europejskiego rynku zamówień*, Warszawa 15.04.2011 r.

POLITYKA SPÓJNOŚCI UNII EUROPEJSKIEJ A SYSTEM ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH. REGUŁY UDZIELANIA ZAMÓWIEŃ W REALIZACJI PROJEKTÓW UNIJNYCH

dr Paweł Nowicki
Uniwersytet Mikołaja Kopernika w Toruniu
Katedra Prawa Europejskiego
Wydział Prawa i Administracji

1. Polityka spójności Unii Europejskiej i jej związek z systemem zamówień publicznych

W dniu dzisiejszym wszyscy zdają sobie sprawę, że Unia Europejska nie jest tylko obszarem wszechobecnego prosperity społeczeństw i państw „zjednoczonych w różnorodności". Kryzys gospodarczy, który pochłonął najpierw Irlandię, potem Grecję, w chwili obecnej trawi Portugalię, a za moment może zapukać do drzwi Hiszpanii pokazał to, co w różnorodności unijnej jest najbardziej palącym problemem: dysproporcje w rozwoju gospodarczym i społecznym, niestabilność budżetową i rosnący deficyt państw członkowskich, a przede wszystkim brak odpowiednich mechanizmów kontrolnych na szczeblu supranacjonalnym, które gwarantowałyby rzeczywistą integrację ekonomiczną i walutową państw strefy euro (i nie tylko). Są to pewne negatywne strony integracji i procesu rozszerzania UE o kolejne państwa. Niemniej jednak należy pamiętać, że siła UE tkwi właśnie w tych 27 państwach, że jedynie współdziałając razem możemy się nadal rozwijać i przezwyciężać różnorodne trudności związane z globalizacją. Warto podzielić w tym miejscu pogląd wybitnego socjologa hiszpańskiego M. Castells, który twierdzi, że integracja europejska jest reakcją na procesy globalizacyjne, jednocześnie będąc najbardziej zaawansowanym wyrazem globalizacji[240]. Problem samej integracji polega jednak na tym, że w Unii Europejskiej 27 państw, czyli *de facto* Unii ponad 500 mln obywateli żyjących na obszarach 268 regionów może działać (i często działa) zasada najsłabszego ogniwa. Oznacza to, że o ogólnej sile całej dwudziestki siódemki decydować mogą tak naprawdę państwa najgorzej rozwinięte. Dlatego tak istotnym dla rozwoju Unii Europejskiej jest niwelowanie dysproporcji w rozwoju pomiędzy państwami członkowskimi oraz poszczególnymi regionami. Działania z tym związane zostały ujęte w ramy tzw. polityki spójności Unii Europejskiej.

Polityka spójności Unii Europejskiej jest jedną z unijnych polityk gospodarczych, którą najogólniej możemy zdefiniować jako zespół działań promujących i wspierających szeroko pojmowany i harmonijny rozwój państw członkowskich i ich regionów[241]. Działania te, w myśl przepisu art. 174 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (dalej zwany TFUE bądź Traktatem) skupiają się na wzmocnieniu trzech aspektów spójności: spójności gospodarczej (ang. *economic cohesion*), spójności społecznej (ang. *social cohesion*) i spójność terytorialnej (ang. *territorial cohesion*), przy czym w szczególności UE ma zmierzać do zmniejszenia dysproporcji w rozwoju pomiędzy regionami, a także koncentrować się na walce z zacofaniem regionów najmniej uprzywilejowanych. Szczególną troską w zakresie polityki spójności TFUE obejmuje obszary wiejskie, obszary podlegające przemianom przemysłowym i regiony, które cierpią

[240] Szerzej: M. Castells, *End of Millenium. The Information Age: Economy, Society and Culture, Vol. III*, wyd. II, Oxford 2000, Blackwell Publishers, s. 348–357.

[241] P. Nowicki [w:] J. Galster (red.), *Podstawy prawa Unii Europejskiej z uwzględnieniem Traktatu z Lizbony. Zarys wykładu,* Toruń 2010, TNOiK, s. 614–615.

na skutek poważnych i trwałych niekorzystnych warunków przyrodniczych lub demograficznych, takich jak regiony najbardziej wysunięte na północ o bardzo niskiej gęstości zaludnienia oraz regiony wyspiarskie, transgraniczne i górskie.

Innymi słowy mówiąc, zadaniem polityki spójności jest zapewnienie, aby wszystkie państwa członkowskie i ich obywatele korzystali z zalet integracji w ten sam sposób. Od początku procesów integracyjnych, jeszcze w ramach Europejskiej Wspólnoty Gospodarczej, wiadomym bowiem było, że regiony peryferyjne, najmniej uprzywilejowane nie będą miały takich samych szans rozwojowych we Wspólnocie, jak te lepiej rozwinięte. Podobne zagrożenie dostrzegano w odniesieniu do poszczególnych grup społecznych. Przykładowo, pracownicy młodsi, lepiej wykształceni, bardziej mobilni mogą aktywniej i z większymi sukcesami korzystać z unijnego rynku pracy, niż osoby niepełnosprawne, w podeszłym wieku, mające na utrzymaniu rodzinę[242]. Swoistym panaceum na te problemy stała się polityka spójności, która za pomocą instrumentów finansowych redystrybuuje w odpowiedni sposób środki z budżetu UE do najbardziej potrzebujących państw i regionów, zmierzając do niwelowania występujących dysproporcji w ich rozwoju.

W procesie wykorzystywania środków finansowych z budżetu UE w ramach polityki spójności ogromną rolę odgrywa system zamówień publicznych. To właśnie zamówienia publiczne mają zapewnić konkurencyjność przy wydatkowaniu środków unijnych. Należy pamiętać, iż zgodnie z przepisami rozporządzenia Rady (WE) nr 1083/2006 ustanawiającego przepisy ogólne dotyczące Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego oraz Funduszu Spójności i uchylającego rozporządzenie (WE) nr 1260/1999 (nazywanego rozporządzeniem ogólnym) operacje finansowane z funduszy unijnych muszą być zgodne z postanowieniami TFUE i aktów przyjętych na jego podstawie[243]. Analizując tą kwestię bardziej szczegółowo i praktycznie zrozumiemy, że wydatki związane z realizacją projektu unijnego będą kwalifikowalne jedynie wtedy, kiedy będą zgodne z horyzontalnymi politykami Unii Europejskiej, obejmującymi również zamówienia publiczne[244].

Wydatkowanie środków unijnych w trakcie realizacji projektów współfinansowanych w ramach polityki spójności z poszanowaniem zasad konkurencyjności ma istotne znaczenie szczególnie teraz, gdy trwają już przygotowania do perspektywy na lata 2014–2020. Obecny kształt polityki spójności jest często krytykowany, szczególnie przez bardziej zamożnych członków Unii Europejskiej, ponieważ redystrybucja środków w ramach polityki spójności odbywa się z państw bogatszych do państw biedniejszych — dlatego też niektórzy autorzy nazywają politykę spójności, aczkolwiek z pewnym przymrużeniem oka, „Robin Hoodem" aktywności UE[245].

Warto podkreślić, że już w 1994 r. T. Frazer ostrzegał przed możliwością pewnego konfliktu pomiędzy polityką spójności a unijnym prawem konkurencji[246]. W chwili obecnej, po ostatnich rozszerzeniach Unii Europejskiej, ewentualna niezgodność pomiędzy ww. sferami jawi

---

[242] J. Shaw, J. Hunt, Ch. Wallace, *Economic and Social Law of the European Union,* Palgrave Macmillan 2007, s. 447.

[243] Art. 9 ust. 5 rozporządzenia ogólnego.

[244] Zgodnie z *Krajowymi wytycznymi dotyczącymi kwalifikowania wydatków w ramach funduszy strukturalnych i Funduszu Spójności w okresie programowania 2007–2013* z dnia 22 listopada 2007 r. jednym z warunków zakwalifikowania projektu do współfinansowania jest zgodność z horyzontalnymi politykami Unii Europejskiej, w szczególności z politykami w zakresie: równości mężczyzn i kobiet oraz niedyskryminacji, zrównoważonego rozwoju, konkurencji, zamówień publicznych, środowiska oraz społeczeństwa informacyjnego (4.2.2 pkt 2).

[245] Ch. Rumford, *European Cohesion? Globalization, Autonomization, and the Dynamics of EU Integration,* Innovation 2000, vol. 13 (2), s. 187.

[246] Szerzej: T. Frazer, *The New Structural Funds, State Aids and Interventions in the Single Market*, European Law Review 1994, vol. 20 (1), s. 3–19.

się jeszcze bardziej realnie. Oczywiście inni przedstawiciele doktryny postrzegają politykę spójności odmiennie niż T. Frazer. Egzemplifikacji dostarcza chociażby Ch. Rumford, który widzi politykę spójności jako instrument uzupełniający konkurencyjność[247]. Niemniej jednak tak jak kiedyś regiony opóźnione w rozwoju były kwalifikowane jako ofiary braku spójności w UE, tak dziś — poprzez napływ ogromnych środków z unijnego budżetu — same mogą być źródłem pewnych dysproporcji[248], a może nawet pewnej ekonomicznej niesprawiedliwości w kontekście redystrybucji budżetu UE. Nie może więc dziwić fakt, iż polityka spójności jest ciągle szeroko dyskutowana, a jej *ratio legis* oraz rozmiar są podważane.

Mając na uwadze powyższe, należy bezwzględnie podkreślić wagę stosowania zamówień publicznych przy wydatkowaniu środków unijnych, ponieważ procedury zamówieniowe kreują domniemanie ich wydatkowania w sposób uczciwy i otwarty na konkurencję w ramach rynku wewnętrznego UE.

2. Projekty unijne i zamówienia publiczne — w czym jest problem?

Problem w udzielaniu zamówień w realizacji projektów unijnych polega na tym, że nie wszyscy beneficjenci są zobligowani do stosowania prawa zamówień publicznych. W praktyce można spotkać przypadki, w których beneficjenci uznawali, że skoro nie mają do nich lub do ich zamówień zastosowania dyrektywy zamówieniowe[249], to mogą wydatkować środki w sposób prawie dowolny, oczekując jednocześnie kwalifikowalności tych środków (jeśli zamierzają wydać środki własne to problem praktycznie nie istnieje, o ile nie będą to środki publiczne).

Należy jednak pamiętać, że pewne zasady wydatkowania środków istnieją i obowiązują beneficjentów projektów unijnych niezależnie od tego, czy stosują oni prawo zamówień publicznych, czy też nie. System zamówień publicznych w Unii Europejskiej zbudowany jest bowiem hierarchicznie, obejmując trzy płaszczyzny: *primo:* prawa pierwotnego Unii Europejskiej, gdzie obecnie w Traktacie o funkcjonowaniu Unii Europejskiej znajdziemy zasady, które należy odnieść do zamówień publicznych, *secundo:* prawa wtórnego Unii Europejskiej, a więc dyrektyw zamówieniowych, *tertio:* prawa krajowego implementującego ww. dyrektywy. Całość uzupełnia orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej[250]. Trzeba również mieć na uwadze, że na szczeblu krajowym istotne jest orzecznictwo takich organów, jak polska Krajowa Izba Odwoławcza. Podzielić należy pogląd A. Sołtysińskiej, zgodnie z którym Krajową Izbę Odwoławczą można potraktować jako *sui generis* sąd krajowy w rozumie-

---

[247] Zob.: Ch. Rumford, *European Cohesion…*, *op. cit.*, s. 184.

[248] Zob.: J. Scott, *Environmental Compatibility and the Community's Structural Funds: A Legal Analysis,* Journal of Environmental Law 1996, vol. 8 (1), s. 99.

[249] Pod pojęciem dyrektyw zamówieniowych rozumiem, na potrzeby niniejszego artykułu, przede wszystkim tzw. dyrektywę klasyczną, tj. dyrektywę 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz.U. L 134 z 30.4.2004, str. 114, ze zmianami) oraz tzw. dyrektywę sektorową, tj. dyrektywę 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. koordynującą procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych (Dz.U. L 134 z 30.4.2004, str. 1, ze zmianami). Zaznaczyć jednak należy, iż uwagi dotyczące traktatowych zasad zamówień publicznych dotyczą również tzw. dyrektywy obronnej, tj. dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/81/WE z dnia 13 lipca 2009 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania niektórych zamówień na roboty budowlane, dostawy i usługi przez instytucje lub podmioty zamawiające w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa i zmieniająca dyrektywy 2004/17/WE i 2004/18/WE (Dz. U. L 216 z 20.8.2009, s. 76, ze zmianami), a także dyrektyw odwoławczych.

[250] Podobnie: P. Trepte, *Zamówienia publiczne w Unii Europejskiej objęte dyrektywą klasyczną,* Warszawa–Katowice 2006, Urząd Zamówień Publicznych, s. 7–8.

niu przepisów prawa Unii Europejskiej[251]. Idąc dalej tym torem, jeśli zwrócimy uwagę na orzecznictwo TSUE dotyczące obowiązków instytucji państwowych w zakresie zapewnienia zgodności z prawem UE[252], to jednocześnie musimy wymagać od Krajowej Izby Odwoławczej orzekania nie tylko z poszanowaniem dyrektyw zamówieniowych, lecz również — a raczej przede wszystkim — w zgodzie z prawem pierwotnym.

Konkludując na uwadze mieć trzeba, że system zamówień publicznych UE tworzą nie tylko dyrektywy i przepisy prawa krajowego, ale również akty prawa uplasowane w hierarchii źródeł prawa unijnego wyżej niż dyrektywy.

Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej nie zawiera przepisów, które wprost i szczegółowo odnoszą się tylko do zamówień publicznych. Niemniej jednak podstawowe zasady, które należy stosować w procesie udzielania zamówień publicznych mają swoje umocowanie w przepisach dotyczących prawa gospodarczego Unii Europejskiej, a ściślej swobody przepływu towarów (art. 28–37 TFUE), prawa przedsiębiorczości (art. 49–55 TFUE), swobody świadczenia usług (art. 56–62 TFUE), a także w ogólnych pryncypiach działań UE, zakazujących dyskryminacji oraz nakazujących znoszenie nierówności we wszystkich dziedzinach (art. 8–10 oraz art. 18 TFUE)[253].

Analizowanie istoty poszczególnych swobód wykracza niestety poza ramy tematyczne niniejszego opracowania[254]. Pozwólmy więc sobie na pewne generalne stwierdzenie: *ratio legis* tych przepisów sprowadza się do kreowania w ramach rynku wewnętrznego UE możliwości zaistnienia jak najszerszej konkurencji. Niedyskryminacyjne i równe traktowanie zainteresowanych podmiotów jest klamrą spinającą procesy zachodzące w ramach poszczególnych swobód gospodarczych Unii Europejskiej, niezależnie od tego czy mamy na uwadze przepływ towarów, czy też transgraniczne świadczenie usług oraz prowadzenie działalności gospodarczej. Dla badaczy prawa Unii Europejskiej jest to oczywistość, jednakże dla samych zamówień publicznych to zdecydowanie za mało. Choćby pobieżna lektura wskazanych wyżej przepisów TFUE pozwala zauważyć ich pewną ogólnikowość i ewentualną trudność stosowania w zamówieniach publicznych.

Dlatego podnoszono, że same przepisy TFUE nie zapewniają wystarczającej regulacji problematyki zamówień publicznych[255] — stąd też wyrosła potrzeba jej uregulowania w drodze dyrektyw, które zagwarantowały w pełni transparentność i równy dostęp do zamówień publicznych w Unii Europejskiej[256]. Nadal jednak to TFUE jest podstawowym źródłem regulacji

---

[251] Szerzej: A. Sołtysińska, *Działanie Krajowej Izby Odwoławczej z urzędu w sprawie wspólnotowej,* [w:] *XV-lecie systemu zamówień publicznych w Polsce. Ogólnopolska konferencja naukowa 22–23 czerwca 2009 r. w Toruniu,* pod redakcją H. Nowickiego i J. Sadowego, Toruń–Warszawa 2009, Urząd Zamówień Publicznych, s. 197–202. Autorka wskazuje, że Krajowa Izba Odwoławcza „z uwagi na jej organizację i posiadane kompetencje jest (…) „sądem" w rozumieniu art. 234 Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską (obecnie art. 267 TFUE — przyp. P. Nowicki)".

[252] Przykładowo: wyrok z dnia 14 lipca 1994 r. w sprawie C-91/92 *Paola Faccini Dori przeciwko Recreb Srl.,* ECR 1994, s. I-03325.

[253] Podobnie, aczkolwiek w odniesieniu do Traktatu Rzymskiego: J. Kopietz-Ungier, *Zamówienia publiczne w Unii Europejskiej,* Warszawa 2006, Szkoła Główna Handlowa w Warszawie, s. 33.

[254] Szerzej na temat swobód m.in.: K. Witkowska-Chrzczonowicz [w:] J. Galster (red.), *Podstawy prawa Unii Europejskiej…, op. cit.*, s. 474 i następne.

[255] S. Arrowsmith (red.), *EU Public Procurement Law: An Introduction,* www.nottingham.ac.uk, s. 53.

[256] Zob. A. Panasiuk, *Wpływ zmian koncepcji administracji publicznej na zakres i rolę wykorzystywanych instrumentów zamówień publicznych,* [w:] *Ekonomiczne i prawne zagadnienia zamówień publicznych. Polska na tle Unii Europejskiej,* pod redakcją: A. Borowicza, M. Królikowskiej-Olczak, J. Sadowego, W. Starzyńskiej, Warszawa 2010, Urząd Zamówień Publicznych, s. 146.

odnoszących się generalnie do funkcjonowania rynku wewnętrznego w Unii Europejskiej, które z kolei obowiązują również na gruncie zamówień publicznych[257]. Jest to tym bardziej istotne, ponieważ przepisy te obowiązują *erga omnes,* również w sprawach, w których zamawiający korzystają z przedmiotowych lub podmiotowych wyłączeń spod reżimu dyrektyw zamówieniowych.

Takie stanowisko potwierdza orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, który w orzeczeniu w sprawie C-59/00 *Bent Mousten Vestergaard przeciwko Spøttrup Boligselskab* wskazał, że mimo wyłączeń niektórych zamówień z zakresu dyrektyw zamówieniowych zamawiający, którzy zawierają takie umowy są jednak zobowiązani do przestrzegania fundamentalnych zasad zawartych w Traktacie[258]. Sprawa dotyczyła zamówienia na roboty budowlane w Danii, które ze względu na wartość nie podlegało pod dyrektywę Rady z dnia 14 czerwca 1993 r. dotyczącą koordynacji procedur w zakresie udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane (93/37/EWG)[259]. W specyfikacji technicznej zamawiający wskazał na konkretnego producenta stolarki okiennej, którego okna wykonawca miał wstawić w trakcie robót, nie wskazując przy tym, że dopuszcza równoważne rozwiązania. Trybunał stwierdził, że takie działanie zamawiającego narusza traktatową zasadę swobody przepływu towarów i może nie tylko zniechęcić innych wykonawców, oferujących podobne produkty, do wzięcia udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lecz również może utrudnić swobodę przepływu towarów w wymianie wewnątrzwspólnotowej[260].

Orzeczenie w sprawie *Bent Mousten Vestergaard przeciwko Spøttrup Boligselskab* nie było odosobnione. Już wcześniej Trybunał wskazywał na obowiązki podmiotów zamawiających, wynikające z prawa pierwotnego. W orzeczeniu z dnia 7 grudnia 2000 r. w sprawie C-324/98 *Telaustria Verlags GmbH i Telefonadress GmbH przeciwko Telekom Austria AG* Trybunał podkreślił, iż mimo wyłączenia części umów z zakresu dyrektywy Rady z dnia 14 czerwca 1993 r. dotyczącej koordynacji procedur udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i telekomunikacji (93/38/EWG), zamawiający są zobligowani do przestrzegania fundamentalnych podstawowych zasad traktatowych, w szczególności wskazując na zasadę niedyskryminacji[261]. Tym samym Trybunał podzielił opinię rzecznika generalnego N. Fennelly, który twierdził, że zamawiający muszą przestrzegać przepisów Traktatu, a zakaz bezpośredniej i pośredniej dyskryminacji opartej na narodowości innymi słowy oznacza obowiązek poszanowania zasady równego traktowania wykonawców — nawet w sytuacji, gdy zamówienie nie jest objęte przepisami dyrektywy Rady z dnia 18 czerwca 1992 r. dotyczącej koordynacji procedur w zakresie udzielania zamówień publicznych na usługi (92/50/EWG) oraz dyrektywy 93/38[262].

---

[257] Podobnie: S. Arrowsmith, *The Past and Future Evolution of EC Procurement Law: From Framework to Common Code?,* Public Contract Law Journal 2006, vol. 35 (3), s. 339.

[258] Postanowienie z dnia 3 grudnia 2001 r. w sprawie C-59/00 *Bent Mousten Vestergaard przeciwko Spøttrup Boligselskab*, pkt 20: *„Although certain contracts are excluded from the scope of the Community directives in the field of public procurement, the contracting authorities which conclude them are nevertheless bound to comply with the fundamental rules of the Treaty",* ECR 2001, s. I-9505.

[259] Szerzej na temat tej sprawy: M. Lemke, D. Piasta, *Analiza orzecznictwa Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości dotyczącego zamówień publicznych w okresie od 1999 do 2005 r.,* Warszawa 2006, Urząd Zamówień Publicznych, s. 94–98.

[260] C-59/00 *Bent Mousten Vestergaard v Spøttrup Boligselskab,* op. cit., pkt 21–22.

[261] Wyrok z dnia 7 grudnia 2000 r. w sprawie C-324/98 *Telaustria Verlags GmbH i Telefonadress GmbH przeciwko Telekom Austria AG,* ECR 2000, str. I-10745.

[262] Opinia rzecznika generalnego Fennelly z dnia 18 maja 2000 r. w sprawie C-324/98 *Telaustria Verlags GmbH i Telefonadress GmbH przeciwko Telekom Austria AG,* pkt 40, http://curia.europa.eu.

Swoistej interpretacji orzecznictwa TSUE w zakresie zamówień publicznych dokonała również Komisja Europejska, która w swoim komunikacie z 2006 r. dotyczącym prawa UE w dziedzinie zamówień publicznych, które nie są lub są jedynie częściowo objęte dyrektywami w sprawie zamówień publicznych[263], wskazała na pewne zasady wynikające z Traktatu, które obowiązują niezależnie od tego, czy stosujemy dyrektywy zamówieniowe, czy też nie. Komisja Europejska określiła także w jaki sposób, w jej ocenie, zamawiający powinni zasady te spełniać.

Przede wszystkim KE zwróciła uwagę na zasadę równego traktowania i niedyskryminacji ze względu na przynależność państwową, które w konsekwencji przekładają się na obowiązek przejrzystości w postępowaniu. KE powołała się w tym miejscu na wspomniane już wcześniej orzeczenie TSUE w sprawie C-324/98 *Telaustria Verlags GmbH i Telefonadress GmbH przeciwko Telekom Austria AG*, a także wyrok w sprawie C-458/03 *Parking Brixen GmbH przeciwko Gemeinde Brixen i Stadtwerke Brixen AG*[264]. Obowiązek przejrzystości: „polega na zagwarantowaniu wszystkim potencjalnym oferentom odpowiedniego poziomu upublicznienia informacji umożliwiającego rynkowi otwarcie na konkurencję"[265]. KE wskazała także wyrok TSUE w sprawie C-231/03 *Consorzio Aziende Metano (Coname) przeciwko Comune di Cingia de' Botti*[266]. Sprawa dotyczyła udzielenia koncesji na zarządzanie, dystrybucję i utrzymanie instalacji do rozprowadzania gazu metanowego[267], a jednym z wątków, którym zajął się TSUE w odpowiedzi na pytanie prejudycjalne była kwestia transparentności procedur. Trybunał stwierdził, że zamawiający spełni obowiązek przejrzystości jeśli zapewni potencjalnym wykonawcom, którzy mają siedzibę w innym państwie członkowskim niż zamawiający, dostęp do odpowiednich informacji o zamówieniu publicznym zanim zostanie ono udzielone, w taki sposób, aby mogli ewentualnie wyrazić swoje zainteresowanie w jego otrzymaniu[268].

W konsekwencji Komisja Europejska w swoich zaleceniach stwierdza, że „jedynym sposobem na spełnienie wymogów ustanowionych przez ETS jest publikacja wystarczająco dostępnego ogłoszenia przed udzieleniem zamówienia. Takie ogłoszenie powinno być opublikowane przez podmiot zamawiający w celu otwarcia udzielania zamówień na konkurencję"[269]. Oczywiście ważną kwestią jest również zastosowanie odpowiednich środków publikacji. Wg KE zaliczamy do nich: Internet (strony internetowe zamawiającego, portale internetowe dotyczące zamówień publicznych), krajowe dzienniki urzędowe, gazety o zasięgu krajowym lub regio-

---

[263] *Komunikat wyjaśniający Komisji dotyczący prawa wspólnotowego obowiązującego w dziedzinie udzielania zamówień, które nie są lub są jedynie częściowo objęte dyrektywami w sprawie zamówień publicznych* (2006/C 179/02).

[264] Wyrok z dnia 13 października w sprawie C-458/03 *Parking Brixen GmbH przeciwko Gemeinde Brixen i Stadtwerke Brixen AG*, Dz. U. UE C 296 z dnia 26 listopada 2005 r., s. 4. Szerzej na ten temat: H. Nowicki, P. Nowicki, *Zamówienia „in house" i ich dopuszczalność w ustawie prawo zamówień publicznych z perspektywy orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej,* [w:] *Ekonomiczne i prawne zagadnienia…, op. cit*., s. 121.

[265] *Komunikat wyjaśniający Komisji…, op. cit*., pkt 2.1.1.

[266] Wyrok z dnia 21 lipca 2005 r. w sprawie C-231/03 *Consorzio Aziende Metano (Coname) przeciwko Comune di Cingia de' Botti,* ECR 2005, str. I-07287.

[267] Sprawa *Coname* była dyskutowana w doktrynie włoskiej w kontekście zamówień *in house*. Szerzej np.: R. C. Perin, D. Casalini, *L'In house providing: Un'Impresa Dimezzata,* Diritto Amministrativo 2006, Nr 1, s. 51–97.

[268] Wyrok w sprawie C–231/03 *Coname, op. cit.*, pkt 21: "*In tale contesto, spetta al giudice del rinvio verificare se l'affidamento della concessione da parte del Comune di Cingia de' Botti alla Padania risponda a condizioni di trasparenza che, senza necessariamente comportare un obbligo di fare ricorso ad una gara, siano, in particolare, tali da consentire a un'impresa avente sede nel territorio di uno Stato membro diverso da quello della Repubblica italiana di aver accesso alle informazioni adeguate relative alla detta concessione prima che essa sia attribuita, di modo che tale impresa, se lo avesse desiderato, sarebbe stata in grado di manifestare il proprio interesse ad ottenere la detta concessione*".

[269] *Komunikat wyjaśniający Komisji…, op. cit*., pkt 2.1.1 *in fine*.

nalnym bądź też publikacje specjalistyczne, a także Dziennik Urzędowy UE[270]. W kontekście tematyki przedmiotowego artykułu należy jednaj podkreślić, iż w przypadku beneficjentów projektów unijnych, którzy nie są zobligowani do stosowania dyrektyw zamówieniowych (a tym samym, na gruncie polskiego porządku prawnego, ustawy PZP) publikacja ogłoszenia o zamówieniu w krajowych dziennikach urzędowych, czy też Dzienniku Urzędowym UE, stanowi raczej wyjątkową opcję, a wystarczającym publikatorem jest zazwyczaj Internet oraz środki masowego przekazu na obszarze realizacji projektu.

W praktyce zdarzają się również przypadki udzielania zamówienia bez uprzedniej publikacji ogłoszenia. KE stoi na stanowisku, że w sytuacji udzielania zamówień nieobjętych dyrektywami jest to możliwe, pod warunkiem spełnienia ustanowionych w dyrektywach odstępstw, tj. przypadków uzasadniających zastosowanie procedury negocjacyjnej bez publikacji ogłoszenia o zamówieniu, wskazanych w art. 31 dyrektywy klasycznej oraz w art. 40 dyrektywy sektorowej. Komisja oparła się na opinii rzecznika generalnego F. G. Jacobsa wydanej w sprawie C-525/03 *Komisja Europejska przeciwko Republice Włoskiej*[271], w której rzecznik stwierdza, że w jego ocenie w przypadku udzielania zamówienia nieobjętego dyrektywą należy odstępować od publikacji w sytuacji zaistnienia analogicznych przypadków uzasadniających odstąpienie, jak te opisane w dyrektywach (pkt 48 opinii). Wydaje się jednak, że z taką argumentacją można częściowo polemizować. Oczywistym jest, że brak publikacji ogłoszenia o zamówieniu w przypadku udzielania zamówienia nieobjętego dyrektywami nie może naruszać prawa Unii Europejskiej. Taki przypadek należałoby jednak oceniać przez pryzmat ewentualnego naruszenia konkurencji i dyskryminacji potencjalnie zainteresowanych wykonawców w świetle zasad traktatowych, a nie poprzez odniesienie się *per analogiam* do przepisów dyrektyw. Skoro zamówienie nie jest objęte reżimem dyrektyw zamówieniowych, to ich przepisy go nie dotyczą i mogą stanowić jedynie pewien punkt odniesienia, a nie zbiór warunków, które musi to zamówienie spełnić. Takie rozszerzanie zakresu dyrektyw zamówieniowych, pod płaszczykiem interpretowania traktatowego zakazu dyskryminacji jest co najmniej kontrowersyjne[272]. Tak więc słuszny, bądź co bądź, pogląd rzecznika generalnego być może wymaga po prostu odmiennego uzasadnienia.

Z traktatowej zasady niedyskryminacji ze względu na przynależność państwową wynika również obowiązek zapewnienia bezstronności procedur przetargowych. KE powołała się w tym przypadku na orzeczenie w sprawie C-470/99 *Universale-Bau AG, Bietergemeinschaft: 1. Hinteregger & Söhne Bauges.mbH Salzburg, 2. ÖSTU-STETTIN Hoch- und Tiefbau GmbH przeciwko Entsorgungsbetriebe Simmering GesmbH*[273], zgodnie z którym procedury udzielania zamówień muszą uwzględniać na każdym etapie zasadę równego traktowania potencjalnych wykonawców oraz zasadę przejrzystości, w szczególności przy wyborze wykonawcy, któremu zostanie udzielone zamówienie.

W ocenie KE bezstronność procedur przetargowych najlepiej w praktyce gwarantują: niedyskryminacyjny opis przedmiotu zamówienia, równy dostęp dla podmiotów gospodarczych ze wszystkich państw członkowskich, wzajemne uznawanie dyplomów, świadectw i innych dokumentów potwierdzających posiadanie kwalifikacji, zastosowanie odpowiednich terminów

---

[270] *Ibidem*, pkt. 2.1.2.

[271] Opinia rzecznika generalnego F. G. Jacobsa z dnia 2 czerwca 2005 r. w sprawie C-525/03 *Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Republice Włoskiej,* pkt 46–48.

[272] Szerzej na ten temat: S. Arrowsmith, *The Past and Future…*, *op. cit*., s. 364–367.

[273] Wyrok z dnia 12 grudnia 2002 r. w sprawie C-470/99 *Universale-Bau AG, Bietergemeinschaft: 1. Hinteregger & Söhne Bauges.mbH Salzburg, 2. ÖSTU-STETTIN Hoch- und Tiefbau GmbH przeciwko Entsorgungsbetriebe Simmering GesmbH,* ECR 2002, str. I-11617, pkt. 93.

dotyczących przystąpienia do postępowania i złożenia oferty, a także przejrzyste i zobiektywizowane podejście[274]. Można więc zauważyć, że również w przypadku zamówień nie objętych dyrektywami priorytetowe znaczenie ma zasada równego traktowania wykonawców. Egzemplifikacji dostarcza chociażby zakaz dyskryminacji bezpośredniej i pośredniej, mający swoje umiejscowienie także w swobodach gospodarczych UE.

Komisja Europejska podkreśliła jednak, że zamawiający mogą ograniczyć liczbę ewentualnych wnioskodawców zaproszonych do składania ofert, warunkując takie działanie zachowaniem transparentności i zasady niedyskryminacji oraz zapewnieniem odpowiedniego poziomu konkurencji[275].

Ostatnią kwestią, do której odniosła się Komisja Europejska w swoim komunikacie, była sprawa ochrony sądowej, która zagwarantuje kontrolę bezstronności procedur przetargowych.

Podsumowując przytoczone przez Komisję Europejską zasady wynikające z Traktatu, bądź z jego interpretacji w drodze orzecznictwa TSUE, obowiązują niezależnie od tego, czy dane zamówienie mieści się w zakresie dyrektyw zamówieniowych, czy też nie. Jak wskazują niektórzy przedstawiciele doktryny, Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej poprzez odwoływanie się do Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej jako głównego źródła pewnych obowiązków i zasad stosowanych na gruncie zamówień publicznych, starał się wypełnić lukę, która powstała na skutek wykluczenia niektórych istotnych zamówień z zakresu dyrektyw zamówieniowych[276]. Zasadnicza rola TSUE sprowadza się tutaj do interpretacji traktatowego zakazu dyskryminacji w szeroko pojmowanych procedurach przetargowych. W konsekwencji w systemie zamówień publicznych pojawiły się zasady, których geneza nie wynika z dyrektyw, lecz z prawa pierwotnego. Dla beneficjentów projektów unijnych oznacza to jedno: nie mogą wydatkować środków w sposób zupełnie dowolny, lecz muszą stosować pewne fundamentalne reguły udzielania zamówień o ile chcą, aby ich wydatki zostały uznane za kwalifikowalne, a projekt został zrealizowany zgodnie z prawem.

Podkreślenia jednak wymaga, iż Komisja Europejska wskazuje również na pewne odstępstwa od generalnej powinności stosowania zasad wynikających z prawa pierwotnego do wszystkich zamówień. KE twierdzi bowiem, że zasady te: „mają zastosowanie wyłącznie do zamówień, które są wystarczająco powiązane z funkcjonowaniem rynku wewnętrznego"[277]. Na uzasadnienie swojej tezy wskazuje wspomniany już wyrok w sprawie C-231/03 *Consorzio Aziende Metano (Coname) przeciwko Comune di Cingia de' Botti*. W orzeczeniu tym TSUE stwierdził, że z okoliczności sprawy nie wynikały żadne specjalne okoliczności, takie jak nikłe znaczenie gospodarcze, z których można by dowodzić, że podmiot gospodarczy z siedzibą w innym państwie członkowskim niż zamawiający nie miałby interesu w uzyskaniu zamówienia (nie byłby zainteresowany uzyskaniem koncesji), a tylko w przypadku takich okoliczności skutki (związane z ewentualnym naruszeniem zasad traktatowych) dla swobód podstawowych należałoby uznać za zbyt nieokreślone i pośrednie i w konsekwencji nie można by było stwierdzić ich naruszenia[278]. Stąd też Komisja Europejska wyciąga wniosek, że jeśli w konkretnie ocenianym przypadku zachodzą szczególne okoliczności, np. zamówienie ma niewielkie znaczenie gospodarcze, to nie ma uzasadnienia stosowania podstawowych norm zaczerpniętych z prawa

---

[274] *Komunikat wyjaśniający Komisji…, op. cit.*, pkt 2.2.1.

[275] *Komunikat wyjaśniający Komisji…, op. cit.*, pkt 2.2.2.

[276] S. Arrowsmith (red.), *EU Public Procurement Law…, op. cit.*, s. 55.

[277] *Komunikat wyjaśniający Komisji…, op. cit.*, pkt 1.3.

[278] Wyrok z dnia 21 lipca 2005 r. w sprawie C-231/03 *Consorzio Aziende Metano (Coname) przeciwko Comune di Cingia de' Botti, op. cit.*, pkt 20.

pierwotnego UE. Każdorazowo ocena konkretnych okoliczności zależy do zamawiającego, przy czym musi on brać pod uwagę takie kwestie jak: przedmiot zamówienia, jego wartość, specyfikę danego sektora gospodarki oraz lokalizację miejsca wykonania zamówienia[279]. Tą pewną proporcjonalność możemy sprowadzić do stwierdzenia *de minimis non curat lex*.

3. Zamówienia w realizacji projektów unijnych w Polsce

Obowiązujące w Polsce *Krajowe wytyczne dotyczące kwalifikowania wydatków w ramach funduszy strukturalnych i Funduszu Spójności w okresie programowania 2007–2013* z dnia 22 listopada 2007 r. jako jeden z warunków zakwalifikowania projektu do współfinansowania podają zgodność z horyzontalnymi politykami Unii Europejskiej, w szczególności w zakresie zamówień publicznych. Nie wszyscy beneficjenci podlegają jednak rygorowi ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (zwana dalej ustawą Pzp)[280]. W praktyce występują trzy grupy beneficjentów projektów unijnych:

1) beneficjenci, którzy nie podlegają podmiotowo pod ustawę Pzp,
2) beneficjenci, którzy są zobowiązani podmiotowo do stosowania ustawy Pzp, lecz ich konkretne zamówienia korzystają ze zwolnień przedmiotowych,
3) beneficjenci zobowiązani do stosowania ustawy Pzp, nie korzystający z żadnych zwolnień.

Wytyczne dotyczące kwalifikowalności wydatków w ramach poszczególnych Programów Operacyjnych mają tożsame podejście do kwestii udzielania zamówień objętych ustawą Pzp, różniąc się jedynie zakresem regulacji w zakresie zamówień pod nią nie podlegających.

Przykładowo: *Wytyczne w zakresie kwalifikowania wydatków w ramach Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko* (zwane dalej *Wytycznymi POiŚ*)[281] przewidują w stosunku do beneficjentów zawierających z wykonawcami umowy, do których nie ma zastosowania ustawa, konieczność stosowania przepisów dotyczących aukcji i przetargu zawartych w kodeksie cywilnym (art. 70^1 KC i następne)[282], z uwzględnieniem wymogu zachowania jawności, niedyskryminacyjnego opisu przedmiotu zamówienia, równego dostępu dla podmiotów gospodarczych ze wszystkich państw członkowskich UE, wzajemnego uznawania dyplomów, świadectw i innych dokumentów potwierdzających posiadanie kwalifikacji zgodnie z prawem polskim, odpowiednich terminów oraz obiektywnego i przejrzystego podejścia. Od tej reguły *Wytyczne POiŚ* przewidują jednak pewne wyjątki, żądając od beneficjentów zachowania jedynie zasady efektywności.

Podobne regulacje zawierają *Wytyczne w zakresie kwalifikowania wydatków w ramach Programu Operacyjnego Rozwój Polski Wschodniej 2007–2013* (zwane dalej *Wytycznymi PORPW*)[283]. W rozdziale 6.2 — Podrozdziale 2 „Procedura zamówień publicznych" *Wytyczne PORPW* wskazują na obowiązek wydatkowania środków zgodnie z przepisami ustawy Pzp, w zakresie jej obowiązywania. W innych przypadkach *Wytyczne PORPW* obligują beneficjentów do wydatkowania środków w sposób oszczędny i celowy, w oparciu o przepisy kodeksu cywilnego

---

[279] *Komunikat wyjaśniający Komisji…, op. cit.*, pkt 1.3.

[280] Tekst jednolity: Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 ze zmianami.

[281] *Wytyczne w zakresie kwalifikowania wydatków w ramach Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko* z dnia 3 września 2009 r. (MRR/IiŚ/1(4)09/2009).

[282] Podrozdział 5.5 pkt 4.

[283] *Wytyczne w zakresie kwalifikowania wydatków w ramach Programu Operacyjnego Rozwój Polski Wschodniej 2007–2013* z dnia 18 października 2010 r. (MRR/RPW/1(4)10/2010).

dotyczące przetargu, z pewnymi wyjątkami. Co ciekawe, *Wytyczne PORPW* odwołują się bezpośrednio do zasad wynikających z TFUE, takich jak: równego traktowania, niedyskryminacji i transparentności.

Wytyczne w zakresie kwalifikowania wydatków w ramach Programu Operacyjnego Innowacyjna Gospodarka[284] są pewnym wyjątkiem, ponieważ operują tylko lakonicznym stwierdzeniem: „Wydatki kwalifikowalne muszą być zgodne z postanowieniami prawa krajowego i unijnego oraz dokonane w sposób oszczędny, to jest poniesione przy zachowaniu zasady osiągnięcia założonego efektu przy jak najniższych kosztach" (4.3 Podrozdział 3 — Warunki przejrzystości i dokumentowania wydatków kwalifikowalnych, pkt 2), jednakże w ich tekście można znaleźć wzmianki o procedurze rozeznania rynku, czy też udzielaniu zamówień publicznych (zgodnie z ustawą Pzp).

Z kolei *Wytyczne w zakresie kwalifikowania wydatków w ramach Programu Operacyjnego Kapitał Ludzki* (zwane dalej *Wytycznymi POKL)*[285], zobowiązują beneficjentów stosujących ustawę Pzp do postępowania również zgodnie z *Zasadami prowadzenia postępowań o udzielenie zamówienia publicznego finansowanych ze środków EFS,* stanowiącymi załącznik do *Wytycznych POKL*. Te szczególne zasady podkreślają, iż w odniesieniu do postępowań przeprowadzanych z udziałem środków pochodzących z Unii Europejskiej odpowiednie zastosowanie oprócz prawa krajowego mają również przepisy prawa Unii Europejskiej (m.in. dyrektywy zamówieniowe oraz orzecznictwo w tym zakresie). Natomiast podmioty, które nie stosują do swoich zamówień ustawy Pzp muszą działać w myśl zasady konkurencyjności, jednakże obowiązuje ona w przypadku zamówień o wartości przekraczającej 14 tys. euro netto[286]. Aby ją spełnić beneficjenci muszą m.in. upublicznić zapytanie ofertowe na swojej stronie internetowej oraz w swojej siedzibie, skierować zapytanie ofertowe do co najmniej trzech potencjalnych wykonawców, stosować odpowiednie terminy (przynajmniej 7 dni na złożenie oferty, liczonych od dnia otrzymania zapytania ofertowego), stosować odpowiednie kryteria oceny ofert.

Możemy więc zauważyć, że kwalifikowalność wydatków ponoszonych w projektach realizowanych w ramach większości krajowych Programów Operacyjnych w celu Konwergencja przez beneficjentów wyłączonych w sposób podmiotowy lub przedmiotowy z zakresu ustawy Pzp, uzależniona jest od stosowania zasad udzielania zamówień, które mają swoją genezę w TFUE i zostały rozwinięte przez orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej.

4. Podsumowanie

Konkludując dotychczasowe rozważania można postawić kilka tez. Po pierwsze, istnieje katalog zasad dotyczących udzielania zamówień publicznych, które wynikają z przepisów Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej. Zasady te generalnie mają swoją genezę w zakazie dyskryminacji ze względu na przynależność państwową, a także wynikają z istoty rynku wewnętrznego Unii Europejskiej, o którym stanowi przepis art. 3 ust. 3 Traktatu o Unii Europejskiej. Ponieważ źródłem tych zasad jest prawo pierwotne, mają one fundamentalne znaczenie do wszystkich zamówień publicznych, niezależnie od faktu, czy zamawiający korzysta z pod-

[284] *Wytyczne w zakresie kwalifikowania wydatków w ramach Programu Operacyjnego Innowacyjna Gospodarka* z dnia 29 marca 2011 r. (MRR/POIG/1(5)03/2011).

[285] *Wytyczne w zakresie kwalifikowania wydatków w ramach Programu Operacyjnego Kapitał Ludzki* z dnia 22 listopada 2010 r. (MRR/KL/1(6)/11/10).

[286] Szerzej: *Wytyczne POKL,* 3.1.3 Sekcja 3 — Przejrzystość i konkurencyjność wydatków.

miotowego, czy też przedmiotowego wyłączenia spod obowiązywania dyrektyw zamówieniowych.

Po drugie, świadomość istnienia tych zasad jest niezmiernie istotna dla wszystkich beneficjentów projektów unijnych realizowanych w ramach polityki spójności. Wytyczne Ministra Rozwoju Regionalnego odnoszące się do problematyki zamówień w projektach unijnych nie mają *de iure* charakteru powszechnie obowiązującego prawa, różnią się od siebie zakresem regulacji, a także często są napisane językiem niezbyt transparentnym dla przeciętnego beneficjenta. Z drugiej strony mało który beneficjent zaczytuje się w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej. Istotna jest więc szersza edukacja beneficjentów projektów unijnych w kierunku prawa zamówień publicznych, jak również edukacja „zamówieniowców" w kierunku prawa gospodarczego Unii Europejskiej, w tym polityki spójności.

Po trzecie, polityka spójności i system zamówień publicznych Unii Europejskiej są ze sobą sprzężone, a znajomość obu dziedzin jest dziś bardzo ceniona. Obie polityki są również powiązane z podstawową zasadą rynku wewnętrznego UE, jaką jest konkurencyjność. Stosowanie zamówień publicznych kreuje domniemanie wydatkowania środków w sposób otwarty na konkurencję, natomiast polityka spójności stymuluje wzrost konkurencyjności państw i regionów słabiej rozwiniętych.

Na koniec trzeba jeszcze zaznaczyć, iż udzielanie zamówień publicznych w ramach projektów unijnych to nie tylko większa niż zwykle konieczność odnoszenia się do prawa Unii Europejskiej. Projekty unijne charakteryzują się swoją specyfiką, mnogością przepisów prawa mających do nich zastosowanie, kwestiami proceduralnymi oraz ramami instytucjonalnymi. Ich znajomość jest niezbędna nie tylko dla beneficjentów, lecz również dla instytucji kontrolujących i nadzorujących prawidłowość realizacji projektu. Rysuje się tu niezwykle istotna rola Krajowej Izby Odwoławczej, której orzecznicy często muszą się zagłębiać w problematykę niekoniecznie najłatwiejszą do przyswojenia, najczęściej nie związaną z dziedziną ich specjalizacji. Istniejący w Unii Europejskiej tzw. zdecentralizowany model stosowania prawa[287] wymaga jednak od instytucji takich jak KIO podejmowania rozstrzygnięć również w oparciu o normy prawa UE. Tak więc znajomość opisanej problematyki przyda się zarówno beneficjentom projektów unijnych, jak też zamawiającym i wykonawcą oraz organom kontrolnym, sądowym i *quasi* — sądowym, ponieważ *ignoratio legis neminem excusat*.

[287] Szerzej: S. Biernat, *Przystąpienie Rzeczypospolitej Polskiej do Unii Europejskiej: wyzwania dla organów stosujących prawo,* [w:] E. Piontek (red.), *Prawo polskie a prawo Unii Europejskiej,* Warszawa 2003, s. 101.

WYBRANE ASPEKTY WYKŁADNI PRAWA ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

prof. dr hab. Andrzej Panasiuk
Uniwersytet w Białymstoku

Wykładnia przepisów prawa stanowi istotny element procesu stosowania prawa. Wykładnia prawa w sensie ogólnym polega na wyjaśnieniu znaczenia przepisów prawnych, poddanych procesowi wykładni. Proces ten, jest procesem złożonym zmierzającym do przypisania interpretowanym normom prawnym odpowiedniego znaczenia, bądź wyznaczeniu ich właściwego zakresu. Przedmiotem wykładni jest norma prawna wyrażona w określonym zapisie literalnym, dlatego też przedmiotem interpretacji będzie język za pomocą którego zakodowane są teksty prawne[288]. Ze względu na to że teksty prawne wyrażane są za pomocą języka powstają wątpliwości w znaczeniu takiego kodu, tym bardziej, że mamy do czynienia z jednej strony z językiem prawnym aktu prawnego oraz językiem prawniczym używanym w procesie stosowania tego aktu.

W przypadku wykładni naczelną zasadę pełni zasada clara non sunt interpretanda, zgodnie z którą to co jest zrozumiałe i jasne nie wymaga interpretacji. Zasada ta na gruncie wykładni prawa wymaga jednak szczególnej ostrożności. Niejednokrotnie bezpośrednie rozumienie wypowiedzi normatywnej może być zawodne, bowiem nie jest poprzedzone szczegółową analizą, a więc bez zastosowania metod wykładni. Należy więc w procesie wykładni prawa poddawać normę prawną gruntownej analizie z zastrzeżeniem, że moc wiążąca wykładni wynika z postanowień prawnych, a nie z faktu dokonania wykładni. Dokonując wykładni przepisów prawa należy podchodzić krytycznie do interpretowanych tekstów, tak by w przypadku wewnętrznych spójności lub też źle zredagowanych tekstów, móc należycie odtworzyć znaczenie interpretowanego przepisu prawnego.

Potrzeba dokonywania wykładni prawa wynika głównie z ogólnego, abstrakcyjnego charakteru norm prawnych, ich niejasnego sformułowania, wieloznaczności języka, czy też błędów gramatycznych popełnianych przy formułowaniu norm prawnych. Nie ułatwia wykładni również proces starzenia się prawa, który niejednokrotnie radykalnie zmienia tło społeczno — gospodarcze, polityczne interpretowanych przepisów, jak również to, że uchwalane akty prawne niejednokrotnie okupione są politycznym konsensusem, powodującym, że przyjęty akt prawny od samego początku może wzbudzać kontrowersje co do jego rozumienia.

Przechodząc do rozważań związanych z procesem wykładni przepisów ustawy prawo zamówień publicznych[289], należy przede wszystkim określić charakter prawny interpretowanych norm prawnych. Istotnym elementem w procesie wykładni prawa, będzie konieczność zakwalifikowania interpretowanej normy prawnej do grupy prawa publicznego lub prawa prywatnego. Prawo prywatne reguluje przede wszystkim stosunki majątkowe, przy założeniu, że podmiotom tych stosunków przysługuje pełna autonomiczność. Prawo publiczne reguluje zaś stosunki w których stroną jest Państwo (podmiot publiczny), regulując stosuje metodę władczego podporządkowania. W doktrynie nie ma jednolicie wypracowanego stanowiska co do charakteru norm prawa zamówień publicznych. Jeden z poglądów za zaliczeniem norm prawa zamówień publicznych do norm prawa prywatnego opiera się na

[288] Przede wszystkim hermeneutyka koncentruje się na języku, zdaniem której, język jest przedmiotem interpretacji wyznaczającym granice rozumienia, dopełniane przez zasady wykładni językowo logicznej oraz wykładni funkcjonalnej, historycznej czy socjologicznej.

[289] Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655 ze zm.).

definicji zamówienia publicznego jako umowy, w odniesieniu do której mają zastosowanie przepisy prywatnoprawne. Argumentacja przedmiotowa jest wzmacniana odwołaniem się ustawodawcy w treści prawa zamówień publicznych do odpowiedniego stosowania przepisów kodeksu cywilnego. Wydaje się, że nie są to decydujące argumenty za tym, aby zaliczyć przedmiotowe normy do grupy norm prawa prywatnego. Co w takim przypadku przemawia za zaliczeniem przedmiotowych norm do grupy norm prawa publicznego. Doktryna wypracowała kilkadziesiąt teorii na podstawie których podejmowane są próby określania charakteru prawnego analizowanych przepisów prawnych. Ja w swojej analizie skoncentrowałbym się na jednej z najbardziej wyrazistych teorii, a mianowicie teorii interesu, zgodnie z którą podstawą zaliczenia danej normy do grupy norm prawa publicznego będzie interes dla którego konkretna norma została uchwalona. Ustawa prawo zamówień publicznych jako regulacja mająca na celu sformalizowanie procesu wydatkowania co do zasady środków publicznych przy uwzględnieniu uczciwej konkurencji, została uchwalona wyłącznie w interesie publicznym, trudno jest tu doszukać się jakichkolwiek innych poza publicznym interesów. Podobny pogląd wyrażał już SN w jednym ze swoich orzeczeń, wskazując, że celem regulacji prawnych zamówień publicznych jest ochrona interesu publicznego, a zatem normy tam zawarte mają charakter norm publicznoprawnych[290]. Oczywiście trudno jest stwierdzić, że cały analizowany akt prawny ma jednorodny publicznoprawny charakter. Cały bowiem blok norm odnoszących się do kwestii zawieranej umowy ma niewątpliwie cywilnoprawny charakter, to jednak nie decyduje o kwalifikacji całego aktu prawnego do grupy norm prywatnoprawnych. Może jedynie świadczyć o tym, że sektor publiczny w czasach dynamicznie rozwijających się zadań publicznych które musi realizować częściej sięga do umowy jako prawnej formy działania.

Uznając charakter prawny norm prawa zamówień publicznych za publicznoprawny, przystępując do ich wykładni, należy przede wszystkim uwzględnić następujące specyficzne elementy:

— szczególną funkcję jaką pełnią normy prawa zamówień publicznych w sferze funkcjonowania podmiotów prawa publicznego,

— szczególny typ relacji zachodzących pomiędzy zamawiającym a wykonawcą,

— częstą zmianę przepisów oraz ich zbytnią kazuistykę,

— występowanie zwrotów niedookreślonych.

Warto by w tym miejscu prześledzić ewolucję znaczenia pojęcia zamówień publicznych oraz ich celu. W jednym z pierwszych opracowań poświęconych kompleksowo problematyce zamówień publicznych T. Grzeszczyk, pod pojęciem zamówień publicznych rozumiał planowe i zorganizowane działania prawne, organizacyjne, ekonomiczne i społeczne, służące udzielaniu zamówień, zawieraniu umów ich realizacji oraz rozliczaniu[291]. Tak rozumiana procedura, polegała na przetwarzaniu informacji w decyzję o przyznaniu zamówienia, której materialną postacią była zawarta umowa. Jako jeden z nielicznych autorów T. Grzeszczyk odniósł się do kwestii związanych z realizacją i rozliczeniem udzielonego zamówienia publicznego. Powszechnie, bowiem jako ostatni element zamówienia publicznego, utożsamiano jedynie, moment zawarcia umowy pozostawiając etap realizacji postanowień zawartego kontraktu do postanowień odpowiednich regulacji prawa cywilnego. Wydaje się, że takie szerokie podejście do zakresu procedury zamówień publicznych jest ze wszech miar prawidłowe, ze względu na możliwości występowania zdarzeń nieprzewidzianych w trakcie realizacji zamówienia, znamionujących konieczność udzielenia np. zamówień dodatkowych lub uzupełnia-

[290] Wyrok SN z dnia 13 września 2001 r., sygn. akt IVCKN 381/00, w OSNC 2002/6/75.

[291] T. Grzeszczyk, Podręcznik zamówień publicznych, Polskie procedury — zarys systemu, Warszawa 1995 r., s. 28.

jących. Dopiero bowiem, rozliczenie udzielonego zamówienia publicznego, daje ostateczny efekt finalny w postaci zrealizowanego zadania publicznego.

W wielu rozwijających się państwach, zamówienia publiczne, nie miały strategicznego wpływu na zarządzanie źródłami publicznymi. Były one traktowane tylko jako narzędzie funkcjonowania poszczególnych zamawiających, realizujących wydatki publiczne w sformalizowanych procedurach. Jednak stopniowo w miarę rozwoju systemu, zamówienia publiczne zaczęły koncentrować się na osiąganiu jak najbardziej efektywnego wydatkowania środków publicznych. Nie mówiąc już o efektach ubocznych, takich jak walka z korupcją, kumulowanie oszczędności, dzięki dobrze zorganizowanemu systemowi zamówień publicznych[292]. Ponadto należy pamiętać, że dobrze zarządzany system zamówień publicznych, wpływa na wzrost zaufania społecznego do realizowanych wydatków publicznych[293]. Uwzględniając powyższe spostrzeżenia należy jednoznacznie stwierdzić, że zamówienia publiczne pełniły i pełnią szereg funkcji w polityce sektora publicznego. Po pierwsze odgrywają znaczącą rolę w polityce budżetowej państwa. Szczególnie w czasach recesji gospodarczej, zamówienia przyczyniają się do wzrostu globalnego popytu i stymulują gospodarczą aktywność podmiotów konkurujących na danym rynku[294]. W takim ujęciu, narzędziem realizującym politykę interesu publicznego, będą regulacje prawne systemu zamówień publicznych, regulacje którym powinna przyświecać jedna z zasad prawa publicznego, zasada prawidłowości gospodarowania mieniem publicznym[295].

Jak powszechnie podkreśla się w literaturze przedmiotu, celem zamówień publicznych jest wprowadzenie mechanizmów sprzyjających racjonalnemu społecznie, oraz efektywnemu ekonomicznie, gospodarowaniu środkami publicznymi[296]. Racjonalne i efektywne ekonomicznie procedury zamówień publicznych wpływają na wzrost społecznej akceptacji dla sposobu funkcjonowania administracji publicznej oddziaływującej w sposób bezpośredni na wzrost aktywności gospodarczej społeczeństwa, dzięki pobudzeniu mechanizmów rynkowo-konkurencyjnych.

Proces wykładni norm prawa zamówień publicznych musi zatem uwzględniać ich rolę jaką odgrywają przy ochronie interesu publicznego, w szczególności z punktu widzenia racjonalności oraz oszczędności procesu dokonywanych wydatków publicznych.

Przepisy prawa powinny być interpretowane i stosowane zgodnie z celami aktu prawodawczego w którym zostały zamieszczone z poszanowaniem wartości chronionych przez konstytucję i wykluczeniem kolizji z innymi aktami ustawodawczymi. W początkowej części

---

[292] Por. O. Lissowski, Zamówienia publiczne w Unii Europejskiej I w Polsce, Poznań 1998 r., s. 8. Zdaniem tego autora do głównych celów Unii Europejskiej w dziedzinie zamówień publicznych należy zaliczyć: zastosowanie zasad rynkowych do zawieranych transakcji oraz zapewnienie lepszej alokacji zasobów ekonomicznych.

[293] Szerzej Robert R. Hunja, Obstacles to public procurement reform in developing countries, in: Public procurement. The continuing revolution, editors: Sue Arrowsmith, Martin Trybus, Kluwer Law 2003.

[294] Użycie zamówień publicznych w tym sensie jako środka wychodzenia z recesji gospodarczej, było szczególnie widoczne w Stanach Zjednoczonych Ameryki w latach 1935–1942 r. Kontrakty publiczne były w owym okresie główną podstawą polityki gospodarczej jako czynnik powodujący wzrost wydatków publicznych. Szerzej przedmiotową problematyką zajmuje się Jose M. Fernandez Martin, The EC Public Procurement Rules. A Critical Analysis, Oxford 1996 r., s. 46.

[295] A. Chełmoński, Zasady ogólne prawa publicznego (w:) A. Borkowski, A. Chełmoński, M. Guziński, K. Kiczka, L. Kieres, T. Kocowski, Administracyjne prawo gospodarcze, Kolonia Limited 2003 r., s. 65.

[296] Patrz. A. Panasiuk, Publicznoprawne ograniczenia przy udzielaniu zamówień Publicznych, Branta 2007 r., s. 43 i n., T. Grzeszczak, Podręcznik zamówień publicznych, Polskie procedury — zarys systemu, Warszawa 1995 r., s. 23.

prawa zamówień publicznych, ustawodawca zdefiniował katalog najważniejszych z punktu widzenia celu przedmiotowej regulacji zasad prawa uwypuklając szczególnie zasadę uczciwej konkurencji, równości i jawności udzielanych zamówień[297]. W doktrynie podkreśla się jednoznacznie, że nakaz interpretacji przepisów zgodnie z zasadami prawa to jedna z fundamentalnych dyrektyw systemu wykładni prawa. W jednym ze swoich orzeczeń Trybunał Konstytucyjny zwrócił uwagę na fakt, iż zasady prawne pełnią w systemie prawa funkcję dyrektyw tworzenia prawa jak i dyrektyw interpretacyjnych. A zatem wszystkie normy prawne powinny być interpretowane w sposób zgodny z zasadami prawa[298]. W przypadku przepisów prawa zamówień publicznych nie mamy wątpliwości którym zasadom, ustawodawca nadał szczególne znaczenie, dzięki wyodrębnieniu ich w rozdziale drugim omawianego aktu prawnego, zatytułowanym zasady udzielania zamówień. Warto podkreślić, że zasadami prawa mogą być zasady bezpośrednio zdefiniowane w tekście prawnym jak i normy, którym można przydać charakter zasady w drodze wnioskowań lub interpretacji. Z taką sytuacją możemy się zetknąć również na gruncie prawa zamówień publicznych, kiedy to w wyniku interpretacji paru norm prawnych, między innymi art. 5 w związku z art. 13 i art. 32 ustawy można jednoznacznie wyprowadzić obowiązek planowego udzielania zamówień publicznych w poszczególnych jednostkach.

W literaturze dominuje dość powszechne twierdzenie, że zasady prawa mają charakter dyrektyw optymalizacyjnych, to znaczy ich zadaniem jest określenie idealnego wzorca zgodnie z którym powinien postępować stosujący prawo, biorąc oczywiście pod uwagę istniejące możliwości prawne i faktyczne[299]. A zatem przy wykładni norm prawa zamówień publicznych interpretator powinien do każdego przepisu podchodzić w taki sposób aby jego rozumienie gwarantowało realizację wszystkich obowiązujących zasad prawnych. Jak trafnie uzasadnia NSA w jednej ze swoich uchwał, że przy dokonywaniu wykładni konkretnego przepisu prawnego należy go odczytywać w kontekście, w jakim został przedstawiony w danym akcie prawnym, uwzględniając podstawowe zasady gramatyki i składni języka polskiego oraz redakcję całego przepisu[300]. Dla przykładu zgodnie z dyspozycją art. 7 ust 3 ustawy prawo zamówień publicznych, zamówienie może być udzielone wyłącznie wykonawcy, który został wybrany na zasadach określonych w ustawie, a więc takiemu wykonawcy, który uczestniczył w jawnym przetargu i był poddany rygorom procedury przetargowej. Przedmiotowy przepis ma charakter bezwzględnie obowiązujący, przeto nie może być „korygowany" wolą stron. W doktrynie i judykaturze podkreśla się, że mamy tu do czynienia z ograniczeniem zasady swobody umów wyrażonej w art. 353.1 k.c.[301]. Wynika to z celu ustawy prawo zamówień publicznych, eksponującego interes publiczny, eliminującego sytuacje korupcjogenne.

Nie zawsze zastosowanie wykładni językowej pomoże nam ustalić właściwe znaczenie interpretowanej normy prawnej, bardzo często niezbędne będzie uwzględnienie w procesie wykładni celu regulacji prawnej. Do identyfikacji celu regulacji prawnej najczęściej używana jest preambuła do aktu normatywnego, bądź jego uzasadnienie zamieszczone przy projekcie. W wielu sytuacjach możemy zidentyfikować cel regulacji prawnej na podstawie treści przepisu albo aktu normatywnego. Trudno jest oprzeć się wrażeniu, że celem regulacji prawa zamówień publicznych, było przede wszystkim dostosowanie prawa krajowego w tym zakresie do pakietu dyrektyw koordynujących procedury udzielania zamówień publicznych na

---

[297] Patrz art. 7 i art. 8 ustawy prawo zamówień publicznych.

[298] Wyrok TK z dnia 10 lipca 2000 r., sygn. akt SK 12/99, OTK 2000/5/143.

[299] R. Alexy, On the Structure of Legal Principles, Ratio Iuris 2000 Nr 13.

[300] Uchwała z dnia 4 lipca 2004 r., OPS 4/02, ONSA 2003/2/39.

[301] Patrz orzeczenia Sądu Najwyższego z dnia 13 grudnia 1999 r., III CKN 478/98 — OSNC 2000, z. 6, poz. 118, z dnia 28 czerwca 2000 r., IV CKN 70/00 — niepubl. oraz z dnia 10 kwietnia 2003 r., III CKN 1320/00 — niepubl.

roboty budowlane, dostawy i usługi[302]. W związku z olbrzymią aktywnością legislacji europejskiej w obszarach związanych z problematyką zamówień publicznych w ostatnich latach, ustawodawcy krajowemu nie pozostawało nic innego jak tylko wprowadzać coraz to nowe rozwiązania prawne do porządku prawa krajowego, nie zwracając już szczególnej uwagi na konieczność dopracowania obowiązujących przepisów. Zaś niektóre pomysły legislacyjne, takie jak wprowadzenie atestacji, obserwatorów, czy też koncyliacji, jedynie bardziej skomplikowały proces udzielania zamówień publicznych, nie przynosząc spodziewanych korzyści, i tak szybko jak zostały uchwalone, zostały usunięte z obowiązującego prawa.

Ustawa prawo zamówień publicznych wydawałoby się, że została napisana przy spełnieniu wszystkich zasad jakie są charakterystyczne dla języka prawnego, w szczególności przy zachowaniu, adekwatności, komunikatywności oraz zwięzłości tego języka. W celu jednoznacznej odpowiedzi, należy przeanalizować parę wybranych zapisów ustawy prawo zamówień publicznych. Adekwatność języka prawnego wyraża się w możliwie precyzyjnym i wiernym sposobie wyrażania intencji prawodawcy. Precyzja wyraża się koniecznością konstruowania definicji legalnych na potrzeby danego aktu prawnego, zaś elastyczność wyraża się możliwością stosowania klauzul generalnych. I tak, ustawodawca w art. 2 ustawy prawo zamówień publicznych zawarł katalog definicji legalnych, które ustalają obowiązujące znaczenie używanych terminów. Mają one na celu uniknięcie wieloznaczności norm prawa jak również ujednolicenie czytania aktu prawnego. Analizują podstawowe definicje legalne ustawy prawo zamówień publicznych, możemy być lekko zaskoczeni, brakiem ich spójności. Ustawodawca zdefiniował bowiem w art. 2 pkt. 13 ustawy prawo zamówień publicznych, pojęcie zamówienia publicznego, oraz w art. 2 pkt. 7 a tej ustawy, pojęcie postępowania o udzielenie zamówienia. Pojęcia te nie są spójne ze sobą, w zbiegu zaś z brzmieniem art. 1 ustawy prawo zamówień publicznych, mogą nastręczać poważne problemy interpretacyjne w rozumieniu istoty zamówienia publicznego. Zgodnie z art. 1 ustawy prawo zamówień publicznych, ustawa określa zasady i tryb udzielania zamówień publicznych, czyli zawarcia umowy po przeprowadzeniu sformalizowanej procedury. Z wielkim zaskoczeniem możemy przyjąć stwierdzenie zawarte w uzasadnieniu do projektu nowelizacji ustawy[303], że definicja postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, uwzględnia zasadniczy cel postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jakim jest wybór oferty najkorzystniejszej i rozwianie wątpliwości pojawiających się w doktrynie w związku z określeniem momentu zakończenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Wydaje się, że w pełni zasadne może być w tym miejscu stwierdzenie, że dany tekst należy interpretować w kontekście różnych istotnych dla niego okoliczności, nie powinno się ograniczać wyłącznie do tego, co autor chciał powiedzieć. Podmiot publiczny wszczyna całą procedurę w celu udzielenia zamówienia publicznego. Przebieg samej procedury jest, więc niejako ciągiem czynności bezpośrednio wpływającym na ukształtowanie przyszłej umowy. Wybór najkorzystniejszej oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia jest jedynie jednym z jego elementów składowych, zaś zawarcie umowy z wykonawcą, którego oferta została wybrana, jest właściwym celem do realizacji, którego jest przeprowadzane postępowanie o udzielenie zamówienia.

W literaturze przedmiotu, stanowisko co do istoty przetargu, nie było jednolite, zdaniem T. Grzeszczyka, przetarg jest jednym ze sposobów zawarcia umowy[304], lecz już w dalszej części

---

[302] Dyrektywa 2004/18/WE z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz. U. L 134 z 30.4.2004, str. 114) oraz Dyrektywa 2004/17/WE z dnia 31 marca 2004 r. koordynująca procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych (Dz. U. L 134 z 30.4.2004, str. 1).

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

[304] T. Grzeszczyk, *op. cit.*, s. 189.

swojego opracowania, T. Grzeszczyk stwierdza, że podstawową funkcją przetargu jest wybór najkorzystniejszej oferty na wykonanie zamówienia publicznego[305]. To niejednolite stanowisko, wynikało z funkcji procedur zamówień publicznych, wyodrębniających dwie fazy procesu zamówienia. Fazę przetargu jako procedury zmierzającej do wyłonienia najkorzystniejszej oferty, oraz fazę czynności technicznych zmierzających do zawarcia kontraktu w sprawie zamówienia publicznego. Inni autorzy wskazywali na przetarg, jako podstawowy instrument zmierzający do zawarcia umowy, czyli obejmujący zarówno fazę wyboru najkorzystniejszej oferty jak też sam etap prowadzący do zawarcia kontraktu w sprawie zamówienia publicznego[306]. I tak, np. W. Jaślan do zakresu czynności przetargowych kwalifikuje takie sprawy, jak:

— składanie ofert i terminów wiązania oraz zmian treści umowy,

— wadium i form jego wnoszenia,

— otwarcia ofert,

— wyboru oferty najkorzystniejszej,

— czynności związanych z zawarciem umowy[307].

Jak widać z powyższych rozważań, już sam fakt konieczności przeprowadzenia postępowania przetargowego w celu udzielenia zamówienia wymuszał na zamawiającym określone zachowanie. Samo przeprowadzenie postępowania przetargowego wpływało na sposób, w jaki miały być wydatkowane określone środki finansowe przeznaczone na realizację danego zamówienia[308].

Po analizie powyższych rozważań, trudno jest jednoznacznie stwierdzić, że definicje legalne prawa zamówień publicznych ułatwiają nam proces wykładni tego prawa. Przepisy które ustalają obowiązujące znaczenie używanych terminów w danym akcie prawnym, mają przede wszystkim na celu uniknięcie wieloznaczności norm prawa oraz ujednolicenie czytania aktu prawnego. Definicje legalne prawa zamówień publicznych nie są więc jednolicie rozumiane, ponadto znajdują się w różnych aktach prawnych, takich jak ustawa prawo budowlane[309] czy ustawa o cenach[310], których specyfika wpływa siłą rzeczy na sposób ich rozumienia. Ponadto jak słusznie zauważył SN, jeżeli nie istnieje definicja legalna danego pojęcia, to należy mu nadać takie znaczenie, jakie ma ono w języku prawniczym, a w przypadku braku powszechnej akceptacji definicji w orzecznictwie i doktrynie, należy odwołać się do jego znaczenia potocznego[311].

Język prawny charakteryzuje również komunikatywność, czyli jego zwięzłość przekazu. Przyjrzyjmy się zatem kolejnym przepisom ustawy prawo zamówień publicznych. Jedną z kardynalnych zasad systemu zamówień w Polsce jest zasada uczciwej konkurencji, która została wyrażona między innymi w dyspozycji art. 29 wspominanej ustawy. Zgodnie z jego brzmie-

---

[305] T. Grzeszczyk, *op. cit.*, s. 194.

[306] Stanowisko takie popierają: Zamówienia publiczne. Poradnik przedsiębiorcy, pod red. T. Czajkowskiego, Warszawa 2001 r., s. 93., M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Zakamycze 2005 r., s. 172, T. Kwieciński, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, red. T. Czajkowski, Warszawa 2004 r., s. 138.

[307] W. Jaślan, Zamówienia publiczne, Wydawnictwo C. H. Becka — Warszawa 1998 r., s. 67.

[308] Por. A. Panasiuk, Publicznoprawne ograniczenia przy udzielaniu zamówień publicznych, Bydgoszcz — Warszawa 2007 r., Wyd. Branta, s. 49–50.

[309] Ustawa z dnia 7 lipca 1994 r. prawo budowlane (Dz. U. z 2006, Nr 156, poz. 1118 ze zm.).

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

[311] Uchwała SN z dnia 12 marca 2002 r., sygn. akt III ZP 34/01, w OSNP 2002/23/561.

niem zamawiający powinien opisać przedmiot zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Przy jednoczesnym założeniu, że przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencje. Jak widzimy komunikatywność powyższej regulacji jest dość problematyczna. Jednostka normatywna która definiuje sposób opisu przedmiotu zamówienia, a więc czynności z punktu widzenia całego postępowania niezwykle ważnej, zawiera w swojej treści normatywnej szereg zwrotów nieostrych, których sposób rozumienia i interpretacji zależy od stopnia profesjonalizmu podmiotu dokonującego danej czynności.

Dla prawidłowego procesu wykładni norm prawa, nie tylko prawa zamówień publicznych, ważna jest jego stabilność. Każda zmiana legislacyjna w przepisach może doprowadzić, bowiem do stanu niepewności, chwilowego braku wykładni interpretujących wprowadzone nowe rozwiązania prawne, a co z tym się wiąże do możliwości nadużyć ze strony uczestników prowadzonego postępowania. Skalę problemów związanych z wykładnią norm prawa zamówień publicznych ilustruje również niejednorodność orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej. Dla przykładu KIO wydała szereg orzeczeń, w których prezentowany był pogląd, zgodnie z którym skorzystanie z potencjału podmiotu trzeciego stanowiącego wiedzę i doświadczenie wymaga uczestnictwa tego podmiotu w wykonaniu zamówienia w roli podwykonawcy[312]. Z kolei w szeregu innych orzeczeń KIO, zajęło zupełnie odwrotne stanowisko, zgodnie z którym przepis art. 26 ust. 2b prawa zamówień publicznych w żaden sposób nie uprawnia do twierdzenia, że podmiot trzeci będzie miał obowiązek w takiej sytuacji faktycznie osobiście wykonywać całość bądź jakąś część zamówienia. Argumentacja takiego stanowiska oparta została o zasady wykładni językowej, zdaniem KIO w tym przypadku nie pozostawiającej żadnych wątpliwości co do właściwego znaczenia tego przepisu[313]. Przy takich rozbieżnościach interpretacyjnych, trudno jest uznać argumentację tych składów orzekających, które oparły swoją interpretacje o zasadę *clara non sunt interpretanda* wykładni językowej. Przy roli jaką odgrywają przepisy zamówień publicznych w szczególności dla sektora publicznego oraz celu tych unormowań, wykładnia językowa nie może być jedynym rodzajem wykładni, a wręcz wymagane jest wsparcie procesu odtworzenia znaczenia danego przepisu przy pomocy reguł wykładni systemowej a szczególnie wykładni funkcjonalnej. Nie można odtwarzać w sposób bezmyślny w realnej rzeczywistości abstrakcyjnych norm obowiązującego prawa, lecz w zależności od aktualnych potrzeb w sposób twórczy kreować rzeczywistość w ramach tego prawa.

Toczącemu się życiu, oraz zachodzącym codziennym zjawiskom, towarzyszą procesy legislacyjne, które nie zawsze pomagają w sprawnym funkcjonowaniu z jednej strony władzy publicznej, z drugiej zaś zwykłych obywateli. Poszczególne regulacje prawne mają zwykle krótszą żywotność w świecie ustawicznych zmian. Co jest znamienne, że taka regulacja prawna jak prawo zamówień publicznych, poddawana jest i była permanentnym zmianom, nawet dwukrotnie w ciągu jednego roku. 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

[312] Patrz np., orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 maja 2010 r., sygn. akt KIO 790/10, z dnia 23 lipca 2010 r., sygn. akt KIO 1439/10, z dnia 3 sierpnia 2010 r., sygn. akt KIO 1536/10, z dnia 5 sierpnia 2010 r., sygn. akt KIO 1588/10 oraz z dnia 23 sierpnia 2010 r., sygn. akt KIO 1741/10.

[313] Patrz np., orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 lipca 2010 r., sygn. akt KIO 1265/10, z dnia 19 lipca 2010 r., sygn. akt KIO 1400/10, KIO/1401/10, z dnia 16 lipca 2010 r., sygn. akt KIO 1399/10, z dnia 23 lipca 2010 r., sygn. akt KIO 1448/10, KIO 1450/10, KIO 1451/10, z dnia 26 lipca 2010 r., sygn. akt KIO 1452/10, KIO 1453/10, KIO 1454/10, 1486/10, z dnia 3 sierpnia 2010 r. sygn. akt KIO 1541/10 oraz z dnia 20 września 2010 r., sygn. akt KIO 1918/10.

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. Niejasne prawo, pełne wątpliwości interpretacyjnych negatywnie wpływa na działania samego sektora publicznego, nie mówiąc już o postrzeganiu państwa przez zwykłych obywateli. Przyczynia się też do bezczynności sektora publicznego, zgodnie z zasadą „jak nie wiesz, co robić nie rób nic", jako najlepszy sposób uniknięcia odpowiedzialności za podjęcie niepewnej decyzji. Biorąc to wszystko pod uwagę, należy jednoznacznie stwierdzić, że niejednoznaczność i nadmiar regulacji powoduje spadek wydajności wraz ze zwiększaniem kosztów. Zatem usprawnienie systemu tworzenia prawa w Polsce będzie miało zasadniczy wpływ na sposób jego wykładni.

Powyżej zostały przedstawione tylko wybrane problemy wykładni prawa zamówień publicznych. O skali występujących problemów może świadczyć choćby ilość spraw spornych pomiędzy zamawiającymi jak i wykonawcami oraz bardzo bogata działalność interpretacyjna prowadzona przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych. Prezes Urzędu Zamówień Publicznych dokonując wykładni legalnej przepisów ustawy prawo zamówień publicznych będącej wykładnią abstrakcyjną, przyczynia się do ułatwienia procesu prowadzenia wykładni operatywnej, która zawsze wiąże się z rozstrzyganiem indywidualnych spraw. Celem niniejszego referatu jest wskazanie potrzeby baczniejszego przyjrzenia się procesom legislacyjnym obecnie zachodzącym, tak by w niedalekiej przyszłości łatwiej było ustalać rzeczywiste znaczenie interpretowanych norm prawnych.

O POTRZEBIE DALSZYCH USPRAWNIEŃ W ZAKRESIE ZAMAWIANIA ENERGII ELEKTRYCZNEJ

Franciszek Łapecki — jest absolwentem Wydziału Prawa i Administracji UMCS w Lublinie i doktorantem na Wydziale Prawa Uniwersytetu Ekonomicznego w Krakowie. Pracuje w zespole do spraw klientów publicznych w spółce z branży energetycznej

Problematyka zamawiania energii elektrycznej tylko pozornie jest mało skomplikowana. W praktyce kwestie związane ze sprzedażą i dystrybucją energii elektrycznej wiążą się z koniecznością zgłębienia wielu aktów prawa o szczególnym charakterze, w tym regulacji funkcjonujących w dorobku prawnym Unii Europejskiej. Umiejętnie i rozważnie prowadzona polityka energetyczna, także uwzględniająca potencjał drzemiący w sektorze publicznym realizującym zamówienia o dużej wartości, może bardzo pozytywnie wpłynąć na skuteczne spełnienie wielu celów związanych z realizacją zasady zrównoważonego rozwoju *sensu largo*.

Celem niniejszego referatu jest wskazanie i scharakteryzowanie instytucji prawnych, w ramach których stykają się ze sobą problemy natury prawnej, ekonomicznej oraz związane z ochroną środowiska, a także zmian, które pozwolą pozytywnie wpłynąć na ich efektywność.

W ramach tego krótkiego opracowania konieczne jest zbadanie kilku zasadniczych problemów. Pierwszym z nich jest potrzeba zdefiniowania pojęcia efektywności zamówień publicznych i odnalezienia takich kryteriów, do których tę efektywność można odnieść. Następnie konieczne jest dokonanie ogólnego przeglądu przepisów z zakresu prawa, ochrony środowiska i ekonomii, funkcjonujących w dorobku krajowym jak i wspólnotowym. Kolejny problem to próba wyznaczenia czynników, które wpływają na efektywność zamówień publicznych na energię elektryczną, a więc w szczególności takich, które sprzyjają optymalizacji zużycia energii elektrycznej i zmniejszenia zapotrzebowania na energię elektryczną. Wreszcie trzecim problemem jest określenie płaszczyzn i kierunków zmian, mogących przełożyć się na poprawę skuteczności zamówień publicznych, których przedmiotem jest dostawa energii elektrycznej.

Zasadniczy wpływ na efektywność zamówień publicznych w zakresie dostaw energii elektrycznej ma konkurencyjność rynku oraz właściwe zdefiniowanie potrzeb zamawiającego i następnie dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w taki sposób, by w jak największym stopniu te potrzeby zaspokoić.

Pojęcie efektywności w zamówieniach publicznych

Słownik Języka Polskiego PWN podaje, że efektywny to dający dobre wyniki, wydajny[314].

W odniesieniu do zamówień publicznych trudno wskazać jednoznacznie, kiedy zamówienie jest efektywne. Wiąże się to przede wszystkim z wielością czynników, które przy takiej ocenie należy uwzględnić. Będą to zmienne zależne od rodzaju zamówienia, jego cech szczególnych, czasu trwania oraz ogólnego kontekstu, w którym dane zamówienie jest realizowane. W wielu bowiem przypadkach okazać się może, że zamówienie najtańsze, a nawet najkorzystniejsze w rozumieniu ekonomicznym[315] wcale nie jest najefektywniejsze, ponieważ oddziałuje negatywnie na istotne dla zamawiającego albo obywateli czynniki.

Próbę wskazania celów umożliwiających optymalne wykorzystanie zamówień publicznych podjęli twórcy *Zielonej księgi w sprawie modernizacji polityki UE w dziedzinie zamówień pub-*

[314] Zobacz Słownik Języka Polskiego PWN dostępny online: www.sjp.pwn.pl

[315] To jest takie zamówienie, w którym do wyboru oferty najkorzystniejszej stosuje się kryteria inne niż najniższa cena albo kryterium ceny i inne kryteria.

licznych w kierunku zwiększenia skuteczności europejskiego rynku zamówień[316]. Autorzy Zielonej księgi wskazują na potrzebę optymalizacji rezultatów przetargów, w ramach których rządy i organy administracji publicznej wydają na zamówienia znaczne kwoty z budżetów państwowych.

Wśród celów umożliwiających optymalne wykorzystanie zamówień publicznych autorzy powołanego dokumentu na pierwszym miejscu wskazują konieczność wykorzystania pieniędzy podatnika w jak najlepszy i najkorzystniejszy sposób, uwzględniając jednocześnie, że same procedury mogą być kosztowne. Nie mniej istotne jest zapewnienie równego i możliwie szerokiego dostępu do zamówień publicznych przedsiębiorcom funkcjonującym w Unii Europejskiej. Wśród postulatów wobec organów publicznych indykuje się także potrzebę dążenia do tego, by zamówienia publiczne wpływały dodatnio na realizację szeroko rozumianych celów społecznych. Należy więc przy dokonywaniu zamówień uwzględniać to, czy zamówienia są przyjazne dla środowiska i odpowiedzialne społecznie[317].

W *Zielonej księdze*, wśród podstawowych czynników wpływających na efektywność zamówień wskazuje się maksymalizację konkurencji, to jest takie planowanie zamówień, które uwzględnia strukturę danego rynku[318]. Jednym ze sposobów na zapewnienie skutecznej konkurencji jest podział zamówień na części albo grupowanie kilku zakupów w jedno zamówienie, by uczynić je atrakcyjniejszym dla podmiotów spoza danego kraju. Innym jest np. skuteczniejsza walka z kartelami.

Autorzy *Zielonej księgi* wskazują także na realizację celów strategii *Europa 2020*[319] z udziałem zamówień publicznych. W strategii wskazuje się na trzy podstawowe priorytety, to jest rozwój inteligentny, czyli rozwój oparty na wiedzy i innowacyjności; rozwój zrównoważony — rozumiany jako wspieranie gospodarki efektywniej korzystającej z zasobów, bardziej przyjaznej środowisku i bardziej konkurencyjnej oraz rozwój sprzyjający włączeniu społecznemu.

Autorzy *Europa 2020* dużą wagę przywiązują do realizacji idei zrównoważonego rozwoju, rozumianego jako budowanie zrównoważonej i konkurencyjnej gospodarki efektywnie korzystającej z zasobów. Dzięki realizacji tej idei Europa będzie mogła właściwie przygotować się do funkcjonowania w świecie ograniczonych zasobów.[320]

Analizując przedstawione wyżej stanowiska można stwierdzić, że efektywne zamówienia publiczne to takie zamówienia, które przy optymalnym wykorzystaniu środków publicznych realizują w możliwie najpełniejszym zakresie cele związane ze zrównoważonym rozwojem, promowaniem ekologicznych technologii i wspieraniem rozwoju konkurencji.

Efektywność w obrębie zamówień na energię elektryczną można zdefiniować jako takie działania, które sprzyjają rozsądnemu zmniejszeniu konsumpcji energii elektrycznej poprzez dokładne zbadanie potrzeb i optymalizację sposobów ich zaspokajania, przy jednoczesnym wspieraniu rozwoju zielonych technologii wpływających na innowacyjność i realizację zasady zrównoważonego rozwoju.

---

[316] Dokument wydany 27 stycznia 2011 r. w Brukseli; KOM (2011) 15 wersja ostateczna. Zielone księgi można pobrać ze strony internetowej Portalu Unii Europejskiej www.europa.eu zakładka: Dokumenty i publikacje/Oficjalne dokumenty/Zielone księgi.

[317] To jest czy realizują np. potrzeby niepełnosprawnych, wykluczonych społecznie etc.

[318] Zobacz: Zielona księga w sprawie modernizacji polityki UE w dziedzinie zamówień publicznych…, *op. cit.*, s. 33 i nast.

[319] Pełna nazwa dokumentu: Komunikat Komisji. EUROPA 2020. Strategia na rzecz inteligentnego i zrównoważonego rozwoju sprzyjającego włączeniu społecznemu. Komunikat Komisji z dnia 3 marca 2010 r., KOM (2010) 2020.

[320] Idea zrównoważonego rozwoju zakłada możliwie najmniejszy wpływ na środowisko naturalne tak, by uniknąć jego degradacji, utraty różnorodności i niezrównoważonego wykorzystania zasobów.

Zgodnie z prognozami zawartymi w strategii *Europa 2020* osiągnięcie celów w zakresie czystej i efektywnej energii pozwoliłoby zaoszczędzić w Europie do 2020 r. 60 mld euro na imporcie ropy naftowej i gazu, dodatnio wpływając na bezpieczeństwo energetyczne Wspólnoty. Realizacja celu UE zakładającego 20% udział energii ze źródeł odnawialnych w ogólnym wolumenie energii pozwoliłaby stworzyć w Unii Europejskiej ponad 600 000 miejsc pracy, a przy założeniu jednoczesnej poprawy efektywności energetycznej o 20% — 1 milion miejsc pracy[321].

Prawo międzynarodowe

Podstawowym międzynarodowym aktem prawnym związanym bezpośrednio z energetyką jest Ramowa konwencja Narodów Zjednoczonych w sprawie zmian klimatu[322]. Konwencja ta została ratyfikowana przez Polskę 16 czerwca 1994 r.[323] Państwa — strony konwencji uznały zgodnie, że kwestia emisji gazów cieplarnianych jest poważnym problemem ludzkości, ponieważ wpływając na efekt cieplarniany może powodować poważne zmiany w ekosystemach.

Uzupełnieniem konwencji jest Protokół z Kioto[324], w którym sygnatariusze zobowiązują się do ograniczenia do 2012 r. własnych emisji gazów cieplarnianych o co najmniej 5 proc. poniżej poziomu emisji z 1990 r. Skutkiem wprowadzenia regulacji jest planowane obniżenie temperatury globalnej. Protokół z Kioto nałożył na kraje rozwinięte obowiązek prowadzenia prac nad alternatywnymi źródłami energii. Umożliwił ponadto tzw. handel emisjami pomiędzy krajami sygnatariuszami. Powołana umowa międzynarodowa nie przewiduje sankcji ekonomicznych za nieprzestrzeganie postanowień dotyczących zmniejszenia emisji gazów cieplarnianych, co stawia pod znakiem zapytania możliwość egzekwowania ewentualnych przekroczeń limitów emisji.

Prawo wspólnotowe

Jednym z podstawowych źródeł prawa, które dotyczą problemu efektywności energetycznej w Unii Europejskiej jest Dyrektywa Rady 93/76/EWG z dnia 13 września 1993 r. w celu ograniczenia emisji ditlenku węgla poprzez poprawienie wydajności energetycznej (SAVE)[325]. Powołana dyrektywa wśród celów wskazuje konieczność zachowania jakości środowiska naturalnego i zapewnienia rozsądnego i racjonalnego użytkowania zasobów naturalnych, ograniczenia emisji dwutlenku węgla i wspieranie racjonalnego wykorzystania energii. Dyrektywa ta dotyczy głównie podmiotów będących konsumentami energii elektrycznej i skupia się na poprawie efektywności energetycznej, wprowadzając m.in. instytucję audytu energetycznego.

Innym istotnym aktem prawa wspólnotowego jest Dyrektywa 96/92/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 19 grudnia 1996 r. dotycząca wspólnych zasad rynku wewnętrznego energii elektrycznej[326]. Dyrektywa ta wskazuje na konieczność urzeczywistnienia konkurencyjnego rynku energii elektrycznej. Odnosi się m.in. do zasad wytwarzania energii elektrycznej, eksploatacji sieci przesyłowej oraz organizacji dostępu do sieci. Ten akt prawa wspólnotowego tworzy podwaliny dla kolejnych regulacji odnoszących się do poprawy wydajności na wewnętrznym rynku energii.

---

[321] EUROPA 2020, *op. cit.*, s. 17.

[322] United Nations Framework Convention on Climate Change — UNFCCC lub FCCC.

[323] Dz. U. z 1996 r. Nr 53 poz. 238.

[324] Protokół z Kioto do Ramowej konwencji Narodów Zjednoczonych w sprawie zmian klimatu, sporządzony w Kioto dnia 11 grudnia 1997 r. Ratyfikowany przez Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej 2 grudnia 2002 r., Dz. U. z 2005 r. Nr 203, poz. 1684.

[325] Dz. U. L 237/28 z 22.9.1993.

[326] Dz. U. L 27/20 z 30.1.1997.

Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/28/WE z dnia 23 kwietnia 2009 r. w sprawie promowania stosowania energii ze źródeł odnawialnych zmieniająca i w następstwie uchylająca dyrektywy 2001/77/WE oraz 2003/30/WE[327], zakłada natomiast konieczność zwiększenia udziału odnawialnych źródeł energii w produkcji energii elektrycznej.

Powołana dyrektywa definiuje energię ze źródeł odnawialnych jako energię z odnawialnych źródeł niekopalnych, to jest energię wiatru, energię promieniowania słonecznego, energię aerotermalną, geotermalną i hydrotermalną i energię oceanów, hydroenergię, energię pozyskiwaną z biomasy, gazu pochodzącego z wysypisk śmieci, oczyszczalni ścieków i ze źródeł biologicznych (biogaz).

W artykule 15. Dyrektywy 2009/28/WE państwa członkowskie zostają zobligowane do stworzenia systemu umożliwiającego informowanie odbiorcy końcowego o tym, jaka ilość energii elektrycznej pochodzi z odnawialnych źródeł. Gwarancja pochodzenia musi być sporządzona na podstawie obiektywnych, przejrzystych i niedyskryminujących kryteriów ustanowionych przez każde państwo członkowskie.

Gwarancja pochodzenia musi zawierać informację o źródle energii, z którego energia elektryczna została wyprodukowana z określeniem daty i miejsca produkcji. Ma to służyć zapewnieniu producentom energii elektrycznej z odnawialnych źródeł energii możliwości wykazania, że sprzedawana przez nich energia jest wytwarzana z odnawialnych źródeł energii.

Uzupełnieniem postanowień powołanego wcześniej Protokołu z Kioto jest Dyrektywa 2003/87/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 13 października 2003 r. ustanawiająca system handlu przydziałami emisji gazów cieplarnianych we Wspólnocie oraz zmieniająca dyrektywę Rady 96/61/WE[328]. Dyrektywa reguluje problematykę systemu handlu przydziałami emisji gazów cieplarnianych we Wspólnocie. Ma to służyć zmniejszeniu emisji tych gazów przy jednoczesnym możliwie minimalnym negatywnym wpływie na gospodarkę Wspólnoty.

Prawo krajowe

Podstawowym aktem prawnym dotyczącym problematyki wytwarzania, obrotu, sprzedaży i dystrybucji energii elektrycznej jest ustawa z dnia 10 kwietnia 1997 r. Prawo energetyczne[329] (dalej PrEn).

Z przepisów PrEn wynika szereg obowiązków nałożonych na przedsiębiorstwa energetyczne[330]. Należą do nich m.in. obowiązki związane z celami strategicznymi, to jest bezpieczeństwem energetycznym kraju, ale także zobowiązania do zapewnienia powszechnego dostępu do sieci energetycznej, odkupu i sprzedaży energii elektrycznej oraz określania cen za energię elektryczną i usługi dystrybucyjne na podstawie odpowiednich przepisów.

W odniesieniu do wykorzystania odnawialnych źródeł energii i jednoczesnego minimalizowania wpływu na środowisko naturalne przy maksymalizowaniu wydajności warto odwołać się do zasady zrównoważonego rozwoju. Zasada ta wyrażona jest w przepisach prawa wspólnotowego. Jest obecna także w polskiej ustawie z dnia 27 kwietnia 2001 r. Prawo ochrony środowiska[331] (dalej: PrOchr). Art. 3 pkt 50) PrOchr stanowi, że pod pojęciem zrównoważonego rozwoju rozumieć należy *taki rozwój społeczno-gospodarczy, w którym następuje proces*

[327] Dz. U. L 140/16 z 5.6.2009.

[328] Dz. U. L 275/32 z 25.10.2003.

[329] Dz. U. z 2006 r. Nr 89, poz. 625 z późn. zm.

[330] Art. 3 pkt 12 PrEn: przedsiębiorstwo energetyczne — podmiot prowadzący działalność gospodarczą w zakresie wytwarzania, przetwarzania, magazynowania, przesyłania, dystrybucji paliw albo energii lub obrotu nimi.

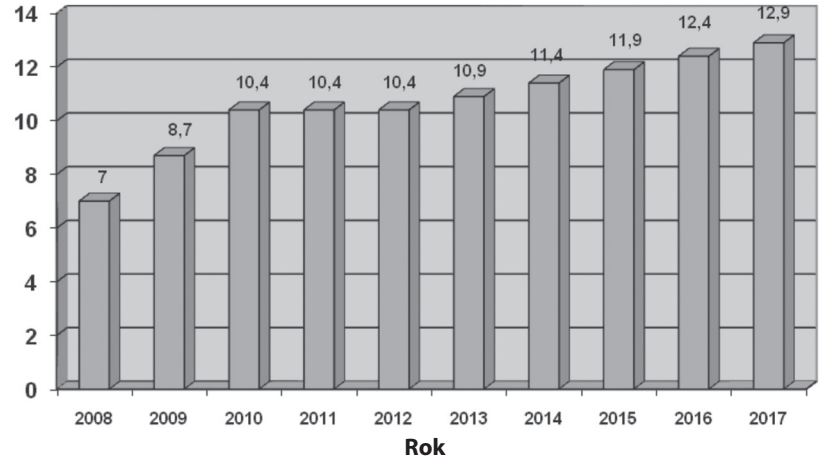
[331] Dz. U. z 2008 r. Nr 25 poz. 150 z późn. zm.

integrowania działań politycznych, gospodarczych i społecznych, z zachowaniem równowagi przyrodniczej oraz trwałości podstawowych procesów przyrodniczych, w celu zagwarantowania możliwości zaspokajania podstawowych potrzeb poszczególnych społeczności lub obywateli zarówno współczesnego pokolenia, jak i przyszłych pokoleń. Polityka energetyczna państwa, także zakładająca rozwój sektora energetycznego, musi spełniać założenia zrównoważonego rozwoju. Co za tym idzie musi uwzględniać takie wytyczne, które pozwolą sprostać wciąż rosnącemu zapotrzebowaniu na energię elektryczną przy jednoczesnym minimalizowaniu negatywnego wpływu na środowisko naturalne.

Jednym z pomysłów na ochronę środowiska przy zachowaniu stałego progresu sektora energetycznego jest wykorzystanie odnawialnych źródeł energii oraz energii wytworzonej w wysokosprawnej kogeneracji[332]. Problematykę odnawialnych źródeł energii[333] reguluje szczegółowo art. 9e PrEn. Zgodnie z treścią tego przepisu, potwierdzenie wytworzenia energii elektrycznej ze źródeł odnawialnych stanowi świadectwo pochodzenia tej energii. Organem odpowiedzialnym za wydawanie świadectw pochodzenia jest Prezes Urzędu Regulacji Energetyki. W świadectwie takim znajdują się m.in. informacje o podmiocie, który wytworzył energię ze źródła odnawialnego, oznaczenie źródła, okres, w którym wytworzono energię oraz ilość wytworzonej energii. Prawa majątkowe, które wynikają ze świadectwa pochodzenia są zbywalne i są przedmiotem obrotu na Towarowej Giełdzie Energii.

Przedsiębiorstwa energetyczne zobowiązane są do uzyskania i przedstawienia Prezesowi Urzędu Regulacji Energetyki do umorzenia świadectw pochodzenia energii elektrycznej ze źródeł odnawialnych lub uiszczenia opłaty zastępczej. Udział ilościowy energii elektrycznej ze źródeł odnawialnych w wykonanej całkowitej sprzedaży energii elektrycznej w danym roku niezbędny do spełnienia obowiązku przedstawia poniższy wykres.

Wykres 1. Wymagany udział energii wytworzonej w odnawialnych źródłach energii w całkowitej rocznej sprzedaży tej energii odbiorcom końcowym przedsiębiorstwa energetycznego (w proc.).



Źródło: Rozporządzenie Ministra Gospodarki z dnia 14 sierpnia 2008 r. w sprawie szczegółowego zakresu obowiązków uzyskania i przedstawienia do umorzenia świadectw pochodzenia, uiszczenia opłaty zastępczej, zakupu energii

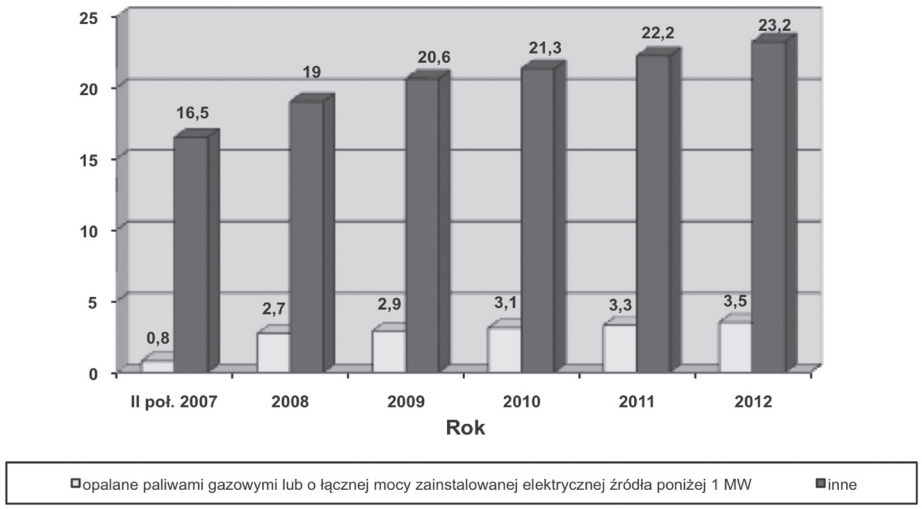
[332] Kogeneracja — równoczesne wytwarzanie ciepła i energii elektrycznej lub mechanicznej w trakcie tego samego procesu technologicznego (art. 3 pkt 33 PrEn).

[333] Art. 3 pkt 20 PrEn: odnawialne źródło energii — źródło wykorzystujące w procesie przetwarzania energię wiatru, promieniowania słonecznego, geotermalną, fal, prądów i pływów morskich, spadku rzek oraz energię pozyskiwaną z biomasy, biogazu wysypiskowego, a także biogazu powstałego w procesach odprowadzania lub oczyszczania ścieków albo rozkładu składowanych szczątek roślinnych i zwierzęcych.

elektrycznej i ciepła wytworzonych w odnawialnych źródłach energii oraz obowiązku potwierdzania danych dotyczących ilości energii elektrycznej wytworzonej w odnawialnym źródle energii (Dz.U. z 28 sierpnia 2008 r. Nr 156, poz. 969).

Innym, nie mniej istotnym obowiązkiem nałożonym na przedsiębiorstwa energetyczne, jest obowiązek przedstawienia Prezesowi Urzędu Regulacji Energetyki świadectwa pochodzenia wytworzonej energii elektrycznej z kogeneracji. W razie niespełnienia zobowiązania, przedsiębiorstwo energetyczne ma obowiązek uiszczenia opłaty zastępczej. Procentowy udział energii elektrycznej wytworzonej z kogeneracji w sprzedanej przez przedsiębiorstwo energii elektrycznej obrazuje poniższy wykres.

Wykres 2. Wymagany udział energii wytworzonej w kogeneracji w całkowitej rocznej sprzedaży tej energii odbiorcom końcowym przedsiębiorstwa energetycznego (w proc.).



Źródło: Rozporządzenie Ministra Gospodarki z dnia 26 września 2007 r. w sprawie sposobu obliczania danych podanych we wniosku o wydanie świadectwa pochodzenia z kogeneracji oraz szczegółowego zakresu obowiązku uzyskania i przedstawienia do umorzenia tych świadectw, uiszczenia opłaty zastępczej i obowiązku potwierdzania danych dotyczących ilości energii elektrycznej wytworzonej w wysokosprawnej kogeneracji (Dz.U. z 10 października 2007 r. Nr 185, poz. 1314).

Przedstawione ilustracje pokazują tendencje w kształtowaniu udziału odnawialnych źródeł energii i energii pochodzącej z wysokosprawnej kogeneracji w ogólnej ilości wytwarzanej energii elektrycznej. Dodatkowym elementem mającym stymulować podmioty chcące produkować energię z odnawialnych źródeł jest nałożony w ustawie PrEn na przedsiębiorstwa energetyczne będące sprzedawcami z urzędu na danym terenie obowiązek odkupienia energii elektrycznej wytworzonej z odnawialnych źródeł energii od ich producentów.[334] Jednocześnie, co już zostało wcześniej zauważone, producenci energii elektrycznej z odnawialnych źródeł energii mogą ubiegać się o wydanie świadectwa pochodzenia, które może być przedmiotem obrotu na giełdzie towarowej. Nie zmienia to jednak faktu, że udział odnawialnych źródeł energii w ogólnej ilości wytworzonej energii jest stale niewystarczający, a przedsiębiorstwa energetyczne nie realizując nałożonych na nie obowiązków uiszczają co roku opłaty zastępcze, które stanowią przychód Narodowego Funduszu Ochrony Środowiska i Gospodarki Wodnej.

[334] Zobacz 9a ust. 6 PrEn.

Wprowadzenie konkurencji na rynku energii elektrycznej w Polsce

Rynek energii elektrycznej w Polsce, z punktu widzenia odbiorcy końcowego, jest podzielony pomiędzy przedsiębiorstwa zajmujące się przesyłem[335] i dystrybucją[336] energii elektrycznej oraz przedsiębiorstwa, które zajmują się obrotem i sprzedażą energii elektrycznej.[337] Oba rodzaje działalności są koncesjonowane, co wynika wprost z przepisów PrEn. Organem koncesyjnym jest Prezes Urzędu Regulacji Energetyki.

Przedsiębiorstwa zajmujące się przesyłem i dystrybucją energii elektrycznej działają w warunkach monopolu naturalnego. Są właścicielami sieci elektroenergetycznych, za pośrednictwem których energia elektryczna dociera do odbiorców końcowych.

Przedsiębiorstwa energetyczne zajmujące się sprzedażą energii elektrycznej sprzedają energię elektryczną odbiorcom końcowym. Od 1 lipca 2004 r. rynek sprzedaży energii elektrycznej w Polsce został dostosowany do wymogów Dyrektywy 2003/54/WE[338], to znaczy odbiorcy energii elektrycznej będący podmiotami profesjonalnymi uzyskali prawo do wyboru sprzedawcy. Pełne otwarcie rynku nastąpiło 1 lipca 2007 r. — od tego momentu również gospodarstwa domowe mogą swobodnie wybierać sprzedawcę energii elektrycznej.

Otwarcie rynku energii elektrycznej wiąże się z realizacją zasady TPA (Third Party Access), czyli zasady dostępu stron trzecich do sieci. Zasada TPA wynika z przepisów powołanej Dyrektywy 2003/54/WE i gwarantuje odbiorcy możliwość wyboru sprzedawcy energii elektrycznej. Jednocześnie nakłada na państwa członkowskie obowiązek zapewnienia równego traktowania, realizowany poprzez zastosowanie taryf, które są zatwierdzane *ex ante* przez organ regulacyjny[339].

Duży wpływ na realizację zasady TPA w praktyce ma fakt, że korzystanie z możliwości zmiany dostawcy energii elektrycznej wiąże się z koniecznością dostosowania układów pomiarowych do wymogów TPA. Odbiorcy w grupach taryfowych A i B[340] chcąc dokonać zmiany sprzedawcy muszą dostosować układy pomiarowe na własny koszt, który może sięgać kwot przekraczających kilkadziesiąt tysięcy złotych. W przypadku pozostałych odbiorców układy pomiarowe dostosowuje operator systemu dystrybucyjnego.

Konsekwencją zmian legislacyjnych i uwolnienia rynku sprzedaży energii elektrycznej było rozdzielenie umów na sprzedaż i dystrybucję, funkcjonujących wcześniej, w warunkach monopolu, jako jedna umowa. Jednocześnie pozostawiono — z przyczyn praktycznych — umowę kompleksową, czyli umowę, która łączy w sobie postanowienia umowy sprzedaży i umowy dystrybucji energii elektrycznej. Umowy kompleksowe są przeznaczone głównie dla gospodarstw domowych[341] i mniejszych odbiorców.

---

[335] Sieć przesyłowa to sieć elektroenergetyczna najwyższych lub wysokich napięć, w praktyce powyżej 220 kV.

[336] Sieć dystrybucyjna to sieć wysokich, średnich albo niskich napięć, w praktyce poniżej 110 kV.

[337] Autor celowo pomija tu przedsiębiorstwa zajmujące się wytwarzaniem energii elektrycznej jako przedsiębiorstwa realizujące transakcje z operatorami systemu przesyłowego i przedsiębiorcami zajmującymi się obrotem energią elektryczną.

[338] Dyrektywa 2003/54/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 26 czerwca 2003 r. dotycząca wspólnych zasad rynku wewnętrznego energii elektrycznej i uchylająca dyrektywę 96/92/WE, Dz.U. L 176/37 z 15.7.2003.

[339] Ingerencja organu regulacyjnego musi dotyczyć co najmniej metodyki sporządzenia taryfy.

[340] Są to duzi odbiorcy instytucjonalni, którzy mają własne rozdzielnie wysokich i średnich napięć.

[341] Gospodarstwa domowe są objęte grupą taryfową G. Taryfę G oraz każdą jej zmianę zatwierdza Prezes Urzędu Regulacji Energetyki. Jest to więc rynek w pełni regulowany.

W obowiązującym porządku prawnym, co do zasady każdy odbiorca energii elektrycznej podpisuje więc dwie umowy. Jedną z monopolistą naturalnym, czyli operatorem systemu dystrybucyjnego, który zajmuje się dystrybucją energii elektrycznej po sieci elektroenergetycznej, oraz drugą — ze sprzedawcą energii elektrycznej.

Zamówienia publiczne na energię elektryczną

W związku z wprowadzeniem zmian w zakresie polityki energetycznej, zwłaszcza w zakresie konkurencyjności na rynku energii elektrycznej, konieczne było zreformowanie podejścia do zamówień publicznych, których przedmiotem była energia elektryczna.

W związku z rozdzieleniem sprzedaży i dystrybucji energii elektrycznej nastąpiło rozbicie monopolu. Tym samym odpadły przesłanki umożliwiające stosowanie do sprzedaży energii elektrycznej trybów niekonkurencyjnych, a w szczególności trybu zamówienia z wolnej ręki.

Kolejną konsekwencją zmian polityki energetycznej było skreślenie przesłanki uprawniającej zamawiających do zawierania umów na dostawę (sprzedaż) energii elektrycznej na czas nieoznaczony[342].

Zgodnie z obowiązującymi przepisami jedynym możliwym sposobem postępowania jest wybór trybu przetargu nieograniczonego lub ograniczonego w przypadku zakupu energii elektrycznej lub wyboru usługi kompleksowej[343]. W obowiązującym stanie prawnym nie ma bowiem żadnych przesłanek umożliwiających zastosowanie któregokolwiek z trybów wyłączających konkurencję w odniesieniu do tych przedmiotów zamówienia.

W przypadku usług dystrybucyjnych[344], w związku z tym, że usługa może być świadczona tylko przez jeden podmiot z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze, zamawiający powinien wybrać tryb zamówienia z wolnej ręki. Powinien w tym trybie zawrzeć umowę z operatorem danego systemu dystrybucyjnego, i następnie informować operatora systemu dystrybucyjnego o zmianach sprzedawcy, to jest o rozpoczęciu realizacji umowy na sprzedaż energii elektrycznej z danym przedsiębiorstwem energetycznym.

W związku z tym, że usługi dystrybucyjne są objęte monopolem, a jednocześnie rynek dystrybucji energii elektrycznej podlega ścisłej ochronie regulatora — Prezes Urzędu Regulacji Energetyki kontroluje zarówno taryfy jak i realizację zasady dostępu do sieci — w niniejszym opracowaniu należy skupić się na sprzedaży energii elektrycznej.

Zamówienia na dostawę (sprzedaż) energii elektrycznej

Pierwszą czynnością, którą zamawiający powinien uwzględnić przy planowaniu i przygotowaniu postępowania jest dokonanie właściwego opisu przedmiotu zamówienia. Opis przedmiotu zamówienia, oprócz tego, że powinien spełniać wszystkie wymogi określone

---

[342] Zmiana ta została wprowadzona dość późno, bo dopiero ustawą z 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy — Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223 poz. 1778).

[343] Art. 10 ust. 1 PZP.

[344] A należy przy tym zauważyć, że każdy odbiorca energii elektrycznej musi mieć podpisaną umowę z dystrybutorem energii elektrycznej. W braku takiej umowy realizuje tzw. nielegalny pobór energii, co wiąże się z poważnymi konsekwencjami finansowymi, m.in. zastosowaniem zryczałtowanych stawek kilkakrotnie przekraczających stawki taryfowe.

w ustawie, powinien także uwzględniać szereg elementów charakterystycznych dla dostawy energii elektrycznej.

Sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia warto poprzedzić wstępnym rozeznaniem potrzeb i możliwości zamawiającego. W odniesieniu do sprzedaży energii elektrycznej bardzo duże znaczenie ma możliwość kupowania energii w taryfach, które podzielone są na strefy. Cena energii jest różna w zależności od godzin, w których jest zużywana. W obecnie obowiązujących taryfach możliwy jest podział doby na jedną, dwie lub trzy strefy. Cena 1 MWh w strefie pozaszczytowej znacząco odbiega od ceny w strefie szczytowej. Zamawiający, definiując swoje zapotrzebowanie na przykład na podstawie skrupulatnej analizy zużycia energii w ciągu tygodnia może rozważyć możliwość zakupu tańszej energii poprzez odpowiednie ustawienie niektórych urządzeń, tak, by pracowały poza szczytem. Nie wiąże się to z żadną uciążliwością dla zamawiającego, a może przynieść mu całkiem pokaźne oszczędności.

Zamawiający powinien ponadto dokładnie określić dotychczasowe warunki, na jakich kupuje energię elektryczną. Dokonując opisu przedmiotu zamówienia musi uwzględnić zużycie energii elektrycznej, najlepiej z podziałem na strefy czasowe (jeśli taryfa dopuszcza taką możliwość), moc umowną, liczbę liczników a także aktualną taryfę. Zamawiający ma możliwość bezpłatnej zmiany taryfy raz w roku. Powinien także wziąć pod uwagę ewentualne możliwe zmiany w zakresie tych czynników w czasie trwania umowy, w szczególności gdy planuje rozszerzenie lub zmniejszenie zakresu działalności, rozbudowę, dodanie kolejnych punktów poboru energii elektrycznej.

Kolejnym ważnym elementem, który należy wziąć pod uwagę, jest planowany czas trwania umowy. W związku z dynamicznie zmieniającym się rynkiem energii elektrycznej, a także trudnym do określenia kierunkiem zmian przepisów prawa powszechnie obowiązującego, także prawa podatkowego, najrozsądniejsze wydaje się być zawieranie umów na stosunkowo krótkie okresy, to jest na rok lub dwa lata, a w przypadku umów na okres dłuższy — dopuszczenie możliwości waloryzacji cen. Dzięki takiemu rozwiązaniu wykonawcy nie będą musieli wkalkulowywać w oferowaną cenę potencjalnego ryzyka związanego ze zmianami przepisów i nałożeniem kolejnych obowiązków, co doprowadzi do urealnienia cen.

Zamawiający mogą występować w postępowaniu o udzielenie zamówienia wspólnie. W odniesieniu do zakupów energii elektrycznej jest to coraz częstsze zjawisko. Dzięki zgrupowaniu zamawiających, poszczególne zamówienia cechują się większą atrakcyjnością dla wykonawców. Prowadzi to do wzrostu konkurencji, a przez to — pośrednio za sprawą efektu skali — do zaoferowania niższych cen albo lepszych warunków.

Zielone zamówienia publiczne

Zakup energii elektrycznej jest doskonałym pretekstem do precyzyjnego zdefiniowania potrzeb zamawiającego. Najlepszym sposobem na poprawę efektywności w zakresie zakupu energii elektrycznej jest ograniczenie jej zużycia. W wielu przypadkach jest to możliwe bardzo niewielkim kosztem.

Podstawową pomocą zamawiającego w zielonych zamówieniach na energię elektryczną powinna być Karta produktu w ramach zielonych zamówień publicznych (GPP)[345]. Zamawiający

[345] Narzędzia szkoleniowe w zakresie zielonych zamówień publicznych można pobrać ze strony http://ec.europa.eu/environment/gpp/toolkit_en. część materiałów dostępna jest także na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych www.uzp.gov.pl

przygotowując postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w pierwszej kolejności powinien rozważyć możliwość zmniejszenia zużycia energii elektrycznej. Istnieje możliwość znaczącego wpływu na zużycie energii elektrycznej poprzez dokonywanie zakupów sprzętu biurowego spełniającego wymagania normy EnergyStar[346]. Innym możliwym rozwiązaniem jest minimalizowanie ilości sprzętu, który może być używany wspólnie przez wielu pracowników, to znaczy zakup wysokowydajnych skanerów, kopiarek czy drukarek w miejsce licznych niewielkich urządzeń. Jeszcze innym — panowanie nad wyłączaniem nieużywanego sprzętu, wyłączanie ogrzewania i klimatyzacji w godzinach, w których biura nie pracują etc.

Kryteria GPP odnoszące się do zakupu energii mają na celu zwiększenie efektywności zamówień publicznych poprzez zmniejszenie emisji dwutlenku węgla do atmosfery, ograniczenie negatywnego wpływu na środowisko oraz ograniczenie wykorzystania paliw kopalnych w procesie produkcji energii elektrycznej.

Cele te mogą być osiągane przede wszystkim poprzez zwiększenie wykorzystania odnawialnych źródeł energii w produkcji energii elektrycznej, a także poprzez optymalizację procesu produkcji energii elektrycznej dzięki wykorzystaniu technologii wysokosprawnej kogeneracji.

Zamawiający dokonując opisu przedmiotu zamówienia może wybrać dwa rozwiązania. Może odnieść się do kryteriów podstawowych GPP lub do kryteriów kompleksowych GPP[347].

Kryteria podstawowe GPP w zakresie zakupu energii elektrycznej zakładają spełnienie przez wykonawców wymogu dostarczenia energii elektrycznej wytworzonej w co najmniej 50 proc. z odnawialnych źródeł energii lub w procesie wysokosprawnej kogeneracji. Kryteria kompleksowe GPP przewidują wytworzenie 100 proc. zakupionej energii elektrycznej w odnawialnych źródłach energii.

W obu przypadkach zamawiający dokonuje weryfikacji spełnienia przez wykonawcę kryteriów wymagając ujawnienia pochodzenia dostarczonej energii elektrycznej na koniec każdego roku realizacji zamówienia. Wykonawca przedkłada zamawiającemu dowód pochodzenia energii elektrycznej, to jest świadectwo (gwarancję) pochodzenia.

Jednocześnie należy zauważyć, że na polskim rynku energetycznym istnieje poważny niedobór energii ze źródeł odnawialnych. W większości przypadków producenci energii elektrycznej nie są w stanie spełnić nałożonych na nich obowiązków w zakresie wykazania określonego udziału energii elektrycznej wytworzonej w odnawialnych źródłach energii, w związku z czym co roku uiszczają opłatę zastępczą, o której mowa w przepisach PrEn[348].

Zamawiający, którzy dysponują pokaźnym potencjałem oraz mogą korzystać, jak to już wcześniej zauważono, z efektu skali, mogą stymulować producentów energii elektrycznej do coraz większego wykorzystania odnawialnych źródeł energii. Jednocześnie podejmując opisane działania zamawiający wpisują się w obowiązujące w Europie trendy i pomagają realizować cele strategiczne.

---

[346] www.eu-energystar.org

[347] Zielone zamówienia publiczne, Podręcznik opracowany przez Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2009, s. 131–134. Opisane kryteria GPP zostały zdefiniowane w Komunikacie Komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego oraz Komitetu Regionów. Zamówienia publiczne na rzecz poprawy stanu środowiska, KOM (2008) 400 wersja ostateczna.

[348] Porównaj raport Stan i perspektywy rozwoju rynku zielonej energii elektrycznej w Polsce. Instytut Energii Odnawialnej, Warszawa 2009.

Postulaty *de lege lata* i *de lege ferenda*

Oceniając obowiązujący porządek prawny należy zauważyć, że w ciągu ostatnich kilku lat dokonano istotnych zmian w zakresie regulacji odnoszących się do zamówień publicznych i prawa energetycznego. Zmiany te należy oceniać pozytywnie. Mowa tu przede wszystkim o wprowadzeniu konkurencji na rynku energii elektrycznej oraz zmianie przepisów dopuszczających możliwość stosowania w odniesieniu do zamówień na energię elektryczną trybów niekonkurencyjnych.

Jednocześnie, co dla ekonomiki postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest dość istotne, pozostawiono w zmonopolizowanym obszarze dystrybucji energii elektrycznej możliwość stosowania trybu zamówienia z wolnej ręki, a także zawierania umów na czas nieoznaczony bez konieczności zawiadamiania Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych. Jakakolwiek zmiana w tym obszarze byłaby wyrazem braku logiki w postępowaniu. Podobnie ocenić można działania w zakresie zielonych zamówień publicznych, które z pewnością z biegiem czasu będą zyskiwać na popularności wśród zamawiających i wykonawców. Należy przy tym zauważyć, że nadal istnieją pewne obszary, które mogą ulec zmianom wpływającym dodatnio na efektywność zamówień publicznych na energię elektryczną.

W odniesieniu do postępowań, w których szacunkowa wartość przedmiotu zamówienia przekracza tzw. progi unijne istnieje obowiązek żądania od wykonawców dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Oznacza to, że zamawiający dokonując opisu sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, którego przedmiotem jest działalność polegająca na wytwarzaniu, obrocie, sprzedaży czy dystrybucji energii elektrycznej, ma obowiązek żądać przedstawienia przez wykonawcę koncesji.

Urząd Regulacji Energetyki prowadzi rejestr koncesji. Rejestr ten jest dostępny na stronach internetowych Urzędu i zawiera podstawowe informacje o koncesjonariuszach, to jest przedmiot koncesji, nazwę podmiotu oraz okres, na jaki udzielono koncesji. Zamawiający nie ma jednak proceduralnej możliwości odniesienia się do tego rejestru, jako do źródła wiedzy o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu przez wykonawcę. Za każdym razem w opisanych warunkach musi bezwzględnie żądać przedstawienia koncesji na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu.

Pierwszym postulatem dotyczącym usprawnienia zamówień publicznych na energię elektryczną lub usługi związane z jej dystrybucją jest stworzenie publicznego, wiarygodnego rejestru, prowadzonego przez regulatora. Należałoby wprowadzić odpowiednie przepisy, które pozwalałyby zamawiającym na odstąpienie od wymogu żądania dołączenia do oferty aktualnej koncesji w zamian za możliwość zdalnego sprawdzenia, czy podmiot ubiegający się o zamówienie taką koncesją dysponuje. Inicjatywa ta zasługuje na uwagę również dlatego, że w samym dokumencie koncesji, często dość obszernym, znajduje się bardzo wiele informacji, które nie mają dla postępowania żadnego znaczenia. W odniesieniu do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego istotne jest tylko to, czy podmiot ubiegający się o zamówienie istotnie posiada koncesję spójną z przedmiotem zamówienia, i czy koncesja ta spełnia warunki co do czasu trwania i obszaru działalności podmiotu.

Realizacja tego postulatu powinna uwzględnić kilka założeń. Po pierwsze uwiarygodniony rejestr koncesji byłby rejestrem ogólnodostępnym i zawierałby wyłącznie informacje niezbędne dla postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Rejestr ten byłby prowadzony w formie elektronicznej, dostępnej na stronie internetowej regulatora. Byłby także utworzony i uwiarygodniony z zastosowaniem podpisu elektronicznego. W tym zakresie po-

mocne mogą okazać się regulacje zawarte w obowiązującej ustawie — Prawo bankowe[349]. Skoro możliwe było pełne zinformatyzowanie banków, których gospodarcze znaczenie trudno przecenić, nie powinno być najmniejszych trudności z zastosowaniem dotychczasowych doświadczeń w odniesieniu do jawnych rejestrów prowadzonych przez odpowiednie organy władzy publicznej.

Drugim postulatem jest stopniowe odejście od umów kompleksowych w zamówieniach publicznych. Umowy kompleksowe powinny być traktowane jako odstępstwo od reguły, w ramach której zamawiający zawiera dwie oddzielne umowy — na dystrybucję i na sprzedaż energii elektrycznej. Jednocześnie ustawodawca powinien dopuścić możliwość zawierania umów kompleksowych wyłącznie w przypadku zamówień, których wartość nie przekracza progu unijnego. Zamawiający, którzy kupują niewielkie ilości energii elektrycznej będą mogli korzystać z umów kompleksowych, które są wygodne przede wszystkim ze względów praktycznych, to znaczy pozwalają ograniczyć liczbę przeprowadzanych postępowań i jednocześnie zachować wygodę w procesie rozliczeń za energię elektryczną[350].

Stymulowanie konkurencji na rynku dostaw energii elektrycznej musi wiązać się z równoległymi działaniami zmierzającymi do uproszczenia procedur związanych ze zmianą sprzedawcy energii elektrycznej. Obecnie procedura zmiany sprzedawcy jest różna u różnych dystrybutorów energii elektrycznej i w większości przypadków żmudna, trudna i długotrwała. Sama procedura zajmuje często ponad 40 dni. Wiąże się także z koniecznością zgromadzenia i bezbłędnego przekazania wielu skomplikowanych danych o każdym punkcie poboru energii elektrycznej, którego dotyczy zmiana sprzedawcy. Oznacza to, że zamawiający decydując się na rozdzielenie sprzedaży i dystrybucji energii i przeprowadzenie dwóch odrębnych procedur powinien działać z odpowiednim wyprzedzeniem, zachowując margines umożliwiający płynną zmianę sprzedawcy energii. W przeciwnym przypadku naraża się na dodatkowe koszty związane z wygaśnięciem dotychczasowych umów i koniecznością korzystania z warunków tzw. sprzedaży rezerwowej[351].

Wreszcie zamawiający, którzy póki co na pierwszym miejscu wśród kryteriów oceny ofert stawiają cenę, powinni otrzymać niezbędne wsparcie w zakresie zamówień na zieloną energię. To wsparcie powinno dotyczyć zwiększenia świadomości zamawiających co do możliwości uwzględnienia innych niż cena kryteriów w procedurach, których przedmiotem są dostawy energii elektrycznej. W związku z tym, że produkcja energii elektrycznej z odnawialnych źródeł energii jest nadal dużo droższa niż produkcja energii z kopalin, konieczne jest rozważenie możliwości dofinansowania zamówień na zieloną energię elektryczną. Dopłata, choćby nawet częściowa, byłaby ważnym bodźcem dla zamawiających, którzy z pewnością z większym entuzjazmem wykorzystywaliby kryteria GPP w zamówieniach. Jednocześnie zastosowanie rekompensat może być uzasadnione ze względów makroekonomicznych i pozytywnie wpłynąć na rozwój sektora energetycznego.

---

[349] Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. Prawo bankowe, Dz. U. z 2002 r. Nr 72 poz. 665 z późn. zm.

[350] W związku z niedostosowaniem systemu zdarzają się sytuacje, że zamawiający, który zawarł dwie umowy — na dostawę i dystrybucję energii elektrycznej — jest rozliczany kilkoma fakturami w okresie rozliczeniowym zamiast jedną.

[351] Sprzedaż rezerwowa zwykle jest o wiele mniej korzystna niż prowadzona w ramach umowy zawartej w wyniku procedury przetargowej.

Podsumowanie

Zamówienia na energię elektryczną należą do zamówień o charakterze strategicznym. Oznacza to, że bez energii elektrycznej we współczesnym świecie nie można normalnie funkcjonować. Wszystkie podmioty bez wyjątku są uzależnione od dostaw energii elektrycznej, a jakiekolwiek zaburzenia w jej dostawach powodują olbrzymie straty i chaos. Jednocześnie rosnąca konsumpcja i zapotrzebowanie na energię elektryczną połączone z ograniczoną, głównie ze względów naturalnych, możliwością zaspokajania potrzeb poprzez produkcję energii opartą na surowcach naturalnych, wymuszają konieczność zmiany polityki energetycznej.

Zmiany te powinny wprowadzać kompleksowe mechanizmy umożliwiające nieustanny rozwój sektora energetycznego, poprzez sięganie do alternatywnych źródeł energii i jednocześnie wymuszać zmiany w myśleniu o energii elektrycznej, to jest zmierzać do większego jej poszanowania i oszczędzania.

W niniejszym opracowaniu podjęto próbę analizy obowiązujących przepisów regulujących gospodarkę energetyczną, które przekładają się bezpośrednio na działalność konsumentów tej energii. Sektor publiczny jest bardzo dużym konsumentem energii elektrycznej i z tego chociażby powodu warto rozważyć możliwość wprowadzenia takich zmian w regulacjach dotyczących zamówień publicznych, które przełożą się na poprawę efektywności zamówień na energię elektryczną.

Wśród czynników mających wpływ na efektywność zamówień należy przede wszystkim wymienić sprawne i przemyślane procedury oraz odpowiedzialne określenie potrzeb przez zamawiających i możliwości ich spełnienia przez wykonawców.

Dla zwiększenia efektywności w obszarze zamówień publicznych na energię elektryczną niezbędne jest równoczesne działanie polegające na wspieraniu konkurencyjności na rynku energii elektrycznej poprzez konsekwentny rozdział sprzedaży i dystrybucji energii oraz zwiększaniu świadomości społecznej w zakresie racjonalizacji zużycia energii. Niezbędne jest także stworzenie takich mechanizmów, które będą skutecznie zachęcały zamawiających do realizacji idei zielonych zamówień publicznych. Takim bodźcem może być dofinansowanie lub inne finansowe wsparcie dla podmiotów, które zdecydowały się na kupowanie energii elektrycznej z odnawialnych źródeł energii. Nieodzowne są także dalsze działania propagujące idee wykorzystania instrumentów GPP w zamówieniach publicznych.

Literatura:

Akty prawa

1. Ramowa konwencja Narodów Zjednoczonych w sprawie zmian klimatu sporządzona 9 maja 1992 r., Dz. U. z 1996 r. Nr 53 poz. 238.
2. Protokół z Kioto do Ramowej konwencji Narodów Zjednoczonych w sprawie zmian klimatu, sporządzony w Kioto dnia 11 grudnia 1997 r., Dz. U. z 2005 r. Nr 203, poz. 1684.
3. Dyrektywa 93/76/EWG Rady z dnia 13 września 1993 r. w celu ograniczenia emisji ditlenku węgla poprzez poprawienie wydajności energetycznej (SAVE), Dz. U. L 237/28 z 22.09.1993.
4. Dyrektywa 96/92/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 19 grudnia 1996 r. dotycząca wspólnych zasad rynku wewnętrznego energii elektrycznej, Dz. U. L 27/20 z 30.01.1997.
5. Dyrektywa 2001/77/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 27 września 2001 r. w sprawie wspierania produkcji na rynku wewnętrznym energii elektrycznej wytwarzanej ze źródeł odnawialnych, Dz. U. L 283/33 z 27.10.2001.

6. Dyrektywa 2003/87/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 13 października 2003 r. ustanawiająca system handlu przydziałami emisji gazów cieplarnianych we Wspólnocie oraz zmieniająca dyrektywę Rady 96/61/WE, Dz.U. L 275/32 z 25.10.2003.
7. Dyrektywa 2003/54/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 26 czerwca 2003 r. dotycząca wspólnych zasad rynku wewnętrznego energii elektrycznej i uchylająca dyrektywę 96/92/WE, Dz.U. L 176/37 z 15.07.2003.
8. Ustawa z dnia 10 kwietnia 1997 r. Prawo energetyczne, Dz. U. z 2006 r. Nr 89, poz. 625 z późn. zm.
9. Ustawa z dnia 27 kwietnia 2001 r. Prawo ochrony środowiska Dz.U. z 2008 r. Nr 25 poz. 150 z późn. zm.
10. Ustawa z 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy — Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw, Dz.U. Nr 223 poz. 1778.
11. Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. — Prawo bankowe, Dz.U. z 2002 r. Nr 72 poz. 665 z późn. zm.

Pozostałe źródła

1. Słownik Języka Polskiego PWN dostępny online: www.sjp.pwn.pl.
2. *Zielona księga w sprawie modernizacji polityki UE w dziedzinie zamówień publicznych w kierunku zwiększenia skuteczności europejskiego rynku zamówień,* KOM (2011) 15 wersja ostateczna. Dokument dostępny na stronie internetowej Portalu Unii Europejskiej www.europa.eu.
3. *Komunikat Komisji. EUROPA 2020. Strategia na rzecz inteligentnego i zrównoważonego rozwoju sprzyjającego włączeniu społecznemu*. KOM (2010) 2020.
4. Komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego oraz Komitetu Regionów. *Zamówienia publiczne na rzecz poprawy stanu środowiska*, KOM (2008) 400 wersja ostateczna.
5. *Zielone zamówienia publiczne*, Podręcznik opracowany przez Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2009, s. 131–134.
6. *Stan i perspektywy rozwoju rynku zielonej energii elektrycznej w Polsce*. Instytut Energii Odnawialnej, Warszawa 2009.
7. Certyfikat Energy Star. Więcej informacji dostępnych na stronie: www.eu-energystar.org

Spis wykresów:

Wykres 1. Wymagany udział energii wytworzonej w odnawialnych źródłach energii w całkowitej rocznej sprzedaży tej energii odbiorcom końcowym przedsiębiorstwa energetycznego (w proc.).

Wykres 2. Wymagany udział energii wytworzonej w kogeneracji w całkowitej rocznej sprzedaży tej energii odbiorcom końcowym przedsiębiorstwa energetycznego (w proc.).

KRYTERIA OCENY OFERT JAKO JEDEN Z INSTRUMENTÓW REALIZACJI POLITYKI SEKTORA PUBLICZNEGO

Jerzy Pieróg

Wstęp

W różnych okresach zamówienia publiczne różnie były wykorzystywane. Najczęściej służyły jako instrument polityki ekonomicznej, dzięki któremu państwo miało możliwość interwencji. Za pomocą zamówień publicznych realizowane były cele takie jak: kreowanie popytu w celu stymulowania aktywności gospodarczej, ochrona krajowego wykonawcy przed konkurencją zagraniczną, wspieranie rozwoju i postępu technicznego[352]. W konsekwencji powyższych działań była m.in. stymulacja wzrostu gospodarczego poprzez wymuszanie restrukturyzacji i adaptacji przedsiębiorstw do warunków rynkowych, co z kolei prowadziło do rozwoju innowacyjnej gospodarki. Procedury zamówień publicznych miały znaczny wpływ na liberalizację handlu międzynarodowego oraz kreowanie polityk publicznych poszczególnych państw. Wielokrotnie kontrakty publiczne były używane przez sektor publiczny jako narzędzie interwencji w sferze gospodarowania środkami publicznymi[353]. Po okresie utrzymywania barier chroniących rynki krajowe, system zamówień publicznych ewoluował w kierunku zmniejszania barier protekcjonistycznych, a zwiększania konkurencji. Obecnie zamówienia publiczne przyczyniają się do dynamizacji krajowego rynku towarów i usług, tym większej, im udział w nim podmiotów zagranicznych jest większy. Szczególnie w czasach recesji gospodarczej zamówienia publiczne mogą oddziaływać na wzrost globalnego popytu, a tym samym wpływać na zmniejszanie deficytu sektora finansów publicznych[354]. Rynek zamówień publicznych jest odpowiednim instrumentem wzajemnego dostrajania poprzez tworzenie kompromisów między wielorakimi sprzecznymi interesami podmiotów gospodarczych uczestniczących w procesie rynkowym oraz drogą skutecznego kontrolowania, by realizacja interesów indywidualnych nie odbywała się kosztem innych podmiotów, w szczególności podmiotów sektora publicznego[355]. Jako przykład takich oddziaływań, można wskazać na monopolizację produkcji i podaży danego wyrobu lub sektora przez przedsiębiorstwo lub grupę kapitałową, która sprzyja interesowi sprzedawcy do uzyskania za swój towar jak najwyższej ceny na rynku, nawet w warunkach uzyskania najniższej ceny przetargowej. Z drugiej strony, gdy na rynku przed dużą liczbą oferujących dane świadczenie staje tylko jeden odbiorca, może on zrealizować swoje dążenie kupującego i zapłacić możliwie najniższą cenę za swe świadczenie, kosztem interesów oferenta. Zamówienia publiczne mają więc za zadanie doprowadzenie do zrównoważenia obu sytuacji, aby zarówno po jednej jak i drugiej stronie osiągnąć realizację celów, polegającą na jak najtańszym zakupie oraz jak największym dochodzie. Z kolei, jeśli kilka firm oferujących na rynku te same lub zbliżone produkty, postanawia zastosować wspólną strategię sprzedaży, zamiast konkurować ze sobą o zbyt podobnych produktów, osłabia to pozycję rynkową zamawiających. Zamówienia publiczne, w tym przypadku będą wpływały, poprzez jawność i otwartość procedur, na szeroki katalog podmiotów funkcjonu-

[352] O. Lissowski, Zamówienia publiczne w Stanach Zjednoczonych i Unii Europejskiej, Warszawa 2001 r., s. 59.

[353] Por. S. Arrowsmith, Public Procurement as an Instrument of Policy and the Impact of Market Liberalisation, 1995 r., Jose M. Fernandez Martin, The EC Public Procurement Rules. A Critical Analysis, Oxford 1996 r., s. 30 i n.

[354] Jako przykład roli zamówień publicznych w gospodarce nękanej recesją możemy wskazać Stany Zjednoczone Ameryki w latach 1935–1942, szeroko opisanym w opracowaniu Jose M. Fernandez Martin, The EC Public Procurement Rulet. A Critical Analysis, Oxford 1996 r., s. 46 i n.

[355] Por. M. J. Thieme, Społeczna gospodarka rynkowa, Warszawa 1995 r., s. 55.

jących nie tylko na rynku krajowym, na ograniczenie lub całkowitą eliminację takich negatywnych zjawisk[356].

Zamówienia publiczne nie zawsze będą jedynie instrumentem do uzyskiwania jak najtańszych zamówień przez sektor publiczny. Poprzez szereg instrumentów prawnych zamówienia publiczne mogą być aktywnym czynnikiem kreowania polityki publicznej, szczególnie w zakresie aspektów środowiskowych, społecznych czy też budowania innowacyjnej gospodarki[357]. Aby tak się działo, niezbędne jest wykreowanie odpowiedniego popytu na innowacje, właśnie m.in. poprzez odpowiednie wykreowanie systemu zamówień publicznych, jako mechanizmu zwiększającego efektywność funkcjonowania rynku. System zamówień publicznych powinien rozwijać się w kierunku zwiększenia możliwości udziału w postępowaniach kapitału prywatnego, oferującego innowacyjne technologie, uwzględniając przy tym wysokie koszty ich opracowania lub nabycia i wdrożenia, znacznie przekraczające nieraz możliwości finansowe podmiotów operujących na rynku zamówień publicznych.

Jednym z instrumentów procedury zamówień publicznych, umożliwiającym aktywne kreowanie oczekiwań sektora publicznego, są kryteria wyboru najkorzystniejszej oferty. Powodem zajęcia się tą problematyką jest zbyt mała świadomość sektora publicznego w tym zakresie. Najczęściej kryteria wyboru oferty są traktowane jak jeden z etapów badania i oceny złożonych ofert. Czyli jako czynność podejmowana przez zamawiającego, a zmierzająca *stricte* do wyłonienia najkorzystniejszej oferty (najczęściej najtańszej oferty)[358]. Pomijane są zupełnie takie kwestie, jak możliwość wykorzystania kryteriów do opisu przedmiotu zamówienia lub wyrażenie przez odpowiednio dobrane kryteria oczekiwań sektora publicznego w zakresie proekologicznych i proinnowacyjnych rozwiązań, przy zachowaniu odpowiedniej osłony społecznej.

Stan obecny — fakty, statystyki

Jak wynika z danych pochodzących z ogłoszeń o zamówieniu opublikowanych w Biuletynie Zamówień Publicznych, a więc w postępowaniach o wartości poniżej progów UE, w których wskazano, że oferty będą oceniane według ceny oraz dodatkowych kryteriów, w roku 2009 zamawiający stosował średnio 3,72 kryteria oceny ofert. W roku 2008 wskaźnik ten wynosił 2,69, a w roku 2007 — 2,31. W 2010 r. cena wraz z innymi kryteriami została zastosowana w 5% przetargów w przypadku robót budowlanych, 9% w przypadku dostaw oraz 15% w przypadku usług, co daje średnio 9% przetargów, w których zamawiający stosowali cenę oraz inne kryteria oceny ofert.

Średnio najwięcej kryteriów zamawiający stosowali w postępowaniach na dostawy — 4,22 (w roku 2008 — 2,68, w 2007 — 2,24), następnie na usługi — 3,76 (w roku 2008 — 2,99, w 2007 — 2,60), najmniej na roboty budowlane — 2,38 (w roku 2008 — 2,20, w 2007 — 2,18).

Jednocześnie stosunkowo wielu zamawiających w 2010 r. zdecydowało się na zastosowanie tylko kryterium ceny, bowiem aż 91% (w roku 2009 — 90, w roku 2008 — 89%, a w roku 2007

---

[356] M. J. Thieme, *op. cit.*, s. 55.

[357] J. F. Martin, The E C public procurement rules. A critical analysis. Claredon Press, Oxford 1996 r., s. 46–48. Zdaniem autora, niejednokrotnie względy pozaekonomiczne, takie jak społeczne lub ekologiczne, wysuwają się na pierwszy plan.

[358] W 95,8% udzielonych zamówień o wartościach poniżej progów unijnych, zamawiający dokonywali wyboru oferty najtańszej (w roku 2007 — 95,2%, w latach 2006–2005 — 93%). W 89% wszczętych postępowań w 2008 r. o wartościach poniżej progów UE cena była jedynym kryterium wyboru oferty (w roku 2007 — 87%, a w roku 2006 — 64%).

— 87%) wszczętych postępowań miało być rozstrzygnięte wyłącznie przy użyciu tego kryterium. Odsetek ten jest jednak zróżnicowany w zależności od rodzaju zamówienia. I tak: tylko kryterium ceny zamawiający zastosowali w 95% (w 2009 roku — 94%) postępowań na roboty budowlane, w 91% (w 2009 roku — 87%) na dostawy oraz 85% (w roku 2009 — 88%)[359] na usługi[360].

Wyniki powyższe z pewnością nie są zadowalające, ponieważ tendencja wydaje się być odwrotna do oczekiwanej. Spadek odsetka stosowania ceny, jako jedynego kryterium zanotowano tylko w przypadku usług. Ogólnie zaś zastosowanie tego kryterium powoli, acz stale, rośnie.

Pomimo prowadzonych przez Urząd Zamówień Publicznych działań mających na celu popularyzację stosowania innych niż cena kryteriów oceny ofert, m.in. w ramach serii szkoleń „Nowe podejście do zamówień publicznych", należy wskazać na wciąż bardzo dużą niechęć zamawiających do różnicowania kryteriów oceny ofert w przeprowadzanych przetargach.

Kryterium ceny i jego wady

Konstruując kryteria wyboru najkorzystniejszej oferty, zamawiający ma do dyspozycji możliwość skorzystania z dwóch sposobów opisu kryteriów zamawianych produktów lub świadczonych usług. Może dokonać wyboru oferty albo wyłącznie na podstawie najniższej ceny, albo po uznaniu oferty za najkorzystniejszą ekonomicznie[361]. W pierwszym przypadku wybór oferty następuje szybko i przejrzyście, w oparciu o zupełnie obiektywne kryterium, wpływające w jak najmniejszym stopniu pośrednio na przedmiot zamówienia. Kryterium ceny z natury swej preferuje oferty jak najtańsze, nie oznacza to jednak, że będą to oferty najlepsze. W takim przypadku, od wiedzy i umiejętności zamawiającego, dotyczącej opisu przedmiotu zamówienia, będzie zależało, czy faktycznie otrzyma ofertę zarówno najtańszą jak i najlepszą. Nie zawsze też kryterium samej ceny będzie adekwatne do skomplikowanych zamówień. Należy pamiętać, że nie zawsze najkorzystniejszym będzie udzielenie zamówienia za jak najniższą cenę, z drugiej jednak strony należy kierować się ogólnymi zasadami, takimi jak zasada gospodarności, czy też celowości i w odniesieniu do nich kształtować realne potrzeby zamawiającego. Przykładowo, nie zawsze niezbędny będzie zakup zaawansowanego technologicznie urządzenia, wystarczyć może zwykłe, powszechnie dostępne urządzenie o ustalonych parametrach technicznych i funkcjonalnych, które może zostać z powodzeniem dostarczone przez wykonawcę, którego oferta zostanie wybrana jedynie na podstawie kryterium cenowego.

Wybór oferty najtańszej, który powoduje wykonanie przedmiotu zamówienia za najniższą cenę, często może jednak nie oznaczać najwyższej opłacalności nabywanego rozwiązania. Należy bowiem zwrócić uwagę, iż ocenie powinien podlegać całkowity koszt życia produktu, a więc jego nabycie, użytkowanie oraz likwidację. Używając jedynie kryterium ceny bardzo często nie jest możliwe dokonanie oceny kosztów dwóch ostatnich etapów egzystencji produktu. Można więc nabyć tani produkt, którego jednak koszt używania a następnie utylizacji, będzie niewspółmiernie wysoki w stosunku do kosztów jego zakupu. W takiej sytuacji podstawowe założenie użycia ceny jako jedynego kryterium, czyli niski koszt, nie zostanie zrealizowane.

Należy również wziąć pod uwagę, iż zastosowanie ceny jako jedynego kryterium powoduje automatycznie, że zaproponowanie rozwiązania wykraczającego poza minimalne wyma-

---

[359] Urząd Zamówień Publicznych *Sprawozdanie z funkcjonowania systemu zamówień publicznych w 2009 roku, s. 26.*

[360] Biuletyn Informacyjny Urzędu Zamówień Publicznych, 1.01.2010 — 31.12.2010, NR 12/2010.

[361] Zamówienia publiczne w Unii Europejskiej. Dyrektywy dotyczące zamówień publicznych na usługi, dostawy i roboty budowlane, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 1999 r., s. 38.

gania zamawiającego określone w specyfikacji, z reguły droższego, nie da szansy uzyskania zamówienia. Oznacza to, że jeśli jakiś wykonawca może wykonać dane zamówienie wychodząc poza minimalne wymagania, jego oferta jest z gruntu skazana na porażkę w obliczu ceny jako jedynego kryterium.

Konstruując dokumentację przetargową uwzględniającą tylko jedno kryterium — cenę, należy mieć również na względzie i taką sytuację, w której potencjalni wykonawcy będą składali swoje oferty zawierające ceny rażąco niskie. Oferta zawierająca cenę rażąco nisko będzie bezwzględnie podlegała odrzuceniu zgodnie z dyspozycją art. 89 ust 1 pkt 4 prawa zamówień publicznych o ile wykonawca nie wyjaśni przekonywująco, że jest ona rzetelna. Zamawiający zawsze, jeżeli będzie miał jakiekolwiek wątpliwości co do ceny w złożonych ofertach, musi skorzystać z instrumentu jej weryfikacji, zgodnie z dyspozycją art. 90 prawa zamówień publicznych. Należy zwrócić uwagę na powiązanie rażąco niskiej ceny oferty z przedmiotem zamówienia w normie art. 89 ust 1 pkt 4 prawa zamówień publicznych, co jednoznacznie wskazuje na ścisły związek kryteriów wyboru najkorzystniejszej oferty z opisem przedmiotu zamówienia oraz zdefiniowaniem jego zakresu.

Różnicowanie kryteriów — omówienie

Dyrektywa 2004/18/WE precyzuje, iż w przypadku, gdy zamówienia udziela się na podstawie oferty najkorzystniejszej ekonomicznie, kryteria oceny ofert to: jakość, cena, wartość techniczna, właściwości estetyczne i funkcjonalne, aspekty środowiskowe, koszty użytkowania, rentowność, serwis posprzedażny oraz pomoc techniczna, termin dostarczenia lub czas dostarczenia lub realizacji. Zgodnie natomiast z dyspozycją 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 dostępnych technologii w zakresie oddziaływania na środowisko, koszty eksploatacji, serwis oraz termin wykonania zamówienia.

W piśmiennictwie wskazuje się na różne klasyfikacje kryteriów. Jedną z nich jest podział kryteriów oceny ofert na kryteria ilościowe i kryteria jakościowe. Podział ten nie wynika ze sposobu oceny ofert według kryteriów, lecz dotyczy samej istoty kryterium, może jednak prowadzić do powstania pewnego zamieszania terminologicznego[362]. O ile w sytuacji kryteriów ilościowych jednostka miary będzie czynnikiem decydującym, gdzie zakwalifikujemy dane kryterium, o tyle w przypadku kryteriów jakościowych może pojawić się wątpliwość, gdzie dane kryterium zakwalifikować (np. kryterium wiarygodności, warunków płatności, warunków gwarancji itp.). Wymienia się również kryteria wymierne i niewymierne[363]. Miarą klasyfikacji danego kryterium wyboru najkorzystniejszej oferty w tym wypadku ma być sposób oceny spełnienia kryterium przez konkretnego wykonawcę. Moim zdaniem, drugi sposób klasyfikacji kryteriów wyboru najkorzystniejszej oferty jest nie do przyjęcia ze względu na brak możliwości konstruowania niewymiernych kryteriów. Poza tym, taki sposób oceny złożonych ofert byłby sprzeczny z zasadą równego traktowania wykonawców, bowiem każdy element uznaniowej oceny członków komisji przetargowej do tego by prowadził. Na brak możliwości konstruowania kryteriów niewymiernych, powodujących uznaniową ocenę złożonych ofert, wskazywało bogate orzecznictwo Zespołów Arbitrów[364].

---

[362] Zamówienia publiczne. Poradnik przedsiębiorcy, pod red. T. Czajkowskiego, Warszawa 2001 r., s. 215.

[363] *Op. cit.*, s. 215 i n.

[364] Patrz wyrok ZAUZP z dnia 25 lipca 2002 r., sygn. akt UZP/ZO/0-851/02 oraz wyrok ZAUZP z dnia 21 grudnia 2000 r., sygn. akt UZP/ZO/0-1476/00.

W literaturze przedmiotu, pojawiają się również i inne klasyfikacje kryteriów wyboru najkorzystniejszej oferty, mające jednak podobny mianownik. Przykładowo:

— kryteria kosztowe, związane z elementem ceny, jako podstawowym kryterium,

— kryteria przedmiotowe, odnoszące się do przedmiotu zamówienia,

— kryteria kontraktowe, odnoszące się do sposobu realizacji zamówienia,

— kryteria podmiotowe, odnoszące się do właściwości wykonawcy, stosowane w ograniczonym zakresie[365].

Przyjmując za cel klasyfikacji oraz rolę, jaką ma odgrywać zamówienie publiczne w polityce zamawiającego, wyróżnia się następujące kryteria pozacenowe:

— kryteria społeczne, zwracające uwagę na okoliczności polityki społecznej, które mogą być osiągnięte w wyniku przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego,

— kryteria środowiskowe, zwracające uwagę na konieczność ochrony środowiska, pośrednio dzięki udzielonym zamówieniom,

— kryteria innowacyjne, mające na celu poprzez mechanizm zamówień publicznych, wprowadzenia innowacyjności w stosunkach gospodarczych[366].

Wszystkie powyższe klasyfikacje kryteriów oparte są o określone metodologie i założenia, wydaje się jednak, że analizując literalnie rozstrzygnięcia odpowiednich przepisów dyrektyw wspólnotowych oraz prawa krajowego możemy dokonać podziału kryteriów na kryteria ekonomiczne (cena) oraz pozaekonomiczne (bilans ceny oraz innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia).

Jak wskazałem już wcześniej polscy wykonawcy niechętnie używają w przetargach innych niż cena kryteriów oceny ofert. A przecież nie ulega wątpliwości, że używając jedynie kryterium cenowego często nie sposób otrzymać właściwego przedmiotu zamówienia i realizować cele pozaekonomiczne. W szczególności takie parametry jak jakość czy warunki techniczne de facto zasadniczo wpływają na nabywany produkt, zwłaszcza, że zamawiający nie są w stanie przewidzieć wszystkich możliwości w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Kryteria oceny ofert wyróżnione ze względu na cel

Kryteria wskazane w dyrektywach oraz prawie krajowym stanowią katalog otwarty. Zamawiający mogą kształtować kryteria oceny ofert tak, aby uzyskać ofertę najkorzystniejszą ekonomicznie, używając kryteriów niewskazanych w ustawodawstwie. Każdorazowo taki wybór zależny jest od specyfiki przedsięwzięcia. W szczególności należy wskazać, iż poza kryteriami przykładowo wymienionymi w dyrektywach oraz w PZP, zamawiający mogą odwoływać się do kryteriów, co do których dyskusyjne jest ich określenie jako przyczyniających się do wyboru oferty najkorzystniejszej ekonomicznie. Do takich kryteriów należy zaliczyć: kryterium innowacyjności, kryteria społeczne oraz kryteria środowiskowe.

---

[365] D. Koba, Zamówienia na dostawy i usługi. Poradnik, Warszawa 2004 r., s. 111 i n.

[366] A. Panasiuk, Publicznoprawne ograniczenia przy udzielaniu zamówień publicznych, Bydgoszcz-Warszawa 2007, *op. cit*. s. 200.

a) Kryteria związane z innowacyjnością

Zgodnie z definicją pojęcia innowacyjności, zawartą w Programie Operacyjnym Innowacyjna Gospodarka, innowacyjność to wdrożenie nowości do praktyki gospodarczej: nowego lub znacząco ulepszonego rozwiązania w odniesieniu do produktu (towaru lub usługi), procesu, marketingu lub organizacji. Innowacyjne rozwiązanie może być wynikiem własnej działalności badawczo-rozwojowej przedsiębiorstwa, współpracy z innymi przedsiębiorstwami i instytucjami, a może też być wynikiem zakupu wiedzy w postaci niematerialnej lub materialnej. A zatem innowacyjność potrzebuje ciągłych badań i rozwoju, co z kolei stymuluje konieczność pogłębiania wiedzy przez każdy z podmiotów uczestniczących w łańcuszku innowacyjnej gospodarki, począwszy od przedsiębiorstwa innowacyjnego, a skończywszy na podmiocie publicznym nastawionym na innowacje. Innowacyjność to złożony proces, rozgrywający się na poziomie politycznym, ekonomicznym i kulturowym.

W Polsce oraz w Unii Europejskiej prowadzone są szeroko zakrojone działania wspierające rozwój innowacyjności. Wystarczy wymienić wspieranie innowacyjności za pomocą wdrażania Programu Innowacyjna Gospodarka, w ramach którego beneficjenci otrzymują dofinansowania na nowoczesne przedsięwzięcia, czy też ostatnio prowadzone przez Ministerstwo Gospodarki konsultacje społeczne w zakresie *Strategia innowacyjności i efektywności gospodarki, która* stanowić będzie jedną z dziewięciu docelowych strategii rozwoju kraju, realizowanych w latach 2011–2020.

System zamówień publicznych jest bez wątpienia instrumentem, który może znacząco wpływać na promowanie rozwiązań innowacyjnych, badań i nowoczesnych technologii. W szczególności zmawiający mają możliwość kreowania popytu na innowacje, z drugiej zaś strony, mają możliwość stymulowania przedsiębiorców do działań innowacyjnych, bowiem zmniejszają ryzyko związane z takimi działaniami. Wpływają też na jakość produktów i usług oferowanych przez sektor publiczny. Zamówienia innowacyjne dotyczą zakupu dóbr i usług, które nie są jeszcze dostępne lub dostępne są w niewielkim stopniu na rynku, a często wymagają uzyskania nowych zdolności, czyli przeprowadzenia badań lub rozwinięcia zdolności innowacyjnych w celu ich wytworzenia. Inicjowanie w ten sposób pełnego cyklu innowacji oraz promowanie postępu w kontekście publicznych zakupów jest postrzegane w UE jako ogromna szansa rozwoju innowacyjności w Europie[367].

Rola zamawiających we wspieraniu innowacyjności powinna stale się zwiększać, są oni bowiem aktorami sfery publicznej, wyposażonymi w takie narzędzia, których brak jest innym podmiotom tej sfery. Innowacyjność w zamówieniach publicznych może bowiem oddziaływać na wielu polach — od wspierania rozwoju młodych przedsiębiorstw, poprzez unowocześnianie urzędów (np. wdrażanie projektów e-administracji), aż do zmiany profilu gospodarki w danym regionie.

Wspieranie rozwoju innowacyjności przez zamówienia publiczne może odbywać się różnymi sposobami, m. in. poprzez wykorzystanie odpowiednich trybów udzielania zamówień, stosowanie dialogu technicznego czy też prowadzenie konsultacji przed rozpisaniem przetargu. Jednym ze sposobów jest ustanowienie, jako jednego z kryteriów oceny ofert, kryterium innowacyjności proponowanych rozwiązań. Jest to kryterium niewątpliwie trudne, ponieważ samo sformułowanie go jako kryterium innowacyjności proponowanego przed-

[367] Rola władz publicznych we wspieraniu innowacyjności, Raport domosEuropa-Centrum Strategii Europejskiej, Mariola Sadowska, s. 7.

miotu zamówienia wydaje się trudne do zmierzenia. Jednakże należy zaznaczyć, że w przypadku, gdy zamawiający chce nabyć rzeczywiście innowacyjne rozwiązanie, winien się do tego odpowiednio przygotować, w szczególności poprzez uzyskanie odpowiedniej wiedzy o przedmiocie zamówienia czy korzystanie z usług specjalistów w tym zakresie. Od specyfiki przedsięwzięcia zależy, jak sformułowane zostanie kryterium innowacyjności; może to być przykładowo kryterium innowacyjności technologii, rozwiązań organizacyjnych czy też zaoferowanie w ogóle nowego, nieznanego czy też nie używanego dotąd produktu, albo innowacyjny sposób realizacji zadania. Tego typu kryteria będą przydatne w szczególności w przypadku zamówień w zakresie nowych technologii, badań rozwojowych, a także zamówień elektronicznych tj. oprogramowania, sprzętu komputerowego, usług internetowych.

Istotnym jest, aby sformułowanie kryterium i jego używanie nie prowadziło do nierównego traktowania wykonawców. Oznacza to, że nie jest rozwiązaniem zalecanym, aby innowacyjność uczynić jedynym kryterium oceny ofert, winno on pozostawać w odpowiednim bilansie z ceną oraz innymi kryteriami. Od komisji przetargowej zależy czy kryterium innowacyjności zostanie właściwe użyte i czy jego cel, tj. wdrożenie innowacyjnego rozwiązania, zostanie osiągnięty.

b) Kryteria społeczne

Wprowadzając społeczne elementy do systemu zamówień publicznych, jako elementy mające bezpośrednio oddziaływać na gospodarkę, należy mieć na względzie w szczególności zasadę wolności gospodarczych i optymalny mechanizm społecznej ingerencji w dany segment rynku. Ponieważ realizowanie celów społecznych z reguły implikuje stosowanie instrumentów polityki gospodarczej, stąd stałym zadaniem zamawiających powinno być badanie oddziaływania społeczno-gospodarczego, zastosowania danego środka społecznego na rynek[368]. A. Panasiuk wyróżnił następujące obszary zastosowania aspektów społecznych w systemie zamówień publicznych.:

— działania ukierunkowane na zapewnienie zatrudnienia siły roboczej, mające na celu w szczególności wspierać regionalną i sektorową mobilność siły roboczej, w celu uniknięcia bezrobocia strukturalnego,

— działania ukierunkowane na ochronę pracy, poprzez racjonalnie prowadzoną politykę ochrony pracy,

— działania wspierające aktywizację poszczególnych grup zawodowych lub społecznych[369].

Powyższy podział wskazuje, jak szeroki wachlarz możliwości mają potencjalni zamawiający, by w sposób pośredni oddziaływać na sytuację społeczno-ekonomiczną mieszkańców da-

---

[368] W wyroku z dnia 3 kwietnia 2008 r. w sprawie C-346/06 Dirk Rüffert z wniosku o wydanie orzeczenia wstępnego przedłożonego przez Oberlandesgericht Celle (Niemcy) w związku ze sporem dotyczącym rozwiązania umowy o roboty budowlane, w którym ETS stwierdził, że dyrektywa 96/71/EWG, interpretowana w świetle art. 49 TWE, sprzeciwia się, w sytuacji takiej, jaka wystąpiła w sprawie rozpatrywanej przez sąd krajowy, zastosowaniu podjętego przez władze państwa członkowskiego środka o charakterze ustawodawczym, nakładającego na instytucję zamawiającą obowiązek udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane tylko takim przedsiębiorstwom, które składając oferty zobowiążą się pisemnie do wypłaty swoim pracownikom z tytułu wykonanej pracy wynagrodzenia w wysokości odpowiadającej co najmniej wynagrodzeniu obowiązującemu zgodnie z układem zbiorowym pracy w miejscu realizacji zamówienia.

[369] A. Panasiuk, Publicznoprawne ograniczenia …, *op. cit.*, s. 287.

nej społeczności, w zasięgu oddziaływania której będzie realizowany projekt publiczny. PZP przewidywało możliwość użycia w organizowanych postępowaniach kryterium wpływ sposobu wykonania zamówienia na rynek pracy w miejscu wykonywania zamówienia oraz termin wykonania. W obecnym stanie prawnym, w przepisie art. 91 ust. 2, kryterium to nie występuje, co nie oznacza jednak braku możliwości jego użycia w prowadzonych postępowaniach. Kryterium to można zastosować jedynie w sytuacji, kiedy jest związane z przedmiotem zamówienia. Może ono posłużyć zamawiającemu do weryfikacji i pewnego preferowania uczestników biorących udział w toczącym się postępowaniu. Należy jednak pamiętać, że kryterium to nie może mieć wpływu na preferencyjne traktowanie wykonawców mających siedzibę na obszarze, na którym wykonywane jest zamówienie. Ponieważ regulacje prawne systemu zamówień publicznych wymagają równego traktowania wszystkich uczestników postępowania o zamówienie publiczne, stosowanie kryterium społecznego nie może prowadzić do preferowania w postępowaniu określonych kategorii wykonawców, np. polskich w stosunku do zagranicznych lub wykonawców z określonego regionu do wykonawców pochodzących z innych regionów. Problemem powyższym zajął się Trybunał w jednym ze swoich orzeczeń w sprawie „Contse". Zamówienie dotyczyło świadczenia usług terapii oddechowej w miejscu zamieszkania oraz innych technik wspomagających oddychanie na terytorium prowincji. Jednym z kryteriów uczestnictwa było posiadanie przez wykonawcę w momencie składania ofert biur w stolicach prowincji, gdzie miały być świadczone owe usługi. Ponadto wykonawcy mogli uzyskać dodatkowe punkty, jeżeli posiadali w momencie składania oferty zakłady produkcyjne wytwarzające butle ze sprężonym tlenem odległości nie większej niż 1000 kilometrów od stolic prowincji, gdzie zamówienie miało być realizowane, jak również posiadali biura obsługi klienta w innych miejscowościach poszczególnych prowincji. Co więcej, w przypadku równej liczby punktów, zamówienie miało być udzielone dotychczasowemu wykonawcy usług. Trybunał stwierdził jednoznacznie, iż postawione wymogi przetargowe naruszają art. 49 traktatu ustanawiającego WE[370]. W piśmiennictwie oraz orzecznictwie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości zgodnie uznaje się, że preferencje faworyzujące produkty wytwarzane w określonych regionach kraju dyskryminują równocześnie towary pochodzące z innych państw, nie tylko pochodzących ze Wspólnoty. Takie praktyki prowadzą do utrudniania wymiany handlowej wewnątrz Wspólnoty i poza nią, co jest sprzeczne z brzmieniem art. 28 Traktatu WE[371]. Nie do pogodzenia z zakazem dyskryminacji była również, zdaniem ETS, praktyka rezerwowania części prac dla podwykonawców działających w regionach, w których miały być wykonywane zamówienia[372]. Również niezgodne z zasadami traktatowymi, zdaniem ETS, są regulacje zobowiązujące wykonawców do użycia w największym możliwym stopniu krajowych surowców, dóbr, materiałów i siły roboczej[373].

Jak widać, jednym z kryteriów, jakim zamawiający może kierować się przy wyborze najkorzystniejszej oferty, jest wpływ sposobu wykonania zamówienia na rynek pracy w miejscu wykonania zamówienia. Powyższe kryterium często utożsamiane jest z kryterium liczby bezrobotnych zatrudnionych do wykonania zamówienia publicznego. Wydaje się, że są to dwa odmienne i różne kryteria. Przy ocenie kryterium wpływu sposobu wykonania zamówienia na rynek pracy w miejscu wykonania zamówienia zamawiający może brać pod uwagę m.in. liczbę bezrobotnych zatrudnionych przy wykonaniu zamówienia, ale nie tylko. Tym samym, kryterium to ma szersze znaczenie i zastosowanie, niż kryterium liczby bezrobotnych zatrud-

---

[370] Orzeczenie ETS w sprawie C-234/03 Contse SA, Vivisol Sr land Oxigen Salud SA v. Institutio Nacional de Gestion Sanitaria (Ignesa), formerly Institutio Nacional de la Salud (Insalud), (2005) ECR I-09315.

[371] Por. S. Arrowsmith, Guide to the Procurement Casus of the Cort of Justice, Earlsgate Press, Winteringham, 1992 r., s. 96, orzeczenie ETS C-21/88 Du Pont de Nemours.

[372] Orzeczenie ETS z dnia 3 września 1992 r. w sprawie C-360/89, Komisja przeciwko Republice Włoskiej.

[373] Orzeczenie ETS z dnia 22 marca 1993 r., w sprawie C-243/89 Komisja Europejska przeciwko Danii (Storebaelt).

nionych do wykonania zamówienia publicznego. Wprowadzenie przez ustawodawcę możliwości ustalenia kryterium wpływu sposobu wykonania zamówienia na rynek pracy w miejscu wykonania zamówienia przesądza jednak o możliwości ustalenia kryterium liczby bezrobotnych zatrudnionych do wykonania zamówienia publicznego, jako kryterium samodzielnego. Takie kryterium, o ile zostało ustalone w sposób obiektywny i zapewniający przede wszystkim równe traktowanie wykonawców, nie narusza podstawowych zasad systemu. Należy jednocześnie zwrócić uwagę, iż nadawanie zbyt wysokiego znaczenia temu kryterium może prowadzić do nieracjonalnego wydatkowania środków przez zamawiającego. Mogą zdarzać się bowiem sytuacje, w których wykonawca będzie zobowiązywał się do zatrudniania nadmiernej liczby bezrobotnych w stosunku do liczby wystarczającej do jego wykonania, a koszty tego zostaną wliczone w cenę, której z kolei zamawiający nadał zbyt małe znaczenie. W sytuacji zachwiania proporcji między kryterium ceny a kryterium sposobu wpływu wykonania zamówienia na rynek pracy, zamawiający może wydatkować środki finansowe publiczne w sposób ekonomicznie i celowo nieuzasadniony. Zamówienia publiczne, jako element stymulujący zatrudnienie, nie dotyczą wszystkich obszarów, na których operują. Szczególnie duży efekt może dotyczyć jedynie tych sektorów, dla których zamówienia publiczne stanowią przeważającą większość kontraktów. Stanowią one wtedy o byciu lub nie podmiotów operujących w tych sektorach. Sektory, które funkcjonują głównie dzięki zamówieniom rządowym, takie jak sektor energetyczny, obronny, transportu i telekomunikacji, mogą dzięki otrzymywanym zamówieniom utrzymać istniejący lub większy poziom zatrudnienia. Jest to jeden z powodów, dla którego większość z zawartych porozumień rządowych utrzymywało pewien stopień ochrony tych sektorów przed swobodnym dostępem potencjalnych wykonawców[374].

Kryteria społeczne mogą odgrywać znaczącą rolę w kreowaniu polityki społecznej, nie należy jednak zapominać o równie ważnych aspektach ekonomicznych zamówienia publicznego. Ważne jest zatem odpowiednie zrównoważenie aspektów ekonomicznych udzielanego zamówienia z dodatkowymi aspektami, w tym z oddziaływaniem społecznym danego zamówienia. T. Kwieciński w swoich opracowaniach słusznie zwraca uwagę na sytuację, kiedy nadawanie zbyt dużego znaczenia kryterium nie związanym bezpośrednio z ceną, może prowadzić do nieracjonalnego wydatkowania przez zamawiających środków publicznych[375]. Takie niefrasobliwe konstruowanie kryteriów oceny ofert, uwzględniających aspekty społeczne czy też środowiskowe, może doprowadzić do zachwiania proporcji pomiędzy kryterium ekonomicznym, a kryteriami wyrażającymi oczekiwania zamawiającego, pośrednio zaś odnoszącymi się do kryterium ekonomicznego. Z kolei J. Kopietz-Ungier, przytaczając orzecznictwo Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości, uważa, że nie jest celem kryteriów ekologicznych i społecznych przynoszenie korzyści gospodarczych[376]. Nie można bowiem wykluczyć, że czynniki, które nie są wyłącznie natury gospodarczej, mogą prowadzić do podwyższenia ogólnej wartości zamówienia. Uwzględniając powyższe spostrzeżenia, w każdym przypadku udzielania konkretnego zamówienia publicznego, zamawiający powinni dokonać analizy potrzeb i korzyści wynikających z zastosowania określonych instrumentów prawnych, jakie wynikają z PZP. Istnieją też tzw. działania pozytywne, tj. wykorzystanie zamówienia publicznego jako

---

[374] Instrumenty ochronne wybranych sektorów gospodarki znajdowały się w GATT, w Dyrektywie 71/305 EEC z 26 lipca 1971 r. dotyczącej koordynacji procedur przyznawania kontraktów publicznych, w Dyrektywie 77/62/EEC z 21 grudnia 1976 r. dotyczącej koordynacji procedur przyznawania kontraktów na dostawy, w Dyrektywie 90/531/EEC z 17 września 1990 r. dotyczącej procedur udzielania zamówień przez zamawiających operujących w sektorach: wodnym, energetycznym, transportu i telekomunikacji.

[375] T. Kwieciński, (w:) Prawo zamówień publicznych, Komentarz (red. T. Czajkowski), Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2004 r., s. 227.

[376] J. Kopietz-Unger, Zamówienia publiczne w Unii Europejskiej, Warszawa 2006 r., s. 31. Omawiana problematyka znalazła swoje odzwierciedlenie w orzecznictwie ETS; orzeczenie ETS C-513/99 z 2002 r. oraz orzeczenie ETS C-448/01 Wienstrom z 4 grudnia 2003 r.

środka osiągania danego celu, np. stworzenia atrakcyjnego rynku dla zakładów pracy chronionej, od których nie można oczekiwać sprostania konkurencji klasycznych firm komercyjnych, o normalnym poziomie wydajności i zatrudnienia. Można zatem dostrzec, że państwo czasami używa protekcjonistycznych instrumentów przy udzielaniu zamówień publicznych dla rozwoju zaniedbanych gospodarczo regionów[377]. Zgodnie z najnowszymi kierunkami rozwoju systemu zamówień publicznych, nowoczesne zamówienia publiczne powinny wspierać wzrost popytu na innowacyjne wyroby i usługi bez tworzenia nadmiernych obciążeń regulacyjnych. Ponadto zwraca się uwagę na potrzebę szerszego wykorzystania w procedurach przetargowych kryteriów odnoszących się do społecznej odpowiedzialności biznesu, np. kwestii zatrudnienia osób niepełnosprawnych. Jedynie takie ukierunkowanie rozwoju systemowych rozwiązań zamówień publicznych pozwoli na osiągnięcie zrównoważonego rozwoju państwa.

c) Kryteria środowiskowe/zielone zamówienia publiczne

Ochrona środowiska staje się coraz ważniejszym elementem każdej nowoczesnej polityki ekonomicznej. W czasach pogłębiającej się recesji, będącej wynikiem zwiększających się deficytów budżetowych oraz kryzysu sektora bankowego, zwiększona wydajność oraz oszczędność eksploatacyjna stają się jednym z czynników, na które sektor publiczny powinien i zwraca uwagę. Takie spojrzenie jest możliwe przez pryzmat odpowiedniej polityki zamówień publicznych. Na aspekty środowiskowe polityki zamówień publicznych zwracano uwagę znacznie wcześniej. Już bowiem rozstrzygnięcia Traktatu Amsterdamskiego uznały aspekty środowiskowe za jedne z najważniejszych priorytetów UE. Jak wskazują badania prowadzone przez służby Komisji Europejskiej, coraz większa liczba podmiotów zamawiających pragnie zamawiać produkty i usługi ekologiczne[378]. A zatem potencjał ekologicznych zamówień publicznych, jako narzędzia polityki państw, jest dostrzegany w coraz większym stopniu, a w ciągu ostatnich lat zaobserwowano rosnące zaangażowanie polityczne na szczeblu krajowym, unijnym oraz międzynarodowym[379].

Zielone zamówienia publiczne, zdaniem Komisji Europejskiej, oznaczają politykę, zgodnie z którą sektor publiczny wprowadza kryteria oraz warunki ekologiczne do procedur zakupowych oraz poszukuje rozwiązań minimalizujących negatywny wpływ produktów i usług na środowisko, przy jednoczesnym uwzględnieniu całego cyklu życia produktów, które wpływają na rozwój i upowszechnianie technologii środowiskowych[380]. Uwzględniając powyższe Komisja Europejska pod koniec 2007 r. przekazała do konsultacji Radzie Unii Europejskiej oraz Parlamentowi Europejskiemu projekt dyrektywy w sprawie promocji czystych i efektywnych energetycznie pojazdów. Wznowione prace legislacyjne nad dyrektywą mają na celu zobowiązanie zamawiających, przy zakupie szeroko rozumianych pojazdów drogowych, do stosowania kryteriów uwzględniających zużycie energii, emisję dwutlenku węgla oraz emisję zanieczyszczeń, w ścisłym powiązaniu z kosztami cyklu życia produktu. Zgodnie z proponowanymi w projekcie zapisami, od 1 stycznia 2012 r. państwa członkowskie będą musiały

---

[377] A. Reich, International Public Procurement Law…, s. 28.

[378] Traktat o Unii Europejskiej z Maastricht, zawarty 7 II 1992 r. (wszedł w życie 1 XI 1993 r.), przewidywał, że kolejna konferencja międzyrządowa UE będzie zwołana w 1996 r. W związku z tym 29 III 1996 r. w Turynie na sesji inauguracyjnej zebrała się Rada Europejska. Obrady konferencji potrwały do połowy czerwca 1997 r., kiedy to parafowano wstępny tekst nowego traktatu, ostatecznie podpisany (łącznie z protokołami i deklaracjami) 2 X 1997 r. Jest on obecnie znany jako Traktat Amsterdamski.

[379] Zgodnie z Art. 130 r. Traktatu UE wymagania dotyczące ochrony środowiska muszą zostać wliczone i być wdrażane z innymi inicjatywami Wspólnoty.

[380] Komisja Europejska, Guidelines for Member States to set up Action Plans on Green Public Procurement.

uwzględniać koszty eksploatacji w cyklu życia w odniesieniu do zużycia energii, emisji dwutlenku węgla oraz emisji zanieczyszczeń pojazdów, jako kryteria przetargowe.

Sektor publiczny w Polsce, również widząc potrzebę upowszechnienia ekologicznych zamówień publicznych, podjął następujące inicjatywy:

— „Krajowy Plan Działań w zakresie zielonych zamówień publicznych na lata 2007–2009"[381], w którym omówione zostały przepisy prawne regulujące kwestie zielonych zamówień na poziomie Polski i Unii Europejskiej, a także cele ogólne i szczegółowe, związane z rozwojem podejścia środowiskowego w zamówieniach publicznych, jak również planowane działania i narzędzia realizacji zielonych zamówień. Dokument określił również, że instytucją odpowiedzialną za koordynacje zadań realizowanych w ramach Planu Działań będzie Urząd Zamówień Publicznych.

— Program wykonawczy „Mapa Drogowa" Wdrażania Planu Działań na rzecz technologii środowiskowych w Polsce[382]. Program określał stan istniejący w zakresie wykorzystania technologii środowiskowych w Polsce oraz główne kierunki działań w zakresie ich upowszechniania, jak również wskazywał sposób koordynowania działań i ułatwiania przepływu informacji w tej dziedzinie. Zielone zamówienia publiczne w tym opracowaniu uznane zostały za jeden z najistotniejszych instrumentów prowadzących do osiągnięcia zarówno znaczącego efektu środowiskowego, jak i ekonomicznego.

Obowiązujące obecnie regulacje prawne pozwalają na korzystanie z wybranych kryteriów opracowanych w ramach systemu etykietowania ekologicznego i energetycznego, zarówno o zasięgu krajowym, jak i o zasięgu międzynarodowym. Pozwalają na wybór w przetargach produktów droższych w zakupie, ale tańszych w eksploatacji, jak również wybór produktów droższych w eksploatacji i w zakupie, ale charakteryzujących się mniejszym oddziaływaniem na środowisko. Powyższe sposoby ujęcia podejścia ekologicznego w procedurach zamówień publicznych przewidują konieczność odejścia od wyboru oferty charakteryzującej się najniższą ceną w kierunku wyboru oferty najkorzystniejszej ekonomicznie, uwzględniając podejście kosztowe, zawierające analizę kosztu użytkowania produktu. Podejście kosztowe powinno uwzględniać okres używania danego produktu, czyli okres liczony od momentu jego pozyskania do momentu wyzbycia się rozumianego w sposób jak najszerszy, począwszy od wyeksploatowania, poprzez naturalne zużycie, czy też zaspokojenie pierwotnych potrzeb. Podejście kosztowe powinno uwzględniać w szczególności koszt posiadania określonego aktywa, będący sumą nabycia, jak również kosztów eksploatacji, uwzględniających takie pozycje jak zużycie energii, koszty utrzymania i naprawy, koszty konserwacji i amortyzacji oraz koszty związane z przekazaniem aktywa jako odpadu do recyclingu. Dopiero takie podejście pozwoli na zbilansowanie efektu ekonomicznego z efektem środowiskowym.

Podejmowane są również próby formułowania wzorcowych kryteriów środowiskowych, które można by było wykorzystać w procesie udzielanych zamówień publicznych. I tak w jednym z opracowań wyróżniono następujące kryteria ekologiczne:

— kryterium energooszczędności,

---

[381] Krajowy Plan Działań w zakresie zielonych zamówień publicznych na lata 2007–2009 opracowany został przez Urząd Zamówień Publicznych i przyjęty przez KERM 30 stycznia 2007 r. Głównymi celami Planu są: zwiększenie poziomu uwzględniania aspektów środowiskowych w zamówieniach publicznych, rozwój rynku produktów przyjaznych środowisku oraz poszerzenie rynku technologii dla przemysłu ochrony środowiska i sektora usług okołośrodowiskowych, promowanie zrównoważonych wzorców produkcji i konsumpcji.

[382] „Mapa Drogowa" wdrażania Planu Działań na rzecz technologii środowiskowych w Polsce opracowana została przez Ministerstwo Gospodarki w 2006 r.

— kryterium surowców odnawialnych i odzysku oraz surowców i materiałów alternatywnych,

— kryterium niskiej emisji,

— kryterium niskiego poziomu odpadów,

— kryterium podmiotowe możliwości technicznych wykonawców w aspekcie ekologicznym[383].

Położenie akcentu na realizację celów ochrony środowiska w systemie zamówień publicznych wymaga aktywności państwa, a w szczególności aktywizacji poszczególnych grup zamawiających. Jedynie spójna i zintegrowana polityka udzielania zamówień publicznych w państwie może dać oczekiwane efekty.

Jednym z warunków sprawnie zarządzanej sfery działalności publicznej są instrumenty zamówień publicznych, które przyczyniają się do zrównoważonego rozwoju gospodarki poprzez wykorzystywanie nie tyle instrumentów rachunku ekonomicznego, co aspektów środowiskowych, które w dalszej perspektywie przynoszą oczekiwane rezultaty. Ekologiczne zamówienia publiczne obejmują szeroki zakres produktów i usług takich jak: budowle pasywne, energooszczędne urządzenia i maszyny, elementy wyposażenia biurowego wykonanego z budulca, którego wykorzystanie nie narusza równowagi ekologicznej, zakup papieru nadającego się do ponownego przetworzenia, samochodów elektrycznych, przyjaznego środowisku transportu publicznego, naturalnej żywności dla stołówek, elektryczności pochodzącej z odnawialnych źródeł, systemów klimatyzacji wykorzystujących najnowocześniejsze rozwiązania ekologiczne. Aby umożliwić sektorowi publicznemu realizowanie ekologicznych zamówień, na szczeblu struktur Unii Europejskiej został stworzony program Ecolabel[384], którego celem jest promowanie produktów i wyrobów, które mają potencjalnie ograniczony szkodliwy wpływ na środowisko w porównaniu z innymi produktami z tej samej grupy w całym cyklu życia takiego produktu. System zakłada przyznawanie wspólnotowych oznakowań ekologicznych produktom dostępnym na obszarze Wspólnoty Europejskiej. Oznakowanie ekologiczne nie może być przyznawane substancjom i preparatom sklasyfikowanym jako bardzo toksyczne i niebezpieczne dla środowiska.

Dokonywanie zakupów przyjaznych środowisku to także dawanie dobrego przykładu i oddziaływanie na rynek w sposób pozytywny, gdyż może w istotny sposób zachęcić przedsiębiorców do rozwijania technologii przyjaznych środowisku. W przypadku niektórych rodzajów produktów, prac oraz usług wpływ ten może okazać się szczególnie znaczący ze względu na to, że zamówienia publiczne mają ogromny udział w rynku (przykładowo w sektorze komputerów, energooszczędnych budynków, transportu publicznego i tak dalej). Na koniec, biorąc pod uwagę koszty czasu trwania umowy, ekologiczne zamówienia publiczne pozwalają jednocześnie na oszczędności, jak i na ochronę środowiska. Dokonując zakupów w sposób rozsądny można oszczędzić materiały i energię, zmniejszyć ilość odpadów, a także poziom zanieczyszczeń środowiska oraz zachęcić do postępowania zgodnego ze wzorcami zachowań dla zrównoważonego rozwoju.

---

[383] R. Janikowski, Analiza i ocena możliwości stosowania w polskich warunkach kryteriów środowiskowych w zamówieniach publicznych, Katowice 2005 r., IETU.

[384] Rozporządzenie 1980/2000 WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 17 lipca 2000 r. w sprawie zrewidowanego programu przyznawania wspólnotowego oznakowania ekologicznego Dz. U. UE L 237 z 21 września 2000 r., s. 1.

Przy wyborze instrumentów środowiskowych do postępowań o udzielenie zamówienia publicznego należy uwzględniać fakt, że każda polityka ochrony środowiska podwyższa koszty produkcji i użytkowania konkretnych dóbr[385]. Tylko uświadomienie sobie takiego rezultatu udzielonego zamówienia może pozwolić na właściwe podejście do osiągnięcia założonego celu. Tym niemniej użycie mechanizmów ochrony środowiska w organizowanych procedurach zamówień publicznych powinno być postrzegane jako element niezbędny, nie tylko w aspektach prawnych czy technicznych, lecz również jako działania gospodarcze, za które należy płacić cenę rynkową. Przedmiot zamówienia, który jest bardziej ekologiczny i ma mniejszy negatywny wpływ na środowisko, zazwyczaj jest droższy od podobnego przedmiotu, nie wywierającego efektu ekologicznego. Zamawiający definiując przedmiot zamówienia w ogłaszanym postępowaniu, musi zwrócić szczególną uwagę na wypośrodkowanie swoich oczekiwań, tak aby znaleźć równowagę między, z jednej strony, oczekiwaniami finansowymi, z drugiej zaś strony, efektem ekologicznym udzielanego zamówienia publicznego. Zamawiający może również dopuścić możliwość składania ofert wariantowych w organizowanym postępowaniu, wówczas wykonawcy mogą wybrać sposób, w jaki będą realizowali przedmiot zamówienia i na tym etapie dokonają również wyboru konkretnej technologii, tak aby uzyskać finalnie przedmiot zamówienia tożsamy z opisem zawartym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W tym przypadku zamawiający powinni pamiętać, aby premiować podmioty które oferują ekologiczne technologie wykonania zamówienia. Bardzo często przetarg nastawiony tylko na osiągnięcie efektu ekonomicznego, może zawierać również dodatkowe, oprócz ceny, kryteria wyboru najkorzystniejszej oferty, które pośrednio będą odnosiły się zarówno do osiągnięcia efektu ekonomicznego, jak i przy okazji osiągną efekt ochrony środowiska. Moim zdaniem zamawiający powinien tak postępować, aby zastosowane kryteria ekonomiczne, odnoszące się do przedmiotu zamówienia, były traktowane na równi z innymi kryteriami, takimi jak funkcjonalność, estetyka, zaawansowanie technologiczne itp. Tylko bowiem takie postępowanie jest w stanie najszerzej uwzględnić oczekiwania zamawiającego. Należy jednak pamiętać, że cena zaoferowana w ofercie i następnie płacona przez Zamawiającego za dostarczony przedmiot zamówienia, odzwierciedla wiele elementów składowych, takich jak: projekt, nowatorstwo, użyte materiały, proces produkcyjny i technologiczny, czasami również konieczność przeprowadzenia testów i wstępnych badań, ewentualny transport i ubezpieczenie. Zamawiający ma jednak możliwość bezpośredniej ingerencji w wielkość i zakres powyższych elementów składowych finalnej ceny zamówienia, której wysokość uzależniona jest bezpośrednio od jego oczekiwań i potrzeb. Może to uczynić poprzez wprowadzenie do dokumentacji przetargowej wymagań zarówno podmiotowych, jak i przedmiotowych oraz wymagań uwzględniających, z jednej strony, aspekty ekonomiczne, a z drugiej strony, aspekty ekologiczno-społeczne udzielanych zamówień publicznych, wyrażonych poprzez odpowiednie skonstruowanie kryteriów wyboru najkorzystniejszej oferty.

W doktrynie podkreśla się możliwość kompleksowego regulowania kwestii związanych z ekologicznymi zamówieniami na każdym etapie projektu. Modelowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego zawiera trzy podstawowe etapy, etap przygotowania, prowadzenia i wykonania zamówienia. Na każdym z powyższych etapów postępowania podmiot publiczny może z większą lub mniejszą doniosłością realizować politykę ekologiczną. W zakresie czynności przygotowawczych mamy najwięcej możliwości uwzględnienia w przyszłym zamówieniu aspektów ekologicznych. Do czynności przygotowawczych prowadzonego postępowania możemy zaliczyć w szczególności: opis przedmiotu zamówienia, wybór odpowiednich warunków

[385] Por. M. J. Thieme, Społeczna gospodarka rynkowa, Warszawa 1995 r., s. 113. Zdaniem którego instrumenty polityki ochrony środowiska, należy dobierać według kryterium, czy i w jakim stopniu poprawiają lub szkodzą funkcjonowaniu zdecentralizowanego, wolnorynkowego systemu kierowania.

podmiotowych oraz określenie kryteriów przedmiotowych, dot. wyboru oferty. Ustawodawca daje również możliwość zamawiającemu odpowiedniego ukształtowania przyszłej umowy.

Na etapie czynności przygotowawczych do wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pojawia się możliwość właściwego doboru kryteriów wyboru najkorzystniejszej oferty tak, by w pełni osiągnąć cele polityki sektora publicznego. Dla przykładu, jedno z kryteriów wyboru najkorzystniejszej oferty, kryterium wyboru najlepszej technologii w zakresie wpływu na środowisko, uznawane jest jako kryterium ekologiczne. Kryteria ekologiczne mogą stanowić element kształtujący wybór oferty najkorzystniejszej ekonomicznie, pod warunkiem jednak, że nie są one dyskryminacyjne oraz że zostały podane do publicznej wiadomości w ogłoszeniu przetargowym bądź dokumentacji przetargowej. W sprawie C-513/99 („Concordia Bus")[386] Trybunał dokonał interpretacji dyrektyw pod kątem możliwości stosowania kryteriów ekologicznych do wyboru oferty najkorzystniejszej. Oferty złożone w zaskarżonym postępowaniu miały być oceniane w odniesieniu do trzech kategorii kryteriów: całkowitej ceny za obsługę, jakości parku autobusowego oraz programu jakości i gospodarowania środowiskiem naturalnym oferowanym przez operatora. Trybunał zauważył, że zgodnie z dyrektywami dotyczącymi zamówień publicznych, w sytuacji, kiedy zamówienie jest udzielane w oparciu o kryterium oferty najkorzystniejszej ekonomicznie, zamawiający może brać pod uwagę różnorodne czynniki związane z zamówieniem, takie jak przykładowo: jakość, zalety techniczne, właściwości estetyczne lub funkcjonalne, pomoc techniczna i serwis po sprzedaży, termin dostawy lub okres realizacji, wreszcie cena. Analizując rozwiązania prawne przewidziane przepisami przedmiotowych dyrektyw możemy jednoznacznie stwierdzić, że czynniki powyższe nie zostały wymienione w sposób wyczerpujący przez ustawodawcę unijnego. Zdaniem Trybunału, odpowiedniego przepisu dyrektywy nie można interpretować w ten sposób, że każdy z czynników zastosowany przez zamawiającego w celu wyboru oferty najkorzystniejszej ekonomicznie, koniecznie musi mieć charakter czysto ekonomiczny. Z punktu widzenia zamawiającego czynniki, które nie mają charakteru czysto ekonomicznego, również mogą mieć wpływ na wartość złożonej oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Za takim wnioskiem przemawia chociażby fakt, że definiując ofertę najkorzystniejszą ekonomicznie, dyrektywa wymienia m. in. właściwości estetyczne. Podsumowując, z orzeczenia wynika, że przepisy dyrektyw nie zabraniają zamawiającemu przy wyborze oferty najkorzystniejszej ekonomicznie, zastosowania czynników dotyczących ochrony środowiska[387]. Ich wybór uzależniony jest jednak od umiejętności oraz potrzeb sektora publicznego.

Słabością naszego systemu zamówień publicznych jest pewnego rodzaju bariera mentalna osób odpowiadających za procedury zamówień publicznych, które koncentrują się na bieżącym koszcie zakupu, nie interesując się dalszymi kosztami eksploatacji oraz ewentualnej konserwacji i naprawy. Wskazane zatem jest dołożenie większej uwagi i staranności przy sporządzaniu specyfikacji istotnych warunków zamówienia, tak aby uwzględnić możliwe kryteria odnoszące się nie tylko do bieżących kosztów zakupu, lecz również uwzględniające późniejsze koszty eksploatacyjne. Dokonując zamówień ekologicznych możemy być pewni, że większy wydatek na etapie udzielania zamówienia publicznego, będzie skutkował większymi oszczędnościami w trakcie eksploatacji. W konsekwencji czego, faktycznie korzystniejszą ekonomicznie może być oferta droższego wykonawcy, ale pod warunkiem, że zamawiający przewidział i uwzględnił wszystkie te aspekty w opisie przedmiotu zamówienia oraz wymaganych warunkach i kryteriach, na etapie przygotowywania dokumentacji przetargowej.

---

[386] Orzeczenie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z dnia 17 września 2002 r. , w sprawie C-513/99 („Concordia Bus").

[387] A. Panasiuk, System zamówień publicznych w Polsce, Warszawa 2004 r. s. 276.

Jak widać katalog instrumentów za pomocą których sektor publiczny może wpływać na kreowanie polityki środowiskowej jest dość pokaźny. Problemem w ich efektywnym wykorzystywaniu nie jest konieczność implementacji rozwiązań prawa europejskiego do krajowego porządku prawnego, lecz brak szeroko zakrojonych działań informacyjno — edukacyjnych. A w szczególności brak jasno sprecyzowanych celów polityki środowiskowej sektora publicznego.

Jakie cechy powinny mieć kryteria pozacenowe

Przy konstruowaniu pozacenowych kryteriów oceny ofert, czyli zarówno takich, które celują w wybór oferty najkorzystniejszej ekonomicznie, jak i tych uwypuklających pozaekonomiczne cechy zamówienia, należy stosować się do szeregu zaleceń wyrażonych w orzecznictwie europejskim i polskim. Kryterium ceny ze swej natury jest bardzo przejrzyste i przy jego formułowaniu właściwie brak jest jakichkolwiek okoliczności, które muszą być brane pod uwagę. Inaczej w przypadku kryteriów pozacenowych, które powinny być właściwie dobrane, wyrażone w sposób precyzyjny i jednoznaczny, winny mieć odpowiednią wagę. Dodatkowe kryteria pozacenowe powinny mieć taki udział, aby pozostawały w odpowiednim bilansie względem ceny transakcyjnej. Każde dodatkowe kryterium zmniejsza znaczenie kryterium ceny jako kryterium podstawowego. Zamawiający musi zatem określić znaczenie poszczególnych kryteriów w odniesieniu do kryterium ceny i jego znaczenia, tak aby udzielić zamówienia zgodnie ze swoimi oczekiwaniami i aby nie zapłacić zbyt wygórowanej ceny[388]. W jednym jednak z orzeczeń w sprawie SIAC Construction ETS orzekł, że co prawda dyrektywy wspólnotowe nie zawierają zamkniętego katalogu kryteriów wyboru ofert, to jednak przyjęte przez zamawiającego kryteria muszą mieć na celu wybór oferty ekonomicznie najkorzystniejszej, a ich sprecyzowanie nie może zezwalać zamawiającemu na nieograniczoną swobodę wyboru. Oznaczałoby to, że dodatkowe kryteria o tyle są dopuszczalne, o ile mają pewien walor ekonomiczny[389]. Pogląd taki nie był jednak poglądem trwałym i jednolitym w linii orzeczniczej Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości, bowiem zupełnie odmienne stanowisko zaprezentował Trybunał Sprawiedliwości w sprawie Concordia Bus Finland[390], w którym stwierdził, że nie każde kryterium musi mieć czysto ekonomiczną naturę. Nie można bowiem wykluczyć, że pewne czynniki o innym charakterze mogą też z punktu widzenia zamawiającego wpływać na wartość oferty. Trybunał powołał się tutaj na kryterium wyglądu estetycznego, wymienione w obowiązujących wówczas dyrektywach oraz na art. 6 TWE, dotyczący ochrony środowiska. Podkreślił jednak, że takie kryteria muszą mieć bezpośredni związek z przedmiotem zamówienia. Nie do końca jest jednak jasne, czy podmiot zamawiający może uwzględnić jedynie bezpośrednią korzyść ekonomiczną oferty dla danego zamówienia, czy też może wziąć pod uwagę korzyści dla całej gospodarki, regionu czy państwa. Jak widać, brak jednolitej linii orzeczniczej Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości również nie wpływał na właściwe stosowanie kryteriów społecznych, jak i ekologicznych w zamówieniach publicznych.

Osobną kwestią jest zakres swobody zamawiającego przy ustalaniu kryteriów oceny ofert. Znacząca jest tu wypowiedź jednego z sądów[391], który poddając krytyce możliwość przyznania dodatkowych punktów przy ocenie technicznej za parametry urządzenia medycznego, co do których to parametrów literatura przedmiotu wskazuje, iż brak jest aktualnie dowo-

---

[388] Por. R. Szostak, Glosa do wyroku SN z dnia 18 września 2002 r., III CZP 52/02 w OSP z 2003 r. Nr 5, poz. 57, oraz uchwała SN z dnia 18 września 2002 r., III CZP 52/02 w OSNC z 2003 r. Nr 6, poz. 79.

[389] Patrz orzeczenie ETS z dnia 18 października 2001 r., w sprawie C 19/00 SIAC Construction, s. I–7725.

[390] Orzeczenie ETS z dnia 17 września 2002 r., w sprawie Concordia Bus Finland C-513/99, ECR 2002 s. I–7213.

[391] Wyrok SO w Bydgoszczy z dnia 25 stycznia 2006 r., sygn. akt II Ca 693/5.

dów opartych na wiarygodnych faktach naukowych potwierdzających ich znaczenie kliniczne stwierdził, że zamawiający ma prawo stosować w specyfikacji kryteria pozwalające dokonać mu wyboru najkorzystniejszej oferty, jednakże swoboda ta nie może być niczym nieograniczona. Wprowadzanie kryteriów pozafinansowych do dokumentacji przetargowej powinno odbywać się zgodnie z określonymi zasadami. W szczególności zamawiający nie powinien tracić z pola widzenia ogólnych zasad systemu zamówień publicznych, które to zasady należy odnosić do każdej podejmowanej w postępowaniu czynności.

Ma to szczególne znaczenie przy dokonywaniu opisu przedmiotu zamówienia oraz konstruowaniu warunków podmiotowych, jak i przedmiotowych udziału w postępowaniu. Zamawiający nie tylko powinien wskazać kryteria oceny ofert, ale również zamieścić w specyfikacji ich opis. Opis kryteriów powinien precyzyjnie wyjaśniać, jak zamawiający rozumie określone kryterium. Na konieczność precyzyjnego ustalenia znaczenie kryterium wyboru najkorzystniejszej oferty zwracał uwagę w jednym ze swoich orzeczeń SO we Wrocławiu[392], który wypowiedział pogląd, że „kryteria oceny ofert zawarte w pkt XI SIWZ były niejasne i stwarzały dowolność interpretacyjną albowiem nie zostało w nim określone co zamawiający rozumie przez „funkcjonalność", a jedynie, jak będzie wyliczać punkty za owo kryterium." Wraz z opisem kryteriów należy podać ich znaczenie oraz sposób oceny ofert, w miarę możliwości jak najbardziej wymierny. Sposób oceny ofert to sposób mierzenia stopnia spełnienia przez ofertę preferencji zamawiającego wyrażonej w postaci kryterium[393]. W kontekście zagadnienia punktacji warto przywołać jedno z orzeczeń Zespołu Arbitrów[394], w którym arbitrzy krytycznie odnieśli się do postępowania zamawiającego, który wprawdzie w opisie kryterium sformułował wiele szczegółowych podkryteriów, m.in. zastosowane rozwiązania konstrukcyjne, łatwość montażu itd., ale nie wyjaśnił, w jaki sposób będzie przeprowadzał ocenę. Arbitrzy uznali, że zamawiający powinien określić sposób przyznawania punktów, tak by możliwe było ustalenie, jakie rozwiązanie techniczne uzyska określoną liczbę punktów. Wyraźne stanowisko w tej kwestii zajął także inny skład arbitrów[395] uznając, że postanowienie specyfikacji, zgodnie z którym „punkty za jakość będą przydzielane na podstawie dołączonych kart kwalifikacji jakości, certyfikatów jakości, innych świadectw jakości, oraz znaków towarowych i firmowych świadczących o jakości wyrobów. Członkowie komisji przyznają punkty w skali od 0–20 punktów", stanowi naruszenie zasad zawartych w art. 7 PZP ze względu na fakt, iż kryterium jakości jest w zasadzie niemierzalne i trudne do określenia i w związku z tym wymaga szczegółowego opisu sposobu jego oceny.

Również Trybunał wypowiedział się w tej sprawie stwierdzając, że dobór kryteriów pozafinansowych powinien uwzględniać w szczególności następujące warunki:

— kryteria powinny być związane z przedmiotem zamówienia,

— kryteria nie mogą dawać zamawiającemu nieograniczonej swobody wyboru,

— wszystkie kryteria powinny być wymienione w dokumentacji przetargowej bądź w ogłoszeniu o zamówieniu,

— kryteria powinny pozostawać w zgodności z prawem wspólnotowym, a w szczególności z zasadą niedyskryminacji[396].

---

[392] Wyrok SO we Wrocławiu z dnia 22.11.2005 r.

[393] Postanowienie ZA z dnia 20 stycznia 2006 r., sygn. akt UZP/ZO/0-127/06.

[394] Wyrok ZA z dnia 13 stycznia 2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0–2376/04.

[395] Wyrok ZA z dnia 6 kwietnia 2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-592/05.

[396] Orzeczenie ETS w sprawie C- 513/99 Concordia Bus, (2002) ECR I–7213.

Dyrektywy odnoszące się do problematyki zamówień publicznych dają możliwości stosowania rozwiązań ukierunkowanych na jakość dzięki opcji udzielania zamówień na podstawie oferty najkorzystniejszej ekonomicznie. Zamawiający musi jedynie większy nacisk położyć na opłacalność danego zamówienia niż na cenę. Dzięki możliwości zastosowania kryteriów zmierzających do wyłonienia najkorzystniejszej ekonomicznie oferty, zamawiający mają możliwość oceny nie tylko bezpośrednich kosztów zakupu, ale również kosztów ponoszonych podczas całego okresu użytkowania przedmiotu zamówienia. To z kolei stanowi zachętę dla wykonawców do zapewnienia realnej wartości dodanej dla konkretnego zamawiającego, nie mówiąc już o pozytywnym wpływie na innowacyjność, poprzez zachęcenie wykonawców do opracowywania lepszych, trwalszych, czy też energooszczędnych produktów. Uwypuklanie aspektów opłacalności, a nie jedynie ceny konkretnego przedmiotu zamówienia, powinno stać się pewnym standardem w prowadzonych procedurach zamówień publicznych. Aby tak się stało, muszą być opracowane określone zasady zachowania się zamawiających. Do takich zasad możemy zaliczyć opracowany przez służby Komisji Europejskiej „Europejskiego kodeksu najlepszych praktyk ułatwiających dostęp małych i średnich przedsiębiorstw do zamówień publicznych"[397].

Przy wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający powinien brać pod uwagę jedynie te kryteria, które zostały opisane w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia[398]. Ich wybór nie może być dowolny i zależny od uznania komisji dokonującej oceny złożonych ofert, muszą mieć one charakter obiektywny, nie naruszający zasady równego traktowania wszystkich uczestników oraz powinny być stosowane w ten sam sposób do wszystkich złożonych ofert. W jednym ze swoich wyroków Zespół Arbitrów stwierdził, iż bezspornym jest, iż w chwili składania ofert niewiadomym było, w jaki sposób będzie punktowane kryterium jakości. Komisja przetargowa nie może różnicować poszczególnych wykonawców na podstawie kryterium, które sama dookreśli dopiero w momencie przyznawania punktów[399]. Poprzez odpowiedni dobór kryteriów zamawiający ma możliwość legalnego wpływu na kształt przyszłego zamówienia. Pod względem treści merytorycznych, konstruowane kryteria muszą mieć bezpośredni związek z ekonomicznymi interesami publicznymi zamawiającego, które wynikają z regulacji prawnej finansów publicznych. Przymusowym, z woli ustawodawcy, jest kryterium ceny oferowanego przedmiotu zamówienia; im cena jest niższa, tym lepsza dla zamawiającego. Majątkowym zaś odpowiednikiem ceny w złożonej ofercie jest przedmiot zamówienia, względem którego cena stanowi ekonomiczny ekwiwalent.

---

[397] Dokument roboczy KE pod nazwą Europejski Kodeks Najlepszych Praktyk ułatwiających dostęp MŚP do zamówień publicznych Bruksela, 25 czerwca 2008 r., SEC(2008)2193. Ogólnym celem „Europejskiego kodeksu najlepszych praktyk ułatwiających dostęp MŚP do zamówień publicznych" jest umożliwienie państwom członkowskim oraz ich instytucjom zamawiającym wykorzystania w pełni możliwości, jakie stwarzają dyrektywy w sprawie zamówień publicznych w celu zapewnienia równych reguł gry dla wszystkich wykonawców pragnących uczestniczyć w przetargach na zamówienia publiczne. Zdaniem KE zwiększone uwzględnienie MŚP przy dokonywaniu zakupów publicznych będzie skutkowało wzrostem konkurencji w zakresie zamówień publicznych, co z kolei prowadzić będzie do poprawy relacji jakości do ceny odczuwalnej przez instytucje zamawiające. Ponadto bardziej przejrzyste i sprzyjające konkurencji praktyki w dziedzinie zamówień publicznych pozwolą MŚP uwolnić ich potencjał wzrostu i innowacyjności z korzystnym skutkiem dla gospodarki europejskiej.

[398] W wyroku z dnia 24 stycznia 2008 r. w sprawie C-532/06 Lianakis z wniosku o wydanie orzeczenia wstępnego przedłożonego przez Symvoulio tis Epikrateias (Grecja) w związku ze sporem powstałym na tle postępowania o udzielenie zamówienia na projekt dotyczący katastru, zagospodarowania przestrzennego i wdrożenia dla części gminy Alexandroupolis, ETS stwierdził, że art. 36 ust. 2 dyrektywy 92/50/EWG, w związku z zasadą równego traktowania podmiotów gospodarczych i wynikającym z niej obowiązkiem przejrzystości stoi na przeszkodzie temu, by w ramach postępowania przetargowego instytucja zamawiająca ustalała w terminie późniejszym współczynniki wagi i podkryteria w zakresie określonych w specyfikacji lub ogłoszeniu o zamówieniu kryteriów udzielenia zamówienia.

[399] Wyrok ZA z dnia 10 lutego 2005 r. Sygn. akt UZP/ZO/0–207/05.

Zalety stosowania kryteriów pozacenowych

Zastosowanie kryterium najniższej ceny wywoła oczywisty skutek w postaci uzyskania zamówienia najtańszego. Jak wskazałem wyżej, rozwiązanie takie ma wiele wad i w pewnych okolicznościach nie jest najlepszym wyjściem. Zastosowanie innych, obok ceny, kryteriów oceny ofert, może przysporzyć zamawiającym wiele korzyści. Pozostając w sferze finansowej, należy w szczególności wskazać, że lepszy produkt często wart jest poniesienia, przynajmniej początkowo, większego wydatku. Ponadto koszty produktu lub usługi należy rozpatrywać długoterminowo, tzn. nabywać takie, które w perspektywie czasowej będą bardziej korzystne dla zamawiającego od innych. Także ogromne znaczenie ma w tym wypadku żywotność produktu, a więc prognozowany czas, w którym produkt, w przypadku dostaw i robót budowlanych, będzie służył użytkownikom. Nie bez znaczenia jest również stopień przyjazności środowisku, bowiem w przyszłości koszty choćby eksploatacji czy utylizacji mogą spowodować, że najtańszy produkt *de facto* okazał się być najdroższym. Takie kryteria, jak długość gwarancji, czy długość i rodzaj serwisu posprzedażowego, w oczywisty sposób podnoszą wartość dostarczanego produktu, redukując w przyszłości koszty naprawy. Patrząc szerzej, konieczne jest rozważenie przez zamawiających, jak duże możliwości dla ich jednostki niesie za sobą nabycie usługi innowacyjnej, która wpłynie na rozwój nowoczesnych technologii w ich regionie, czy nawet pomoże młodej innowacyjnej firmie zaistnieć na lokalnym rynku. Nie wspominając o oczywistych korzyściach płynących ze stosowania kryteriów społecznych, dzięki którym zamawiający może wpłynąć na sytuację na lokalnym rynku pracy i to nie tylko w zakresie zwalczania bezrobocia, ale także kształtowania struktury zatrudnienia. Wielką rolę należy tutaj upatrywać w zamawiających — jednostkach samorządu terytorialnego, które poprze stosowanie odpowiednich kryteriów oceny ofert mogą zasadniczo kształtować politykę prowadzoną w regionie. Można pokusić się nawet o stwierdzenie, że stosowanie np. kryteriów innowacyjnych i realizowanie innowacyjnych przedsięwzięć może przyczynić się do zmiany profilu przedsiębiorstw w danym regionie, przyciągnięcie na dany teren przedsiębiorców zajmujących się nowoczesnymi technologiami i w konsekwencji znacząco wpłynąć na rozwój regionu. Wydaje się, że wobec takich perspektyw nie sposób polemizować z tezą, że to co tanie, nie zawsze jest najlepsze.

INNOWACYJNOŚĆ A KRYTERIA TECHNICZNE W ZAMÓWIENIACH PUBLICZNYCH

Aldona Piotrowska
Uniwersytet Ekonomiczny w Krakowie
Katedra Prawa Publicznego

Uwagi wprowadzające — rola administracji we wdrażaniu rozwiązań innowacyjnych

Prawo zamówień publicznych jest jedną z instytucji prawa administracyjnego podlegającą ciągłym przemianom, wynikającym z przeobrażenia funkcji spełnianych przez administrację. Rozwój życia i coraz to nowe wyzwania stawiane państwom członkowskim przez UE wymusza posłużenie się m.in. instytucją zamówień publicznych w dążeniu do ukierunkowanego przekształcania życia społecznego[400]. Jednym z instrumentów jakimi może się posłużyć państwo dla realizacji funkcji państwa w gospodarce są zamówienia publiczne (ZP). ZP mogą stanowić instrument zwiększania innowacyjności gospodarki. Elementem rynkowego systemu gospodarczego są regulacje prawne[401].

Biorąc pod uwagę fakt, iż wartość zamówień publicznych w UE szacuje się na 16% łącznego PKB krajów członkowskich, rozmiar środków publicznych wskazuje na dużą siłę oddziaływania w zakresie wyznaczania proinnowacyjnych i proekologicznych standarów zachowania[402]. Zamówienia publiczne mogą być stymulatorem innowacyjnej gospodarki[403] zwłaszcza, że zgodnie z raportem „The Global Competetiveness Report 2010–2011" Polska pod względem innowacyjności zajmuje dopiero 54 miejsce na tle 139 ocenianych krajów[404].

Należy się zastanowić na ile administracja ma obowiązek wprowadzania rozwiązań innowacyjnych? W celu odpowiedzi na to pytanie należy się odnieść do funkcji administracji w gospodarce. Jedną z funkcji jaką przypisuje się administracji jest funkcja regulatora rozwoju gospodarczego[405], nazywana w innych opracowaniach funkcją wspierania gospodarki (przedsiębiorczości)[406]. Obowiązek realizowania postulatów dotyczący wprowadzania rozwiązań innowacyjnych wynika także z zapisów Konstytucji RP t.j. z zasady zrównoważonego rozwoju, albowiem funkcje administracji są podporządkowane funkcjom państwa, wynika-

---

[400] Por. Duniewska Z. [w:] Hauser R., Niewiadomski Z., Wróbel A.(red.), Instytucje prawa administracyjnego. System Prawa Administracyjnego, t. I, Warszawa 2010, s. 103, czyni refleksję o charakterze ogólnym; wskazuje, iż rozwój życia wymusza posłużenie się prawem administracyjnym nie tylko w celach homeostatycznych, ale także w dążeniu do ukierunkowanego przekształcania tego stanu.

[401] Kieres L., Podstawowe zasady administracyjnego prawa gospodarczego. Zagadnienia wprowadzające, [w:] Borkowski A., Chełmoński A., Guziński M., Kiczka K., Kieres L., Kocowski T., Szydło M., Administracyjne prawo gospodarcze, Wrocław 2009r. s. 26.

[402] Kronenberg J., Bergier T., „Nowe podejście do zamówień publicznych: zamówienia publiczne a MŚP, innowacje i zrównoważony rozwój"), s. 185.

[403] Polityka innowacyjna jest kształtowana przez szereg dokumentów, do których zaliczamy: dokumenty strategiczne w Polsce, wśród nich znajdują się : „Strategia Rozwoju Kraju 2007–2015", „Narodowa Strategia Spójności 2007–2013", „Krajowa Strategia Rozwoju Regionalnego" oraz „Krajowy Program Reform 2013", dokumenty strategiczne w Unii Europejskiej m.in.: Komunikat KE „Europa 2020" Bruksela, 3.3.2010, „7. Program Ramowy Unii Europejskiej 2007–2013", „European Consensus on Development" czy „i2010 EUROPA", www.mrr.gov.pl

[404] Wiadomości Krajowego Punktu Kontaktowego Programów Badawczych UE, nr 1(107), styczeń 2011, s. 10.

[405] Izdebski H., Kulesza M., Administracja publiczna. Zagadnienia ogólne. Warszawa 1998, s. 99.

[406] Popowska B., *Klasyfikacja funkcji administracji w nauce publicznego prawa gospodarczego, [w:] Funkcje współczesnej administracji gospodarczej*, Poznań 2006, s. 69.

jącym z zasad konstytucyjnych oraz zasad TFUE[407]. Wykorzystywanie innowacyjnych rozwiązań w realizacji zamówień publicznych jest jednym z instrumentów realizacji powyżej funkcji administracji. Obowiązek realizacji powyższych funkcji administracji wynika także z Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, gdzie jednym z celów Unii Europejskiej jest dążenie do zrównoważonego rozwoju wszystkich państw członkowskich. Wyrazem tego jest stanowienie kolejnych aktów prawnych mających na celu urzeczywistnienie celów traktatowych. Przykładem tego jest zawarty w pkt 10 preambuły dyrektywy 2009/33/WE[408] postulat: „Grupa wysokiego szczebla ds. konkurencyjności, energii i środowiska w swoim sprawozdaniu z dnia 27 lutego 2007 r. stwierdziła, że w ramach zamówień publicznych i prywatnych należy brać pod uwagę koszty całego cyklu użytkowania, ze szczególnym uwzględnieniem efektywności energetycznej." Natomiast w komunikacie nr 400 z 26 lipca 2008 Komisja Europejska ogłosiła, by państwa członkowskie dążyły do udziału 50% zielonych zamówień w procedurach przetargowych od 2010 r. Biorąc pod uwagę skalę zamówień publicznych mogą one mieć istotne znaczenie dla rynku, jeżeli zharmonizowane kryteria promujące innowacyjność i zrównoważony rozwój będą stosowane na poziomie Wspólnoty. Powszechne uwzględnianie przez zamawiających z UE w zamówieniach publicznych koncepcji kosztu życia produktu (LCC) może przyczynić się do wzrostu innowacyjności gospodarki całej UE.

Wskazuje się w literaturze, że: „Zamówienia publiczne powinny stymulować innowacje poprzez tworzenie popytu na innowacyjne produkty, usługi i technologie. W tym celu można wykorzystać dialog techniczny, pod którym to pojęciem rozumie się *„metody opisu przedmiotu zamówienia za pomocą wymagań funkcjonalnych, właściwy, oparty nie tylko na cenie doboru kryteriów oceny ofert lub też z wykorzystaniem tzw. „przedkomercyjnych zamówień publicznych"*[409].

Istotę i metody wdrażania nowego podejścia opisuje dokument rządowy: „Nowe podejście do zamówień publicznych — zamówienia publiczne a małe i średnie przedsiębiorstwa, innowacje i zrównoważony rozwój", przyjęty przez Radę Ministrów w dniu 8 kwietnia 2008 roku.

Jednocześnie KE w „Strategii Europa 2020" wskazuje na trzy wzajemnie ze sobą powiązane priorytety, gdzie dwa pierwsze obejmują innowację i zrównoważony rozwój:

a) rozwój inteligentny: rozwój gospodarki opartej na wiedzy i innowacji;

b) rozwój zrównoważony: wspieranie gospodarki efektywniej korzystającej z zasobów, bardziej przyjaznej środowisku i bardziej konkurencyjnej;

c) rozwój sprzyjający włączeniu społecznemu: wspieranie gospodarki o wysokim poziomie zatrudnienia, zapewniającej spójność społeczną i terytorialną.

Zadaniem każdego państwa członkowskiego, w tym RP, jest przełożenie celów unijnych na krajowe cele i metody działania. Powstaje pytanie o charakter prawny strategii jak i innych dokumentów rządowych? Strategia, jest swoistego rodzaju planem, jak i innego dokumenty o charakterze planowym to środki pozwalające administracji podejmować zadania, których rezultat ma nastąpić w przyszłości. Plan jest środkiem określenia zespołu działań, ustalania celów, które muszą być zastosowane dla ich osiągnięcia. Plan pozwala skoordynować wszelkiego rodzaju przedsięwzięcia m.in. wydanie przepisów, przeprowadzanie postępowań[410].

---

[407] Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej Dz.U. 2004.90.864/2

[408] Dyrektywa z 23 kwietnia 2009 r. w sprawie promowania ekologicznie czystych i energooszczędnych pojazdów transportu drogowego Dz. Urz UEL.2009.120.5

[409] Koba D., *Nowe podejście do zamówień publicznych — wyzwanie dla zamawiających — szansa dla małych i średnich przedsiębiorstw,* Warszawa 2010, s. 6.

[410] Łętowski J., *Prawo administracyjne. Zagadnienia podstawowe*. Warszawa 1990, s. 179, 189.

Komisja Europejska opracowała w dniu 13 września 2006 roku Komunikat pt. „Wykorzystanie wiedzy w praktyce: Szeroko zakrojona strategia innowacyjna dla UE", który zawiera główne tezy wśród których wskazano:

„zastosowanie ulepszonych procedur zamówień publicznych w taki sposób, aby pomóc we wprowadzeniu na rynek innowacyjnych produktów i usług, jednocześnie zwiększyć jakość usług publicznych na rynkach, na których sektor publiczny jest znaczącym nabywcą. Zamówienia mogą w tym pomóc, określając potrzeby w ujęciu funkcjonalnym, co umożliwi składającym oferty zaproponowanie szerszej gamy lepszych rozwiązań danego problemu. Nabywcy z sektora publicznego muszą stać się „inteligentnymi klientami", którzy planują co i jak kupić oraz kto ma dokonać zakupu. Nabywcy publiczni powinni połączyć także siły, aby wymieniać się doświadczeniem i pomysłami oraz aby osiągnąć optymalną wartość zamówienia. Spowoduje to wzrost popytu na innowacje, jednocześnie umożliwiając nabywcom publicznym pozyskanie produktów i usług o lepszej jakości, sprzyjanie powstawaniu pionierskich rynków opartych na innowacjach, stworzenie mapy drogowej dla innowacyjności."[411]

Wymogi środowiskowe lub w zakresie innowacyjności mogą być wskazane na etapie sporządzania specyfikacji technicznych lub opracowywania kryteriów kwalifikacji udzielenia zamówienia lub wprowadzania klauzul dotyczących realizacji zamówienia [412].

Dialog techniczny — zanim przygotujemy SIWZ

Przygotowanie procesu udzielania zamówień publicznych z wykorzystaniem innowacyjnych rozwiązań może powodować konieczność sięgnięcia do wiedzy ekspertów zewnętrznych. Dyrektywa 2004/18/WE[413] wskazuje na możliwość poszukiwania lub korzystania z doradztwa przy wykorzystaniu dialogu technicznego, przed rozpoczęciem procedury udzielania zamówienia lub w trakcie przygotowywania specyfikacji, pod warunkiem jednak, że takie doradztwo nie spowoduje ograniczenia konkurencji. ***„Dialog techniczny jest instrumentem w rękach podmiotu publicznego, umożliwiającym wykorzystywanie potencjału firm doradczych i konsultingowych, ekspertów oraz naukowców przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, co powinno przyczynić się do korygowania nieścisłości w formułowaniu treści dokumentacji przetargowej"***[414].

Wykorzystanie ekspertów zewnętrznych w celu lepszego przygotowania procesu udzielania zamówień publicznych z wykorzystaniem innowacyjnych rozwiązań może wiązać się z koniecznością wykluczania tych podmiotów z kręgu potencjalnych wykonawców. Zgodnie z art. 24 ust. 2 u.p.z.p., będą oni spełniali przesłankę: *„którzy 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*".

Dialog techniczny jest zwieńczeniem rozmów prowadzonych z ekspertami zewnętrznymi, które to działania winny przybrać formę umowy. Zastosowanie znajdą tu postawienia art. 750 k.c. tj. umowa do której stosujemy odpowiednio przepisy o umowie zlecenia. W umo-

---

411 COM/2006/502.

412 Zielona Księga, s. 43.

413 Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi, Dz. Urz UEL.2004.134.114.

414 Panasiuk A., Kłoda Z., Zamówienia przyjazne innowacjom, Warszawa 2010 r., s. 23.

wie należy wyraźnie wskazać, iż opracowywane przez eksperta kryteria udziału w postępowaniu o zamówienie publiczne mają być sformułowana w taki sposób, by nie naruszono zasady konkurencji. Innymi słowy kryteria nie mogą jednoznacznie wskazywać na jednego przedsiębiorcę[415] (poza wyjątkami dopuszczonymi przez ustawodawcę). Należy zastrzec w przedmiotowej umowie postanowienia dotyczące odpowiedzialności odszkodowawczej eksperta za niewłaściwe sformułowanie kryteriów (np. dotyczące kary umownej), zwłaszcza gdy sformułowane przez eksperta kryteria, zostały później zakwalifikowane jako naruszające reguły konkurencji. Należy podkreślić, że sformułowanie przez eksperta zewnętrznego sprzecznych z konkurencją kryteriów technicznych nie oznacza, iż administracja jest zwolniona z odpowiedzialności.

Przed podjęciem decyzji o wykorzystaniu dialogu technicznego należy mieć także na uwadze wymogi ustawy o finansach publicznych; a zwłaszcza wynikające z art. 44 ust. 3:

Wydatki publiczne powinny być dokonywane:

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*

Z drugiej strony zgodnie z projektowaną ustawą z dnia 4 marca 2011 r. o efektywności gospodarczej (druk sejmowy nr 3514), jednostki sektora publicznego, w tym. j.s.t., mają pełnić wzorcową rolę w zakresie oszczędnego gospodarowania energią. Działania te prowadzone będą w trzech obszarach: zwiększenia oszczędności energii przez odbiorców końcowych, zwiększenia oszczędności energii przez urządzenia potrzeb własnych oraz zmniejszenia strat energii elektrycznej, ciepła lub gazu ziemnego w przesyle lub dystrybucji[416]. Ustawa stanowi też wypełnienie postanowień dyrektywy 2006/32/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 5 kwietnia 2006 r. w sprawie efektywności końcowego wykorzystania energii i usług energetycznych oraz uchylającej dyrektywę Rady 93/76/EWG[417]. Ponadto ustawa jest konsekwencją konkluzji Rady Unii Europejskiej z dni 8-9 marca 2007 r. ustanawiającej cel 20% oszczędności energii dla całej UE do 2020 roku[418]. *„Zgodnie z art. 10 ustawy, każda jednostka sektora publicznego, o której mowa w art. 9 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych [419]— realizując swoje zadania, stosuje co najmniej dwa ze środków poprawy efektywności energetycznej znajdujących się na poniższej liście:*

1. *umowa, której przedmiotem jest realizacja i finansowanie przedsięwzięcia służącego poprawie efektywności energetycznej;*

---

[415] Przykład zbyt drobiazgowego użycia opisu kryteriów technicznych zamawianego towaru podaje w artykule „Przetarg na miarę BOR" M. Marczak, który wskazuje, iż opis przedmiotu zamówienia był tak szczegółowy, iż wskazywał m.in. skład surowcowy trzech warstw laminatu, kierunek w jakim powinny się układać tworzące je nici. W warstwie wewnętrznej najbliższej ciała miała to być tkanina o splocie płóciennym, która to tkania jest zastrzeżona patentem przez firmę W. L. Gore&Associates . Autor wskazał na opinię prof. Marka Snycerskiego z Instytutu Architektury Tekstyliów Politechniki Łódzkiej który stwierdza, że wymagania sprecyzowane w opisie zamówienia na umundurowanie zimowe wyklucza możliwość uczestniczenia w przetargu dostawców innych niż właściciel patentu, którym w tym przypadku była firma W. L. Gore&Associates. Newsweek Polska z 3.04.2011, nr 13, s. 38–39.

[416] LEX /El Aktualności, *Udział j.s.t. w poprawie efektywności energetycznej kraju*, [data dostępu 18.04.2011].

[417] Dz. U. UE L Nr 114, poz. 64.

[418] Art. 23 ust. 3 pkt b) Dyrektywy 2004/18/WE i art. 34 ust. 3 pkt b)-d) dyrektywy 2004/17/WE.

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

2. *nabycie nowego urządzenia, instalacji lub pojazdu, charakteryzujących się niskim zużyciem energii oraz niskimi kosztami eksploatacji;*
3. *wymiana eksploatowanego urządzenia, instalacji lub pojazdu na urządzenie, instalację lub pojazd, o których mowa w pkt 2, albo ich modernizacja;*
4. *nabycie lub wynajęcie efektywnych energetycznie budynków lub ich części albo przebudowa lub remont użytkowanych budynków, w tym realizacja przedsięwzięcia termomodernizacyjnego w rozumieniu ustawy z dnia 21 listopada 2008 r. o wspieraniu termomodernizacji i remontów (Dz. U. Nr 223, poz. 1459 ze zm.);*
5. *sporządzenie audytu energetycznego w rozumieniu ustawy z dnia 21 listopada 2008 r. o wspieraniu termomodernizacji i remontów eksploatowanych budynków w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. — Prawo budowlane (Dz. U. z 2010 r. Nr 243, poz. 1623 ze zm.), o powierzchni użytkowej powyżej 500 m^2, których jest właścicielem lub zarządcą".*

Niewątpliwie powyższa projektowana ustawa, nakładająca na jednostki sektora finansów publicznych obowiązki w zakresie oszczędności energetycznej, jest przykładem stosowania rozwiązań innowacyjnych — proekologicznych. Organy publiczne mają być wzorem dla pozostałych podmiotów, by w swoich działaniach uwzględniano rozwiązania innowacyjne, w tym zwłaszcza ekologiczne, mają bowiem publikować na stronie internetowej zastosowane rozwiązania proekologiczne.

Odrębną kwestię stanowi ustalenie wynagrodzenia dla podmiotu, z którym prowadzi się dialog techniczny. Z założenia dialog techniczny jest czynnością wstępną mającą na celu przygotowanie postępowania o zmówienia publiczne, wobec czego w zasadzie niecelowe byłoby stosowanie przepisów dotyczących procedury udzielania zamówienia. Kwota wynagrodzenia nie powinna więc przekraczać progu 14 tys. euro. W przeciwnym wypadku należałoby zastosować procedury przetargowe, co mija się z celem, gdyż prowadziłoby to do sytuacji, gdzie właściwe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, byłoby poprzedzone procedurą o udzielenie zamówienia na opracowanie SIWZ, co w konsekwencji nieracjonalnie wydłużałoby proces realizacji zamówienia publicznego. Być może w tym tkwi przyczyna dlaczego zamawiający w zasadzie nie korzystają z tego instrumentu prawnego dla precyzyjnego określania SIWZ.

Wychodząc z założenia racjonalności ustawodawcy skoro wprowadził instrument jakim jest dialog techniczny i celem tego instrumentu jest ułatwienie przygotowania SIWZ (zwłaszcza opisu przedmiotu zamówienia i kryteriów oceny ofert) oraz racjonalność wydatków publicznych, gdyż precyzyjne określenie przedmiotu zamówienia ma z założenia usprawnić proces udzielania zmatowienia, a z drugiej strony służyć temu, by wprowadzać do opisu przedmiotu zamówienia kryteria innowacyjne, proekologiczne, uwzględniające cykl życia produktu, to należy tak konstruować umowy o dialog techniczny, by nie przekraczały one progu 14 tys. euro.

Opis przedmiotu zamówienia

Wśród czynności przygotowawczych procesu udzielania zamówień publicznych można wyróżnić następujące elementy[420]:

1. Opis przedmiotu zamówienia
2. Dobór i opis kryteriów podmiotowych

[420] Pchałek M, Juchnik A., Kupczyk P., *Prawne aspekty zielonych zamówień publicznych [w:] Zielone zamówienia publiczne*, Warszawa 2009 r., s. 41.

3. Określenie i opis kryteriów przedmiotowych
4. Kryteria oceny ofert
5. Przygotowanie wzoru umowy

Wśród tych czynności z perspektywy realizacji postulatów wprowadzania innowacyjnych rozwiązań, przy wykorzystaniu procesu udzielania zamówień publicznych, szczególnie istotny jest opis przedmiotu zamówienia oraz kryteria oceny ofert . Opis przedmiotu zamówienia może być zrealizowany w dwojaki sposób, w obu przypadkach pozwalający na wprowadzenie do opisu przedmiotu zamówienia kryteriów uwzględniających element innowacyjny:

- Pierwszy sposób opisu przedmiotu zamówienia jest dokonywany za pomocą **cech technicznych i jakościowych**, z wykorzystaniem norm polskich, przenoszonych na europejskie lub norm innych państw członkowskich EOG przenoszących te normy. Specyfikacja techniczna nie może odnosić się tylko do standardów krajowych (np. polskich, francuskich) albowiem wówczas stanowi to barierę pozataryfową stanowiącą przejaw dyskryminacji[421]. Należy pamiętać o obowiązującej w stosunku do towarów zasadzie wzajemnego uznawania, która oznacza, że niezależnie od różnic technicznych istniejących pomiędzy różnymi przepisami krajowymi, które mają zastosowanie w UE, państwa członkowskie przeznaczenia nie mogą zabronić sprzedaży na swoim terytorium produktów niepodlegających harmonizacji na szczeblu UE i wprowadzonych do obrotu zgodnie z prawem w innym państwie członkowskim, nawet jeżeli produkty te zostały wytworzone zgodnie z innymi przepisami technicznymi i dotyczącymi jakości niż przepisy, z którymi muszą być zgodne produkty krajowe[422].

- Drugi sposób opis przedmiotu zamówienia następuje poprzez wskazanie wymagań **funkcjonalnych**, wśród których może się znaleźć opis oddziaływania na środowisko[423].

  W celu określenia sposobu wykazania przez oferenta spełnienia wymogów technicznych wskazanych w zamówieniu, zamawiający może wskazać listę szczegółowych informacji (certyfikaty/ dokumenty), jakie mają zostać przedstawione przez oferentów w celu wykazania, że są oni w stanie spełnić wymogi środowiskowe, społeczne, w zakresie innowacyjności z zastrzeżeniem „lub równoważne".

  Jednocześnie KE w Zielonej Księdze w ramach konsultacji, które zakończą się 18.04.2011 r. stawia pytanie: *„W jaki sposób można najlepiej pomóc instytucjom zamawiającym w kwestii weryfikacji spełniania wymogów? Czy opracowanie „standardowych" systemów i dokumentów do oceny zgodności, jak również oznakowań, ułatwiłoby im realizację tego zadania? W przypadku przyjęcia takiego podejścia, co można zrobić, aby zminimalizować obciążenia administracyjne?"*

---

[421] Sprawa C-456/08: Komisja Europejska przeciwko Irlandii, C–225/98 KE v. Republika Francuska, Dz. Urz UE C.2010.63.12 (W).

[422] Przykładowo w sprawie C-432/03 Komisja przeciwko Portugalii [2005], Zb.Orz. s. I-9665, organ nadzoru odmówił przedsiębiorstwu wymaganego zezwolenia na zainstalowanie przywiezionych rur polietylenowych na tej podstawie, że rury te nie zostały zatwierdzone przez krajową jednostkę badawczą. Nie uznano posiadanych przez przedsiębiorstwo certyfikatów wydanych przez włoski instytut badawczy. Trybunał stwierdził, że organy (w tym przypadku portugalskie) muszą uwzględniać certyfikaty wydawane przez jednostki certyfikujące innych państw członkowskich, zwłaszcza, jeżeli jednostki te zostały zatwierdzone przez dane państwo członkowskie w tym celu. Szerzej: *Swobodny przepływ towarów. Przewodnik stosowania postanowień traktatowych regulujących swobodny przepływ towarów*. KE, www.ec.europa.eu

[423] Art. 23 ust. 3 pkt b) Dyrektywy 2004/18/WE i art. 34 ust. 3 pkt b)-d) dyrektywy 2004/17/WE

Jednocześnie należy podkreślić, iż orzecznictwo wskazuje, iż wymóg przewyższający postanowienia norm nie stanowi o jego sprzeczności lub niezgodności z treścią norm.

Opis przedmiotu zamówienia winien zawierać ścisły związek przedmiotu zmówienia z wymaganym kryterium technicznym. Określenie użyte w art. 30 ust PZP „z zachowaniem Polskich Norm przenoszących normy europejskie lub norm innych państw członkowskich Europejskiego Obszaru Gospodarczego przenoszących te normy" wskazuje na pomocniczy charakter norm w określeniu minimalnych lub maksymalnych wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia[424]. Przy czym KIO wskazuje, iż stosowanie wymagań wyższych niż standardowe winno być uzasadnione obiektywnymi okolicznościami[425]. Jako negatywny przykład można podać „wymóg łóżka szpitalnego o parametrze maksymalnego obciążenia min. 200 kg", gdzie zamawiający nie wykazał, iż takie podwyższone wymaganie podyktowane jest względami użytkowymi lub diagnostycznymi[426].

KE proponuje, poddając pod konsultacje, wprowadzenie do „przedmiotu zakupu" obowiązkowych wymogów lub kryteriów dotyczących cech towarów lub usług, jakie mają zostać dostarczone (np. limity w zakresie zużycia energii i zasobów, substancji szkodliwych dla środowiska, minimalne poziomy recyklingu), bądź poprzez wyznaczenie wartości docelowych (np. 60 % zakupów publicznych musi być przyjaznych dla środowiska)[427]. Jednocześnie wskazuje, iż działania takie zostały już podjęte w niektórych regulacjach sektorowych:

— zobowiązano instytucje zamawiające, aby wymagały w swoich zamówieniach określonego poziomu efektywności energetycznej[428];

— zobowiązano instytucje zamawiające do uwzględniania w swoich decyzjach dotyczących zamówień kwestii zużycia energii lub innych zagadnień związanych z ochroną środowiska[429];

— wezwano sektor publiczny do odgrywania wzorcowej roli w zakresie efektywności energetycznej poprzez przyjęcie minimalnej liczby środków efektywności energetycznej w ramach zamówień publicznych[430] oraz poprzez promowanie zasobooszczędnych budynków publicznych (np. budynki o niskim lub zerowym zużyciu energii pierwotnej[431]).

— wezwano instytucje zamawiające do podjęcia wysiłków na rzecz zamawiania wyłącznie takich produktów, które należą do najwyższej klasy efektywności energetycznej[432].

---

[424] Wyrok KIO z 2 kwietnia 2008 r., KIO/UZP 234/08.

[425] Wyrok KIO z 2 kwietnia 2008 r., KIO/UZP 236/08.

[426] Wyrok KIO z 16 maja 2008 r., KIO/UZP 423/08.

[427] Na przykład, jeśli chodzi o ekologiczne zamówienia publiczne, kilka państw członkowskich (Niderlandy, Finlandia, Słowenia, Austria czy Belgia) ustanowiło ambitne cele w zakresie ekologicznych zamówień publicznych na poziomie krajowym.

[428] Rozporządzenie (WE) nr 106/2008 w sprawie wspólnotowego programu znakowania efektywności energetycznej urządzeń biurowych (Dz. Urz UE L z 2008, nr 39, s. 1), tzw. rozporządzenie w sprawie Energy Star.

[429] Dyrektywa 2009/33/WE w sprawie promowania ekologicznie czystych i energooszczędnych pojazdów transportu drogowego.

[430] Dyrektywa 2006/32/WE w sprawie efektywności końcowego wykorzystania energii i usług energetycznych.

[431] Dyrektywa 2009/28/WE w sprawie promowania stosowania energii ze źródeł odnawialnych (Dz. Urz UE L 140 z 5.6.2009, s. 16) oraz dyrektywa 2010/31/UE w sprawie charakterystyki energetycznej budynków (Dz. Urz UE L 153 z 18.6.2010, s. 13).

[432] Dyrektywa 2010/30/WE w sprawie wskazania poprzez etykietowanie oraz standardowe informacje o produkcie, zużycia energii oraz innych zasobów przez produkty związane z energią (Dz. U. L 153 z 18.6.2010, s. 6).

Istotną rolę w promowaniu rozwiązań innowacyjnych ma Komunikat KE „Szeroko zakrojona strategia innowacyjna dla UE"[433]. Na Zamawiającym spoczywa obowiązek opisania przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie ofert.

Kryteria oceny oferty — „najkorzystniejsza ekonomicznie"

Aspekty proinnowacyjne można również wprowadzić do zamówień publicznych poprzez kryteria oceny ofert. Ustalenie właściwych kryteriów oceny ofert uwzględniających postulaty proinnowacyjne może stanowić dla zamawiających problem, który również może być rozwiązany poprzez wykorzystanie wiedzy ekspertów zewnętrznych. Kryteria oceny ofert mogą mieć charakter:

— mierzalny, tzn. aby móc przyznać określoną liczbę punktów za stopień spełniania poszczególnych kryteriów na podstawie matematycznych obliczeń,

— niemierzalny, zamawiający musi je jak najdokładniej opisać, zarówno w ogłoszeniu, jak i w specyfikacji. Powinien podać zarówno jego wagę oraz sposób dokonywania jego oceny.

Kryteria powinny dotyczyć przedmiotu zamówienia, a nie właściwości wykonawcy (art. 91 ust. 3 u.p.z.p.), co nie oznacza, iż zamawiający nie mogą wskazać innych niż wymienione w art. 91 ust. 2 u.p.z.p. kryteriów przedmiotowych[434]. Jak wskazuje KE w Zielonej Księdze obecne regulacje prawne dotyczące zamówień publicznych, nie zezwalają na nieograniczoną swobodę wyboru kryteriów przez instytucję zamawiającą, aby zapobiec podejmowaniu przez instytucje publiczne arbitralnych decyzji[435]. Jak wskazuje KE w Zielonej Księdze niektóre z państw członkowskich wymagają, aby w przypadku zamawiania usług taksówkowych lub innych usług przewozowych pojazdy wykorzystywane do ich świadczenia należały do najmniej zanieczyszczających kategorii. Klauzule dotyczące realizacji zamówienia można również wykorzystywać w celu stymulowania innowacji w trakcie wykonywania umowy, np. poprzez dostarczenie zachęt do dalszego rozwijania produktów lub usług w trakcie realizacji zamówienia.

Niekiedy wskazanie w SIWZ wyższych niż zazwyczaj wymogów w zakresie parametrów technicznych powoduje, iż ubiegający się o zamówienie podważają ich zasadność, zarzucając naruszenie reguł konkurencji poprzez nieuzasadnione ograniczenie dostępu do zamówienia. W jednym z postępowań zamawiający wymagał technologii cewek zintegrowanych umożliwiających równoczesne stosowanie różnych elementów pomiarowych rozmieszczonych w różnych cewkach. Zgodnie z orzeczeniem KIO okoliczność, iż nie wszyscy producenci stosują tę technologię nie oznacza nieuzasadnionego rzeczowo ograniczenia dostępu do zamówienia[436].

Innym przykładem połączenia ekologii i innowacyjności jest produkowany przez Volvo Buses autobus miejski. Volvo Buses otrzymało zamówienie na produkcję 27 autobusów z napędem

---

[433] Com 2006, 502, z 13.09.2006 r.

[434] Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 28 czerwca 2010 r. KIO/UZP 1168/10, LexPolonica nr 2355218.

[435] ZIELONA KSIĘGA w sprawie modernizacji polityki UE w dziedzinie zamówień publicznych w kierunku zwiększenia skuteczności europejskiego rynku zamówień, Bruksela, dnia 27.01.2011, KOM (2011) 15 wersja ostateczna.

[436] Wyrok KIO z 7 marca 2008r., KIO/UZP 154/08.

hybrydowym dla miasta Dordrecht w Holandii. Autobus hybrydowy Volvo posiada równoległy napęd hybrydowy, w którym mniejszy silnik Diesla i silnik elektryczny mogą pracować samodzielnie lub łącznie. Silnik elektryczny działa na baterię, która jest ładowana energią odzyskaną z hamowania autobusu. Silnik Diesla wyłącza się podczas postoju autobusu na przystankach, a następnie autobus rusza z wykorzystaniem wyłącznie silnika elektrycznego, dzięki czemu autobusy są ciche i wolne od spalin. Odzysk energii z hamowania autobusu, znacząco zmniejsza zużycie paliwa, a zatem również zużycie energii i emisję gazów cieplarnianych nawet o 35 %[437].

Kryteria oceny oferty — „najkorzystniejsza ekonomicznie" nie oznacza tylko i wyłącznie najniższej ceny. Uwzględniając zalecaną przez KE koncepcję kosztu życia produktu (LCC), cena nabycia jest tylko jednym z kryteriów oceny — w niektórych przypadkach niższa cena produktu oznacza wyższe koszty eksploatacji (koszt zagospodarowania odpadów, krótki czas użytkowania produktu)[438].

Przykładem zastosowania 2 kryteriów uwzględniających aspekt ekologiczny i jednocześnie wskazujący na powyższą prawidłowość : rozwiązanie o wyższych nakładach inwestycyjnych (wyższa cena) w trakcie eksploatacji jest dla zamawiającego niższe (niższe koszty zewnętrzne jest miasto Kraków. W 2009 miasto ogłosiło przetarg „Świadczenie autobusowych usług przewozowych w komunikacji miejskiej w Krakowie". Zgodnie ze specyfikacją zamówienia wybór oferty był określony dwoma kryteriami: 10% cena , 10% udziałem taboru zasilanym sprężonym gazem, lub napędem hybrydowym, po zapytaniu jednego z oferentów dodano dodatkowo możliwość zasilania skroplonym gazem ziemnym[439].

Jeżeli przedmiotem zamówienia jest rzecz „wystandaryzowana", jednakowego gatunku, np. olej opałowy, papier do drukarek, wówczas możliwe jest ustalenie ceny, jako jedynego kryterium, przy założeniu, że w specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamawiający określi wysokie parametry techniczne, uwzględniające aspekt proekologiczny. Przykładowo KE jako jeden z parametrów papieru do kopiowania i papieru graficznego wskazuje na pochodzenie: papier z recyklingu. Ponadto KE opracowała karty produktu stosowane w ramach zielonych zamówień publicznych, jedna z takich kart dotyczy właśnie papieru do kopiowania i papieru graficznego[440]. Należy postulować szersze wykorzystanie przez zamawiających z przygotowanych przez KE materiałów mających pomóc zamawiających we wdrażania rozwiązań proinnowacyjnych i proekologicznych.

W niektórych przypadkach zamawiający może zastosować kryteria oceny ofert o pewnym stopniu subiektywizmu, wynikającego z zastosowania przy opisie sposobu oceny ofert określeń nieostrych takich jak: *„rozwiązania korzystniejsze niż wymagane"*, *„najlepiej dobrane"*, *„szersze czynności"*, *„optymalna obsada"*, *„wysoko wykwalifikowany personel"*. Taki wybór winien być uzasadniony charakterem przedmiotu zamówienia, który wymaga, aby wykonawca w ramach swojej oferty, wykorzystując swoją wiedzę i doświadczenie przy realizacji podobnych usług, będąc w tym zakresie profesjonalistą, zaproponował zamawiającemu rozwiązania korzystniejsze niż minimalne, wskazane przez zamawiającego w treści SIWZ. To właśnie bowiem koncepcja, oparta na wiedzy i doświadczeniu wykonawcy, które pozwalają poszcze-

---

[437] http://moto.onet.pl/1634531,1,rekordowe-zamowienie-dla-volvo,artykul.html?node=40

[438] Kronenberg J., Bergier T., *Nowe podejście do zamówień publicznych: zamówienia publiczne a MŚP, innowacje i zrównoważony rozwój [w:] Wyzwania zrównoważonego rozwoju w Polsce*, Kraków 2010 r., s. 186.

[439] Jakub Kronenberg, Tomasz Bergier, „Nowe …, s. 187.

[440] Karty produktu stanowią część zestawu narzędzi szkoleniowych Komisji Europejskiej w zakresie GPP, dostępne na http://ec.europa.eu/environment/gpp/toolkit_en.htm

gólnym wykonawcom na zaoferowanie i wdrożenie u zamawiającego nowatorskich rozwiązań ma być poddana ocenie"[441]. Jednym z przedsiębiorców proponującym zamawiającym wyższe standardy jest MAN Nutzfahrzeuge. Przedsiębiorca ten przekonał się, iż dodatkowo wprowadzanie rozwiązań innowacyjnych stało się skutecznych sposobem na walkę konkurencyjną w danym segmencie rynku. Przekonała się o tym firma MAN Nutzfahrzeuge. Autobusy napędzane gazem ziemnym już od 1992 roku zapewniają firmie MAN Nutzfahrzeuge pozycję prekursora w zakresie spełnienia wymagań nieobowiązkowej normy spalinowej EEV o kryteriach ostrzejszych od wartości granicznych normy Euro 5. Dotychczas firma sprzedała ponad 4 000 kompletnych autobusów i podwozi z tym napędem. Silnik z napędem na gaz ziemny o mocy 245 KM już dzisiaj spełnia wartości graniczne normy Euro 6, które przypuszczalnie będą obowiązywały od roku 2013[442].

Raport Komisji Europejskiej pt. „Innowacje w administracji publicznej" opublikowany w styczniu 2011 r. wskazuje, że zamówienia publiczne realizowane przez polską administrację są mało innowacyjne, kryterium najniższej ceny pozostaje w Polsce popularniejsze niż w pozostałych krajach Europy (wskazało nań 44,7% respondentów, przy średniej unijnej 19,6%), podczas gdy kryterium innowacyjności rozwiązań pozostaje niedoceniane. Na tym tle wyróżniają się nowatorskie zamówienia realizowane przez Ministerstwo Rozwoju Regionalnego. Przyczyny tego staniu rzeczy są złożone. „W rozmowach z pracownikami polskiej administracji na pierwszy plan wysuwają się inne powody: brak kompetencji po stronie urzędników przygotowujących zlecenia; brak liderów innowacji na szczeblu Zarządu; a także strach przed Najwyższą Izbą Kontroli. Pracownicy NIK-u ponoć wciąż podchodzą sceptycznie do innowacyjnych zamówień publicznych, przez co ci urzędnicy, którzy spróbują nowych rozwiązań, często narażeni są na nieprzyjemności"[443].

Podsumowanie

Polska pod względem innowacyjności ciągnie się daleko w tyle za czołowymi gospodarkami Europy i świata. W rankingu Global Innovation Index 2009/10 zajmujemy dopiero 47. miejsce na 132 kraje. Według opublikowanego 1 lutego 2011 r. raportu Innovation Union Scoreboard, Polska utrzymuje się w tyle grupy „umiarkowanych innowatorów", z pozostałych krajów UE wyprzedzając jedynie Litwę, Łotwę, Bułgarię i Rumunię (czyli państwa nazwane eufemistycznie „niepozornymi innowatorami") oraz Słowację (wynik zbliżony do naszego). Równie słabo wypadamy we wspomnianym już Global Competitiveness Report 2010/11[444].

Innowacyjność w zamówienia publicznych stanowi jeden z trzech priorytetów Strategii Europa 2020 oraz komunikacje KE, co prawda nie są to dokumenty wiążące a jedynie o charakterze planistycznym, jednak wskazują na zamierzone działania UE. Wiele postulatów zawartych w strategiach jest później inkorporowana do regulacji prawnych: rozporządzeń czy dyrektyw.

Początkowo wytyczne zawarte w komunikatach, czy strategiach mogą być brane pod uwagę przez organy administracji na zasadzie dobrowolności, co ma miejsce obecnie w zakresie uwzględniania przy ustalaniu parametrów technicznych rozwiązań innowacyjnych. Planowa-

[441] Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 28 czerwca 2010 r. KIO/UZP 1168/10, LexPolonica nr 2355218

[442] http://www.infobus.pl/text.php?id=19091

[443] Polska gospodarka na bakier z innowacjami, http://www.euractiv.pl/innowacyjnosc-i-kreatywnosc/analizy/polska-administracja-na-bakier-z-innowacjami-002461, stan na 8.03.2011.

[444] Podaję za: Polska gospodarka na bakier z innowacjami, http://www.euractiv.pl/innowacyjnosc-i-kreatywnosc/analizy/polska-administracja-na-bakier-z-innowacjami-002461, stan na 8.03.2011.

nie gospodarcze jest konsekwencją odpowiedzialności państwa za społeczny i ekonomiczny porządek, za ogólnogospodarczą równowagę i za odpowiedni wzrost gospodarczy[445]. W dłuższej perspektywie czasowej wiele rozwiązań planistycznych staje się regulacjami prawnymi przykładowo tzw. dyrektywy Energystar

Parametry techniczne w SIWZ zawierające element innowacyjny w większości przypadków stanowią obecnie wymóg ponadstandardowy, stąd przez wielu ubiegających się o zamówienie publiczne są postrzeganych jako utrudnienie dostępu do rynku, czyli działania antykonkurencyjne. Obecnie wprowadzenie podwyższonych standardów w opisie przedmiotu zamówienia czy kryteriach oceny ofert w SIWZ wymaga wykazania obiektywnych przesłanek uzasadniających takie żądania. Jeżeli w SIWZ przy opisie przedmiotu zamówienia wskazana została nazwa producenta, znak towarowy, patent lub pochodzenie w stosunku do określonych materiałów, urządzeń itp. zamawiający wymaga, aby traktować takie wskazanie jako przykładowe i dopuszcza zastosowanie przy realizacji zamówienia materiałów, urządzeń, itp. równoważnych o parametrach nie gorszych niż wskazane.

Rozwiązania proinnowacyjne lub proekologiczne w której perspektywie czasowej są często droższe. Należy postulować, by w przyszłości obowiązek uwzględniania rozwiązań proinnowacyjnych, w tym proekologicznych, stał się standardem, a ewentualne obniżone wymagania musiałyby być wyraźnie uzasadniane. Przyjmując, iż każde działania planistyczne ma charakter indykatywny — kierunkujący, należy postulować by w przyszłości uwzględnianie rozwiązań innowacyjnych miało podstawy ustawowe.

[445] Stober R., *Handbuch des Wirtschaftsverwaltung — Und Umweltrechts*, Stuttgart-Berlin-Köln 1989, s. 609.

INNOWACYJNOŚĆ A SYSTEM ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH W OPINII PODMIOTÓW ZAMAWIAJĄCYCH

prof. dr hab. Wacława Starzyńska
Uniwersytet Łódzki
Katedra Statystyki Ekonomicznej i Społecznej

Wstęp

Problematyka zapotrzebowania sektora publicznego sprzyjającego innowacyjności jako ważnej składowej popytu pojawia się już w Strategii Lizbońskiej, w której akcent kładzie się na konkurencyjność krajów Unii Europejskiej. W gospodarce opartej na wiedzy nieodłącznym elementem konkurencyjności przedsiębiorstw jest przede wszystkim ich skłonność do wdrażania innowacji.

W szerokiej dyskusji nt. rozwoju innowacyjności coraz większą uwagę przywiązuje się do zamówień publicznych. Kwestie te były i są podnoszone zarówno na poziomie europejskim, jak i narodowym. Zamówienia publiczne to ważny sektor gospodarki, dzięki któremu możliwe jest upowszechnianie rozwiązań innowacyjnych w procesie produkcji i/lub dotyczące samego produktu oferowanego przez wykonawców.

Opracowanie ma na celu próbę scharakteryzowania preferencji podmiotów zamawiających w zakresie potencjału innowacyjności tkwiącego w realizowanych przez nich zamówieniach publicznych. Na tle możliwości systemu zamówień publicznych w tym zakresie przeprowadzona została statystyczna analiza wyników badania ankietowego zrealizowanego w Polsce w 2010 r. na wylosowanej próbie 100 jednostek zamawiających[446].

Zamówienia publiczne jako instrument polityki innowacyjnej

Instrumenty polityki innowacyjnej najogólniej można podzielić na:

— podażowe,

— popytowe.[447]

Wśród szeregu czynników wchodzących w skład obydwu grup na szczególną uwagę zasługują zamówienia publiczne, które, obok regulacji prawnych, są instrumentami strony popytowej.

Zarówno w Unii Europejskiej, jak i w Polsce przez wiele lat potencjał tkwiący w zamówieniach publicznych był ignorowany — zarówno w ujęciu koncepcyjnym, jak i praktycznym.

---

[446] Opracowanie stanowi fragment szerszych badań związanych z projektem MNiSW (NN 112 128336) pt.: *„Zamówienia publiczne a innowacyjność przedsiębiorstw — stan obecny i perspektywy"* realizowanym przez pracowników Uniwersytetu Łódzkiego pod kierunkiem Autora.

[447] *Report of the Independent Expert Group on R&D and Innovation* kierowany przez E. Aho (2006) na zlecenie Komisji Europejskiej.

W ostatnich kilku latach prowadzona jest ożywiona dyskusja na ten temat. Odzwierciedlenie problematyki innowacyjności znaleźć można głównie w:

- Dyrektywie 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 koordynującej procedury udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi,
- Dyrektywie 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 koordynującej procedury udzielania zamówień publicznych przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych,
- Ustawie z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych na gruncie polskim,
- Raporcie pt. *„Innovation and Public Procurement. Review of Issues At Stake"* opracowanego przez Fraunhofer Institute Systems and Innovation Research w 2005 r.,
- Raporcie pt. *„Creating an Innovative Europe — Report of the Independent Expert Group on R&D and Innovation"* kierowany przez E. Aho (2006) na zlecenie Komisji Europejskiej,
- Dokumencie Rady UE ds. Konkurencyjności pt. *„Demand as a Driver of Innovation — Towards a More Effective European Innovation Policy"* (2006),
- Komunikacie Komisji Europejskiej, opracowanym na założeniach Raportu Aho, pt.: *„Putting Knowledge into Practice: A Broad-Based Innovation Strategy for the EU*" (2006),
- Dokumencie Komisji Europejskiej pt.: *„Guide on Dealing with Innovative Solutions in Public Procurement"* (Pro Inno Europe, 2007),
- Komunikacie Komisji Europejskiej ds. Rady, Parlamentu Europejskiego, Europejskiego Komitetu Gospodarczo-Społecznego i Komitetu Regionów pt. *„Precommercial Procurement: Driving Innovation to Ensure Sustainable Hight Quality Public Services In Europe"* (2007),
- Komunikacie Komisji Europejskiej *„Europa 2020 na rzecz inteligentnego zrównoważonego rozwoju sprzyjającego włączeniu społecznemu"* (marzec 2010),
- Komunikacie Komisji UE pt. *„Unia Innowacji"* (październik 2010),
- Komunikat Komisji ds. Parlamentu, Rady Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego i Komitetu Regionów *„W kierunku aktu o jednolitym rynku. W stronę społecznej gospodarki rynkowej o wysokiej konkurencyjności"* (październik 2010),
- *Zielonej Księdze w sprawie szerszego stosowania e-zamówień w UE*, SEC (2010),
- *Zielonej Księdze w sprawie modernizacji polityki UE w dziedzinie zamówień publicznych. W kierunku zwiększenia skuteczności europejskiego rynku zamówień* (luty–marzec 2011).

Na gruncie polskim opracowaniem uwzględniającym problematykę zamówień publicznych jako jednego z najważniejszych instrumentów kreowania innowacyjności przedsiębiorstw był dokument przyjęty przez Radę Ministrów w dniu 8 kwietnia 2008 r. pt. *„Nowe podejście do zamówień publicznych. Zamówienia publiczne a małe i średnie przedsiębiorstwa, innowacje i zrównoważony rozwój"*.

W chwili obecnej prowadzone są konsultacje wśród partnerów społecznych i innych instytucji i osób zajmujących się problematyką zamówień odnośnie stanowiska do Zielonej Księgi w sprawie modernizacji polityki UE w dziedzinie zamówień publicznych w kierunku zwiększenia skuteczności europejskiego rynku zamówień.

W Zielonej Księdze wyodrębniono następujące obszary, w których możliwe jest przeprowadzenie reform:

1) zakres regulacji,
2) procedury udzielania zamówień,
3) zwiększenie dostępności europejskiego rynku zamówień,
4) wykorzystanie zamówień do wspierania realizacji celów z zakresu innych polityk,
5) praktyki antykonkurencyjne,
6) dostęp wykonawców z państw trzecich do rynku UE.[448]

Przesłanki wynikające z systemu zamówień publicznych sprzyjające innowacyjności

Najważniejszym elementem w procedurze zamówienia publicznego sprzyjającego innowacyjności jest odpowiednie zastosowanie modelu wyboru najkorzystniejszej oferty. Wydaje się, że tylko model wielokryteriowy (*the most economically advatageous tender*) jako kryterium selekcji powinien być preferowany w stosunku do kryterium najniższej ceny lub najniższych kosztów. Ważne jest przy tym, aby kryteria oceny ofert określone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia brały pod uwagę nie tylko bieżący, ale cały cykl życia produktu i związane z nimi koszty jego eksploatacji. Ponadto nie mogą one dotyczyć właściwości wykonawcy.

Zgodnie z przepisami unijnymi w tzw. modelu wielofunkcyjnym zwykle wymienia się następujące elementy:

— cenę,
— jakość,
— funkcjonalność,
— parametry techniczne,
— właściwości sprzyjające środowisku,
— koszty eksploatacji,
— efektywność kosztów,
— serwis pogwarancyjny,
— pomoc techniczna,
— terminy dostawy,
— termin wykonania zamówienia,

W kryteriach tych powinny znaleźć się ponadto takie, które mogą zawierać pracę zespołu (partnerską), innowacje, kulturę organizacyjną i zarządzanie ryzykiem.[449]

W zakresie kryteriów podmiotowych, od spełnienia których uzależnione jest dopuszczenie wykonawcy do ubiegania się o zamówienie publiczne, można wskazać na elementy bezpo-

[448] Stanowisko Rządu ws. Zielonej Księgi w sprawie modernizacji polityki UE w dziedzinie zamówień publicznych. W kierunku zwiększenia skuteczności europejskiego rynku zamówień — marzec 2011.

[449] Por. European Commission Expert Group, 2005.

średnio związane z innowacyjnością. Chodzi tutaj o cechy, które pozwalają na oceną zdolności prowadzenia badań i rozwoju nad nowym produktem lub ulepszeniem istniejącego.

Wśród tych kryteriów, obok niezbędnego doświadczenia, potencjału technicznego czy personelu zdolnego do wykonania danego zamówienia, znaleźć się mogą np. roczne wydatki na B i R czy poziom dostarczonych ekspertyz[450].

W opisie przedmiotu zamówienia obok funkcjonalności preferowana powinny być szczegółowa specyfikacja technologii produkcji w postaci kilku wariantów. Wiąże się z tym bezpośrednio dopuszczalność składania ofert wariantowych przez wykonawców, dzięki czemu mogą oni dostosowywać swoje oferty do doświadczenia, wiedzy czy wreszcie dostępnych technologii.

Sposób, w jaki opracowuje się specyfikację techniczną decyduje o różnorodności i jakości ofert. Umieszczenie zbyt wielu szczegółów technicznych nie sprzyja innowacyjnym rozwiązaniom. Stosowanie z kolei nazbyt restrykcyjnych kryteriów podmiotowych może również doprowadzić do wykluczenia młodych, innowacyjnych firm.

Przed przystąpieniem do zamówienia publicznego podmiot zamawiający powinien przeanalizować sprzyjające innowacyjności procedury przetargowe. Wydaje się, że najważniejszą rolę w tym obszarze mogą odgrywać dialog techniczny i dialog konkurencyjny.

Dialog techniczny daje możliwość określenia szczegółów technicznych z potencjalnymi wykonawcami przed wszczęciem każdej procedury udzielenia zamówienia. Wprawdzie termin ten nie został przeniesiony na grunt ustawy Prawo zamówień publicznych, jednak ustawa go nie wyklucza.

Z kolei dialog konkurencyjny oznacza procedurę, w której o udział ubiegać się może każdy wykonawca. W trakcie tej procedury wypracowuje się jedno lub większą liczbę rozwiązań spełniających wymogi stawiane przez zamawiającego, a następnie wybrani kandydaci zapraszani są do składania ofert. Jest to procedura kilkuetapowa, dzięki której ma miejsce stopniowe zmniejszanie liczby proponowanych rozwiązań oraz wybór warunków udziału w postępowaniu. Dialog konkurencyjny jest zalecany dla niestandardowych zamówień, często złożonych, przy których ważne jest uwzględnienie elementów innowacyjnych mających wpływ na efekt końcowy.

Dla zamówień o niższej wartości możliwy będzie tryb negocjacji z ogłoszeniem, gdzie zamawiający, po dokonaniu wyboru warunków udziału w postępowaniu, określa gradację ich ważności w całym zbiorze.

Warto podkreślić konieczność znajomości rynku przez zamawiającego. Zamówienia publiczne powinny być bowiem bliskie trendom technologicznym, rynkowym, możliwościom potencjalnych interesariuszy rynku zamówień publicznych, aby byli zdolni do określenia funkcjonalnych i jakościowych wymagań przedmiotowych czy kryteriów oceny oferty przy uwzględnieniu możliwych do poniesienia kosztów.

Charakterystyka badania empirycznego

W ramach projektu badawczego pt. *„Zamówienia publiczne a innowacyjność przedsiębiorstw — stan obecny i perspektywy"* (N N112 128336) realizowanego przez zespół pracowników na-

[450] *Ibidem*, s. 16.

ukowych Uniwersytetu Łódzkiego[451] w 2010 roku przeprowadzono pierwszy etap prac badawczych z wykorzystaniem kwestionariusza wywiadu wśród podmiotów zamawiających.

Dobór jednostek zamawiających do próby miał charakter losowy. W badaniu ograniczono się przy tym do czterech województw, reprezentujących cztery różne grupy regionów ze względu na natężenie realizowanych w nich zamówień publicznych:

1) województwo mazowieckie reprezentujące grupę regionów o bardzo dużym zaangażowaniu w zamówienia publiczne (dwa województwa: mazowieckie i śląskie), gdzie odsetek postępowań zarówno z punktu widzenia ilości i wartości jest nie niższy niż 10%;
2) województwo wielkopolskie jako przedstawiciel województw o dość dużym zaangażowaniu w zamówienia publiczne (wielkopolskie, małopolskie, dolnośląskie), gdzie wspomniane wyżej wskaźniki wahają się od 7 do 10%;
3) województwo łódzkie reprezentujące regiony o przeciętnym zaangażowaniu w zamówienia publiczne, do której to grupy należą, obok łódzkiego, pomorskie, podkarpackie, lubelskie, kujawsko-pomorskie, zachodniopomorskie, warmińsko-mazurskie o wskaźnikach osiągających poziom od 4 do 7%;
4) województwo świętokrzyskie reprezentujące regiony o niskim, w stosunku do całego rynku zamówień publicznych, zaangażowaniu w zamówienia publiczne (świętokrzyskie, lubuskie, podlaskie i opolskie), ze wskaźnikami nie osiągającymi 4%.

W próbie znalazły się 52 podmioty z województwa mazowieckiego, 24 z wielkopolskiego, 15 z łódzkiego i 9 z województwa świętokrzyskiego.

Zakładana struktura próby wg typu jednostki zamawiającej odpowiada na ogół strukturze populacji, bowiem 46% podmiotów to administracja samorządowa, po 19% samodzielne publiczne zakłady opieki zdrowotnej i tzw. pozostałe, 7% administracja rządowa, 3% organy kontroli państwowej lub ochrony prawa, sąd lub trybunał oraz 2% państwowe szkoły wyższe. Cztery ankiety nie zawierały informacji o rodzaju zamawiającego. Formularz statystyczny w formie wywiadu kwestionariuszowego skierowany był do osoby zajmującej się zamówieniami publicznymi. W próbie znalazły się 33 osoby zajmujące stanowisko ds. zamówień publicznych, 19 jednoosobowo odpowiadało za zamówienia publiczne, 23 respondentów to kierownicy komórki zamówień publicznych, 4 osoby to kierownicy całej jednostki, 17 osób znalazło się w grupie „inne".

W badaniu przeprowadzonym techniką CAWI wspartym wywiadem telefonicznym, przez Urząd Statystyczny w Łodzi w okresie wrzesień–październik 2010 r., znalazło się 47 pytań uwzględniających następujące bloki tematyczne:

- metryczka instytucji (województwo, typ jednostki, siedziba jednostki wg liczby mieszkańców, liczba osób zajmujących się wyłącznie zamówieniami publicznymi, doświadczenie w zakresie zamówień publicznych, zajmowane stanowisko respondenta),
- ogólna charakterystyka działalności jednostki związanej z funkcjonowaniem zamówień publicznych,
- pytania dotyczące rozwiązań (procedur) umożliwiających innowacyjność produktów będących przedmiotem zamówień publicznych w ciągu ostatnich 3 lat,

[451] Nr projektu (N N112 128336) kierowanego przez prof. dr hab. W. Starzyńską.

- pytania dotyczące opinii respondentów w zakresie możliwości stymulowania innowacyjnych rozwiązań poprzez zamówienia publiczne,
- uczestnictwo sektora MSP w zamówieniach publicznych,
- transfer wiedzy a zamówienia publiczne.

W wyniku badania otrzymano zakładane 100 kwestionariuszy, przy czym zwrotność ankiet wyniosła około 1/3, co, ze względu na złożoność problematyki, jaką jest innowacyjność w systemie zamówień publicznych, należy uznać za bardzo dobry wynik.

Innowacyjność i jej uwarunkowania w opinii jednostek zamawiających

Jak wynika z przeprowadzonych badań jedynie niewielki procent analizowanych podmiotów publicznych realizuje lub realizowała w ciągu ostatnich 3 lat zamówienia na innowacyjne produkty. Szczegółowy rozkład odpowiedzi na takie pytanie prezentuje tablica 1.

Tablica 1. Skłonność podmiotów zamawiających do realizacji zamówień o innowacyjnym charakterze

Realizacja innowacyjnych zamówień	Liczba podmiotów
Tak	7
Nie	89
Nie wiem	4
ogółem	100

Źródło: opracowanie własne

Jak wynika z powyższej tablicy tylko 7% respondentów potwierdziło realizację innowacyjnych postępowań. Dalsze pytania pozwoliły na ustalenie, że dotyczyły one 18 zamówień publicznych na usługi na łączną kwotę ok. 35 mln zł, 30 robót budowlanych o łącznej wartości 50 mln zł i 72 zamówienia publiczne na dostawy o łącznej wartości 51 mln zł.

Innowacyjność dotyczyła produktu (4 podmioty), organizacji procesu produkcji (1 podmiot), w przypadku 3 jednostek były to innowacje procesowe. Stopień wdrażanych innowacji dotyczył bądź samej jednostki (2 wskazania), kraju, rynku europejskiego, czy rynku światowego.

Wprawdzie większość badanych jednostek realizuje zamówienia publiczne głównie w trybie przetargu nieograniczonego (92% wskazało, że tryb ten stosują często, bardzo często lub zawsze), to jednak w ich opinii procedury otwarte (przetarg nieograniczony lub ograniczony) mogą tylko w niewielkim stopniu sprzyjać innowacyjnym rozwiązaniom (zaledwie 31% potwierdziło tę opinię). Nieco inaczej rozkładają się odpowiedzi w przypadku pytania o dialog konkurencyjny (44% badanych wskazało na proinnowacyjny charakter tej procedury).

Omówione wcześniej cechy podmiotów zamawiających różnicowały opinie respondentów, przy czym niektóre z nich miały szczególnie istotny wpływ na rozkład odpowiedzi.

Próbę syntetycznego ujęcia ważniejszych aspektów systemu zamówień publicznych sprzyjających innowacyjności w powiązaniu z cechami zamawiających prezentuje tablica 2.

Tablica 2. Zależność pomiędzy cechami zamawiających a opinią respondentów nt. innowacyjności poprzez zamówienia publiczne

Wyszczególnienie	Cechy podmiotów zamawiających									
	Roczna łączna liczba postępowań w jednostce		Roczna łączna wartość zamówień publicznych w jednostce		Doświadczenie respondent zajmującego się zamówieniami publicznymi w jednostce		Liczba pracowników zajmujących się zamówieniami publicznymi w jednostce		Rodzaj zamawiającego	
	Współczynnik Kramera (V)	p	Współczynnik Kramera (V)	p	Współczynnik Kramera (V)	p	Współczynnik Kramera (V)	p	Współczynnik Kramera (V)	p
Dialog konkurencyjny	0,320	0,010	zależność nie istotna	zależność nie istotna	zależność nie istotna	zależność nie istotna	0,333	0,003	zależność nie istotna	zależność nie istotna
Dialog techniczny	zależność nie istotna	zależność nie istotna	0,273	0,070	zależność nie istotna	zależność nie istotna	zależność nie istotna	zależność nie istotna	0,441	0,000
Wielokryterialny model oceny najkorzystniejszej oferty	0,330	0,026	0,388	0,003	zależność nie istotna	zależność nieistotna	0,327	0,014	0,297	0,000
Element innowacyjności w kryteriach wyboru najkorzystniejszej oferty	0,251	0,052	zależność nie istotna	zależność nie istotna	0,294	0,039	0,238	0,049	0,276	0,037
Dzielenie się ryzykiem z wykonawcami poprzez partnerstwo publiczno-prywatne	0,243	0,010	0,208	0,094	zależność nie istotna	zależność nie istotna	zależność nie istotna	zależność nie istotna	zależność nie istotna	zależność nie istotna
Skłonność do zamawiania innowacyjnych produktów/usług związana z potencjałem zamawiającego*	0,443	0,001	0,564	0,000	0,384	0,003	zależność nie istotna	zależność nie istotna	zależność nie istotna	zależność nie istotna

*obecność wśród wykonawców przedsiębiorstw z udziałem kapitału zagranicznego wpływa istotnie na tę skłonność (współczynnik V=0,444, a p=0,091)
p — prawdopodobieństwo w teście niezależności chi-kwadrat

Źródło: Opracowanie własne

Nowe procedury zaproponowane przez Unię Europejską w 2004, a następnie stopniowo adaptowane do warunków krajowych (reprezentowane przez dialog konkurencyjny i dialog techniczny) są istotnym elementem innowacyjności tylko w następujących przypadkach:

— im większa roczna liczba realizowanych zamówień publicznych, tym na ogół częściej wskazuje się na dialog konkurencyjny jako tryb sprzyjający innowacyjności (zależność statystycznie istotna, wartość współczynnika Kramera wynosząca 0,320),

— im większa liczba osób zajmujących się w jednostce zamówieniami publicznymi, tym na ogół częściej dialog konkurencyjny jest traktowany jako element zwiększający innowacyjność,

— w przypadku dialogu technicznego dość silną zależność zaobserwowano pomiędzy skłonnością dostosowania tej procedury a typem jednostki zamawiającej. Na ten tryb relatywnie częściej wskazują podmioty należące do grupy „samodzielny publiczny zakład opieki zdrowotnej" aniżeli administracja rządowa i samorządowa; ponadto im wyższa łączna wartość realizowanych zamówień, tym bardziej byłaby preferowana możliwość stosowania dialogu technicznego.

Stosowanie wielokryterialnego modelu oceny oferty byłoby chętniej widziane przez podmioty z grupy „samodzielny publiczny zakład opieki zdrowotnej" i grupy „inne", a rzadziej przez administrację rządową i samorządową; na ten rodzaj oceny ofert wskazują na ogół respondenci o dłuższym stażu pracy w zamówieniach publicznych oraz jednostki zatrudniające większą liczbę osób w zamówieniach publicznych; również jednostki z większą roczną liczbą zamówień i łączną wyższą wartością tych zamówień bardziej preferują model wielokryterialny.

Na element innowacyjności uwzględniany w kryteriach oceny ofert relatywnie częściej wskazują podmioty charakteryzujące się mniejszą roczną liczbą realizowanych zamówień publicznych, przy czym łączna wartość zamówień publicznych nie ma tutaj istotnego znaczenia. Podmioty, w których osoby zajmujące się zamówieniami publicznymi mają krótszy staż, ich liczba jest relatywnie mała oraz podmioty z grupy „administracja rządowa i samorządowa" również są skłonne do uwzględniania elementu innowacyjności w kryteriach oceny oferty.

Częściej skłonne są do zamawiania innowacyjnych produktów/usług podmioty z grupy „pozostałe", mimo że wiąże się to często z wyższymi kosztami zamówienia.

Łączna liczba postępowań jest dość silnie powiązana ze skłonnościami do zamówień innowacyjnych produktów/usług (V= 0,443, p=0,001).

Na możliwość dzielenia ryzyka z wykonawcą innowacyjnego zamówienia poprzez partnerstwo publiczno-prywatne wskazują podmioty charakteryzujące się relatywnie dużymi, co do ilości i wartości, zamówieniami publicznymi. Ten element, związany z potencjalną innowacyjnością produktów proponowanych przez wykonawców, istotnie różnicuje podmioty, bowiem częściej podkreślały to jednostki charakteryzujące się dużą liczbą postępowań (powyżej 50 rocznie) i wysoką wartością zamówień publicznych (powyżej 10 mln zł rocznie).

Ostatnim elementem podsumowującym ocenę innowacyjności wykonawców poprzez podmioty zamawiające jest ich skłonność do zamówień innowacyjnych produktów/usług, bez względu na wielkość jednostki zamawiającej. Tą skłonnością częściej charakteryzują się jednostki realizujące dużą liczbę zamówień, o większej wartości i większym doświadczeniu osoby reprezentującej w badaniach zamawiającego (ponad 73% odpowiedzi pozytywnych

w grupie podmiotów prowadzących rocznie ponad 50 postępowań, podczas gdy w grupie do 10 postępowań rocznie tylko 16,7%).

Warto podkreślić, że w opinii podmiotów zamawiających fakt obecności wśród wykonawców przedsiębiorstw z udziałem kapitału zagranicznego odgrywa pozytywną rolę w kształtowaniu preferencji zamawiających w zakresie badanego zjawiska.

Uwagi końcowe

Analiza wyników badania przeprowadzonego wśród podmiotów zamawiających wskazuje na niewielki, jak dotychczas, stopień zaangażowania tych jednostek w innowacyjności produktów/procedur. Jednak rezultaty badania dotyczące opinii osób zajmujących się zamówieniami w podmiotach zamawiających skłaniają do pewnego optymizmu.

Zamówienia „innowacyjne" są generalnie ważnym aspektem w opinii większości badanych, przy czym jednostki realizujące dużą liczbę zamówień lub/i o dużej wartości w skali jednego roku, o większym doświadczeniu osób zaangażowanych w zamówienia publiczne czy wreszcie podmioty, w których zamówieniach uczestniczyliby wykonawcy z udziałem kapitału zagranicznego, zdecydowanie częściej zainteresowane są procedurami, kryteriami i współpracą publiczno-prywatną (dzieleniem się ryzykiem), czyli czynnikami sprzyjającymi wzrostowi innowacyjności produktów będących przedmiotem zamówień publicznych.

Testy statystyczne wskazują także, że inaczej zachowują się podmioty z grupy „ samodzielny publiczny zakład opieki zdrowotnej" aniżeli podmioty administracji rządowej i samorządowej. Dialogiem technicznym i wielokryterialnym modelem oceny częściej zainteresowane byłyby jednostki z pierwszej wymienionej grupy. Na potencjalne wprowadzenie aspektu innowacyjności w kryteriach oceny ofert wskazują chętniej podmioty realizujące relatywnie mniejszą liczbę zamówień, administracja rządowa i samorządowa, bez względu na łączną wartość realizowanych w skali roku zamówień.

Podsumowując, wyniki badań skłaniają do optymizmu, jeśli idzie o przyszłość zamówień publicznych zmierzających w kierunku innowacyjności. Konieczne jest jednak stworzenie odpowiednich mechanizmów, które w dłuższym okresie inspirowałyby podmioty zamawiające, w tym szczególnie administrację rządową i samorządową, do zgłaszania popytu na produkty pochodzące z tych obszarów technologii, które są szczególnie podatne na innowacyjność.

Z PROBLEMATYKI ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH NA USŁUGI BADAWCZO-ROZWOJOWE

dr hab. Ryszard Szostak
Uniwersytet Ekonomiczny w Krakowie
Prof. nadzw. w Katedrze Prawa

I. Procesy innowacyjne polegające na praktycznym zastosowaniu nowej wiedzy i technologii (z łac. innovatio = odnowienie, ulepszenie) w oczywisty sposób łączą się z zamówieniami publicznymi, za pośrednictwem których można podnosić nie tylko jakość świadczeń przeznaczonych na cele publiczne, lecz także ogólny postęp techniczny i stymulować rozwój gospodarczy. Wielofunkcyjnej roli innowacyjnych zamówień publicznych poświęcono komunikat Komisji Europejskiej z 14 grudnia 2007 r. pn. „Zamówienia przedkomercyjne: wspieranie innowacyjności w celu zapewnienia trwałości i wysokiej jakości usług publicznych w Europie"[452]. Podkreślono w nim, że sektor publiczny w UE zmaga się z coraz trudniejszymi wyzwaniami społecznymi: zapewnieniem wysokiej jakości opieki zdrowotnej w związku ze „starzeniem się społeczeństw", walką ze skutkami zmian klimatycznych, poprawą efektywności energetycznej, podnoszeniem jakości i lepszym dostępem do edukacji, skutecznym zwalczaniem zagrożeń w zakresie bezpieczeństwa itd. Wymagają one nowoczesnych rozwiązań ekonomiczno-organizacyjnych, lepszego sprzętu, nowych technologii i optymalnych inwestycji, które powinny być uwzględniane przy formułowaniu strategii rozwoju i planowaniu rzeczowo-finansowym wydatków publicznych. W Polsce okolicznością ograniczającą swobodę inwestowania są jednak opóźnienia infrastrukturalne i rozmaite inne zaległości rozwojowe, wymuszające odpowiednie ukierunkowanie nakładów publicznych na inwestycje o znaczeniu podstawowym.

W opublikowanej przez Komisję Europejską w dn. 27 stycznia 2011 r. zielonej księdze: „W sprawie modernizacji polityki UE w dziedzinie zamówień publicznych — w kierunku zwiększenia skuteczności europejskiego rynku zamówień"[453] zamówieniom innowacyjnym poświęcono specjalny rozdział (4.3), w którym dostrzeżono, że ogromny potencjał intelektualno-techniczny i ekonomiczny Europy ciągle nie jest dostatecznie wykorzystany w sferze zamówień publicznych. Chodzi przede wszystkim o celową stymulację innowacyjności przy jednoczesnym wspieraniu trans granicznej konkurencji, promowanie gospodarki ekologicznej i osiąganie najlepszych relacji pomiędzy ceną a jakością zamawianych świadczeń. Poza tym zdaniem Komisji zamówienia publiczne na innowacyjne świadczenia mają kluczowe znaczenie dla poprawy jakości i efektywności usług publicznych w dobie ograniczeń budżetowych. Przetargi, konkursy i inne procedury co do zasady muszą być zorientowane na nowatorskie rozwiązania. Tymczasem niepokój wzbudza wybiórcze podejście do innowacyjności i ciągle zbyt małe zainteresowanie zamówieniami z zakresu badań i rozwoju. Problem ten ma stanowić jeden z celów zmodernizowanej polityki UE w dziedzinie zamówień publicznych w nadchodzącym czasie.

II. Przez prace badawczo-rozwojowe rozumie się działalność mającą na celu rozpoznanie oraz zweryfikowanie prawidłowości i zależności zachodzących pomiędzy elementami wybranej dziedziny rzeczywistości, a także praktyczne zastosowanie odkryć i innych osiągnięć badawczych. Przedmiotem zamówienia mogą być prace badawcze bądź rozwojowe albo obie kategorie powyższych prac. Wprawdzie prace te nie muszą mieć charakteru naukowego, za-

[452] KOM (2007) 799, wersja ostateczna.

[453] KOM (2011) 15, wersja ostateczna.

zwyczaj jednak przypisuje się im taki właśnie charakter[454], prawdopodobnie z uwagi na rygory towarzyszące badaniom naukowym: systematyczny i twórczy charakter, obiektywizm i zastosowanie efektywnych metod naukowych.

W świetle art. 2 pkt. 3 ustawy z 30 kwietnia 2010 r. o zasadach finansowania nauki[455], badania naukowe dzieli się na trzy kategorie: podstawowe, stosowane i przemysłowe. Badania podstawowe obejmują oryginalne prace badawcze eksperymentalne lub teoretyczne podejmowane przede wszystkim w celu zdobycia nowej wiedzy o podstawach zjawisk i obserwowanych faktów bez nastawienia na bezpośrednie praktyczne zastosowanie lub użytkowanie. Badania stosowane to prace badawcze podejmowane w celu zdobycia nowej wiedzy, zorientowane przede wszystkim na jej praktyczne zastosowanie. Badania przemysłowe zaś mają na celu zdobycie nowej wiedzy oraz umiejętności w celu opracowywania nowych produktów, procesów i usług lub wprowadzania znaczących ulepszeń do istniejących produktów, procesów i usług, z wyjątkiem jednak prototypów objętych już zakresem prac rozwojowych.

Z kolei przez prace rozwojowe według art. 2 pkt 4 powołanej ustawy należy rozumieć nabywanie, łączenie, kształtowanie i wykorzystywanie dostępnej aktualnie wiedzy i umiejętności z dziedziny nauki, technologii, działalności gospodarczej oraz innej wiedzy i umiejętności do planowania produkcji oraz tworzenia i projektowania nowych, zmienionych lub ulepszonych produktów, procesów i usług, w szczególności poprzez:

- tworzenie projektów, rysunków, planów oraz innej dokumentacji do konstruowania nowych produktów, procesów i usług, pod warunkiem że nie są one przeznaczone do celów komercyjnych,
- opracowywanie prototypów o potencjalnym wykorzystaniu komercyjnym oraz projektów pilotażowych, w przypadkach, gdy prototyp stanowi końcowy produkt komercyjny, a jego produkcja wyłącznie do celów demonstracyjnych i walidacyjnych jest zbyt kosztowna; w przypadku gdy projekty pilotażowe lub demonstracyjne mają być następnie wykorzystywane do celów komercyjnych, wszelkie przychody uzyskane z tego tytułu należy odjąć od kwoty kosztów kwalifikowanych pomocy publicznej,
- działalność związana z produkcją eksperymentalną oraz testowaniem produktów, procesów i usług, pod warunkiem że nie są one wykorzystywane komercyjnie,

Prace rozwojowe nie mogą obejmować rutynowych i okresowych zmian wprowadzanych do produktów, linii produkcyjnych, procesów wytwórczych, istniejących usług oraz innych operacji w toku, nawet jeśli takie zmiany mają charakter ulepszeń.

Podobnie w ujęciu doktrynalnym przez prace badawcze rozumie się czynności umysłowe wykonywane z zastosowaniem metod naukowych lub wyjątkowo metody „prób i błędów", zmierzające do rozwiązania określonego problemu, zazwyczaj w formie odkrycia lub wynalazku ustalonego w postaci utworu[456]. Dodatkowo wskazuje się jednak na niezależność (sa-

---

[454] Przepisy art. 2 znowelizowanej ostatnio ustawy z 30 maja 2008 r. o niektórych formach wspierania działalności innowacyjnej (Dz. U., Nr 16, poz. 730, ze zm.) wprost odsyłają do definicji przedmiotowych prac zawartych w przepisach o finansowaniu nauki.

[455] Dz. U., Nr 96, poz. 615, ze zm.

[456] Por. zwłaszcza A. Chobot: Charakterystyka prawna twórczej pracy badawczej jako szczególnego rodzaju pracy, „Ruch Prawniczy Ekonomiczny i Socjologiczny" 1973, Nr 4, s. 149, tenże: Regulacja prawna twórczej pracy badawczej w stosunkach pracy, Warszawa 1975, s. 63, J. Jończyk: Miejsce pracy twórczej w kodeksie pracy, „Praca i Zabezpieczenie Społeczne" 1977, Nr 8–9, s. 19 i n., G. Ćmikiewicz, Umowy o prace badawcze — zagadnienia systematyczno-konstrukcyjne, „Zeszyty Naukowe UJ — Prace Wynalazcze i Ochrony Własności Intelektualnej",

modzielność) badawczą wykonawcy, którego działalność powinna być wolna od podległości służbowej i jakiejkolwiek ingerencji innych osób. Metody naukowe to dyrektywy (sposoby) uporządkowanego postępowania w zakresie czynności badawczych odpowiadające określonej dziedzinie wiedzy, gwarantujące zachowanie efektywności i obiektywizmu w ustaleniach badawczych[457].

Przedmiotem obrotu bywają na ogół nie tylko same prace badawcze w wycinkowym ujęciu czynnościowym (w układzie podwykonawczym stanowią przedmiot umowy o pracę lub na warunkach zlecenia), ale przede wszystkim wyniki i inne rezultaty tych prac, wymagające naukowego opracowania. Dlatego ustalenia i wnioski będące bezpośrednim następstwem pracy badawczej w ujęciu czynnościowym rozpatruje się zazwyczaj w kategoriach utworu, choć nie muszą one w całości stanowić przejawu działalności twórczej o indywidualnym charakterze. Zdarzają się też prace badawcze o nieustalonych w jakikolwiek sposób wynikach. Twórczy charakter pracy badawczej nie stanowi zatem sam przez się koniecznego elementu jej tożsamości i właściwości. To samo dotyczy prac rozwojowych.

Na gruncie zamówień publicznych będących — jak wiadomo — umowami cywilnoprawnymi prace badawcze i rozwojowe rozpatruje się w kategoriach usług. Zamówienie obejmuje na ogół przeprowadzenie określonych badań, jak i udostępnienie ich wyników zamawiającemu. Jedynie w zakresie prac rozwojowych może wystąpić dodatkowo kategoria „nabycia" określonej wiedzy, objętego konstrukcją przeniesienia praw z art. 555 kc, przynależnego do dostaw w rozumieniu art. 2 pkt. 2 ustawy z 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych[458]. Z technicznego punktu widzenia prace badawcze polegają najczęściej na czynnościach ustalających, obserwacyjnych, sprawdzająco-weryfikacyjnych itd., a także na procesie analizy i wnioskowania, stanowiącym podstawę opracowania wyników tych prac. Określenie „praca" występuje tu więc w dwóch znaczeniach: czynnościowym lub rezultatu działalności. Prace badawcze i rozwojowe zamawiają w trybie ustawy z 2004 r. zazwyczaj Skarb Państwa działający za pośrednictwem właściwego organu państwowego (stationes fisci), uczelnie publiczne, instytuty badawcze, jednostki PAN, agencje wykonawcze (np. Narodowe Centrum Badań i Rozwoju), a także — sporadycznie — inne instytucje państwowe lub samorządowe. Reżimu prawa zamówień publicznych nie stosuje się do przekazywania dotacji budżetowych na badania, zwłaszcza naukowe (art. 4 pkt. 7 Pzp). Obowiązują w tym zakresie odrębne przepisy proceduralne. Podstawowe znaczenie mają obecnie dotacje „ministerialne" przyznawane na podstawie powołanej ustawy o zasadach finansowania nauki oraz dotacje drugiego stopnia przyznawane w trybie konkursowym przez Narodowe Centrum Nauki[459] lub Narodowe Centrum Badań i Rozwoju[460].

III. Według art. 4 pkt. 3 lit. e Pzp szczególny reżim ustawowy ulega wyłączeniu w odniesieniu do usług w zakresie badań naukowych i prac rozwojowych oraz świadczenia usług badawczych, które nie są w całości opłacane przez zamawiającego lub których rezultaty nie stanowią wyłącznie jego własności. Przepis ten jest źródłem nieustających wątpliwości w praktyce, zwłaszcza co do przedmiotowego zasięgu i przesłanek przewidzianego w nim wyłączenia. Trzeba zgodzić się ze stanowiskiem Urzędu Zamówień Publicznych zawartym w opinii praw-

---

1985, Nr 37, s. 74 oraz A. Niewęgłowski: Wyniki prac badawczych w obrocie cywilnoprawnym, Warszawa 2010, s. 36.

[457] Więcej o tym A. Bronk: Metoda naukowa, „Nauka" 2006, Nr 1, s. 47 i n., S. Nowak: Metodologia badań społecznych, Warszawa 2007, s. 19 i n. oraz A. Niewęgłowski: *op. cit.*, s. 32 i n.

[458] Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759, dalej „Pzp".

[459] Por. przepisy ustawy z 30 kwietnia 2010 r. o Narodowym Centrum Nauk (Dz. Nr 96, poz. 617).

[460] Por. przepisy ustawy z 30 kwietnia 2010 r. o Narodowym Centrum Badań i Rozwoju (Dz. U. Nr 96, poz. 616).

nej z 24 maja 2010 r.[461], że chodzi tu o badania naukowe i prace rozwojowe w rozumieniu przepisów o zasadach finansowania nauki[462]. Słusznie zatem wyklucza się z tego wyłączenia usługi o charakterze doradczo-eksperckim i konsultingowym. Z drugiej jednak strony wyłączeniem powyższym może być objęte świadczenie „usług badawczych", nawet nie mających charakteru naukowego. W odniesieniu zaś do przesłanek wyłączenia panuje zgodność jedynie co do tego, że występują one alternatywnie. Dla wyłączenia reżimu ustawowego wystarczy więc zaistnienie tylko jednej z nich, dotyczącej: usług, które nie są w całości opłacane przez zamawiającego lub których rezultaty nie stanowią wyłącznie jego własności. Niezbyt wyraźnie jednak przedstawia się ich znaczenie pojęciowe. Po pierwsze, co to znaczy, że przedmiotowe usługi nie są w całości opłacane przez zamawiającego? Czy chodzi o usługi dotowane lub opłacane także przez osoby trzecie, czy może tylko o to, że wynagrodzenie płatne przez zamawiającego nie pokrywa całej wartości i badań, a raczej ich rezultatów (dzieła). W świetle art. 16 lit. f dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 31 marca 2004 r. o koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi[463] miarodajna wydaje się głównie ta druga ewentualność, tym bardziej, że idzie przecież o indywidualne zamówienia publiczne, ze wszystkimi konsekwencjami (równe traktowanie, uczciwa konkurencja), finalizowane w formie skutkującej inter partes umowy cywilnoprawnej. Po drugie czy „rezultaty (badań) nie stanowiące wyłącznej własności zamawiającego" powinno się łączyć tylko z prawami autorskimi lub wynalazczymi, czy też rozpatrywać nieco szerzej w kategoriach „korzyści" wynikających z zamawianych usług. W świetle powołanego art. 16 lit. f dyrektywy 2004/18 za trafne trzeba uznać to drugie (szersze) pojęcie[464].

Powyższy kierunek wykładni art. 4 pkt. 3 lit. e Pzp pozostaje w zgodzie ze stanowiskiem Komisji Europejskiej zawartym w powołanym na wstępie komunikacie z 14 grudnia 2007 r. o wspieraniu innowacyjności (pkt. 4), zgodnie z którym opracowanie wyników badań na wyłączność zamawiającego oznacza, że zastrzega on wszystkie korzyści z rozwoju (w tym prawa własności intelektualnej) wyłącznie do użytku własnego. Wykonawca usług badawczych lub rozwojowych nie może wówczas wykorzystać ich ponownie w odniesieniu do innych potencjalnych klientów. Prowadzi to z reguły do wyższej ceny. Są jednak przypadki, w których opracowanie na wyłączność ma swoje uzasadnienie, zwłaszcza ze względu na bezpieczeństwo bądź z uwagi na specyfikę przedmiotu pozostającego w zainteresowaniu jedynie pojedynczego zamawiającego. Na ogół wyłączność wyników badań nie jest zamawiającemu niezbędna. Tymczasem zapomina on często o dodatkowych kosztach i nakładach koniecznych do czerpania korzyści z tych wyników. W istocie przyznanie wyłącznych praw zamawiającemu ogranicza pożytki innowacyjności. Wysokie wynagrodzenie za wyłączną własność intelektualną wyników prac badawczych i rozwojowych obniża też motywację zamawiającego do dzielenia się tymi wynikami z innymi potencjalnymi nabywcami publicznymi. W konsekwencji na gruncie art. 4 pkt. 3 lit. e Pzp zamawiający nie może być uznany za wyłącznego dysponenta korzyści wynikających z zamawianych prac badawczych lub rozwojowych, jeśli pozostają one częściowo po stronie wykonawcy bądź sam zamawiający zamierza podzielić się nimi z innymi osobami.

Na tle powyższych ustaleń obowiązek przestrzegania reżimu prawa zamówień publicznych przy zamawianiu przedmiotowych usług występuje tylko wtedy, gdy są one:

- w całości opłacone przez zamawiającego,

---

[461] www.uzp.gov.pl (opinie prawne, archiwum).

[462] Por. też poprzednie stanowisko UZP: Usługi w zakresie badań naukowych oraz prac rozwojowych, „Zamówienia Publiczne Doradca" 2006, Nr 4, s. 61.

[463] Dz. U. UE L-134, p. 1, 30.04.2004.

[464] Por. też M. Stachowiak (w:) Prawo zamówień publicznych — Komentarz, Warszawa 2010, s. 70.

- zamawiane w celu prowadzenia jego działalności,
- źródłem rezultatów (korzyści) stanowiących wyłączną własność zamawiającego.

IV. Pierwszą z ważniejszych powinności przygotowawczych zamawiającego jest opis przedmiotu zamówienia z zachowaniem wymagań z art. 29 Pzp. W doktrynie dominuje pogląd, że przedmiotem zamówienia (umowy) na prace badawcze lub rozwojowe jest dobro prawne polegające na rozwiązaniu badanego zagadnienia wraz z koniecznymi objaśnieniami i danymi o zastosowanych metodach[465]. Prace w ujęciu czynnościowym mają zatem charakter przygotowawczy, natomiast przedmiotem zobowiązania jest opracowany ich rezultat (wyniki) wraz z informacjami towarzyszącymi, zwany niekiedy w praktyce dokumentacją. Rezultatem zamawianych badań bywa niekiedy wynik ujemny, który może mieć jednak pozytywne znaczenie dla dalszych poszukiwań właściwych rozwiązań[466]. Nie oznacza to jednak, że przy opisie zobowiązania rezultatu zamawiający staje się wolny od indywidualizacji powinności przygotowawczych (badań w ujęciu czynnościowym) obciążających wykonawcę. Dla końcowego rezultatu doniosłe bowiem znaczenie ma ich zakres i charakter (wykaz problemów badawczych), sposób wykonania, charakterystyka jakościowa, wnioskowanie o konsekwencjach z zastosowaniem określonych metod badawczych itd. Opisując z kolei wymagania końcowego rezultatu prac (opracowania wyników) ujawnić należy potrzeby zamawiającego, jakie mają być zaspokojone poprzez udzielenie zamówienia oraz jego wymagania, a także zakres i formę udokumentowania wyników zamawianych prac, wraz ze sposobem ich prezentacji w opracowaniu (szczegółowość) będącym przedmiotem odbioru.

Charakter prac badawczych i rozwojowych oraz duże ryzyko uchybień popełnianych przy ich realizacji sprawiają, że istotną rolę przy wyłanianiu wykonawcy odgrywa zaufanie. Tymczasem — jak wiadomo — w zamówieniach publicznych osobiste zaufanie do potencjalnego wykonawcy nie może być podstawą zawarcia umowy, z uwagi na zakaz transakcji bezpośrednich. Zamiast osobistym zaufaniem trzeba kierować się zdolnością do prawidłowego wykonania zamówienia w ujęciu art. 22 Pzp. Stąd naturalne zainteresowanie zamawiających procedurą udzielenia zamówienia z wolnej ręki, którą można jednak dopuścić tylko w wyjątkowych wypadkach przewidzianych w art. 67 Pzp. Zastosowanie uprzywilejowania z art. 5 Pzp zupełnie odpada, ponieważ usługi badawcze i rozwojowe należą do usług priorytetowych[467]. Ponadto wykluczyć należy procedurę tzw. zapytania o cenę, skoro prace badawcze i rozwojowe nie należą do usług powszechnie oferowanych na rynku, o ustalonych standardach. Jednostki zajmujące się badaniami nie są liczne, a świadczone przez nie usługi mają charakter specjalistyczny. Zapewniający z założenia wyłonienie najlepszego wykonawcy konkurs w ujęciu art. 110 Pzp może być zorganizowany tylko na takie prace badawcze lub rozwojowe, które wchodzą w status prac projektowych, co w praktyce nie zdarza się zbyt często. Procedura przetargowa zaś wymaga dokładnego ustalenia, nie tylko warunków proceduralnych, lecz także szczegółowego opisu zamawianych usług i pozostałych warunków umowy finalnej. Tymczasem w zakresie prac badawczych i rozwojowych treść rezultatu na ogół nie jest pewna. Pozostają negocjacje z ogłoszeniem uruchamiane zwłaszcza w oparciu o art. 55 ust. 1 pkt. 3 Pzp, z uwagi na brak możliwości szczegółowego określenia z góry wszystkich istotnych cech zamawianego przedmiotu, w taki sposób, aby można było dokonać wyboru oferty najkorzystniejszej w trybie przetargowym. Nie bez znaczenia jest także dialog konkurencyjny

---

[465] Por. S. Buczkowski: Prawo obrotu uspołecznionego, Warszawa 1971, s. 299, W. Bagiński: Umowy o prace badawcze i umowy o wdrożenie wyników tych prac, Katowice 1971, s. 6 i n., L. Zalewski: Umowa o pracę badawczą, Poznań 1983, s. 30 i n. oraz A. Niewęgłowski: *op. cit.*, s. 198–199.

[466] Tak właśnie S. Buczkowski: *op. cit.*, s. 299.

[467] Zob. poz. 8 wykazu stanowiącego załącznik do rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 28 stycznia 2010 r. w sprawie wykazu usług o charakterze priorytetowym i niepriorytetowym (Dz. U. Nr 12, poz. 68).

(art. 60b Pzp), gdy ze względu na szczególnie złożony charakter zamówienia nie można opisać jego przedmiotu z zastosowaniem art. 30–31 Pzp bądź obiektywnie określić uwarunkowań prawnych lub finansowych wykonania zamówienia. Pomocniczy charakter mają natomiast niektóre zamówienia „rzeczowe" udzielane w związku z prowadzeniem prac badawczych lub rozwojowych. Odnotować tu należy zwłaszcza przypadek z art. 55 ust. 1 pkt. 4 Pzp, gdy przedmiotem zamówienia są roboty prowadzone wyłącznie w celach badawczych, doświadczalnych lub rozwojowych a nie dla zapewnienia zysku lub pokrycia ponoszonych kosztów badań lub rozwoju. Podobnie ubocznie można wykorzystać negocjacje bez ogłoszenia na podstawie art. 62 ust. 1 pkt. 3 Pzp, gdy przedmiotem zamówienia mają być rzeczy wytwarzane wyłącznie w celach badawczych, doświadczalnych lub rozwojowych.

Przy konstruowaniu specyfikacji istotnych warunków zamówienia, obok opisu przedmiotu zamówienia, zasadnicze znaczenie mają warunki wymagane od wykonawców ubiegających się o zamówienie oraz sposoby ich oceny i dokumentowania, a także kryteria oceny ofert. Leżąca u podstaw zaufania wiarygodność, zwłaszcza techniczno-zawodowa, wymaga gruntownej weryfikacji, z uwagi na znaczne ryzyko szkód związanych z nienależytym wykonaniem zamówienia na prace badawcze lub rozwojowe. W większym stopniu niż przy innych zamówieniach wykluczyć trzeba podwykonawstwo na podstawie art. 36 ust. 5 Pzp, ze względu na specyfikę przedmiotu zamówienia, zwłaszcza z uwagi na trudności w nadzorze zamawiającego nad procesem świadczenia objętego przedmiotem umowy[468]. Ze względu bowiem na charakter prac naukowo-badawczych i rozwojowych centralne znaczenie zajmuje wiedza i doświadczenie w osobistym ujęciu. Wykonawca nie może zatem powoływać się na wiedzę i doświadczenie osób trzecich, jeśli zamawiający wyłączył podwykonawstwo z góry w warunkach zamówienia[469]. W takim wypadku świadczenie powinno być wykonane osobiście przez wykonawcę lub co najwyżej przy pomocy pracowników, zleceniobiorców lub innych podległych mu osób. Liczy się zatem wykaz poprzednio zrealizowanych usług z referencjami wskazującymi na wiedzę i doświadczenie wykonawcy[470] oraz oświadczenie, że osoby, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia posiadają odpowiednie kompetencje zawodowe, a także wykaz osób odpowiedzialnych za realizację badań i kontrolę jakości (kadry) wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia[471].

Pośród kryteriów oceny ofert, obok kryterium wysokości ceny, rozważyć można kryterium jakościowe, które nastręcza jednak pewnych trudności związanych nie tylko z pomiarem zadeklarowanej w ofercie jakości zamawianych usług, lecz także z późniejszym wyegzekwowaniem dobrej ich jakości. Dlatego w praktyce zamówień na nietypowe usługi obserwuje się wzrost zainteresowania kryteriami związanymi bezpośrednio z odpowiedzialnością za nienależyte wykonanie zobowiązania, np. z wysokością zastrzeganych kar umownych, czy z zaostrzeniem odszkodowawczej odpowiedzialności na zasadach ogólnych. Możliwości wydłużenia odpowiedzialności z tytułu rękojmi za wady są tu jednak ograniczone, ponieważ analizowane usługi nie mają na ogół charakteru materialnego. Na dalszy plan schodzi też kryterium terminu realizacji zamówienia, z uwagi na konieczne jego powiązanie z planowanym cyklem badawczo-

[468] Por. wyrok ETS z 2 grudnia 1999 r., (C-176/98,Holst talia), ECR 1999, I-8607 oraz wyrok ETS z 18 marca 2004 r. (C-314/01, Arge Telcom), ECR 2004, I–2549, a także A. Sołtysińska: Europejskie prawo zamówień publicznych — Komentarz, Kraków 2006, s. 218 i n.

[469] Por. A. Sołtysińska, G. Wicik: Dopuszczalność powołania się na zdolności innych podmiotów, „Prawo Zamówień Publicznych, 2009, Nr 4, s. 3 i n.

[470] Odnośnie do wymogu wiedzy i doświadczenie zob. postanowienie Sądu Najwyższego z 7 października 2008 r. (III CZZZP/08), z aprobującą glosą R. Szostaka, „Prawo Zamówień Publicznych" 2009, Nr 1, s. 68 i n.

[471] Tak właśnie ujmują potrzebę udokumentowania wiarygodności wykonawcy przepisy § 1 pkt 3, 4 i 7 rozporządzenie Prezesa RM z 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzaju dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817).

-rozwojowym, podobnie jak i kryterium „czasu reakcji" na wykryte uchybienia, skoro liczy się nie tyle szybkość, ile rzetelność przy realizacji zamawianych prac. Niedopuszczalne są wreszcie rozmaite kryteria podmiotowe, zwłaszcza odwołujące się do wiedzy, doświadczenia i innych właściwości wykonawcy ze względu na generalny zakaz posługiwania się tego rodzaju kryteriami przy wyborze oferty najkorzystniejszej (art. 2 pkt 5 Pzp). Wyjątek z art. 5 ust. 1 Pzp nie dotyczy zaś usług badawczych i rozwojowych.

V. W kodeksie cywilnym nie wyodrębniono umowy o prace badawcze lub rozwojowe. Brak też jej wyspecjalizowanej regulacji w przepisach odrębnych. W doktrynie dominuje pogląd, że umowa ta stanowi odmianę umowy o dzieło (art. 627 kc)[472]. Za przedmiot dzieła uważa się bowiem opracowanie wyników i innych rezultatów prac badawczych lub rozwojowych, natomiast samo prowadzenie tych prac ma charakter pomocniczy. Wprawdzie na gruncie prawa polskiego dziełem może być rezultat niematerialny, także o znamionach utworu, jeśli jest ustalony w jakiejkolwiek postaci, ale problem w tym, że zarówno wyniki prac badawczych, jak i typowe utwory nie są „subiektywnie pewne i obiektywnie osiągalne", co koliduje z tradycyjnym pojęciem wymogu „oznaczonego dzieła"[473]. Wątpliwości potęgują się na gruncie art. 387 kc, według którego umowa o świadczenie niemożliwe jest nieważna. Poza tym wszelka twórczość bywa obciążona naturalnym ryzykiem i niepewnością co do osiągnięcia założonego efektu. W zakresie prac badawczych i rozwojowych ryzyko to staje się niemal typowe, skoro ich rezultaty nie są łatwe do przewidzenia. W przeciwnym wypadku prace te straciłyby swój badawczy charakter[474]. Dlatego w piśmiennictwie kwestionuje się niekiedy dopuszczalność uznania tego rodzaju dóbr intelektualnych za przedmiot umowy o dzieło w pojęciu art. 627 kc[475]. Sytuację komplikuje dodatkowo konieczność stosowania do umów dotyczących tych dóbr przepisów prawa autorskiego lub prawa własności przemysłowej. Od razu jednak trzeba zastrzec, że na ogół nie wszystkie elementy wyników (dokumentacji) prac badawczych i rozwojowych są twórcze. Potrzeba ochrony własności intelektualnej ujawnia się tu wprawdzie w znacznym rozmiarze, ale nie wyczerpująco.

Na tle zaistniałych rozbieżności i wątpliwości nasuwa się pogląd, że elementu „pewności" i „oznaczalności" umówionego rezultatu nie można demonizować w stopniu nadmiernie rygorystycznym, uzasadniającym konstruowanie odrębnego względem kontraktu dzieła typu umowy o prace badawcze lub rozwojowe, na dodatek nienazwanej. Skoro bowiem same prace mają charakter przygotowawczy, a w istocie zobowiązanie wykonawcy koncentruje się wokół sporządzenia rzetelnego opracowania finalnego, wskazującego na realny stan faktyczny badanej rzeczywistości, brak dostatecznych podstaw do odrzucenia bardzo pojemnej — skądinąd — formuły umowy o dzieło. Podkreślić dodatkowo trzeba, że przedmiotem analizowanych umów nie jest zagwarantowanie dodatniego wyniku prac, lecz takiego jaki

---

[472] Por. zwłaszcza R. Longchamps de Berier: Zobowiązania (oprac. J. Górski), Poznań 1984, s, 557., S. Buczkowski: *op. cit.*, s. 299, A. Nowicka: Umowa o dokonanie projektu wynalazczego, Poznań 1989, s. 55 i n., Z. Radwański, J. Panowicz-Lipska: Zobowiązania — część szczegółowa, Warszawa 1998, s. 126 oraz — w zasadzie — A. Niewęgłowski: *op. cit.*, s. 216. Stanowisko przeciwne wyrazili m.in. L. Zalewski: *op. cit.*, s. 46–47, G. Ćmikiewicz: *op. cit.*, s. 77, oraz B. Księżopolski: Porozumienia i umowy o prace badawcze i wdrożeniowe, „Prace Naukowe Akademii Ekonomicznej we Wrocławiu" 1978, Nr 135, s. 153 i n., którzy uznają umowę o prace badawcze za samodzielny typ umowy.

[473] Więcej o tym zwłaszcza S. Wójcik: Pojęcie umowy o dzieło, „Studia Cywilistyczne" 1963, t. IV, s. 123 oraz A. Brzozowski: Odpowiedzialność przyjmującego zamówienie za wady dzieła, Warszawa 1986, s. 14 i n.

[474] M. Madey: Problemy odpowiedzialności za wady w ogólnych warunkach umów, „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego" 1973, Nr 10, s. 9.

[475] Por. zwłaszcza M. Poźniak-Niedzielska: Autorstwo dzieła filmowego, Warszawa 1968, s. 109, J. Serda: Umowa wydawnicza. Pojęcie-funkcje-struktura, Kraków 1980, s. 61 i n oraz J. Barta: Umowy o dzieło w obrębie pracy twórczej, „Zeszyty Naukowe UJ — Prace Wynalazcze i Ochrony Własności Intelektualnej" 1988, Nr 47, s. 89.

nasunie się w związku z rozpoznaniem badanych problemów. Niektóre powinności wykonawcy jako pośrednio „oznaczalne" przez wskazanie podstaw mogą być ustalone później, w trakcie realizacji umowy, w ramach współdziałania zamawiającego z wykonawcą, byleby nadawały się do indywidualizacji przed ich wykonaniem w drodze prostej wykładni postanowień umowy[476]. W konsekwencji umowę o prace badawcze i rozwojowe uznać trzeba za odmianę (podtyp) umowy o dzieło w rozumieniu art. 627 kc[477], tym bardziej że w orzecznictwie umowę o stworzenie utworu literackiego (wydawniczą), a także o prace projektowe uznano za odmianę umowy o dzieło[478]. Analizowana umowa jest dwustronnie zobowiązująca, wzajemna, konsensualna i kauzalna.

VI. W świetle art. 1 ust. 2 ustawy z 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych[479] do utworów korzystających z prawno autorskiej ochrony zalicza opracowania twórcze o indywidualnym charakterze zawierające elementy nowości. Wprawdzie w praktyce zamówień na prace badawcze i rozwojowe budzi to niekiedy pewne zastrzeżenia, skoro finalne ich opracowanie (wyniki) ma na celu jak najwierniejsze odzwierciedlenie ustalonego stanu faktycznego, jednak ich naukowe ujęcie i towarzyszące mu wybory poparte adekwatnym sposobem wnioskowania, pozostawia wiele miejsca na osobistą inwencję autora odzwierciedlającą jego indywidualne piętno. W związku z tym trzeba tu odnotować pogląd zawarty w wyroku Sądu Najwyższego 18 czerwca 2003 r.[480], że jeżeli przedmiotem umowy o dzieło ma być utwór w rozumieniu prawa autorskiego, dla oceny praw i obowiązków stron mają zastosowanie przepisy kodeksu cywilnego, a w zakresie, w którym dzieło jest utworem — przepisy ustawy z 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych[481].

Autorowi opracowania wyników prac badawczych lub rozwojowych zawierającego oryginalne rozwiązania o charakterze twórczym przysługują prawa osobiste i majątkowe. Pierwsze, obejmujące prawo do autorstwa, nienaruszalności treści i formy utworu oraz rzetelnego jego wykorzystania, a także prawo do nadzoru nad sposobem korzystania z utworu, są nieograniczone w czasie i niezbywalne (art. 16 p. aut.). Drugie natomiast, polegające na wyłącznym prawie do korzystania z utworu i rozporządzania nim na wszystkich polach eksploatacji, wygasają po 70 latach, są dziedziczne i zbywalne w drodze umowy (art. 17 p. aut.). Majątkowo uprawnionym może być więc nie tylko sam autor, lecz także nabywca i ewentualnie dalszy nabywca tych praw. Na podstawie pisemnej umowy o dzieło wykonawca opracowania może przenieść na zamawiającego w szczególności prawo do utrwalania i reprodukcji dzieła, wprowadzania go do pamięci komputera i rozpowszechniania w drodze elektronicznej, a przede wszystkim do jego wykorzystania w działalności gospodarczo- publicznej. Umowa licencyjna, jedynie o samo korzystanie z cudzego utworu, zazwyczaj w okresie do 5 lat, także może stanowić element umowy o dzieło (art. 41 ust. 2 p. aut.). W braku wyraźnego postanowienia o prze-

---

[476] O możliwości dookreślenia przedmiotu umowy w trakcie jej realizacji zob. zwłaszcza T. Dybowski, A. Pyrzyńska (w:) System prawa prywatnego, t. 5, Prawo zobowiązań-część ogólna (red. E. Łętowska), Warszawa 2006, s. 191.

[477] Celem usunięcia narosłych wątpliwości odnośnie do kwalifikacji umowy o stworzenie utworu lub innego dobra intelektualnego na indywidualne zamówienie nasuwa się postulat wprowadzenia do prawa autorskiego stosownej normy przewidującej co najmniej odpowiednie stosowanie do niej kodeksowych Na tle powyższych przepisów o umowie o dzieło. Więcej o tym R. Szostak: Umowa o dzieło na tle umów dotyczących usług — uwagi de lege ferenda (w:) Umowy gospodarcze — zagadnienia wybrane (red. J. Gospodarek), Warszawa 2010, s. 105 i n.

[478] Por. wyroki Sądu Najwyższego: z 22 października 1973 r. (I CR-723)/73), „Orzecznictwo Sądu Najwyższego — Izba Cywilna" 1975, Nr 2, poz. 25 oraz z 18 czerwca 2003 r (II CKN–269/01) „Orzecznictwo Sądu Najwyższego — Izba Cywilna" 2004, Nr 9, poz. 142,

[479] Dz. U. z 2006 r., Nr 90, poz. 631 ze zm., dalej: „p. aut.".

[480] Powołany w przypisie 27.

[481] Dz. U. z 2006, Nr 90, poz. 631, ze zm.

niesieniu prawa, uważa się, że twórca udzielił licencji. Jeżeli w umowie nie określono sposobu korzystania z dzieła, powinien on być zgodny z charakterem i przeznaczeniem utworu oraz przyjętymi zwyczajami. Następca prawny, choćby nabył całość autorskich praw majątkowych nie może bez zgody twórcy czynić zmian w utworze, chyba że są one spowodowane oczywistą koniecznością, a twórca nie miałby słusznej podstawy im się sprzeciwić (art. 49 p. aut.).

Do podstawowych powinności zamawiającego należy obowiązek należytego współdziałania z wykonawcą (ujawnienie szczególnych potrzeb i wymagań, wydanie niezbędnych dokumentów, udzielenie informacji itd.) oraz obowiązek zapłaty wynagrodzenia. Podobnie jak przy typowej umowie o dzieło współdziałanie zamawiającego z wykonawcą ma istotne znaczenie dla prawidłowego ukończenia przedmiotu umowy, stąd w razie jego braku wykonawca może wyznaczyć zamawiającemu odpowiedni termin z zagrożeniem, iż po jego bezskutecznym upływie będzie uprawniony do odstąpienia od umowy. Z drugiej strony, jeżeli zajdą jakiekolwiek okoliczności, które mogą przeszkodzić prawidłowemu wykonaniu dzieła, wykonawca powinien o nich zawiadomić niezwłocznie zamawiającego (art. 634 kc). Wykonawcy przysługuje roszczenie odszkodowawcze z tytułu bezpodstawnego uchylenia się zamawiającego od współdziałania. Nie może być też obciążony skutkami spóźnienia w ukończeniu dzieła spowodowanego brakiem współdziałania ze strony zamawiającego[482]. Poza tym należy mu się zapłata wynagrodzenia mimo niewykonania dzieła, jeżeli był gotów je wykonać, lecz doznał przeszkody z przyczyn dotyczących zamawiającego (art. 639 kc).

W praktyce dominuje wynagrodzenie ryczałtowe. Wykonawca nie może żądać jego podwyższenia, chociażby w czasie zawarcia umowy nie można było przewidzieć rozmiaru lub kosztów prac (art. 632 kc). Tylko wyjątkowo, gdy wskutek nadzwyczajnej zmiany stosunków, wykonanie dzieła groziłoby wykonawcy rażącą stratą, sąd może podwyższyć ryczałt lub rozwiązać umowę.

Podstawowy obowiązek wykonawcy to prawidłowe i terminowe wykonanie dzieła. Jeżeli wykonawca opóźnia się z rozpoczęciem lub wykończeniem dzieła tak dalece, że nie jest prawdopodobne, żeby zdołał je ukończyć w umówionym czasie, zamawiający może bez wyznaczenia terminu dodatkowego od umowy odstąpić jeszcze przed upływem terminu do wykonania dzieła. Po upływie terminu przewidzianego na wykonanie dzieła zamawiający zazwyczaj najpierw jest uprawniony do naliczenia kary umownej, a gdy spóźnienie przekroczy granicę zastrzeżoną w umowie — do odstąpienia od umowy (art. 491 kc). Jeżeli wykonawca wykonuje dzieło w sposób wadliwy albo sprzeczny z umową, zamawiający może wezwać go do zmiany sposobu wykonania i wyznaczyć mu w tym celu odpowiedni termin, a po jego bezskutecznym upływie wolno mu odstąpić od umowy. Może też powstrzymać się z przyjęciem wadliwego dzieła i z zapłatą wynagrodzenia. Warunkowy odbiór dzieła niekompletnego lub z wadami jest wykluczony. Nie ma zaś przeszkód, aby przyjęć dzieło częściowo, w zakresie składników ukończonych w zgodzie z umową. Najczęściej jednak usterki opracowań naukowo-badawczych i rozwojowych wychodzą na jaw dopiero w związku z ich praktycznym wykorzystaniem. Dlatego nasuwa się potrzeba zastrzeżenia w umowie wydłużonej w czasie odpowiedzialności wykonawcy za tzw. ukryte wady dzieła i ich następstwa majątkowe.

W odniesieniu do opracowań twórczych pewne modyfikacje zasad wykonania zobowiązania wynikają z przepisów prawa autorskiego. Umowa zobowiązująca do przeniesienia autorskich praw majątkowych przenosi je na zamawiającego z chwilą przyjęcia utworu, chyba że postanowiono inaczej (art. 64 p. aut.). W szczególności prawa te mogą przejść wcześniej, gdy strony zdecydują się na przedłużenie sześciomiesięcznego terminu przewidzianego ustawowo na

[482] Por. P. Machnikowski (w:) Kodeks cywilny — komentarz (red. E. Gniewek), Warszawa 2007, s. 509–510.

przyjęcie utworu. Do przyjęcia utworu dochodzi zazwyczaj w związku z przekazaniem zamawiającemu oryginału lub innego egzemplarza opracowania. Przyjęcie polega na sprawdzeniu ilościowo-jakościowym zawartości i dzieła. Wymaga oświadczenia zamawiającego, wyraźnego lub dorozumianego[483]. Według art. 55 ust. 4 p. aut., jeśli zamawiający nie zawiadomi twórcy w terminie sześciu miesięcy od dostarczenia opracowania o jego przyjęciu, nieprzyjęciu lub uzależnieniu przyjęcia od dokonania określonych zmian w wyznaczonym w tym celu terminie, uważa się, że utwór został przyjęty bez zastrzeżeń. W umowie można jednak przewidzieć inny termin. Jeśli wykonawca nie przekazał opracowania w umówionym terminie, zamawiający może wyznaczyć mu odpowiedni termin dodatkowy, a po bezskutecznym jego upływie — odstąpić od umowy.

VII. W wypadku, gdy przedstawione do odbioru opracowanie obciążone jest wadami materialnymi nośnika (prototypu) lub omyłkami redakcyjnymi, zamawiający może wstrzymać się z jego przyjęciem, a gdy defekty wyszły na jaw później — stosuje się kodeksowe przepisy o odpowiedzialności z rękojmi za wady dzieła (art. 638- 639 kc). Jeśli zaś opracowanie zostało dotknięte wadą prawną (zawiera elementy utworu stworzonego przez osobę trzecią, do którego wykonawca nie nabył praw autorskich), zamawiający może odstąpić od umowy, zarówno przed, jak i po przyjęciu dzieła, a także żądać stosownego odszkodowania (art. 55 ust. 2 p. aut.). Nie wolno mu przecież korzystać z utworu, co do którego zachodzi niemożliwość przeniesienia majątkowych praw autorskich, według odwiecznej maksymy, że „nikt nie może dać drugiemu więcej niż sam ma". Trzecia kategoria wadliwości dzieła, najczęściej występująca w praktyce, polega na defektach o charakterze niematerialnym (dotyczących bezpośrednio rozwiązań intelektualnych), nazywanych ustawowo „usterkami utworu". W świetle art. 55 ust. 1 p. aut., gdy zamówiony utwór ma usterki, zamawiający może wyznaczyć wykonawcy odpowiedni termin do ich usunięcia, a po jego bezskutecznym upływie może od umowy odstąpić lub żądać odpowiedniego obniżenia wynagrodzenia, chyba że usterki są wynikiem okoliczności, za które wykonawca nie ponosi odpowiedzialności, zwłaszcza gdy powstały z przyczyn po stronie zamawiającego lub osoby trzeciej, za którą wykonawca nie odpowiada. Roszczenia te wygasają z chwilą przyjęcia dzieła. Krótki termin wygaśnięcia usprawiedliwia się potrzebą usunięcia stanu niepewności co do rozliczeń między stronami[484]. Nie dotyczy to jednak roszczeń z tytułu szkód majątkowych wyrządzonych w wyniku praktycznego zastosowania wadliwych rozwiązań dzieła intelektualnego, do których stosuje się kodeksowe zasady ogólne. Dlatego w razie błędów ujawnionych w opracowaniu wyników prac badawczych (rozwojowych), spowodowanych wadliwością samych badań lub wadliwego wnioskowania w oparciu o zgromadzony „materiał badawczy" podstawowe znaczenie ma odpowiedzialność odszkodowawcza wykonawcy.

Z punktu widzenia przesłanek odszkodowawczej odpowiedzialności kontraktowej (art. 471 kc) doniosłą rolę pełni dyrektywa z art. 354 kc, według której zobowiązanie powinno być wykonane zgodnie z jego treścią i w sposób odpowiadający jego celowi społeczno-gospodarczemu oraz zasadom współżycia społecznego, a jeżeli istnieją w tym zakresie ustalone zwyczaje — także w sposób odpowiadający tym zwyczajom. Przy wykonywaniu zobowiązań z umów o prace badawcze lub rozwojowe, nacechowanych wysokim stopniem ryzyka badawczego (wdrożeniowego), z naturalnych względów podstawowe znaczenie ma — w świetle powyższej dyrektywy — kwalifikacja prawna nienależytego wykonania zobowiązania, pozostałe zaś przesłanki odpowiedzialności (szkoda, związek przyczynowy, wina domniemana) schodzą na dalszy plan. Trudności, zwłaszcza dowodowe, potęgują się w razie wyrządzenia

---

[483] M. Kępiński (w:) System prawa prywatnego, t. 13, Prawo autorskie (red. J. Barta), Warszawa 2003, s. 436.

[484] Por. zwłaszcza J. Barta, R. Markiewicz: Komentarz do ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych, Kraków 1995, s. 291.

zamawiającemu szkód spowodowanych błędnymi wynikami prac, będącymi bezpośrednim następstwem nierzetelnie wykonanych badań i innych czynności weryfikacyjnych. Dlatego w większym zakresie trzeba tu operować karami umownymi, nie tylko ryczałtującymi odpowiedzialność odszkodowawczą za tego rodzaju uchybienia i opóźnienia realizacyjne, ale i ułatwiającymi „dowodowo" dochodzenie odpowiedzialności wykonawcy.

USTAWOWE ZNAMIONA OSZUSTWA PRZETARGOWEGO W KODEKSIE KARNYCH Z 1997 R.

dr Piotr Wiatrowski
Uniwersytet Ekonomiczny w Krakowie — Katedra Prawa

Komisja Europejska wydała ostatnio Zieloną Księgę pt. W sprawie modernizacji polityki UE w dziedzinie zamówień publicznych — w kierunku zwiększania skuteczności europejskiego rynku zamówień, mając na celu m.in. zwalczanie faworyzowania i korupcji, manipulowania dokumentami, podnoszenie poziomu przejrzystości i zapobieganie konfliktom interesów[485]. Wydarzenie to jest okazją do zwrócenia uwagi również na prawnokarne zagadnienia związane z zamówieniami publicznymi, w tym na problemy związane z ukształtowaniem znamion przestępstwa określonego w art.297 k.k., z których realizacją często można się spotkać w praktyce. Ten specyficzny typ oszustwa po raz pierwszy pojawił się w polskim prawie w art. 3 ustawy z dnia 12 października 1994 r. o ochronie obrotu gospodarczego[486]. Przepis został następnie recypowany przez art. 297 k.k. z 1997 r.[487] a pewne zmiany w ukształtowaniu jego znamion rozszerzając katalog instytucji finansowych objętych ochroną oraz wprowadzając nowy sposób działania sprawcy w postaci przedłożenia nierzetelnych dokumentów przyniosła ustawa z dnia 18 marca 2004 r. o zmianie ustawy Kodeks karny, ustawy Kodeks postępowania karnego oraz ustawy kodeks wykroczeń[488]. Przestępstwo to występuje w doktrynie pod nazwą dezinformacji finansowej, oszustwa finansowego, oszustwa kredytowego i dotacyjnego, kredytowego lub w zakresie zamówień publicznych albo jako oszustwo przetargowe, w zależności na którą instytucję finansową podlegającą ochronie kładzie się w konkretnym przypadku nacisk.

W kontekście zamówienia publicznego czyn zabroniony określony w art. 297 § 1 k.k. brzmi następująco: „kto, w celu uzyskania dla siebie lub kogo innego, od banku lub jednostki organizacyjnej prowadzącej podobną działalność gospodarczą na podstawie ustawy albo od organu lub instytucji dysponujących środkami publicznymi (...) zamówienia publicznego, przedkłada podrobiony, przerobiony, poświadczający nieprawdę albo nierzetelny dokument albo nierzetelne, pisemne oświadczenie dotyczące okoliczności o istotnym znaczeniu dla uzyskania wymienionego (…) zamówienia podlega karze pozbawienia wolności od 3 miesięcy do lat 5". Natomiast § 2 tego przepisu stanowi, że „tej samej karze podlega, kto wbrew ciążącemu na nim obowiązkowi nie powiadamia właściwego podmiotu o powstaniu sytuacji mogących mieć wpływ na wstrzymanie albo ograniczenie wysokości udzielonego (...) zamówienia publicznego".

Rodzajowym dobrem prawnie chronionym jest w przypadku tego typu czynu zabronionego prawidłowość obrotu gospodarczego na co wskazuje tytuł rozdziału XXXVI k.k. Indywidualnym przedmiotem ochrony jest m.in. prawidłowość udzielania wykorzystywania zamówienia publicznego. Sąd Najwyższy stwierdził że sprawca godzi nawet w dwa dobra prawnie chronione tj. wiarygodność dokumentów oraz interesy społeczne w zakresie funkcjonowania instytucji zamówień publicznych[489].

---

[485] Zielona Księga. W sprawie modernizacji polityki UE w dziedzinie zamówień publicznych — w kierunku zwiększania skuteczności europejskiego rynku zamówień. Bruksela 27.01.2011 r., KOM (2011) 15, s. 55–56.

[486] Dz. U. Nr 126, poz. 615.

[487] Dz. U. Nr 88, poz. 553 ze zm.

[488] Dz. U. Nr 69, poz. 626.

[489] Wyrok SN z 17.10.2006 r., WA 28/06, Orzecznictwo (2006)..., *op. cit.*, s. 995.

Podmiotem przestępstwa określonego w art. 297 § 1 k.k. może być każda osoba zdolna do ponoszenia odpowiedzialności karnej, a więc która ukończyła 17 lat o co najmniej ograniczonej poczytalności. Jest to zatem przestępstwo powszechne możliwe do popełnienia z natury rzeczy jedynie z winy umyślnej i to w szczególnej postaci zamiaru tj. bezpośredniego z uwagi na kierunkowy charakter, choć cel jest węziej określony niż klasyczny cel osiągnięcia korzyści majątkowej. Bezkarny pozostaje sprawca, który nie wiedział, że zawarte w przedłożonej przez niego dokumentacji dane są nieprawdziwe, jednak przy dołożeniu należytej staranności mógł się o tym dowiedzieć[490]. Sprawca tego przestępstwa nie musi posiadać statusu wykonawcy w rozumieniu art. 2 pkt 11 Pzp. Może on działać zarówno w swoim interesie, jak i na rzecz innego podmiotu, przy czym w tym ostatnim przypadku nie jest nawet istotna okoliczność, czy posiada on odpowiednie umocowanie do występowania w jego imieniu. Nie musi być bowiem żadnych powiązań, układów czy porozumień między sprawcą a tą inną osobą[491]. W przypadku wcześniejszych uzgodnień w tym zakresie, np. podrobienia referencji, a następnie ich przedłożenia wraz z ofertą możliwa jest odpowiedzialność karna za współsprawstwo. Podobnie za sprawstwo polecające będzie odpowiadał prezes spółki polecający pełnomocnikowi złożenie nieprawdziwego oświadczenia o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu[492].

Omawiane przestępstwo jest przestępstwem formalnym (bezskutkowym), gdyż nie jest konieczne dla odpowiedzialności sprawcy wystąpienie jakiegokolwiek skutku w szczególności wyrządzenie szkody organowi lub instytucji dysponującej środkami publicznymi, a dokonanie przestępstwa następuje z chwilą przedłożenia określonego dokumentu lub pisemnego oświadczenia w celu uzyskania zamówienia publicznego[493]. Oszustwo przetargowe jest przestępstwem abstrakcyjnego narażenia na niebezpieczeństwo. Penalizacja tego przestępstwa odbywa się niejako na przedpolu zwykłego oszustwa do którego dokonania konieczne byłoby niekorzystne rozporządzenie mieniem. Jeśli sprawca przedkłada przedmiotowy dokument lub oświadczenie po uzyskaniu zamówienia publicznego np. przypadku zmiany przez wykonawcę formy zabezpieczenia w trakcie realizacji umowy w sprawie zamówienia publicznego, to przyjąć należy że następuje istotna zmiana warunków umowy o udzielenie zamówienia i faktycznie zawierana jest nowa umowa i należy w związku z tym przyjąć odpowiedzialność na podstawie art. 297 § 1 k.k. Inaczej będzie w sytuacji, gdy aneks nie zmieni istotnych warunków umowy o udzielenie zamówienia publicznego[494]. Omawiany przepis posługuje się bowiem znamieniem „w celu uzyskania", a nie „w związku", które *de lege ferenda* pozwoliłoby na uchwycenie takiej sytuacji. Nie jest wymagane spowodowanie przez sprawcę konkretnego zagrożenia rzetelności postępowania o uzyskanie zamówienia publicznego i dowodzenie tej okoliczności, gdyż żadne ze znamion o takim niebezpieczeństwie nie wspomina, a wystarczy sama realizacja czynności sprawczej, z którą wiąże się domniemanie, iż z takim zachowaniem zazwyczaj się ono wiąże.

Pojęcie zamówienia publicznego definiuje art. 2 pkt. 13 ustawy z 9 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych[495], określając, że stanowią je „umowy odpłatne zawierane między za-

---

[490] A. Marek, Kodeks karny. Komentarz, Warszawa 2010, s. 636.

[491] G. Bogdan, K. Buchała, Z. Ćwiąkalski, M. Dąbrowska-Kardas, P. Kardas, J. Majewski, M. Rodzynkiewicz, M. Szewczyk, W. Wróbel, A. Zoll, Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz do art. 278–363 Kodeksu karnego, red. A. Zoll, Kraków 1999, s. 314.

[492] M. Makowski, Karnoprawne aspekty przedkładania oświadczeń i dokumentów w zamówieniach publicznych, http://www.izp.pl/index.php?doc=241, 12.04.2011.

[493] Wyrok SA w Łodzi z 26 lipca 2000 r., II Aka 93/00, Prok. i Pr. 2002, nr 1, poz. 24.

[494] A. Wujastyk, Przestępstwa dezinformacji finansowej i ukrycia niebezpieczeństwa finansowego (tzw. oszustwa kredytowe) w ustawie oraz praktyce prokuratorskiej i sądowej, Warszawa 2010, niepubl. praca dokt., s. 66.

[495] Tj. Dz. U. 2010, Nr 113, poz. 759.

mawiającym a wykonawcą, których przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane". Ustawę Prawo zamówień publicznych stosuje się nie tylko do jednostek sektora finansów publicznych w rozumieniu przepisów o finansach publicznych, ale i innych enumeratywnie określonych w niej podmiotów. Dotyczy ona w określonych przypadkach m.in. każdego podmiotu, niezależnie od jego formy organizacyjnej i struktury własności, jeżeli ponad 50 % udzielanego przez niego zamówienia jest finansowane ze środków publicznych. Wykaz jednostek sektora finansów publicznych zawiera art. 5 ustawy z 26 listopada 1998 r. o finansach publicznych[496]. Postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne, a zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie. Jawne są także same umowy o zamówienia publiczne. Z zastrzeżeniem wyjątków określonych w ustawie, postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzi się z zachowaniem formy pisemnej. Także zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego wymaga obligatoryjnie formy pisemnej pod rygorem nieważności. Wykonawca może złożyć tylko jedną ofertę. Ofertę składa się, pod rygorem nieważności w formie pisemnej albo, za zgodą zamawiającego, w postaci elektronicznej, opatrzoną bezpiecznym podpisem elektronicznym. Treść oferty musi odpowiadać treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Niedopuszczalne jest dokonywanie jakiejkolwiek zmiany w treści złożonej oferty oprócz poprawy przez zamawiającego w jej tekście oczywistych omyłek pisarskich oraz omyłek rachunkowych w obliczeniu ceny z jednoczesnym niezwłocznym zawiadomieniem o tym wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty. Dla celów dokumentacyjnych w trakcie prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający sporządza pisemny protokół z postępowania o udzielenie zamówienia. Oferty, opinie biegłych, oświadczenia, zawiadomienia, wnioski, inne dokumenty i informacje składane przez zamawiającego i wykonawców oraz umowa w sprawie zamówienia publicznego stanowią załączniki do tego protokołu. Protokół wraz z załącznikami jest jawny. Wyróżnia się następujące tryby udzielania zamówień publicznych: przetarg nieograniczony, przetarg ograniczony, negocjacje z ogłoszeniem, dialog konkurencyjny, negocjacje bez ogłoszenia, zamówienie z wolnej ręki, zapytanie o cenę i licytację elektroniczną. Przetarg nieograniczony, jak podkreśla się w doktrynie, pełni rolę trybu podstawowego, którego elementy znajdują przez odesłania zastosowanie w ramach czterech innych procedur.

Przedmiotem ochrony art. 297 k.k. jest m.in. zabezpieczenie prawidłowości i rzetelności postępowania o uzyskanie zamówienia publicznego. W art. 297 k.k. mamy do czynienia z dwoma odrębnymi czynami zabronionymi, o różnym zakresie podmiotowym i przedmiotowym. Zachowanie sprawcy określone w art. 297 § 2 k.k. stanowi *sui qeneris* przygotowanie do przestępczego uzyskania zamówienia publicznego[497]. Strona przedmiotowa występku z art. 297 § 1 k.k. musi składać się z trzech następujących elementów:

1) występowania przez sprawcę dla siebie lub innej osoby w celu uzyskania zamówienia publicznego,
2) występowania przed odpowiednim organem lub instytucją dysponującą środkami publicznymi,
3) przedłożenie określonego dokumentu lub pisemnego oświadczenia.

Art. 115 §14 zawiera definicję legalną pojęcia dokumentu, którym w świetle tego przepisu jest „każdy przedmiot lub inny zapisany nośnik informacji, z którym jest związane określone prawo,

[496] Dz. U. Nr 45 z 2003 r., poz. 391.

[497] B. Kurzępa, Przestępstwa związane z udzielanymi zamówieniami publicznymi, Prokurator 2004, nr 4, http://lex.pl/czasopisma/prokurator/udziezapu.html, 14.04.2011.

albo który ze względu na zawartą w nim treść stanowi dowód prawa, stosunku prawnego lub okoliczności mającej znaczenie prawne". Taki dokument musi dla zaistnienia omawianego przestępstwa być podrobiony, przerobiony, poświadczający nieprawdę albo nierzetelny, zaś dla pisemnego oświadczenia wystarczy, że sama jego nierzetelność. Nie jest istotne kto przerobił albo podrobił dokument przedkładany przez sprawcę, natomiast pisemne oświadczenie pochodzi z reguły od samego sprawcy ubiegającego się o uzyskanie zamówienia publicznego. Wydaje się, że zarówno dokument, jak i oświadczenie powinno dotyczyć okoliczności o istotnym znaczeniu dla uzyskania zamówienia publicznego. Trudno znaleźć bowiem podstawy do ograniczenia tego ostatniego wymagania jedynie do pisemnego oświadczenia, z którym co prawda jest gramatycznie związane, ale też taka forma stylistycznie poprawnie obejmuje również element je poprzedzający. Wystarczy przedłożenie jednego fałszywego lub stwierdzającego nieprawdę dokumentu lub nierzetelnego pisemnego oświadczenia. Dokumenty te czy oświadczenia mają potwierdzać spełnienie warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz wymagań stawianych przez zamawiającego wskazanych w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert. T. Oczkowski wskazuje, że może chodzić o dokumenty tożsamości, odpis z właściwego rejestru, zaświadczenia o dochodach osób fizycznych, zaświadczenia o niezaleganiu z podatkami lub składkami na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne, sprawozdania finansowe, opinie biegłych rewidentów o sporządzonych sprawozdaniach finansowych, dokumenty określających sytuację finansową określonego podmiotu, wartość posiadanego majątku, zadłużenia, istniejących zabezpieczeń itp.[498] Mogą to być też licencje, koncesje, inne dokumenty stwierdzające posiadanie określonych uprawnień czy wiedzy, informacje banku o posiadaniu określonej ilości środków finansowych, jak również wykazy wcześniej wykonanych dostaw czy usług, listy referencyjne, protokoły odbioru, potwierdzenia płatności, polisa odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności[499].

Przez znamię „przedkłada" rozumie się w doktrynie wszelkie działania polegające na składaniu na każdym możliwym etapie procedury dokumentów lub pisemnych oświadczeń, oddawaniu ich do przejrzenia lub oceny, jak również inne formy występowania z dokumentami lub oświadczeniami w stosunku do osoby lub organu polegające na działaniu[500]. Nieprzedłożenie zatem wymaganego dokumentu lub oświadczenia nie będzie posiadało prownokarnego znaczenia, choćby wskazywało na zaistnienie określonej okoliczności, np. brak zaległości podatkowych ubiegającego się o zamówienie publiczne[501].

Bankiem w świetle art. 2 ustawy z 29 sierpnia 1997 r. Prawo bankowe[502] jest osoba prawna utworzona zgodnie z przepisami ustawy, działająca na podstawie zezwoleń uprawniających do wykonywania czynności bankowych obciążających ryzykiem środki powierzone pod jakimkolwiek tytułem zwrotnym. Za bank należy uznać także NBP[503] oraz banki hipoteczne[504]. Za jednostki organizacyjne prowadzące na podstawie ustawy działalność gospodarczą podobną do banków (w rozumieniu art. 297 § 1 k.k.), należy uznać SKOK oraz instytucje pieniądza

---

[498] T. Oczkowski, Oszustwo kredytowe, subwencyjne i w zakresie zamówień publicznych, Prokurator 2005, nr 4, s. 34.

[499] A. Wujastyk, *op. cit.*, s. 121. 128.

[500] B. Kurzępa, Przestepstwa…, *op. cit.;* O. Górniok, Przestępstwa gospodarcze. Rozdział XXXVI i XXXVII Kodeksu karnego. Komentarz. Warszawa 2000. s. 29.

[501] B. Kurzępa, Przestepstwa…, *op. cit*.

[502] Dz. U. Nr 140 z 1997 r., poz. 939 ze zm.

[503] Zob. ustawa o NBP z 29.08.1997 r. (Dz. U. Nr 1 z 2005 r., poz. 2 ze zm.).

[504] Zob. ustawa o listach zastawnych i bankach hipotecznych z 28.04.2003 r. (Dz. U. Nr 99, poz. 919 ze zm.).

elektronicznego, czyli tzw. parabanki[505]. Dla określenia organów lub instytucji dysponujących środkami publicznymi należy odwołać się do art. 9 ustawy z 27 sierpnia 2009 r.[506] o finansach publicznych według którego sektor finansów publicznych tworzą organy władzy publicznej (administracji rządowej, kontroli państwowej i ochrony prawa, sądy i trybunały), jednostki samorządu terytorialnego oraz ich związki, a także samorządowe zakłady budżetowe, agencje wykonawcze, instytucje gospodarki budżetowej, państwowe fundusze celowe; uczelnie publiczne, jednostki badawczo rozwojowe, samodzielne publiczne zakłady opieki zdrowotnej, państwowe i samorządowe instytucje kultury oraz państwowe instytucje filmowe, a także: ZUS, KRUS i zarządzane przez nie fundusze, NFZ, PAN i tworzone przez nią jednostki organizacyjne, jak również inne państwowe lub samorządowe osoby prawne utworzone na podstawie odrębnych ustaw w celu wykonywania zadań publicznych z wyłączeniem przedsiębiorstw, jednostek badawczo-rozwojowych, banków i spółek prawa handlowego. Ochroną nie są objęte zatem zamówienia publiczne realizowane przez podmioty prywatne nawet jeżeli dysponowałyby one środkami publicznymi. Uznać należy to za poważne przeoczenie prawodawcy, które próbuje naprawić przygotowana przez Ministerstwo Sprawiedliwości nowelizacja, o której będzie jeszcze mowa.

Dokonując analizy znamion omawianego przestępstwa można zauważyć brak kodeksowego określenia pojęcia środków publicznych, co powoduje pewne wątpliwości[507]. Środki publiczne można jednak wyróżniać na podstawie przepisów ustaw szczególnych. Pojęcie środków publicznych jest zdefiniowane w ustawie z 26 listopada 1998 r. o finansach publicznych[508] oraz w ustawie z 10 czerwca 1994 r. o zamówieniach publicznych[509]. Można także odwołać się do ustawy z 20 grudnia 1996 r. o gospodarce komunalnej[510] oraz ustawy z 27 lipca 2002 r. o warunkach dopuszczalności i nadzorowaniu pomocy publicznej dla przedsiębiorców[511]. Od 1 maja 2004 r. także środki pochodzące z budżetu Wspólnoty Europejskiej traktowane są jako środki pochodzące z sektora finansów publicznych[512].

Zachowania przestępne osób ubiegających się o zamówienia publiczne realizują klasyczne metody i formy przestępne, określone w przepisie art. 297 § 1 k.k., tj.:

- przedkładanie fałszywych dokumentów (np. podrobionych zaświadczeń o niezaleganiu z podatkami czy pozytywnych opinii z banków kredytujących),
- składanie dokumentów stwierdzających nieprawdę (np. oświadczenia o niepodleganiu wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 19 ustawy o zamówieniach publicznych, w sytuacji gdy wobec składającego to oświadczenie wszczęto postępowanie upadłościowe lub ogłoszono upadłość),
- składanie nierzetelnych oświadczeń dotyczących okoliczności, mających istotne znaczenie dla uzyskania zamówienia (głównie zapewnienia o posiadanym doświadczeniu i potencjale ekonomicznym, przy ich całkowitym braku)[513].

---

[505] A. Wujastyk, *op. cit.*, s. 84.

[506] Dz. U. Nr 157, poz. 1240.

[507] R. Zawłocki, Glosa do uchwały SN z 28 marca 2002 r., I KZP 35/01, Monitor Prawniczy 2002, nr 10, s. 474.

[508] Art. 3 ustawy z dn. 26 listopada 1998 r. (t.j. Dz. U. z 2003 r., Nr 15, poz. 148 ze zm.).

[509] Tekst. jedn. Dz. U. 2002 r., Nr 72, poz. 664 ze zm. (art. 2 §1 pkt. 7).

[510] Dz. U. Nr 9, poz. 43 ze zm.

[511] Dz. U. Nr 141, poz. 1177.

[512] Ustawa z 17 lipca 2002 r. o zmianie ustawy o finansach publicznych Wspólnoty Europejskiej (Dz. U. Nr 156, poz. 1300) oraz ustawa z 30 lipca 2003 r. o uruchamianiu środków pochodzących z Sekcji Gwarancji Europejskiego Funduszu Orientacji i Gwarancji Rolnej (Dz. U. Nr 166, poz. 1611).

[513] W. Jaroch, Przestępstwa w systemie zamówień publicznych, Prok. i Pr. 2004, nr 4, s. 95.

Podrobione, przerobione lub stwierdzające nieprawdę dokumenty należy rozumieć w kontekście art. 270 k.k. i art. 270 § 1 k.k. oraz art. 272 k.k. Istnieją dwie postaci fałszowania dokumentów — podrobienie i przerobienie. Dokument jest podrobiony wówczas, gdy nie pochodzi od tej osoby, w imieniu której został sporządzony, zaś przerobiony jest wówczas, gdy osoba nieupoważniona zmienia dokument autentyczny poprzez zmianę jego treści, usunięcie fragmentu lub dopisanie nowych informacji, fałszowanie podpisu, antydatowanie[514]. Posłużeniem podrobionym dokumentem będzie stanowić, np. załączenie do oferty referencji wystawionych przez nieistniejący podmiot albo z podrobionym podpisem podmiotu istniejącego, zaś przerobienie stanowi, np. zmiana daty wystawienia oryginalnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego[515]. Jako iż chodzi o zamach na autentyczność dokumentu irrelewantny charakter ma zgodność jego treści z rzeczywistością. Przy poświadczeniu nieprawdy mamy natomiast do czynienia z dokumentem autentycznym będącym realizacją publicznoprawnego uprawnienia, lecz zawierającym nieprawdziwe informacje. Nie chodzi przy tym o oświadczenie określonych okoliczności mających znaczenie prawne we własnym interesie, a poświadczenie ich przez upoważnionego osobie trzeciej. Takie poświadczenie może być też wynikiem wyłudzenia.

Pisemne oświadczenie pochodzi od składającego i aby sprawca mógł odpowiadać za jego przedłożenie musi cechować je nierzetelność. W użytym kontekście znaczenie ma dokument, który ani nie poświadcza nieprawdy ani nie jest podrobiony czy przerobiony, a więc może zawierać informacje niepełne lub niesprawdzone, których autor nie jest pewien bądź też informacje wprowadzające w błąd. Według Sądu Najwyższego oświadczenie nierzetelne zawiera „informacje nieprawdziwe lub niepełne oraz takie, które ze względu na sposób wypowiedzi mogą sugerować adresatowi istnienie stanu rzeczy niezgodnego z prawdą"[516]. Złożenie nierzetelnego ustnego oświadczenia wyklucza odpowiedzialność za oszustwo jednak oświadczenia ustne nabierają cechy pisemności po ich zaprotokołowaniu. Kryterium istotności okoliczności, których dotyczy oświadczenie, jest cel jakiemu ma ono służyć[517]. Chodzi o okoliczności, których wystąpienie lub brak przesądza o podjęciu korzystnej dla sprawcy decyzji. Oświadczeniem takim może być pismo wymagane przez przepisy prawa, jak i samorzutnie składane przez sprawcę w toku postępowania w związku z ubieganiem się o udzielenie zamówienia publicznego[518]. W sytuacji, gdy sprawca przedłoży dokumenty fałszywe lub stwierdzające nieprawdę albo nierzetelne pisemne oświadczenia które obiektywnie rzecz biorąc nie mogły doprowadzić do uzyskania zamówienia publicznego możliwa jest odpowiedzialność za usiłowanie nieudolne[519].

Art. 297 §2 k.k. stwierdza że tej samej karze jak za omówione wyżej oszustwo tj. pozbawienia wolności od 3 miesięcy do 5 lat podlega, kto wbrew ciążącemu obowiązkowi nie powiadamia właściwego podmiotu o powstaniu sytuacji mogącej mieć wpływ na wstrzymanie lub ograniczenie wysokości udzielonego zamówienia publicznego. Proponuje się dla tego typu nazwę — ukrycie niebezpieczeństwa finansowego[520]. Popełnienie tego przestępstwa możliwe jest jedynie przez zaniechanie i ma charakter formalny, abstrakcyjnego zagrożenia oraz indywi-

---

[514] Wyrok SN z 27 XI 2000 r., III KKN 233/98, Orz. Prok. i Pr. 2001, nr 5, poz. 4.

[515] M. Makowski, *op. cit*.

[516] Wyrok SN z 5.01.2006 r., III KK 198/05, OSNKW nr 4 z 2006 r., poz. 40.

[517] O. Górniok, M. Mozgawa, J. Majewski, Z. Sienkiewicz, L. Wilk, Prawo karne gospodarcze, red. O. Górniok, Warszawa, s. 89.

[518] G. Bogdan i in., *op. cit*., s. 313.

[519] *Ibidem*.

[520] A. Wujastyk, *op. cit*., s. 151.

dualny. Popełnione może być tylko umyślnie w postaci zamiaru bezpośredniego lub ewentualnego. Zamiar ewentualny będzie miał miejsce w sytuacji, gdy osoba która nie zawiadomiła właściwego podmiotu w sytuacji określonej znamionami art. 297 §2 k.k. jednocześnie przewidywała możliwość popełnienia tego przestępstwa i godziła się na nie. Motywy i pobudki zaniechania sprawcy są nieistotne dla bytu tego przestępstwa. Przekazanie określonej informacji, której zaniechano nie musiałoby obligować do wstrzymania udzielonego zamówienia publicznego, chodzi bowiem o informacje „mogące mieć wpływ" a nie „mające wpływ". Odmiennie niż w klasycznym oszustwie ten typ czynu zabronionego obejmuje etap po rozporządzeniu mieniem, gdyż ma związek z możliwością powstania strat po stronie podmiotu udzielającego zmówienia publicznego[521]. Bezkarna natomiast pozostaje osoba dopuszczająca się tego karalnego zaniechania po złożeniu wszystkich dokumentów a przed udzieleniem zamówienia publicznego[522]. Obowiązek pracownika powiadomienia organu lub instytucji wynika z wiążących go przepisów prawnych, służbowych i regulaminów, natomiast osoby zainteresowanej w uzyskaniu zamówienia publicznego — z dokumentów przedstawionych mu do wypełnienia. Z reguły jest to umowa lub wniosek opatrzony odpowiednimi klauzulami, dotyczącymi np. zadłużeń, stanu majątkowego[523]. Jeżeli źródło obowiązku nie wprowadza szczególnej formy przekazania informacji, to może ono nastąpić w dowolny sposób. Obowiązek jej przekazania, jak wskazuje się w doktrynie, choć budzi to pewne wątpliwości, może wynikać również z charakteru i celu samego zamówienia publicznego[524]. Penalizacji nie podlega niepowiadomienie o powstaniu sytuacji mogącej mieć wpływ na nieudzielenie zamówienia publicznego natomiast informacje, o których mowa w art. 297 § 2 k.k., mogą dotyczyć zarówno okoliczności istniejących jeszcze przed udzieleniem danego instrumentu, jak i powstałych po jego udzieleniu[525]. Podmiotem przestępstwa może być zarówno beneficjent zamówienia publicznego, jak i osoby sprawujące nadzór i kontrolę nad jego udzieleniem a będące pracownikami podmiotu je udzielającego. Z uwagi na restryktywną wykładnię w prawie karnym nie będzie odpowiadał z tego przepisu, np. pracownik NIK. Dokonanie tego przestępstwa następuje z upływem terminu, w którym sprawca miał obowiązek zawiadomić właściwe podmioty, a przy braku jego wskazania — z upływem czasu potrzebnego do przekazania informacji[526].

Możliwy jest zbieg kumulatywny art. 286 k.k. i 297 k.k., choć z uwagi na trudności dowodowe związane z tym pierwszym i konieczność uwzględnienia z góry powziętego zamiaru będzie to rzadko w praktyce spotykane. Odnośnie zbiegu z art. 270 §1 k.k. i 273 k.k. to przyjąć należy jego pozorność (zasada konsumpcji), chyba że sprawca sam sfałszował dokument, aby następnie się nim posłużyć[527]. Oba omawiane typy czynów zabronionych mają charakter publicznoskargowy.

Nie podlega karze, kto przed wszczęciem postępowania karnego dobrowolnie zrezygnował z zamówienia publicznego albo zaspokoił roszczenia pokrzywdzonego (art. 297 § 3 k.k.). Sprawca może posłużyć się przy tym inną osobą. Nie musi również informować organu lub instytucji o przestępnej formie uzyskania tego zamówienia. Nie wystarczy jednak jedynie częściowe zaspokojenie tych roszczeń. Rezygnację należy rozumieć jako jednoznaczne pi-

---

[521] T. Oczkowski, *op. cit.*, s. 39.

[522] B. Kurzępa, Oszustwo gospodarcze, Prok. i Pr. 1998, nr 5, s. 52.

[523] W. Jaroch, , s. 95.

[524] B. Kurzępa, Przestępstwa…, *op. cit*.

[525] A. Wujastyk, *op. cit.*, s. 170.

[526] T. Bojarski, A. Michalska-Warias, J. Piórkowska-Flieger, M. Szwarczyk, Kodeks karny. Komentarz, red. T. Bojarski, Warszawa 2008, s. 636.

[527] A. Marek, *op. cit.*, s. 637. Odmiennie G. Bogdan i in., *op. cit.*, s. 321.

semne lub ustne oświadczenie, którego skutkiem jest odstąpienie od możliwości otrzymania zamówienia publicznego albo odstąpienie od jego realizacji w formie prawem przewidzianej.

W projekcie nowelizacji Kodeksu karnego proponuje się wyodrębnienie problematyki oszustwa w zamówieniach publicznych z dotychczasowego art. 297 k.k. poprzez dodanie art. 297 a w brzmieniu:

„Art. 297a § 1. Kto, w celu uzyskania dla siebie lub kogo innego zamówienia publicznego, przedkłada podrobiony, przerobiony, poświadczający nieprawdę albo nierzetelny dokument albo nierzetelne, pisemne oświadczenie dotyczące okoliczności o istotnym znaczeniu dla uzyskania zamówienia,

podlega karze pozbawienia wolności od 3 miesięcy do 5 lat.

§ 2. Tej samej karze podlega, kto wbrew ciążącemu obowiązkowi nie powiadamia właściwego podmiotu o powstaniu sytuacji mogącej mieć wpływ na wstrzymanie albo ograniczenie wysokości zamówienia publicznego.

§ 3. Nie podlega karze, kto przed wszczęciem postępowania karnego dobrowolnie zrezygnował z zamówienia publicznego albo zaspokoił roszczenia pokrzywdzonego."

Uzasadniając proponowane zmiany Ministerstwo Sprawiedliwości przekonuje następująco:

„Kolejna proponowana zmiana dotyczy zakresu obowiązującego art. 297 § 1 k.k., który w obecnym kształcie chroni między innymi rzetelność oraz prawdziwość dokumentów i oświadczeń niezbędnych do przeprowadzenia procedury udzielenia zamówienia publicznego. Przepis ten mówi o możliwości uzyskania zamówienia publicznego od organu lub instytucji dysponującej środkami publicznymi, nie obejmuje jednak swoim zakresem tych sytuacji, w których procedury udzielenia zamówienia publicznego prowadzi organ, jednostka lub osoba prawna nie dysponująca środkami publicznymi, co jest dopuszczalne chociażby na podstawie art. 3 ust. 1 pkt 4 Prawa zamówień publicznych, w przypadku procedur dotyczących zamówień zwanych sektorowymi. Dlatego też by nie pozostawić żadnych wątpliwości, co do zakresu regulacji, a także uzupełnić lukę ustawową, całkowicie wyłączono z zakresu regulacji art. 297, postępowanie w sprawie uzyskania zamówienia publicznego, tworząc odrębną jednostkę redakcyjną, określoną w art. 297a. Zakresem normowania tych przepisów objęte będą wszelkie zachowania polegające na przedłożeniu podrobionego, przerobionego, poświadczającego nieprawdę albo nierzetelnego dokumentu lub nierzetelnego oświadczenia, mających istotne znaczenie przy uzyskaniu zamówienia. Zagrożenie ustawowe zostało skonstruowane na tej samej zasadzie, co w przypadku obecnie obowiązującego art. 297 § 1 k.k., adekwatnie do potrzeby ochrony rzetelności postępowania w sprawie o uzyskanie zamówienia publicznego. Skoncentrowanie się w opisie czynu na procedurze uzyskania takiego zamówienia, która jest działaniem publicznym, a nie charakterystyce podmiotów organizujących takie postępowanie, pozwoliło na objęcie zakresem normowania, także zamawiających sektorowych określonych w art. 3 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. — Prawo zamówień publicznych, którzy stanowią inny podmiot niż organ lub instytucja dysponująca środkami publicznymi. Art. 297a § 2 k.k. stanowi odpowiednik obecnego art. 297 § 2 k.k., z tym, że zakresem normowania objęte są tylko i wyłącznie te sytuacje, w których sprawca, pomimo ciążącego na nim obowiązku, nie powiadamia właściwego podmiotu o powstaniu sytuacji mogącej mieć wpływ na wstrzymanie albo ograniczenie zamówienia publicznego. W art. 297a § 3 k.k. określono podobnie jak w przypadku art. 297 § 3 k.k. okoliczności wyłączające karalność sprawcy, polegające na dobrowolnej rezygnacji z zamówienia publicznego albo zaspokojeniu roszczeń pokrzywdzonego, przed wszyciem postępowania karnego."

ZAMÓWIENIA PUBLICZNE MOTOREM INNOWACYJNOŚCI PRZEDSIĘBIORSTW — SZANSE I BARIERY

dr Justyna Wiktorowicz
Uniwersytet Łódzki
Katedra Statystyki Ekonomicznej i Społecznej

Uwagi wstępne

W warunkach globalizacji coraz większego znaczenia nabiera zdolność do konkurowania gospodarek europejskich, a najistotniejszym wymiarem konkurencyjności staje się innowacyjność. Kwestie te nabierają szczególnego znaczenia zwłaszcza obecnie, w sytuacji ograniczonych środków publicznych z jednej strony oraz zasadniczych zmian demograficznych z drugiej. Możliwości tworzenia nowych miejsc pracy, rozwiązanie problemów związanych ze zmianami klimatycznymi, niedoborem energii i zasobów, starzeniem się społeczeństwa, a także poziom życia Europejczyków, w dużej mierze są pochodną zdolności do sprzyjania innowacjom.

Polityka innowacyjna Unii Europejskiej została silnie zaakcentowana w strategii Europa 2020. Jako jeden z kluczowych obszarów wspierania innowacyjności gospodarek wskazano zamówienia publiczne, jednak dotychczas jego wykorzystanie jako siły napędowej innowacyjności przedsiębiorstw jest niewielkie.

Niniejsza praca ma na celu wskazanie potencjalnych barier i możliwości proinnowacyjnego oddziaływania systemu zamówień publicznych. Badania opierają się na źródłach wtórnych, w tym zwłaszcza dokumentacji Komisji Europejskiej i wynikach badań, prowadzonych przez ośrodki europejskie i krajowe. Szczególne miejsce zajmują w treści opracowania wyniki własnych badań, przeprowadzonych w 2010 r. przez zespół Uniwersytetu Łódzkiego w ramach projektu współfinansowanego ze środków Ministerstwa Nauki i szkolnictwa Wyższego[528].

Rola zamówień publicznych dla rozwoju innowacyjności Europy

Zamówienia publiczne są coraz silniej akcentowane jako obszar potencjalnych innowacji. Od połowy ubiegłego dziesięciolecia coraz wyraźniej podkreśla się, że poprzez innowacyjne zamówienia publiczne, tzn. poprzez odpowiednie wykorzystanie i realizację procedur i instrumentów, może mieć miejsce opracowanie nowych technologii bądź zakup innowacyjnych produktów lub usług. Liczne badania potwierdzają ten kierunek ewolucji unijnej polityki innowacji. Zgodnie z ostatnimi wytycznymi Komisji Europejskiej, nakreślonymi w Projekcie przewodnim strategii Europa 2020 Unia innowacji[529], aby nadrobić dystans w stosunku do bardziej innowacyjnych gospodarek, Unia Europejska powinna (1) położyć większy nacisk na innowacje, (2) stosować szeroką koncepcję innowacji, (3) włączyć w cykl innowacji wszyst-

[528] Projekt pt.: „Zamówienia publiczne a innowacyjność przedsiębiorstw — stan obecny i perspektywy", realizowany pod kierownictwem prof. zw. dr hab. W. Starzyńskiej (nr umowy NN 112 128336). Autorka artykułu jest jednym z wykonawców projektu.

[529] Komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego oraz Komitetu Regionów, *Projekt Przewodni Strategii Europa 2020 Unia Innowacji*, SEC(2010) 1161.

kie podmioty i regiony. W tym kontekście znaczenia nabiera sektor publiczny, a zwłaszcza jego potencjał w takich dziedzinach, jak energetyka, gospodarka wodna, ochrona zdrowia, transport publiczny i edukacja. Podmioty publiczne — jako inteligentni nabywcy — powinny zostać włączone w cykl innowacji. Sektor publiczny jest o tyle ważnym czynnikiem innowacyjności, że reprezentuje stronę popytową, tzn. generuje zapotrzebowanie na innowacyjne produkty i usługi. J. Edler definiuje popytową politykę innowacji (*demand based innovaion policy* — DBIP) jako zbiór działań publicznych ukierunkowanych na wzrost popytu na innowacje, poprawę warunków do podejmowania innowacji oraz mocniejszego zaakcentowania popytu w celu pobudzenia innowacji i dyfuzji innowacji[530]. System publiczny może przy tym stymulować innowacyjność poprzez uwzględnienie innowacji jako podstawowego kryterium oceny oferty bądź jako integralną cechę produktu lub usługi, będącej przedmiotem zamówienia. Innym kierunkiem jest realizowanie postępowań na strategiczne technologie, produkty lub usługi, co służy pobudzeniu rynku. Ważny obszar interwencji stanowić mogą także zamówienia na usługi publiczne[531].

Zgodnie z przyjętymi w projekcie Unia innowacji założeniami, od 2011 r. państwa członkowskie i regiony powinny co rok odkładać wydzielone budżety na zamówienia przedkomercyjne i zamówienia na innowacyjne produkty i usługi. W skali całej UE, będzie to — jak się szacuje — oznaczać dodatkowy budżet rzędu ok. 10 mld euro rocznie, przeznaczony wyłącznie na ww cele. Ogromny potencjał tkwi także w wykorzystaniu środków strukturalnych. Podkreśla się, że zamówienia publiczne współfinansowane z funduszy strukturalnych powinny zostać użyte do zwiększenia popytu na innowacyjne produkty i usługi. Środki z Europejskiego Funduszu Społecznego można przeznaczać w bardziej efektywny sposób na szkolenia i przekwalifikowanie kadr w kierunku umiejętności potrzebnych dla rozwoju innowacji. Zgodnie z projektem Unii innowacji, sektor publiczny może i powinien budować swoją pozycję jako „motoru" innowacyjności w obszarze „innowacji społecznych", odpowiadających na potrzeby społeczne i przyczyniających się do rozwiązania problemów społecznych. Wychodząc naprzeciw tym oczekiwaniom, poczynając od 2011 r. Komisja Europejska wspierać będzie program badań w dziedzinie innowacji sektora publicznego i innowacji społecznych. Pierwszym krokiem ma być pilotażowa europejska tablica wyników innowacyjności sektora publicznego jako podstawa przyszłej oceny postępów innowacji w sektorze publicznym[532].

Istotnym dokumentem w zakresie innowacji poprzez zamówienia publiczne jest *Zielona księga w sprawie modernizacji polityki UE w dziedzinie zamówień publicznych w kierunku zwiększenia skuteczności europejskiego rynku zamówień publicznych* z 27.01.2011 r., w której zapisano m.in. „Zważywszy na kluczową rolę zamówień publicznych w podejmowaniu dzisiejszych wyzwań, należy unowocześnić istniejące narzędzia i metody w celu ich lepszego dopasowania pod kątem zmieniającej się sytuacji politycznej, społecznej i gospodarczej"[533].

Jako szansę dla rozwoju innowacyjności wskazano:

— poprawę skuteczności wydatków publicznych, w tym samego procesu udzielania zamówień (usprawnienie procedur),

---

[530] J. Edler, *Demand-based Innovation Policy*, Manchester Business School Working Paper No 529, 2007.

[531] J. Edler, L. Georghiou, *Public procurement and innovation — Resurrecting the demand side*, Research Policy, No 36(1007), s. 953–954.

[532] *Unia Innowacji*, SEC(2010) 1161, *op. cit*.

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

— umożliwienie lepszego wykorzystania zamówień publicznych do wspierania wspólnych celów społecznych (ochrona środowiska, gospodarowanie zasobami, usługi publiczne).

W zielonej księdze zaproponowano przy tym instrumenty realizacji wymienionych celów (m.in. odpowiedni tryb postępowania, ochrona własności intelektualnej, oferty wariantowe, zamówienia przedkomercyjne). Zaleca się również, aby przetargi oparte były na specyfikacji wyników, a kontrakty przyznawane były na podstawie kryteriów jakościowych sprzyjających innowacyjnym rozwiązaniom, takich jak analiza cyklu życia (LCA).

Tymczasem ciągle innowacje są przedmiotem niewielu zamówień publicznych. Wśród przyczyn takiego stanu rzeczy wymienia się m.in.[534]:

- brak doświadczenia w zakresie stosowania innowacyjnych zamówień publicznych, w tym niska skłonność do ponoszenia ryzyka związanego z wykorzystaniem wysoko innowacyjnych rozwiązań w zamówieniach publicznych,
- prowadzenie krótkookresowej polityki zamówień publicznych i jednoczesny brak długookresowych strategii w tym obszarze,
- stosunkowo wysokie ryzyko korupcji,
- utrudniony dostęp MSP do „innowacyjnych" zamówień publicznych,
- trudności w zdefiniowaniu obiektywnych kryteriów oceny przedmiotu zamówienia, którym jest innowacyjne rozwiązanie/technologia,
- trudności w prawidłowym zdefiniowaniu cech/funkcji, które powinien posiadać przedmiot zamówienia (wskazanie oczekiwanych funkcji, a nie rozwiązań).

Jak wynika z badań Procurement Innovation Group, głównych barier proinnowacyjnego oddziaływania zamówień publicznych należy upatrywać w[535]:

— awersji do ryzyka ze strony urzędników instytucji publicznych,

— niechęci do podejmowania ryzyka wynikająca z braku doświadczenia i wiedzy ze strony nabywców, a nie z uwarunkowań prawnych,

— przyjmowaniu restrykcyjnych kryteriów wyboru oferty, co może powodować wykluczenie młodych, innowacyjnych firm.

Z kolei w projekcie *Unia innowacji* wskazywano na następujące ograniczenia[536]:

— mechanizmy zachęcające do rozwiązań o niskim ryzyku,

— brak wiedzy i zdolności do przeprowadzania udanych zamówień dotyczących nowych technologii i innowacji,

— brak związku między zamówieniami publicznymi i celami polityki,

— z powodu rozdrobnienia rynków zamówień publicznych w Europie, skala zamówień jest zwykle za mała, by pociągnąć za sobą innowacyjne inwestycje.

---

[534] European Trend Chart on Innovation — Innovation and Public Procurement, 2006.

[535] Procurement Innovation Group, *Using Public Procurement to Stimulate Innovation and SME Access to Public Contracts*, Department of Enterprise, Trade and Employment, Dublin 2009.

[536] *Unia innowacji*, SEC(2010) 1161, *op. cit*.

Jeśli chodzi o polski system zamówień publicznych, w raporcie opracowanym przez Grupę Sienna wskazano na[537]:

— bariery finansowe (brak środków na nabywanie praw majątkowych przez zamawiających, skutkujący odstępowaniem od nabywania rozwiązań objętych ochroną z tego tytułu, brak zaliczek),

5) bariery wynikające z braku zainteresowania i wiedzy wykonawców,

6) bariery wynikające z postaw i wiedzy zamawiających (obawy przed odpowiedzialnością za niestandardowe działania, brak wiedzy zamawiających na temat możliwości odstępowania od trybów przetargowych w przypadku usług badawczych, opisywanie przedmiotu zamówienia w sposób konwencjonalny, unikanie ofert wariantowych i trybów negocjacyjnych),

— bariery wynikające z wykonywania prawa i działalności organów (nadmierne posługiwanie się kryterium ceny, nadużywanie warunku doświadczenia, odchodzenie od organizacji konkursów).

Z kolei analizując czynniki sprzyjające innowacjom poprzez zamówienia publiczne warto powołać się na najnowsze badania prowadzone na poziomie UE[538]. W raporcie cząstkowym z badań wskazano m.in. na obecny brak profesjonalizmu w praktyce zamówień publicznych i wynikającą z nich potrzebę podnoszenia wiedzy i kompetencji osób odpowiedzialnych za zamówienia publiczne poprzez upowszechnianie dobrych praktyk, opracowanie wytycznych, szkolenia i warsztaty, tworzenie sieci współpracy, oddelegowanie lub wymianę pracowników, na poziomie unijnym. Drugi ważny obszar to ocena potrzeb, która może być bardziej efektywna dzięki szerzej zakrojonej współpracy z innymi organizacjami w regionie/kraju/innych państwach członkowskich. Istotne znaczenie mają także konsultacje rynkowe i podnoszenie świadomości organizacji zamawiających poprzez wymianę doświadczeń w zakresie innowacyjnych zamówień publicznych. Przeprowadzone badania wskazały na konieczność wypracowania mechanizmów, które umożliwią konsultacje rynkowe (np. platforma, na której strona popytowa i podażowa mogą bezpośrednio nawiązywać współpracę). Bardzo ważne jest także „uczenie się" podmiotów zamawiających w zakresie specyfikacji zamówienia. Najlepszym sposobem może być umożliwienie dostępu do specyfikacji opartych na opisie funkcjonalnym, opracowanych przez inne organizacje (np. za pośrednictwem bazy konstruowanej na poziomie unijnym) oraz doradztwo w tym zakresie. Akcentuje się również potrzebę opracowania wytycznych dotyczących współpracy transgranicznej instytucji zamawiających w celu realizowania wspólnych przetargów. Wymiana dobrych praktyk i takie organizacyjne, ponadnarodowe uczenie się ma szczególne znaczenie dla tych krajów, w których stosowanie innowacyjnych zamówień publicznych jest ciągle marginalne. Ważne jest również wsparcie finansowe zakupu innowacyjnych produktów/usług oraz dzielenie ryzyka (podejmowanie ryzyka związanego z zakupem i rozwijaniem innowacyjnych rozwiązań — np. poprzez referencje, demonstrowanie projektów lub poradnictwo/wsparcie ze strony innych instytucji zamawiających lub agencji posiadających bezpośrednie doświadczenie w zakresie danych rozwiązań przez B+R czy zamówienia przedkomercyjne).

---

[537] Ministerstwo Gospodarki, Urząd Zamówień Publicznych, *Nowe podejście do zamówień publicznych. Zamówienia publiczne a małe i średnie przedsiębiorstwa, innowacje i zrównoważony rozwój*, Warszawa 2008.

[538] D2 — Draft Interim Report „Feasibility study on future EU support to public procurement of innovative solutions" z 22 marca 2011 r. opracowany przez Manchester Institute of Innovation Research (University of Manchester) w ramach projektu *Feasibility study on future EU support to public procurement of innovative solutions* realizowanego z Technopolis Group, Local Goverments for Sustainability i Corvers Consulting.

Również w Polsce podejmuje się coraz bardziej intensywne działania ukierunkowane na zwiększenie znaczenia podmiotów publicznych jako nabywców innowacyjnych produktów i usług. Spośród powstałych w ostatnim okresie opracowań warto zwrócić uwagę na raport pt. *Zamówienia publiczne przyjazne innowacjom*[539], w którym wskazuje się na następujące uwarunkowania proinnowacyjnego oddziaływania zamówień publicznych:

- odpowiednie przygotowanie i prowadzenie postępowań o udzielenie zamówienia publicznego (profesjonalne komisje przetargowe),
- wcześniejsze upublicznienie zamierzeń (wstępne ogłoszenie informacyjne),
- konsultacje z rynkiem przed udzieleniem zamówienia (dialog techniczny),
- skorzystanie z odpowiednich trybów udzielenia zamówienia (np. dialog konkurencyjny, negocjacje bez ogłoszenia),
- uwzględnianie zasady wskaźnika korzyści, tzw. *value for money*,
- przygotowanie opisu przedmiotu zamówienia, jak i specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w sposób umożliwiający realizację innowacyjnych rozwiązań,
- dopuszczenie składania ofert wariantowych i równoważnych,
- zdefiniowanie kryteriów oceny oferty najkorzystniejszej ekonomicznie, a nie cenowo,
- dopuszczenie udzielania zaliczek dla wykonawców,
- uwzględnienie proinnowacyjnych rozwiązań w umowie w sprawie zamówienia publicznego.

W ramach projektu „Nowe podejście do zamówień publicznych — szkolenia i doradztwo" zaprojektowane są również trzy edycje szeroko zakrojonych badań wśród różnych interesariuszy (zamawiających, wykonawców, instytucji szkoleniowych i doradczych), a także szkolenia i doradztwo dla zamawiających, wykonawców z sektora MSP oraz podmiotów świadczących usługi informacyjno-doradcze w obszarze zamówień publicznych.

Badania w tym zakresie prowadzone są również przez ośrodki akademickie. Jednym z przykładów jest projekt realizowany przez zespół pracowników UŁ w ramach projektu *Zamówienia publiczne a innowacyjność przedsiębiorstw — stan obecny i perspektywy*, którego cząstkowe wyniki zaprezentowane zostaną w kolejnym punkcie niniejszego artykułu.

System zamówień publicznych a innowacyjność przedsiębiorstw w świetle badań empirycznych

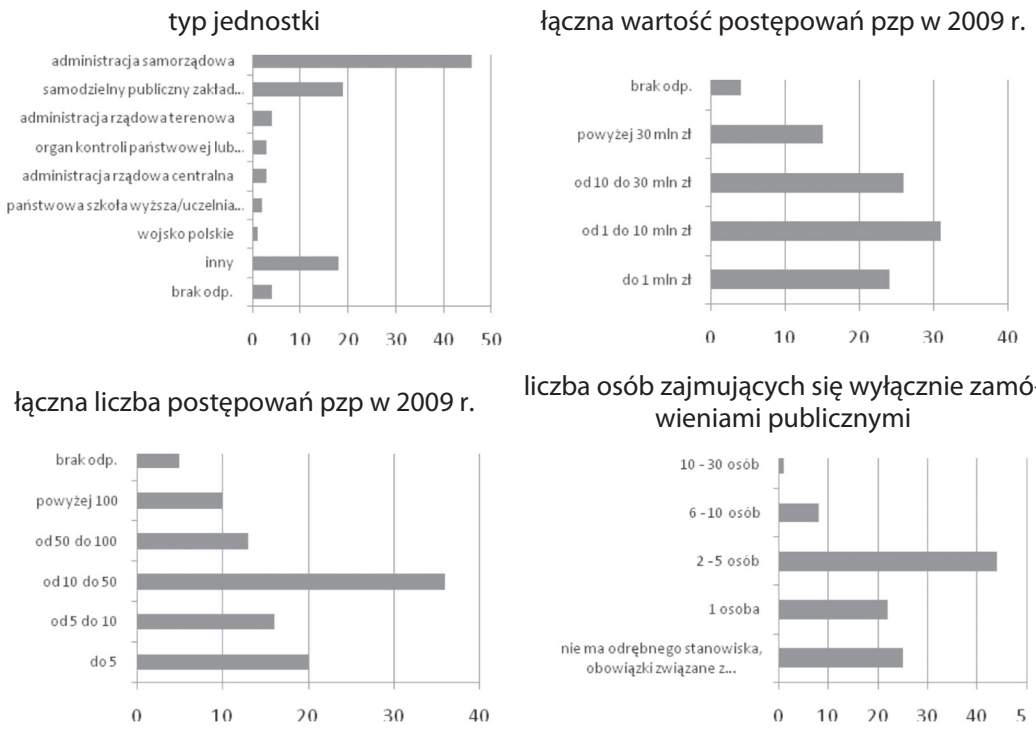
Ocena oddziaływania zamówień publicznych na innowacyjność przedsiębiorstw stanowiła problematykę cytowanego badania, przeprowadzonego w 2010 r. wśród 100 podmiotów zamawiających. Badanie przeprowadzone zostało techniką wywiadu internetowego wspomaganego telefonicznie, wśród podmiotów reprezentujących różne typy zamawiających. Do badania wybrano 4 województwa, reprezentujące cztery różne grupy regionów, wyróżnionych ze względu na natężenie realizowanych w nich zamówień publicznych: województwo

[539] A. Panasiuk, Z. Kłoda, *Zamówienia publiczne przyjazne innowacjom,* PARP, Warszawa 2010. Raport przygotowany w ramach projektu systemowego „Nowe podejście do zamówień publicznych — szkolenia i doradztwo", realizowanego od 2009 r. przez Polską Agencję Rozwoju Przedsiębiorczości (od 2010 r. wspólnie z Urzędem Zamówień Publicznych).

mazowieckie, wielkopolskie, łódzkie oraz świętokrzyskie. Dobór jednostek do badania w obrębie wybranych warstw (województw) był losowy[540].

W niniejszym artykule analiza wyników niniejszego badania ograniczona zostanie do oceny barier i szans proinnowacyjnego oddziaływania zamówień publicznych z uwzględnieniem wybranych charakterystyk jednostek publicznych (typ jednostki, potencjał jednostki z punktu widzenia zamówień publicznych, mierzony wielkością zespołu zajmującego się zamówieniami publicznymi oraz liczbą i wartością zamówień zrealizowanych w 2009 r.). Wśród badanych — zgodnie ze strukturą podmiotów zamawiających z punktu widzenia udziału w rynku zamówień publicznych — największy udział stanowiły jednostki reprezentujące administrację samorządową oraz samodzielne publiczne zakłady opieki zdrowotnej (por. Rys. 1). W co czwartej z badanych jednostek nie ma wyodrębnionego stanowiska (obowiązki związane z zamówieniami publicznymi dzielone są z innymi), w co piątej — zamówieniami zajmuje się jedna osoba, a tylko w jednej jednostce było to ponad 10 osób. Ok. 80% jednostek zrealizowało w 2009 r. łącznie nie więcej niż 50 postępowań, w tym co piąta jednostka — mniej niż 5. Również pod względem wartości, mniej więcej co czwarta jednostka zrealizowała postępowania o wartości nie przekraczającej 1 mln zł. Dla potrzeb dalszych analiz, w celu uzyskania większej przejrzystości oraz możliwości przeprowadzenia testów statystycznych, wyników kategorie omawianych zmiennych zostały zagregowane.

Rys. 1. Struktura próby podmiotów zamawiających według wybranych charakterystyk (n=100)

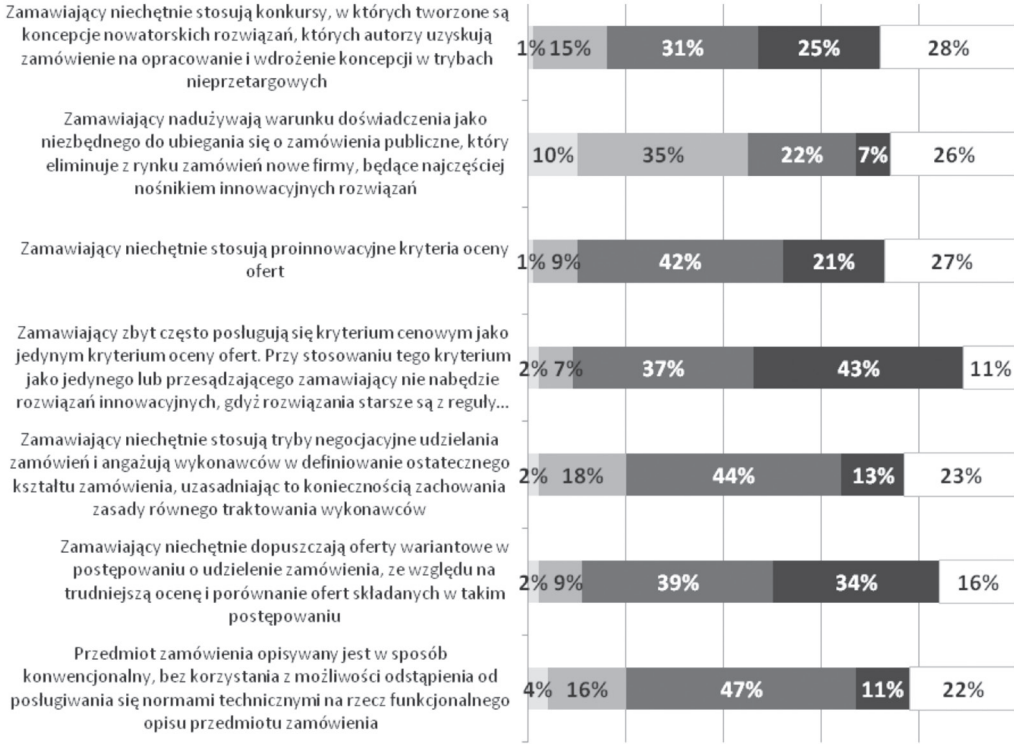


Źródło: opracowanie własne na podstawie wyników badania przeprowadzonego w ramach projektu *Zamówienia publiczne a innowacyjność przedsiębiorstw — stan obecny i perspektywy.*

[540] Metodologia doboru próby została szerzej omówiona w artykule W. Starzyńskiej pt. *Uwarunkowania rozwoju innowacyjności poprzez system zamówień publicznych w opinii podmiotów zamawiających.*

Ocena barier proinnowacyjnego oddziaływania zamówień publicznych w Polsce zostanie w tym miejscu ograniczona do zagadnień związanych z realizacją postępowań o udzielenie zamówienia publicznego. Na Rys. 2 zaprezentowano odpowiedzi na pytanie, w którym zamawiających poproszono o ogólną ocenę funkcjonowania systemu zamówień w Polsce w kontekście stymulowania innowacyjności przedsiębiorstw. Pytanie nie dotyczyło więc funkcjonowania jednostki reprezentowanej przez respondenta, a ogólnie rozumianych uwarunkowań innowacyjności w Polsce. Na Rys. 2 zaprezentowano jedynie wybrane kategorie odpowiedzi, związane ściśle z elementami specyfikacji istotnych warunków zamówienia i opisu przedmiotu zamówienia. Na Rys. 2 każdy słupek obejmuje 100% odpowiedzi. Ciemniejszym odcieniem szarości oznaczono odpowiedzi negatywne (ankietowani nie zgadzają się z danym stwierdzeniem), jaśniejszym — warianty pozytywne (ankietowani potwierdzają — raczej lub zdecydowanie — znaczenie danego zjawiska, które obserwują w praktyce udzielania zamówień publicznych, z punktu widzenia innowacyjności przedsiębiorstw), kolorem białym zaś oznaczono wskazania „trudno powiedzieć".

Rys. 2. Ocena wybranych zagadnień związanych z funkcjonowaniem systemu zamówień publicznych w Polsce z punktu widzenia innowacyjności przedsiębiorstw



Źródło: opracowanie własne na podstawie wyników badania przeprowadzonego w ramach projektu Zamówienia publiczne a innowacyjność przedsiębiorstw — stan obecny i perspektywy.

Jak widać, średnio co czwarta osoba nie miała wyrobionego zdania. Jako najważniejszą barierę proinnowacyjnego oddziaływania zamówień publicznych zamawiający uznali natomiast nadużywanie kryterium cenowego — potwierdza to aż 80% zamawiających, w tym 43% zdecydowanie. Biorąc pod uwagę fakt, że w zdecydowanej większości (91% w 2010 r., 90% w 2009 r., 89% — w 2008 r. wobec 51% w 2003 r.) realizowanych postępowań cena stanowi

jedyne kryterium oceny ofert[541] oraz że zamawiający (w opinii 63% ankietowanych) niechętnie stosują proinnowacyjne kryteria oceny ofert, zmiana nastawienia zamawiających do tego elementu SIWZ może wydatnie sprzyjać innowacyjności przedsiębiorstw (poprzez stymulowanie do składania ofert na innowacyjne produkty lub usługi). Poważnym ograniczeniem jest również niedopuszczanie ofert wariantowych (73% wskazań potwierdzających, w tym 34% odpowiedzi „zdecydowanie tak"). Zamawiający mniej zdecydowanie wypowiadają się na temat opisu przedmiotu zamówienia, a konkretnie niestosowania opisu funkcjonalnego. 58% badanych uznało tę praktykę polskiego systemu zamówień publicznych za barierę innowacyjności, jednak 20% było przeciwnego zdania. Również 20% badanych nie uznało za barierę innowacyjności zamówień publicznych niechęć do stosowania trybów negocjacyjnych, zaś 45% uznało, że problemem nie jest nadużywanie kryterium doświadczenia, które mogłoby powodować eliminowanie nowych, dynamicznych i innowacyjnych firm z udziału w postępowaniu.

Specyfika funkcjonowania różnego typu jednostek sektora publicznego, w tym zwłaszcza rodzaj zamawianych produktów i usług, może determinować omawiane prawidłowości. Dokonując oceny między typem (rodzajem) jednostki a stosunkiem do omawianych barier innowacyjności przedsiębiorstw ze strony systemu zamówień publicznych, wyróżniono trzy kategorie zamawiających: administracja samorządowa i rządowa (53 jednostki), samodzielne publiczne zakłady opieki zdrowotnej (SPZOZ — 19 jednostek), pozostałe (obejmujące pozostałe, mniej liczne typy podmiotów, łącznie 24 jednostki). Następnie w obrębie poszczególnych grup jednostek zbadano rozkłady odpowiedzi na poszczególne pytania cząstkowe (łącząc kategorie „raczej tak" i „zdecydowanie tak" oraz „raczej nie" i „zdecydowanie nie", pomijając zaś odpowiedzi „trudno powiedzieć"). Rys. 3 prezentuje odsetki wskazań potwierdzających występowanie danej bariery dla poszczególnych grup jednostek zamawiających[542]. Zamawiający reprezentujący administrację rządową i samorządową istotnie (w sensie statystycznym) częściej wskazują na nadużywanie warunku doświadczenia jako bariery proinnowacyjnego oddziaływania zamówień publicznych. Istotne różnice między różnego typu jednostkami odnotowano również z punktu widzenia niechęci do stosowania proinnowacyjnych kryteriów oceny oferty — podczas gdy 90–95% jednostek reprezentujących administrację i SPZOZ wskazywało na ten czynnik, wśród pozostałych podmiotów odsetek ten sięgał niespełna 70%. Warto również poddać analizie inne kategorie odpowiedzi, w przypadku których różnice nie okazały się istotne statystycznie, jednak zaobserwowane tendencje wydają się interesujące. Wszyscy zamawiający reprezentujący samodzielne publiczne zakłady opieki zdrowotnej wskazali na niechęć do stosowania ofert wariantowych jako bariery innowacyjności w zamówieniach publicznych. Z kolei w przypadku administracji rządowej i samorządowej częściej wskazywano na konwencjonalny sposób opisu przedmiotu zamówienia. Jednostki inne niż administracja i SPZOZ wyraźnie rzadziej widzą problem w niechęci zamawiających do stosowania trybów negocjacyjnych czy konkursów.

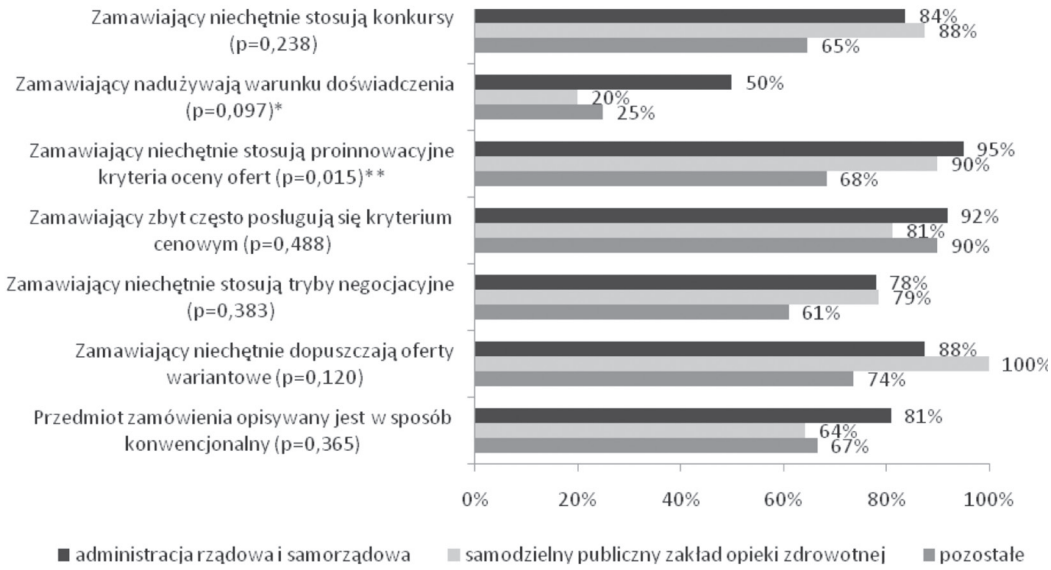
Dokonując porównania opinii zamawiających, rodzi się pytanie, czy różnice te wynikają z odmiennych doświadczeń funkcjonowania zamówień publicznych w reprezentowanych przez nich typach jednostek (niedopuszczanie ofert wariantowych przez SPZOZ, niestosowanie funkcjonalnego opisu przedmiotu zamówienia przez jednostki administracji rządowej i samo-

---

[541] *Biuletyn Informacyjny UZP*, Nr 12/2010, *Sprawozdanie z funkcjonowania systemu zamówień publicznych w 2009 r.*, UZP, Warszawa, 2010 oraz *Sprawozdanie z funkcjonowania systemu zamówień publicznych w 2003 r.*, UZP, Warszawa, 2004.

[542] W nawiasie podano *p* (prawdopodobieństwo w teście niezależności chi-kwadrat lub — w sytuacji, gdy nie jest spełnione założenie testu chi-kwadrat — dokładnego testu Fishera), gwiazdą oznaczając zależności istotne statystycznie.

Rys. 3. Typ jednostki a ocena funkcjonowania systemu zamówień publicznych w Polsce z punktu widzenia innowacyjności przedsiębiorstw



* zależność istotna statystycznie przy poziomie istotności 0,10

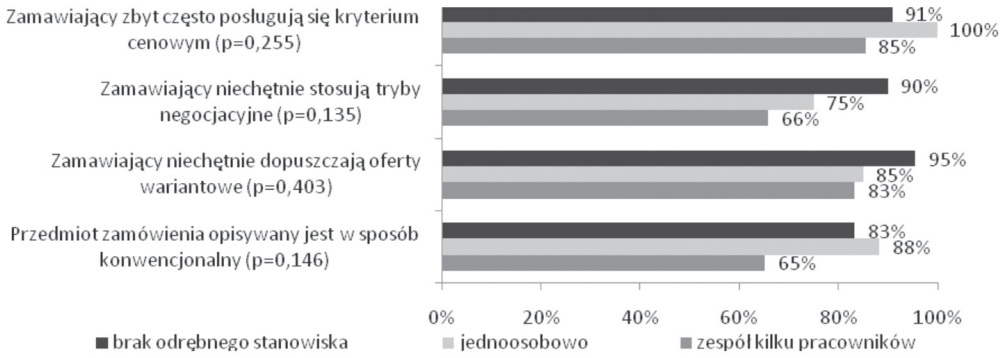
** zależność istotna statystycznie przy poziomie istotności 0,05

Źródło: jak na Rys. 2.

rządowej), czy też z osobistych przekonań i obserwacji respondentów. Dla przykładu, w obrębie próby wszyscy zamawiający z SPZOZ wskazali, że w ich jednostce nigdy nie stosuje się ofert wariantowych, a jednocześnie żadna z jednostek z tej grupy nie zrealizowała w ciągu ostatnich 3 lat zamówienia, którego przedmiotem był innowacyjny produkt lub usługa. Brak doświadczeń w tym zakresie w zestawieniu z nikłą innowacyjnością tych jednostek może prowadzić do takich właśnie wniosków. Analogicznie, połowa jednostek administracji samorządowej i rządowej zawsze stosuje tylko jedno kryterium oceny ofert — cenowe (podczas gdy wśród SPZOZ żaden z respondentów nie wskazał na taką odpowiedź, a co czwarta jednostka najczęściej stosuje model wielokryterialny).

Analizując opinie zamawiających przez pryzmat wielkości zespołu zajmującego się wyłącznie zamówieniami publicznymi (Rys. 4) warto zwrócić uwagę na jedną kwestię — wszyscy respondenci zajmujący się jednoosobowo zamówieniami publicznymi wskazali na nadużywanie kryterium ceny, ale też najrzadziej (na tle innych jednostek) wskazywali na niechęć do stosowania proinnowacyjnych kryteriów oceny. Z drugiej strony jednostki o większym potencjale rzadziej widzą problemy związane z opisem przedmiotu zamówienia i elementami SIWZ (wyborem trybów negocjacyjnych, stosowaniem kryterium cenowego czy ofert wariantowych). Wskazuje to wyraźnie na potrzebę intensyfikacji działań informacyjnych, szkoleniowych i doradczych, kierowanych zwłaszcza do mniejszych jednostek. Dywersyfikacja wiedzy, doświadczenia, wewnętrzorganizacyjne uczenie się w większych jednostkach pretenduje je do kategorii liderów w zakresie innowacyjności. Z drugiej strony, w mniejszych jednostkach, w których odpowiedzialność za zamówienia publiczne spoczywa na jednej osobie, konieczność ciągłego samodoskonalenia powoduje, jak się wydaje, większą otwartość na novum, ograniczaną jednak przez obawy o odpowiedzialność ciążącą na zamawiających.

Rys. 4. Kadra zajmująca się zamówieniami publicznymi a ocena funkcjonowania systemu zamówień publicznych w Polsce z punktu widzenia innowacyjności przedsiębiorstw

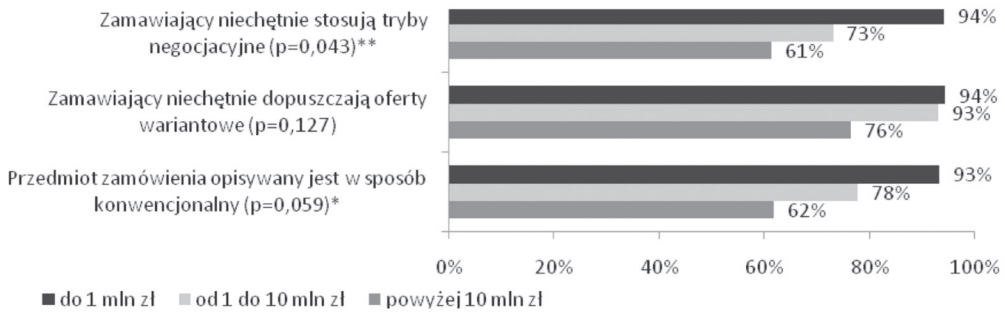


Na wykresie pominięto warianty, dla których wykazano minimalne różnice

Źródło: jak na Rys. 2.

Analiza opinii w tym zakresie, dokonana przez pryzmat potencjału jednostki, mierzonego wartością udzielonych w 2009 r. zamówień, pozwala na istotne (również w sensie statystycznym) różnice w przypadku jednostek o największej wartości zamówień (powyżej 10 mln zł rocznie) z punktu widzenia opinii na temat stosowania trybów negocjacyjnych oraz sposobu opisu przedmiotu zamówienia. Generalnie, im mniejszy potencjał jednostki, tym słabsze postrzeganie ww czynników jako barier proinnowacyjnego oddziaływania systemu zamówień publicznych (por. Rys. 5).

Rys. 5. Łączna roczna wartość postępowań w jednostce a ocena funkcjonowania systemu zamówień publicznych w Polsce z punktu widzenia innowacyjności przedsiębiorstw

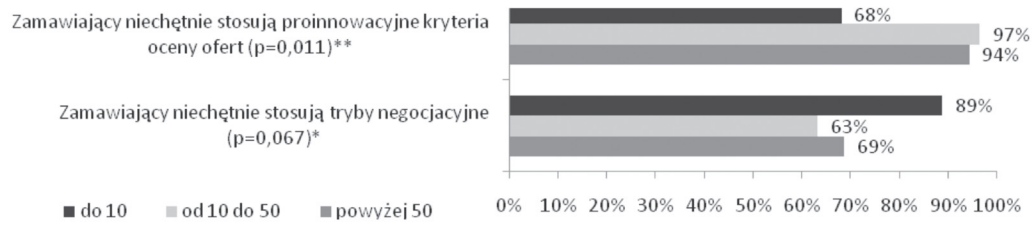


Oznaczenia jak na Rys. 3 i 4

Źródło: jak na Rys. 2.

Z kolei biorąc pod uwagę potencjał jednostki mierzony liczbą postępowań, wyraźne różnice zarysowują się między najmniejszymi jednostkami a pozostałymi — rzadziej upatrują one bariery oddziaływania systemu zamówień publicznych na innowacyjność przedsiębiorstw w niechęci do stosowania proinnowacyjnych kryteriów oceny ofert, częściej — w niestosowaniu trybów negocjacyjnych (por. Rys. 6).

Rys. 6. Łączna roczna liczba postępowań w jednostce a ocena funkcjonowania systemu zamówień publicznych w Polsce z punktu widzenia innowacyjności przedsiębiorstw



Oznaczenia jak na Rys. 3 i 4

Źródło: jak na Rys. 2.

Wnioski końcowe

Polityka Unii Europejskiej jest coraz mocniej ukierunkowana na wzrost innowacyjności gospodarki, a jako jeden z istotnych instrumentów pobudzania innowacji przyjmuje się zamówienia publiczne. Sektor publiczny poprzez zamówienia na innowacyjne produkty i usługi oraz nabywca zamówień przedkomercyjnych „stanowi siłę napędową innowacji"[543]. Aby założenie to stało się faktem, sektor publiczny powinien zachęcać do stymulowania innowacji w ramach swoich organizacji. Powinien również aktywnie korzystać z zamówień publicznych dotyczących innowacyjnych rozwiązań w celu poprawy usług publicznych, m.in. poprzez wydzielone budżety. Przetargi powinny być opierane na specyfikacji wyników, a kontrakty powinno się przyznawać się na podstawie kryteriów jakościowych sprzyjających innowacyjnym rozwiązaniom, takich jak analiza cyklu życia (LCA). Wymaga to jednak, aby zamawiający działał jak „inteligentny klient", świadomy możliwości, jakie obowiązujące prawo daje mu z punktu widzenia proinnowacyjnego oddziaływania na nabywców.

Jak wykazują badania, szansą dla intensyfikacji działań zamawiających w tym kierunku stanowią coraz szerzej zakrojone działania informacyjne, szkoleniowe i doradcze, kierowane zarówno do zamawiających, jak i nabywców, a także instytucji szkoleniowych i doradczych. Ważne jest również to, aby uczyć się od innych — wymiana dobrych praktyk, udostępnienie baz danych, przewodniki i poradniki w zakresie przygotowania postępowania na innowacyjne produkty bądź usługi powinny odwoływać się do doświadczeń krajów, które mają znacznie bogatszą historię wykorzystania zamówień publicznych jako instrumentu polityki innowacyjnej, jak np. Wielka Brytania czy Finlandia. Warto również rozbudowywać istniejące sieci współpracy, jak chociażby INNO-Partnering Forum (http://www.proinno-europe.eu/project/inno-partnering-forum). Największe możliwości w zakresie stymulowania innowacyjności przedsiębiorstw przez sektor publiczny mają (w świetle badań przeprowadzonych przez zespół UŁ) odpowiedni opis przedmiotu zamówienia oraz właściwie dobrane kryteria oceny ofert. Tymczasem nadużywanie kryterium cenowego przy niechęci do stosowania kryteriów proinnowacyjnych było wskazywane jako jedna z najpoważniejszych barier takiego oddziaływania. Wskazywali na to zwłaszcza przedstawiciele administracji samorządowej i rządowej. Zgodnie z obowiązującym prawem, stosowanie wielokryterialnego modelu oceny ofert jest dopuszczalne, należy jednak podjąć działania ukierunkowane na zmianę kultury polskich zamówień publicznych poprzez zmianę podejścia zamawiających i organów odwoławczych do sposobu oceny ofert, w tym do kwestii mierzalności innych niż cenowe kryteriów oceny.

[543] *Unia innowacji*, SEC(2010) 1161, *op. cit.*

Istotną barierą, na jaką wskazują zamawiający, jest także niechęć do stosowania ofert wariantowych, trybów negocjacyjnych, konkursów, co ponownie skłania do wniosku o potrzebie intensyfikacji działań informacyjnych, szkoleniowych i doradczych w tym zakresie.

Na zakończenie pragnę wyraźnie podkreślić, iż zaprezentowane wyniki badań nie wyczerpują tematyki proinnowacyjnego oddziaływania zamówień publicznych. Niezwykle istotną kwestią jest również dzielenie się ryzykiem, jednak to zagadnienie nie było przedmiotem analiz niniejszego opracowania.

Literatura

16. *Biuletyn Informacyjny UZP*, Nr 12/2010
17. J. Edler, *Demand-based Innovation Policy*, Manchester Business School Working Paper No 529, 2007
18. J. Edler, L. Georghiou, *Public procurement and innovation — Resurrecting the demand side*, Research Policy, No 36(2007)
19. European Trend Chart on Innovation — Innovation and Public Procurement, 2006
20. Komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego oraz Komitetu Regionów, *Projekt Przewodni Strategii Europa 2020 Unia Innowacji*, SEC(2010) 1161
21. Manchester Institute of Innovation Research, *D2 — Draft Interim Report „Feasibility study on future EU support to public procurement of innovative solutions"* z 22 marca 2011 r., http://ec.europa.eu/enterprise/policies/innovation/policy/lead-market-initiative/files/conference2011/feasibility-study_en.pdf
22. Ministerstwo Gospodarki, Urząd Zamówień Publicznych, *Nowe podejście do zamówień publicznych. Zamówienia publiczne a małe i średnie przedsiębiorstwa, innowacje i zrównoważony rozwój*, Warszawa 2008
23. A. Panasiuk, Z. Kłoda, *Zamówienia publiczne przyjazne innowacjom,* PARP, Warszawa 2010
24. Procurement Innovation Group, *Using Public Procurement to Stimulate Innovation and SME Access to Public Contracts*, Department of Enterprise, Trade and Employment, Dublin 2009
25. *Sprawozdanie z funkcjonowania systemu zamówień publicznych w 2009 r.*, UZP, Warszawa, 2010
26. *Sprawozdanie z funkcjonowania systemu zamówień publicznych w 2003 r.*, UZP, Warszawa, 2004
27. *Zielona księga w sprawie modernizacji polityki UE w dziedzinie zamówień publicznych w kierunku zwiększenia skuteczności europejskiego rynku zamówień publicznych*, COM(2011) 15

DYSCYPLINA FINANSÓW PUBLICZNYCH JAKO INSTRUMENT EGZEKWOWANIA LEGALNOŚCI POSTĘPOWAŃ O UDZIELENIE ZAMÓWIENIA PUBLICZNEGO. PRÓBA OCENY SYSTEMU

Mateusz Winiarz

Wstęp

Udzielenie zamówienia publicznego w sposób legalny wymaga w szczególności wypełnienia wszelkich właściwych norm ustawy Prawo zamówień publicznych[544] (dalej p.z.p.). Ustawa zawiera cały szereg nakazów, zakazów i wytycznych, których zastosowania wymaga zarówno od zamawiających, jak i od wykonawców. Odnosi się to nie tylko do obowiązków określonych bezpośrednio w jej przepisach, ale również do uszczegółowionych w przepisach wykonawczych, jak i tych, do skonkretyzowania których upoważniony zostaje zamawiający.

Przyjęcie szczególnej pozycji zamawiającego wymaga wyjątkowej troski o jego działania, przede wszystkim w zakresie zgodności z prawem. Stąd też istotnego znaczenia nabiera określenie odpowiedzialności zamawiającego za naruszenie przepisów, do stosowania których jest zobowiązany.

1. Zakres podmiotowy odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych

Podmioty podlegające odpowiedzialności z tytułu naruszenia dyscypliny finansów publicznych zostały określone w art. 4 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Zgodnie ze wskazanym przepisem odpowiedzialnością za naruszenie dyscypliny finansów publicznych objęto:

1) osoby wchodzące w skład organu wykonującego budżet lub plan finansowy jednostki sektora finansów publicznych albo jednostki niezaliczanej do sektora finansów publicznych otrzymującej środki publiczne lub zarządzającego mieniem tych jednostek,
2) kierownicy jednostek sektora finansów publicznych,
3) pracownicy jednostek sektora finansów publicznych, którym powierzono określone obowiązki w zakresie gospodarki finansowej lub czynności przewidziane w przepisach o zamówieniach publicznych,
4) osoby gospodarujące środkami publicznymi przekazanymi jednostkom niezaliczanym do sektora finansów publicznych.

Katalog osób wymienionych w art. 4 ustawy o odpowiedzialności ma charakter zamknięty i nie może zostać rozszerzony. Tak więc pomimo tego, że przepisy ustawy wiążą poszczególne czyny z osobami, które winny podlegać odpowiedzialności za ich popełnienie, takimi jak:

— udzielający zamówienia publicznego,
— zawierający umowę w sprawie zamówienia publicznego,
— kierownik jednostki,

[544] Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.).

— członek komisji przetargowej lub inna osoba występująca w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w imieniu zamawiającego,

to zawsze przypisanie odpowiedzialności w rozumieniu ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych będzie uzależnione od tego, czy dana osoba mieści się w zawartym w niej katalogu osób podlegających odpowiedzialności.

Biorąc pod uwagę powyższe oraz regulacje w zakresie czynów stanowiących naruszenie dyscypliny finansów publicznych, należy wskazać, że większość przypadków naruszenia dyscypliny finansów publicznych w zakresie zamówień publicznych dotyczyć będzie odpowiedzialności kierownika jednostki. Rolę kierownika jednostki w procesie udzielania zamówień publicznych należy również rozpatrywać w kontekście jego prawa do reprezentowania jednostki na zewnątrz. Reprezentacja oznacza w szczególności prawo do zawierania umów w imieniu jednostki. Na gruncie przepisów o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych oraz orzecznictwa w tym zakresie (zarówno Głównej Komisji Orzekającej, jak i Sądu Administracyjnego) zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego należy utożsamiać z udzieleniem zamówienia publicznego. W oparciu o przepisy kodeksu cywilnego winno być ustalone, kto i kiedy udziela zamówienia. Zgodnie z tymi przepisami do udzielenia zamówienia (zawarcia umowy) w imieniu jednostki upoważniony jest jedynie ten, kto może tę osobę reprezentować na zewnątrz[545]. W konsekwencji, co do zasady, za czyny związane z udzieleniem zamówienia, zawarciem oraz zmianą umowy odpowiadał będzie kierownik jednostki. Ponadto tylko kierownikowi jednostki sektora finansów publicznych można przypisać odpowiedzialność za naruszenie w zakresie kontroli zarządczej.

Zgodnie z dyspozycją art. 18 ust. 1 p.z.p. za przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia odpowiada kierownik zamawiającego, to jest osoba lub organ, który — zgodnie z obowiązującymi przepisami, statutem lub umową — jest uprawniony do zarządzania zamawiającym, z wyłączeniem pełnomocników ustanowionych przez zamawiającego. Oznacza to, że pełnienie funkcji kierownika jest wystarczającą podstawą do ponoszenia odpowiedzialności za prawidłowe zastosowanie ustawy.

Jak wynika z definicji[546], kierownikiem zamawiającego może być osoba fizyczną bądź organ kolegialny. Kierownikiem będzie organ kolegialny na przykład w przypadku udzielania zamówień przez jednostki samorządu terytorialnego, których organem wykonawczym jest zarząd (powiaty i województwa). W praktyce najczęściej występować będzie jednak sytuacja, w której rolę kierownika zamawiającego pełnił będzie kierownik jednostki sektora finansów publicznych, o którym wspomina art. 53 ust. 1 ustawy o finansach publicznych[547]. Zgodnie z powołanym wyżej przepisem kierownik jest odpowiedzialny za całość gospodarki finansowej. Częścią zaś prawidłowej gospodarki finansowej jednostek sektora finansów publicznych jest również udzielanie zamówień publicznych. W rozdziale 5 Działu I ustawy o finansach publicznych, dotyczącym zasad gospodarki finansowej jednostek sektora finansów publicznych, zawarto w art. 44 ust. 4 zapis, że jednostki te zawierają umowy, których przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane, na zasadach określonych w przepisach o zamówieniach publicznych. Przyjęcie przez ustawodawcę terminu „kierownik zamawiającego", a nie terminu „kierownik jednostki sektora finansów publicznych" uwzględnia fakt, że obowiązujące przepisy przewidują konieczność udzielania zamówień także przez jednostki do tego sektora nienależące.

---

[545] Por. orzeczenie GKO z dnia 1 lipca 2002 r., DF/GKO/-Odw.-39/50/2002.

[546] Art. 2 pkt 3 p.z.p.

[547] Ustawa z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz.U. Nr 157, poz. 1240 ze zm.).

Kolejną grupą osób mogących podlegać odpowiedzialności z tytułu naruszenia dyscypliny finansów publicznych są pracownicy jednostek sektora finansów publicznych, którym powierzono określone obowiązki w zakresie gospodarki finansowej lub czynności przewidziane w przepisach o zamówieniach publicznych. Możliwość i zasady powierzenia określonych czynności w zakresie udzielania zamówień publicznych reguluje art. 18 ust. 2 p.z.p. Za naruszenie dyscypliny finansów publicznych odpowiada osoba, która swoim zachowaniem wypełnia znamiona czynu określonego w art. 5–18 ustawy o odpowiedzialności. Powierzenie obowiązków jest natomiast przesłanką dochodzenia odpowiedzialności wobec pracownika jednostki, ale tylko co do tych czynów, które zostały przez niego popełnione. Stąd w pierwszej kolejności należy ustalić sprawcę danego czynu, objętego zarzutem, a dopiero następnie rozważyć kwestię przesłanek jego odpowiedzialności[548].

Zgodnie z art. 18 ust. 2 p.z.p. kierownik zamawiającego może powierzyć wykonywanie zastrzeżonych dla niego czynności, określonych w niniejszym rozdziale, pracownikom zamawiającego. W kontekście tego przepisu warto wskazać, jakie to czynności zastrzeżone dla kierownika zamawiające miał na myśli ustawodawca. Ze sformułowania „określonych w niniejszym rozdziale" wynika, że chodzi o czynności wymienione w rozdziale 1 („Zamawiający i wykonawcy") działu II prawa zamówień publicznych („Postępowanie o udzielenie zamówienia"). W takim przypadku wśród tych czynności należy wymienić m.in.:

— powołanie komisji przetargowej,
— wykluczenie wykonawcy,
— odrzucenie ofert,
— wybór oferty najkorzystniejszej,
— unieważnienie postępowania.

Warto zwrócić uwagę, że ustawa nie przewiduje prawa kierownika do przeniesienia odpowiedzialności. Odpowiedzialność pracowników za przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia ma swe źródło w ustawie, jedynie jej zakres określa kierownik, poprzez powierzenie wykonywania określonych czynności. Ustawa reguluje również formę powierzenia pracownikom czynności w ramach przygotowania i prowadzenia postępowania, przesądzając, że odbywa się to pisemnie. Oznacza to, z jednej strony, że dla skutecznego przekazania czynności wymagana jest forma pisemna, z drugiej zaś, że nie ma tu mowy o żadnej innej kwalifikowanej formie, jak np. w przypadku odpowiedzialności w zakresie gospodarki finansowej, gdzie przyjęcie obowiązków powinno być potwierdzone dokumentem w formie odrębnego imiennego upoważnienia albo wskazania w regulaminie organizacyjnym jednostki.

Odpowiedzialność kierownika i pracowników jednostki w rozumieniu art. 18 p.z.p. dotyczy więc wszelkich naruszeń ustawy i jako taka jest określana w toku czynności kontrolnych dokonywanych przez organy kontrolne. Dopiero niektóre z tak ustalonych nieprawidłowości mogą być zakwalifikowane podmiotowo i przedmiotowo jako podlegające odpowiedzialności w zakresie dyscypliny finansów publicznych.

Warto dodać, że odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych nie ustaje z chwilą rozwiązania stosunku pracy z osobą, która dopuściła się takiego naruszenia. Osoba, której zarzucono naruszenie dyscypliny finansów publicznych, nie może uniknąć odpowiedzialności tylko na tej podstawie, że w momencie wydania orzeczenia przez właściwą komi-

[548] Orzeczenie GKO z dnia 13 października 2005 r., DF/GKO/Odw.-44/60/Rn-16/2005/353.

się nie jest już pracownikiem jednostki, w imieniu której podejmowała działania skutkujące powstaniem zarzucanych jej naruszeń[549].

Ostatnią grupą osób mogących w praktyce podlegać odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych z tytułu naruszenia przepisów o zamówieniach publicznych są osoby gospodarujące środkami publicznymi przekazanymi jednostkom niezaliczanym do sektora finansów publicznych. Z reguły będą to osoby kierujące podmiotami, którym jednostki sektora finansów publicznych przekazały środki publiczne na realizację określonych zadań. W odniesieniu do odpowiedzialności tej grupy podmiotów istniało w piśmiennictwie i orzecznictwie wiele wątpliwości. Związane one były przede wszystkim z rozstrzygnięciem, czy dla ponoszenia odpowiedzialności przez te osoby konieczne jest, aby dysponowały one środkami publicznymi. Przy takiej interpretacji można było uznać, że wydatkowanie środków publicznych na rzecz podmiotu spoza sektora finansów publicznych powoduje, że tracą one „status publiczności". Skoro dotacja w ustawie o finansach publicznych została określona jako jeden z rodzajów wydatków budżetu, to udzielenie jej na rzecz beneficjenta niezaliczanego do sektora finansów publicznych skutkuje tym, że nie można stwierdzić, iż dysponuje on środkami publicznymi. Te bowiem w sposób wyczerpujący zostały ujęte w art. 5 ustawy o finansach publicznych. W kwestii tej jednoznacznie wypowiedziała się Główna Komisja Orzekająca w Sprawach o Naruszenie Dyscypliny Finansów Publicznych[550]. W uzasadnieniu orzeczenia Komisja stwierdziła: „(…) że nie ma żadnych wątpliwości, iż celem ustawodawcy było objęcie odpowiedzialnością za naruszenie dyscypliny finansów publicznych tych osób spoza sektora finansów publicznych, które w ramach przewidzianych przez ustawę o finansach publicznych konstrukcji, otrzymują do gospodarowania środki z budżetu (państwa, jednostek samorządu terytorialnego, innych jednostek sektora). (…) Ponoszenie odpowiedzialności wynikać ma zatem nie z faktu dysponowania (czy gospodarowania) środkami publicznymi, lecz z tego, że dana jednostka środki takie otrzymuje w formie przewidzianej przez ustawę o finansach publicznych. Oczywiście najczęstszym przypadkiem będzie tu otrzymanie środków w drodze dotacji. Stąd GKO doszła do wniosku, że w art. 4 pkt 4 ustawy o odpowiedzialności ustawodawca użył sformułowania «środki publiczne» dla określenia ich charakteru w momencie przekazywania jednostkom niezaliczanym do sektora finansów publicznych, a nie etapu gospodarowania nimi przez osoby odpowiedzialne".

2. Przedmiot odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych w zakresie zamówień publicznych

Ustawa o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych przewiduje w art. 5–18a wiele czynów stanowiących naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Należą do nich również te, w których penalizuje się najistotniejsze naruszenia prawa zamówień publicznych.

Do czynów stanowiących naruszenie dyscypliny finansów publicznych w zakresie zamówień publicznych należą naruszenia prawa zamówień publicznych dotyczące[551]:

1) udzielania zamówień publicznych,
2) zawierania umów w sprawach zamówień publicznych,

---

[549] Orzeczenie GKO z dnia 29 września 2005 r., DF/GKO/Odw.-36/47/2005/337.

[550] Orzeczenie GKO z dnia 19 stycznia 2006 r., DF/GKO/Odw.-85/112/RN–27/2005/716.

[551] Szerzej np. M. Winiarz, Prawo zamówień publicznych. Orzecznictwo w zakresie dyscypliny finansów publicznych, Wolters Kluwer, Warszawa 2009.

3) unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego,

4) oświadczeń wymaganych przepisami o zamówieniach publicznych,

5) niewyłączenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego osób podlegających wyłączeniu,

6) zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego,

7) dopuszczenia przez kierownika jednostki sektora finansów publicznych do popełnienia naruszenia dyscypliny finansów publicznych wskutek zaniedbania lub niewypełnienia obowiązków w zakresie kontroli finansowej.

Rozpatrując przedmiot odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych należy w pierwszym rzędzie podkreślić sanacyjny charakter przepisów ustawy o odpowiedzialności. Nie wymaga dowodu twierdzenie, że ustawa ta nie może i kreuje żadnych zakazów ani nakazów w stosunku tak do zamawiających, jak i, tym bardziej, wykonawców. Zatem przy analizie czynów stanowiących naruszenie dyscypliny finansów publicznych niezbędne jest odniesienie do odpowiednich przepisów ustawy p.z.p., co jest przedmiotem poniższych, uproszczonych, rozważań.

2.1. Czyny dotyczące udzielania zamówień publicznych

1. Udzielenie zamówienia publicznego wykonawcy, który nie został wybrany w trybie określonym w przepisach o zamówieniach publicznych.

   Artykuł 17 ust. 1 pkt 1 ustawy o odpowiedzialności zawiera sankcje za naruszenie zasady wyrażonej w art. 7 ust. 3 p.z.p. Najogólniej rzecz ujmując, naruszeniem dyscypliny finansów publicznych będzie pominięcie przepisów ustawy przy zamawianiu dostaw, usług lub robót budowlanych.

2. Udzielenie zamówienia publicznego z naruszeniem przepisów o zamówieniach publicznych dotyczących przesłanek stosowania trybów udzielenia zamówienia publicznego: negocjacji bez ogłoszenia, z wolnej ręki lub zapytania o cenę,

   Artykuł 17 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy o odpowiedzialności koresponduje z treścią art. 10 ust. 2 p.z.p. Oznacza to, że sankcja ta nie ma zastosowania do trybów podstawowych udzielania zamówień publicznych, tj. przetargu nieograniczonego i ograniczonego (art. 10 ust. 1 p.z.p.), a dotyczy przesłanek stosowania wskazanych trybów udzielania zamówień publicznych określonych w:

   - art. 62 ust. 1 p.z.p. — dla trybu „negocjacje bez ogłoszenia",
   - art. 67 ust. 1 p.z.p. — dla trybu „zamówienie z wolnej ręki",
   - art. 70 p.z.p. — dla trybu „zapytanie o cenę",

   Naruszeniem dyscypliny finansów publicznych będzie zastosowanie trybu niewłaściwego w danym przypadku, gdy sytuacja faktyczne nie wyczerpuje warunków konkretnej przesłanki. Rozważając przedmiot odpowiedzialności wynikający z przepisu art. 17 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy o odpowiedzialności, nie należy pomijać wyjątku ustanowionego w art. 5 p.z.p.

3. Udzielenie zamówienia publicznego z naruszeniem przepisów o zamówieniach publicznych dotyczących obowiązku przekazania lub zamieszczania ogłoszenia w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Artykuł 17 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy o odpowiedzialności dotyczy obowiązku zamieszczania ogłoszeń w postępowaniu, o których mowa w:

- art. 40 i 41 p.z.p. — dla przetargu nieograniczonego,
- art. 48 p.z.p. — dla przetargu ograniczonego,
- art. 56 p.z.p. — dla negocjacji z ogłoszeniem,
- art. 60c — dla dialogu konkurencyjnego,
- art. 75 p.z.p. — dla licytacji elektronicznej.

Należą do nich bowiem w szczególności ogłoszenia wszczynające postępowania o udzielenie zamówienia, a więc bez wątpienia ogłoszenia w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Ogłoszeniem w postępowaniu będzie też ogłoszenie, o którym mowa w art. 38 ust. 4a p.z.p. Zgodnie z brzmieniem tego przepisu, jeżeli w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego zmiana treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia prowadzi do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu, zamawiający ma obowiązek odpowiednio zamieścić ogłoszenie o zmianie ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych lub przekazać Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich ogłoszenie dodatkowych informacji, informacji o niekompletnej procedurze lub sprostowania.

Do ogłoszeń nieobjętych sankcją z art. 17 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy o odpowiedzialności należą w szczególności:

- ogłoszenie o udzieleniu zamówienia publicznego — art. 95 p.z.p.,
- wstępne ogłoszenie informacyjne o planowanych zamówieniach publicznych — art. 13 p.z.p.,
- ogłoszenie o konkursie — art. 104 p.z.p.,
- ogłoszenie o wynikach konkursu — art. 116 p.z.p.,
- okresowe ogłoszenie informacyjne o planowanych zamówieniach sektorowych lub umowach ramowych — art. 135 p.z.p.

Odpowiedzialnością nie jest objęte również naruszenie obowiązku wynikającego z art. 92 ust 2 p.z.p., który stanowi: „Niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający zamieszcza informacje, o których mowa w ust. 1 pkt 1, na stronie internetowej oraz w miejscu publicznie dostępnym w swojej siedzibie."

4. Udzielenie zamówienia publicznego z naruszeniem przepisów o zamówieniach publicznych dotyczących obowiązku zawiadomienia Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych.

   Artykuł 17 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy o odpowiedzialności dotyczy obowiązku poinformowania Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, który wynika z art. 62 ust. 2, oraz art. 67 ust. 2 p.z.p. Wyjątki od stosowania obowiązku z art. 67 ust. 2 p.z.p. przewidziano w art. 67 ust. 3 p.z.p.

5. Udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiot lub warunki zostały określone w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji.

   Artykuł 17 ust. 1 pkt 3 ustawy o odpowiedzialności w części dotyczącej określenia przedmiotu zamówienia koresponduje z art. 29, 30, 31, p.z.p., natomiast w zakresie określenia warunków zamówienia — z art. 22 w zw. z art. 24 p.z.p.

6. Udzielenie zamówienia publicznego z innym, niż wymienione w pkt 1–3, naruszeniem przepisów o zamówieniach publicznych, jeżeli naruszenie to miało wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

   Artykuł 17 ust. 1 pkt 4 ustawy o odpowiedzialności dotyczy takich przypadków, w których udzielone zostało zamówienie publiczne, podczas gdy w postępowaniu, po pierwsze, naruszony został konkretny przepis prawa zamówień publicznych, inny niż wymieniony w pkt 1–3, a po drugie — miało to wyraźny wpływ na wynik postępowania. Dla popełnienia tego czynu niezbędne jest zaistnienie związku przyczynowego pomiędzy naruszeniem konkretnego przepisu a jednoznacznym wpływem naruszenia na wynik postępowania.

2.2. Czyny dotyczące czynności zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego

1. Zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego bez zachowania formy pisemnej.

   Artykuł 17 ust. 2 pkt 1 ustawy o odpowiedzialności dotyczy przepisów ustanawiających zasadę pisemności postępowania i formy pisemnej umów (art. 9 ust. 1 i art. 139 ust. 2 p.z.p.) oraz art. 78 § 1 i 2 k.c. w zw. z art. 139 ust. 1 p.z.p. Oczywiście regulacje art. 78 § 2 k.c. pozostają w ścisłym związku z przepisami ustawy z dnia 18 września 2001 r. o podpisie elektronicznym (Dz. U. Nr 130, poz. 1450 z późn. zm.).

2. Zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego na czas dłuższy niż określony w przepisach o zamówieniach publicznych lub na czas nieoznaczony, z wyłączeniem przypadków określonych w przepisach o zamówieniach publicznych.

   Artykuł 17 ust. 2 pkt 2 ustawy o odpowiedzialności sankcjonuje naruszenia przepisów art. 142 i 143 p.z.p. określających okres na jaki mogą być zawierane umowy z szeregiem wyjątków.

3. Zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego przed ogłoszeniem orzeczenia przez Krajową Izbę Odwoławczą, z naruszeniem przepisów o zamówieniach publicznych.

   Czyn określony w art. 17 ust. 2 pkt 4 ustawy o odpowiedzialności obejmuje naruszenie przepisu art. 183 ust. 1 p.z.p. ustanawiającego zakaz zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze. W art. 183 ust. 2 p.z.p. ustawodawca przyznaje zamawiającemu prawo złożenia do Izby wniosku o uchylenie zakazu zawarcia umowy. Izba może uchylić zakaz zawarcia umowy, jeżeli niezawarcie umowy mogłoby spowodować negatywne skutki dla interesu publicznego przewyższające korzyści związane z koniecznością ochrony wszystkich interesów, w odniesieniu do których zachodzi prawdopodobieństwo doznania uszczerbku w wyniku czynności podjętych przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

2.3. Czyny dotyczące unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego

Unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z naruszeniem przepisów o zamówieniach publicznych, określających przesłanki upoważniające do unieważnienia tego postępowania.

Artykuł 17 ust. 3 ustawy o odpowiedzialności dotyczy regulacji art. 93 ust. 1 i 1a p.z.p., zawierającego zamknięty katalog przesłanek stanowiących podstawę unieważnienia postępowania.

2.4. Czyn dotyczący niezłożenia oświadczeń wymaganych przepisami o zamówieniach publicznych

Niezłożenie przez członka komisji przetargowej lub inną osobę występującą w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w imieniu zamawiającego oświadczeń wymaganych przepisami o zamówieniach publicznych.

Artykuł 17 ust. 4 ustawy o odpowiedzialności dotyczy obowiązku wynikającego z art. 17 ust. 2 p.z.p., to jest złożenia, pod rygorem odpowiedzialności karnej za fałszywe zeznania, pisemnego oświadczenia o braku lub istnieniu okoliczności, wyłączenia osób wykonujących czynności w postępowaniu.

2.5. Czyn dotyczący niewyłączenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego osób podlegających wyłączeniu

Niewyłączenie z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego osoby podlegającej wyłączeniu z takiego postępowania.

Artykuł 17 ust. 5 ustawy o odpowiedzialności dotyczy art. 17 ust. 1 p.z.p. Przepis ten obejmuje katalog przesłanek wyłączenia osób wykonujących czynności w postępowaniu.

2.6. Czyn dotyczący zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego

Zmiana umowy w sprawie zamówienia publicznego z naruszeniem przepisów o zamówieniach publicznych.

Norma art. 17 ust. 6 ustawy o odpowiedzialności dotyczy zawartego w art. 144 p.z.p. zakazu dokonywania zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru najkorzystniejszej oferty.

Ustawodawca dopuszcza możliwość zmiany umowy w stosunku do treści oferty w przypadku, gdy zamawiający przewidział możliwość dokonania takiej zmiany w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz określił warunki takiej zmiany.

2.7. Czyny dotyczące zaniedbania lub niewypełnienia obowiązków w zakresie kontroli finansowej

Dopuszczenie przez kierownika jednostki sektora finansów publicznych naruszenia dyscypliny finansów publicznych, o których mowa w art. 17 ust. 1 pkt 1 oraz ust. 2, 3 i 5 ustawy o odpowiedzialności wskutek zaniedbania lub niewypełnienia obowiązków w zakresie kontroli zarządczej.

Analizując czyn określony w art. 17 ust. 7 ustawy o odpowiedzialności, należy mieć na uwadze:

- odpowiedzialność kierownika jednostki sektora finansów publicznych za całość gospodarki finansowej (art. 53 ust. 1 ustawy o finansach publicznych),
- definicję i zakres kontroli finansowej (art. 68 ustawy o finansach publicznych),
- charakter naruszenia — znamiona czynu wyczerpuje związek przyczynowo-skutkowy między zaniedbaniem lub niewypełnieniem obowiązków w zakresie kontroli zarządczej (przyczyna) i dopuszczeniem przez kierownika jednostki sektora finansów publicznych do naruszenia dyscypliny finansów publicznych, o których mowa w art. 17 ust. 1 pkt 1 oraz ust. 2, 3 i 5 ustawy o odpowiedzialności (skutek).

3. Naruszenie dyscypliny finansów publicznych w zakresie zamówień publicznych w ocenie komisji orzekających

Komisje orzekające w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych rozpatrują zarzuty dotyczące naruszeń dyscypliny finansów publicznych, najogólniej rzecz biorąc, odnośnie gospodarki finansowej i zamówień publicznych. Liczbę zarzutów rozpatrzonych przez komisje orzekające pierwszej instancji w latach 2008–2010 przedstawia poniższa tabela.

Tabela 1. Liczba czynów przypisana osobom odpowiedzialnym za naruszenie dyscypliny finansów publicznych

Liczba czynów	Rok			
	2007	2008	2009	2010
ogółem	6062	6876	1255	1340
w zakresie zamówień publicznych (art. 17 ustawy)	488	480	317	423

Źródło: Sprawozdanie z działalności Głównej Komisji Orzekającej w Sprawach o Naruszenie Dyscypliny Finansów Publicznych oraz zbiorcze sprawozdanie z działalności komisji orzekających pierwszej instancji w 2010 r.

Jak wskazują dane zawarte w tabeli nr 1 liczba czynów dotyczących naruszeń ustawy p.z.p. stanowi znaczny odsetek w ogólnej liczbie czynów. Warto zwrócić uwagę, że ilość czynów w zakresie zamówień publicznych w zaprezentowanym okresie znacznie przekracza 400, z tym, że spadek tej liczby w 2009 roku związany jest głównie z przerwą w orzekaniu komisji spowodowaną zmianą kadencji.

Powyższe dane oznaczają, że w takiej liczbie czynów komisje nie tylko stwierdziły naruszenie przepisów p.z.p., ale również przypisały winę w tym zakresie konkretnym osobom.

Jednym z najważniejszych celów funkcjonowania systemu dyscypliny finansów publicznych jest wyeliminowanie nieprawidłowości w gospodarowaniu tymi środkami w sektorze finansów publicznych, w szczególności w odniesieniu do zamówień publicznych. Podkreślić należy, że skutki działania organów podzielić można na bezpośrednie i pośrednie. Oznacza to, że konsekwencje nieprawidłowego działania ponoszą osoby bezpośrednio dopuszczające się czynów lub zaniechań zabronionych. System odpowiedzialności pełni też funkcję edukacyjną i zapobiegawczą w stosunku do podmiotów uprawnionych do decyzji mogących skutkować odpowiedzialnością. Tym bardziej, że jedną z sankcji może być zakaz pełnienia funkcji związanych z gospodarowaniem środkami publicznymi.

Prawdopodobieństwo sankcji za niestosowanie lub nieprawidłowe stosowanie przepisów ustawy p.z.p. jest jednym z najistotniejszych instrumentów egzekwowania legalności w systemie zamówień publicznych odnośnie zamówień o wartości mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy p.z.p., gdzie występuje znaczne ograniczenie środków ochrony prawnej, a tym samym weryfikacji działań zamawiającego ze strony wykonawców. Jedynie więc działalność instytucji wykonujących funkcje kontrolne jako wykrywających nieprawidłowości oraz organów właściwych w sprawach dyscypliny finansów publicznych stwarza możliwość wymuszenia postępowania legalnego. Dyscyplina finansów publicznych jest więc również gwarantem skuteczności czynności kontrolnych.

Działalność komisji orzekających w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych jest z jednej strony wyrazem skuteczności działań kontrolnych uprawnionych do tego organów i instytucji, z drugiej zaś owocuje bogatym orzecznictwem wskazującym na właściwe rozumienie przepisów dotyczących gospodarowania środkami publicznymi odnosząc się nie tylko do legalności, ale też do skutków określonych działań lub zaniechań dla finansów publicznych. Dorobek komisji powinien być zatem przedmiotem zainteresowania nie tylko w zakresie sankcji, ale przede wszystkim jako wskazujący interpretacje granic kompetencyjnych osób podejmujących decyzje dotyczące finansów publicznych oraz wyznaczający standardy działania w tych granicach.

4. Bariery skuteczności systemu dyscypliny finansów publicznych w zapewnieniu prawidłowego stosowania przepisów ustawy p.z.p.

System odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych ukonstytuowany ustawą o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych dotknięty jest jednak szeregiem mankamentów obniżających jego efektywność, w szczególności odnośnie zamówień publicznych. Ramy niniejszego opracowania nie pozwalają na szczegółową analizę, jednak problemy, z którymi zetknęły się organy orzekające w zakresie dyscypliny finansów publicznych można ująć w następujące najistotniejsze grupy:

1. brak jednolitości terminologicznej przepisów ustaw o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych i Prawo zamówień publicznych,
2. zawężenie grupy osób odpowiedzialnych za naruszenie dyscypliny finansów publicznych,
3. określenie czynów stanowiących naruszenie dyscypliny finansów publicznych w sposób uniemożliwiający przypisanie odpowiedzialności.

4.1. Problemy terminologiczne

Odnosząc się spójności terminologicznej wskazanych ustaw zauważyć należy w szczególności przepisy art. 17 ust. 1 pkt 3 oraz art. 17 ust. 4 ustawy o odpowiedzialności.

Naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest udzielenie zamówienia publicznego którego przedmiot lub warunki zostały określone w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji.

Podstawowym problemem pozostaje zdefiniowanie pojęcia „uczciwa konkurencja". Ustawodawca nie pokusił się o zdefiniowanie tego pojęcia w p.z.p. ani w ustawie o odpowiedzialności, należy więc posłużyć się definicją czynu stanowiącego nieuczciwą konkurencję zawartą

w ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji[552], która w art. 3 ust. 1 stanowi, że czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta[553]. Okoliczność prowadząca do lepszej sytuacji wykonawcy w porównaniu z innymi uczestnikami postępowania stanowi naruszenie zasady uczciwej konkurencji[554].

Orzekając w sprawie naruszenia zasady zachowania uczciwej konkurencji w zakresie warunków postępowania komisje orzekające w zdecydowanej większości odnosiły się do warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, podkreślając, że zasadę uczciwej konkurencji narusza każde niezgodne z przepisami prawa zamówień publicznych ograniczenie kręgu podmiotów, które mogą się ubiegać o zamówienie[555].

Po zmianie przepisów odnośnie art. 22 i 24 p.z.p.[556] takie stanowisko wymaga rewizji, bowiem zamawiający nie może naruszyć uczciwej konkurencji poprzez określenie warunków udziału w postępowaniu, jedynie poprzez ustalenie opisu sposobu oceny spełniania tych warunków. Przy funkcjonującym wcześniej założeniu tożsamości pojęcia „warunki" z ustawy o odpowiedzialności oraz pojęcia „warunki udziału w postępowaniu" z ustawy p.z.p. naruszenie uczciwej konkurencji w zakresie podmiotowym należałoby uznać za niepodlegające rygorowi dyscypliny finansów publicznych.

Można też spotkać się ze stanowiskiem odmiennym[557]. Redakcja art. 22 ust. 3 i 4 oraz art. 26 ust. 2b ustawy — Prawo zamówień publicznych posługując się wyrażeniem „warunki, o których mowa w ust. 1" wyraźnie odnosi treść pojęcia „warunków udziału w postępowaniu" do kategorii określonych art. 22 ust. 1 pkt 1–4. Ustawa rozróżnia zatem „warunki o których mowa w art. 22 ust. 1" (domyślnie: „warunki udziału w postępowaniu"), od „opisu dokonywania oceny ich spełniania". Określenia te nie mogą być ze sobą utożsamiane — bowiem na gruncie reguł wykładni językowej (podstawowej metody dokonywania wykładni treści normy prawnej) odmiennym terminom należy przypisywać odrębne od siebie zakresy znaczeniowe. W art. 25 ust. 1 oraz w art. 26 ust. 1 i 2b jest mowa o żądaniu przez zamawiającego dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Żądanie określonych dokumentów nie jest zazwyczaj możliwe bez uprzedniego określenia tego, jak zamawiający rozumie spełnienie poszczególnych warunków udziału w postępowaniu w kontekście konkretnego postępowania dotyczącego określonego przedmiotu zamówienia. A zatem, w warstwie znaczeniowej opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu odpowiada opisowi tych warunków.

Warunki udziału w postępowaniu, jak należy wnosić z przytoczonych wyżej uregulowań prawnych, wynikają bezpośrednio z ustawy i mają charakter bezwzględny — co oznacza, że każdy z wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia musi je brać pod uwagę przy ocenie swojej zdolności do realizacji zamówienia. Warunki, o których mowa w art. 22 ust. 1

---

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

[553] Por. Orzeczenie GKO z dnia 20 września 2007 r., DF/GKO-4900-38/42/07/1725.

[554] Por. Orzeczenie RKO w Kielcach z dnia 11 marca 2008 r., KDF-53/7/2008.

[555] Por. np. Orzeczenie GKO z dnia 25 października 2004 r., DF/GKO/Odw.-34/48/2004, Orzeczenie GKO z dnia 21 maja 2007 r., DF/GKO-4900-1/1/RN-1/07/145, Orzeczenie GKO z dnia 13 września 2007 r., DF/GKO-4900-33/37/RN-15/07/1622, Orzeczenie GKO z dnia 2 czerwca 2008 r., DF/GKO/4900/23/21/08/989; orzeczenie RKO w Poznaniu z dnia 22 stycznia 2008 r., 0965-DB/154/07.

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

[557] Pismo UZP nr UZP/DP/O-MSZ/37898/18744/10 z dnia 26 listopada 2010 r.

ustawy p.z.p., mają charakter abstrakcyjny i blankietowy i wymagają na gruncie każdego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego konkretyzacji — wypełnienia treścią przez zamawiającego ram zakreślonych ustawą poprzez odniesienie do przedmiotu zamówienia. Taka konkretyzacja jest — stosownie do art. 22 ust. 3 ustawy — Prawo zamówień publicznych — dokonywana poprzez sporządzenie opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowania — a więc poprzez opisanie okoliczności, których zaistnienie w odniesieniu do wykonawcy spowoduje, że zamawiający oceni warunki udziału w postępowaniu jako spełnione. Tym samym, to sporządzenie opisu sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, jako kategoria cechująca się subiektywizmem zamawiającego, nie zaś warunki udziału w postępowaniu (jako kategoria obiektywna nakazana ustawowo), może być obarczone ryzykiem naruszenia przez zamawiającego uczciwej konkurencji. Z tego względu opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu niezależnie od wartości zamówienia jest czynnością podlegającą rozpoznaniu przez Krajową Izbę Odwoławczą (art. 180 ust. 2 pkt 2 ustawy — Prawo zamówień publicznych).

Twierdzenie, przy uwzględnieniu przedstawionego powyżej stanowiska, że nieprawidłowości odnośnie opisu sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu podlegają odpowiedzialności, zakłada, de facto, utożsamienie pojęć warunków udziału w postępowaniu i opisu sposobu oceny spełniania tych warunków, co wydaje się stać w sprzeczności z istotą nowelizacji art. 22. Zwłaszcza wobec skreślenia zapisu ust. 2 tego artykułu stanowiącego, iż zamawiający nie może określać warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Słuszne jest twierdzenie, że to sporządzenie opisu sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, jako kategoria cechująca się subiektywizmem zamawiającego, może być obarczone ryzykiem naruszenia przez zamawiającego uczciwej konkurencji. Jednakże dla przypisania odpowiedzialności i wymierzenia sankcji konieczne jest literalne odzwierciedlenie tego w przepisie ustanawiającym czyn stanowiący naruszenie dyscypliny finansów publicznych.

Zgodnie z art. 17 ust. 4 ustawy o odpowiedzialności naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest niezłożenie przez członka komisji przetargowej lub inną osobę występującą w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w imieniu zamawiającego oświadczeń wymaganych przepisami o zamówieniach publicznych. W przytoczonym zapisie problematyczne wydaje się określenie „osoby występujące w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego" wobec określenia, wynikającego z art. 17 ustawy p.z.p. „Osoby wykonujące czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia". Komisje orzekające w większości[558] utożsamiają te dwa pojęcia. Jednakże wymaga to więcej niż literalnej wykładni przepisu określającego czyn stanowiący naruszenie dyscypliny finansów publicznych.

4.2. Wąska grupa podmiotów podlegających odpowiedzialności

Problem właściwego określenia osób, które mogą ponosić odpowiedzialność za prawidłowe stosowanie przepisów ustawy p.z.p. można, w uproszczeniu, odnieść do dwóch aspektów. Po pierwsze zakres podmiotowy odpowiedzialności ustanowiony przepisem art. 4 ustawy o odpowiedzialności. W sytuacji, kiedy umieszczenie kierownika zamawiającego w grupie osób, którym można przypisać odpowiedzialność nie budzi wątpliwości (jak była mowa wyżej), od-

[558] Por. np. Orzeczenie RKO w Katowicach z dnia 25 stycznia 2008 r., KO/7101/68/07, Orzeczenie GKO z dnia 29 października 2007 r., DF/GKO-4900-47/51/07/1995, Orzeczenie GKO z dnia 23 października 2006 r., DF/GKO-4900-73/91/06/2242, Orzeczenie GKO z dnia 29 października 2007 r., DF/GKO-4900-47/51/07/1995, Orzeczenie GKO z dnia 10 maja 2007 r., DF/GKO-4900-6/6/07/275, Orzeczenie GKO z dnia 19 stycznia 2006 r., DF/GKO/Odw.-86/113/2005/735.

powiedzialność zwłaszcza pracowników jednostek sektora finansów publicznych wykonujących czynności w postępowaniu przysparza już problemów. Związane jest to z określeniem art. 4 pkt 3 ustawy, że odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych podlegają pracownicy jednostek sektora finansów publicznych, którym powierzono określone czynności przewidziane w przepisach o zamówieniach publicznych. Wobec omówionego wyżej brzmienia art. 18 ust. 2 ustawy p.z.p., wydaje się, że niewłaściwe jest już faktyczne przekazanie w ręce kierownika zamawiającego prawa podjęcia decyzji, kto może podlegać odpowiedzialności. To kierownik decyduje komu powierzyć określone czynności w sposób przewidziany w art. 18 ust. 2 p.z.p. i jest możliwe rozdzielenie tego powierzenia od decyzji, kto faktycznie czynności ma wykonywać, co doprowadza do sytuacji, gdzie osoba wykonująca czynności nie podlega odpowiedzialności w rozumieniu art. 4 ust. 3 ustawy o odpowiedzialności. Z odrębnych bowiem przepisów wynika sposób i forma ustalenia obowiązków pracowniczych. Zasadne wydaje się pytanie, czy odpowiedzialność nie powinna być pochodną czynności wykonywanych, a nie formalnie powierzanych?

Po drugie zakres osób odpowiedzialnych wyznaczany jest konstrukcją przedmiotu odpowiedzialności — czynów stanowiących naruszenie dyscypliny finansów publicznych, o których była wyżej. Najkrócej rzecz ujmując, odpowiedzialność może ponosić osoba, która podlega tej odpowiedzialności oraz popełniła czyn stanowiący naruszenie dyscypliny (oczywiście po spełnieniu innych ustawowych warunków, w szczególności odnośnie zawinienia). Konstrukcja czynów jest taka, że odnośnie tych najistotniejszych (jeżeli jest możliwe stopniowanie istotności czynów) odpowiedzialność może ponosić tylko osoba uprawniona do reprezentowania zamawiającego, w zdecydowanej większości kierownik jednostki, ponieważ naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest udzielenie zamówienia publicznego z naruszeniem wskazanych przepisów p.z.p. Zasadnym wydaje się, że skoro określone czynności mogą i wykonują inne osoby niż kierownik zamawiającego, to one również powinny taką odpowiedzialność ponosić.

4.3. Problematyczne określenie czynów stanowiących naruszenie dyscypliny finansów publicznych

Sformułowanie niektórych czynów stanowiących naruszenie dyscypliny finansów publicznych w zakresie zamówień publicznych nie sprzyja skuteczności dochodzenia odpowiedzialności za nieprawidłowości w stosowaniu przepisów ustawy p.z.p.

Przede wszystkim odnosi się to do położenia nacisku na legalność udzielenia zamówienia. Oznacza to, że poza zakresem odpowiedzialności pozostają osoby wykonujące czynności w postępowaniu, w tym również dotyczące:

- przesłanek stosowania trybów udzielenia zamówienia publicznego: negocjacji bez ogłoszenia, z wolnej ręki lub zapytania o cenę,
- obowiązku przekazania lub zamieszczenia ogłoszenia w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego,
- obowiązku zawiadomienia Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych,
- określenia przedmiotu lub warunków zamówienia publicznego,

a także osoby dopuszczające się naruszeń przepisów o zamówieniach publicznych mających wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Wobec powyższego, niemożliwe staje się przypisanie odpowiedzialności nawet za newralgiczne czynności w po-

stępowaniu, w szczególności pracownikom jednostek sektora finansów publicznych, nawet tym, którym powierzono określone czynności, zgodnie z art. 18 ustawy p.z.p. Nie ma zatem instrumentu, za pomocą którego możliwe byłoby bezpośrednie egzekwowanie od tych osób legalności w postępowaniach o udzielenie zamówienia. Pozostaje jedynie odpowiedzialność pracownicza, której realizowanie wymaga od przełożonych szczegółowej wiedzy w zakresie zamówień publicznych.

Z całego szeregu problemów szczegółowych na podkreślenie zasługują dwa. Pierwszy z nich dotyczy odpowiedzialności za naruszenia dyscypliny finansów publicznych poprzez nieprawidłowości w sprawowaniu kontroli zarządczej. Naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest bowiem dopuszczenie przez kierownika jednostki sektora finansów publicznych do popełnienia naruszenia dyscypliny finansów publicznych, o którym mowa w ust. 1 pkt 1 oraz ust. 2, 3 i 5, wskutek zaniedbania lub niewypełnienia obowiązków w zakresie kontroli zarządczej. Znikoma liczba orzeczeń komisji odnośnie tego czynu wynika z kilku powodów. Przede wszystkim chodzi tu o ustalenie przesłanki czynu, to jest wskazanie obowiązków w zakresie kontroli zarządczej, w sytuacji gdy przepisy ich nie konstytuują. Kolejną trudność sprawia udowodnienie, czy obwiniony dopuścił się zaniedbania, czy też niewypełnienia tych obowiązków, również wobec braku definicyjnego rozróżnienia tych pojęć. Wreszcie nie jest łatwe wskazanie związku przyczynowo-skutkowego między naruszeniem dyscypliny finansów publicznych odnośnie zamówień publicznych a zaniedbaniem czy niewypełnieniem obowiązków w zakresie kontroli zarządczej. Stąd też, mówiąc najkrócej, fikcją jest odpowiedzialność kierownika za wykonywanie funkcji zarządczych w jednostce w stosunku do pracowników wykonujących czynności w postępowaniu.

Po drugie, zgodnie z art. 17 ust. 5 ustawy o odpowiedzialności naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest niewyłączenie z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego osoby podlegającej wyłączeniu z takiego postępowania na podstawie przepisów o zamówieniach publicznych. Istotnym problemem jest, że wobec brzmienia art. 17 ust 1 i 2 ustawy p.z.p., nie ma podstawy do wyłączenia z postępowania osób, które nie złożyły oświadczenia. Zatem odpowiedzialność można przypisać tylko osobie, która złożyła oświadczenie, a z jego treści wynika, że podlega ona wyłączeniu.

5. Założone kierunki zmian ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych

Dla przedstawienia aktualnego stanu rzeczy zaprezentowane wyżej rozważania należałoby uzupełnić o analizę zapisów „Projektu założeń do projektu ustawy o zmianie ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych oraz innych ustaw z dnia 7 lutego 2011 r."[559] Ramy niniejszego opracowania wymagają daleko posuniętej syntezy, stąd ograniczę się do uwag dotyczących dwóch najważniejszych problemów odnośnie skuteczności systemu dyscypliny finansów publicznych dla prawidłowości postępowań. Chodzi mianowicie o ukształtowanie zakresu podmiotowego odpowiedzialności — osób jej podlegających oraz o konstrukcję czynów stanowiących naruszenie dyscypliny finansów publicznych.

Przy konstruowaniu zapisów art. 4 ustawy o odpowiedzialności trzeba mieć na uwadze, mówiąc najogólniej, zakres jego regulacji. Trzeba pamiętać, że określa on osoby, które tej odpowiedzialności podlegają. Jeżeli zatem przepis stanowić będzie, że odpowiedzialności

[559] www.mf.gov.pl

podlegają pracownicy jednostek sektora finansów publicznych po spełnieniu określonego warunku (w tym przypadku powierzenia czynności), to niezależnie od rodzaju popełnionego przez nich naruszenia, nie będzie możliwości wyciągnięcia wobec nich konsekwencji w formie odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. W najprostszym ujęciu oznacza to, że jeżeli ktoś popełni czyn stanowiący naruszenie dyscypliny finansów publicznych bez stosownego umocowania (powierzenia), to znaczy z tego powodu bardziej naganny, to nie będzie możliwości przypisania mu odpowiedzialności.

Art. 4 ustawy o odpowiedzialności nie określa osób, którym odpowiedzialność właściwy organ przypisuje z konsekwencją sankcji. Nie ma więc powodu, dla którego kategorią osób podlegających odpowiedzialności nie mogliby być po prostu pracownicy jednostek sektora finansów publicznych. Odpowiedzialność będą ponosić oczywiście wtedy, kiedy popełnią czyn stanowiący naruszenie dyscypliny finansów publicznych i będzie możliwe przypisanie im zawinienia.

Zupełnie innym problemem jest określenie osób podlegających odpowiedzialności spoza sektora finansów publicznych. Odpowiedzialność ta nie może mieć charakteru powszechnego więc, określenie warunków, jakie te osoby musiałyby spełniać, jest oczywiście pożądane.

Na podstawie analizy „Projektu założeń…" w części dotyczącej opisania czynów stanowiących naruszenie dyscypliny finansów publicznych pozytywnie należałoby ocenić ideę rozszerzenia odpowiedzialności o czyny stanowiące naruszenie przepisów p.z.p. z uwzględnieniem dostosowania nomenklatury ustawy o odpowiedzialności do terminologii p.z.p. Jednakże niektóre szczegółowe założenia wydają się stać w sprzeczności z tą zasadą.

Przede wszystkim należy zwrócić uwagę na ograniczenie zakresu czynów związanych z udzieleniem zamówienia publicznego. Projektowane uwzględnienie odpowiedzialności kierownika za „niewykonanie lub nieprawidłowe wykonanie obowiązków w zakresie kontroli zarządczej" może pozostać fikcyjne, ze względu na brak ustawowego określenia jakichkolwiek obowiązków w zakresie kontroli zarządczej. Przepis art. 110 ust 1 pkt 4 ustawy o odpowiedzialności wymaga aby wniosek o ukaranie zawierał w szczególności określenie zarzucanego naruszenia dyscypliny finansów publicznych wraz ze wskazaniem sposobu i czasu jego popełnienia, naruszonego przepisu prawa. Uzasadniona jest więc obawa, że odpowiedzialność odnośnie kontroli zarządczej (jak wcześniej — kontroli finansowej) pozostanie fikcją.

Trudno znaleźć przeszkody do faktycznego rozszerzenia czynów stanowiących naruszenie dyscypliny finansów publicznych o te, których mogą dopuścić się osoby wykonujące czynności w postępowaniu bez zmniejszania odpowiedzialności za czyny, których może dopuścić się kierownik. Argumentacja zawarta w „Projekcie założeń…", iż *„Pozostawienie odpowiedzialności za tego typu czyny w niezmienionym kształcie wiąże się z uznaniem, że na etapie udzielania zmówienia (zawierania umowy) osoba udzielająca zamówienia (zawierająca taką umowę) może zweryfikować okoliczności sprawy i podjąć świadomą decyzję o udzieleniu zamówienia (zawarciu umowy) bez konieczności badania znacznej części dokumentacji o udzielenie zamówienia publicznego"* zakłada akceptację takiego stanu rzeczy, że kierownik jednostki nie musi świadomy treści dokumentu , który podpisuje, lub nie musi znać przepisów regulujących czynność, którą wykonuje. Przy czym „Projekt założeń …" nie przewiduje zmiany zapisu art. 23 ust. 1 ustawy o odpowiedzialności, który stanowi, że nieświadomość tego, że działanie lub zaniechanie stanowi naruszenie dyscypliny finansów publicznych, nie wyłącza odpowiedzialności, chyba że nieświadomość była usprawiedliwiona. Jeżeli zatem nawet nieświadomość konkretnym przypadku można uznać za usprawiedliwioną, to organ właściwy jest zobowiązany wziąć tę okoliczność pod uwagę.

Przy rozważaniu tego tematu należy również wziąć pod uwagę pozaustawowe okoliczności funkcjonowania jednostek sektora finansów publicznych. Przy uwzględnieniu argumentacji przytoczonej powyżej, uzasadnione wydaje się być twierdzenie, że poza zakresem odpowiedzialność pozostaną osoby, które faktycznie będą podejmowały decyzje odnośnie czynności w postępowaniu (najczęściej kierownicy zamawiającego). Wystarczy bowiem podjąć decyzję w sposób nieformalny i może dojść do sytuacji, gdzie poprzez czynność stojącą w sprzeczności z przepisami prawa uniknie się odpowiedzialności za naruszenia p.z.p. System odpowiedzialności byłby skuteczny wtedy, gdyby każda osoba wykonująca czynność regulowaną ustawą p.z.p. ponosiła odpowiedzialność za zrealizowanie jej zgodnie z przepisami.

Odrębnym problemem jest założona w „Projekcie…" likwidacja odpowiedzialności za wadliwe unieważnienie postępowania lub wady w postępowaniu unieważnionym. Jeszcze bardziej problematyczna wydaje się regulacja czynu sankcjonującego naruszenia p.z.p. mające wpływ na wynik postępowania w sytuacji wyłączenia odpowiedzialności, kiedy nie nastąpiło udzielenia zamówienia publicznego. Odpowiedzialność związana z unieważnieniem postępowania jest jednym z najistotniejszych elementów funkcji prewencyjnej dyscypliny finansów publicznych. Jest to szczególnie istotne w przypadkach, kiedy wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 p.z.p.

Konstrukcja czynu związana z naruszeniem przepisów dotyczących szacowania wartości zamówienia również nie zapewnia właściwej ochrony legalności tej czynności zamawiającego. Chodzi o *„niezgodne z przepisami ustalenie wartości zamówienia lub jego części, jeżeli miało to wpływ na obowiązek stosowania przepisów o zamówieniach publicznych albo zastosowania przepisów dla zamówień o niższej wartości"*. Już samo podważenie poprawności oszacowania wartości zamówienia nosi znamiona istotnego naruszenia przepisów p.z.p. Powstaje bowiem problem, kto ma stworzyć wzorzec, do którego będzie odniesiona negatywnie oceniona wartość. Przykładowo: jeżeli zamawiający obliczył wartość robót budowlanych bez sporządzenia kosztorysu (naruszenie art. 33 ust. 1 pkt 1 p.z.p.), to kto jest właściwy do wykonania tego kosztorysu, aby wykazać, że naruszenie „miało wpływ na obowiązek stosowania przepisów o zamówieniach publicznych albo zastosowania przepisów dla zamówień o niższej wartości". Wydaje się , że za naruszenie dyscypliny finansów publicznych należałoby uznać ustalenie wartości zamówienia w sposób niezgodny z przepisami p.z.p.

„Projekt założeń…" przewiduje ponadto, że *„do naruszenia dyscypliny finansów publicznych nie dojdzie, jeżeli naruszenie przepisów o zamówieniach publicznych zostanie skorygowane w taki sposób, iż naruszenie to nie będzie miało znaczenia dla udzielenia zamówienia publicznego"*. Przepis ten wydaje się co najmniej zbędny. Jeżeli chodzi to unieważnienie czynności zamawiającego, to czynność unieważniona z natury rzeczy nie jest przedmiotem odpowiedzialności. Problem polega jednakże na zdefiniowaniu pojęć „skorygować" i „nie miało znaczenia". Tym bardziej „znaczenie" odniesione zostało do czynności udzielenia zamówienia (podpisania umowy).

Podsumowując powyższe stwierdzić należy, że zaproponowana konstrukcja odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych w zakresie zamówień publicznych w nieznacznym tylko stopniu przyczyni się do skuteczności systemu dyscypliny dla legalności postępowań.

Zakończenie

Skuteczność systemu odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych w zakresie zapewnienia legalności postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, pomimo szeregu mankamentów, należy ocenić pozytywnie. Dotyczy to nie tylko dużej ilości naruszeń przepisów, których skutkiem było przypisanie odpowiedzialności i sankcji konkretnym osobom, ale przede wszystkim funkcje prewencyjne i edukacyjne działalności organów właściwych w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Perspektywa odpowiedzialności jest często skutecznym czynnikiem przy podejmowaniu decyzji w zakresie postępowań o udzielenie zamówienia publicznego. Stanowi także motywację do pogłębiania znajomości przepisów dotyczących udzielania zamówień publicznych.

Komisje orzekające w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych są to instytucje merytorycznie niezależne, wywierające istotny wpływ na postrzeganie i interpretację przepisów, w szczególności w przedmiocie zamówień publicznych, przez jednostki mieszczące się w zakresie podmiotowym ich działania. Warto podkreślić, że w wielu przypadkach orzeczenia komisji są właściwie jedynym źródłem interpretacji przepisów dokonanych przez organ orzekający. W szczególności np. Krajowa Izba Odwoławcza rzadko orzeka w zakresie postępowań prowadzonych w trybie z wolnej ręki, składania oświadczeń przez osoby wykonujące czynności w postępowaniu czy na temat obowiązku stosowania przepisów ustawy w ogólności. Istotne jest zatem stworzenie możliwości podzielenia się doświadczeniami z zamawiającymi oraz ich kierownikami i pracownikami, których działania podlegają ocenie wielu instytucji, w tym komisji orzekających.

Postulować należy, aby zmiany przepisów ustawowych prowadziły do uszczelnienia tego sytemu i budowały jego pozycję poprzez zapewnienie możliwości rzeczywistego egzekwowania odpowiedzialności za naruszenia przepisów p.z.p.

PROEFEKTYWNOŚCIOWE INSTRUMENTY SYSTEMÓW ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH — WYBRANE ZAGADNIENIA. CENA

Katarzyna Wińska-Rużewicz
Uniwersytet Gdański

Wprowadzenie

Artykuł 53 dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi[560] (zwanej dalej: „dyrektywą") stanowi, iż kryteriami wyboru oferty mogą być: oferta najkorzystniejsza ekonomicznie, lub wyłącznie najniższa cena. Jak wskazuje Urząd Zamówień Publicznych w Sprawozdaniu z funkcjonowania systemu zamówień publicznych w 2009 roku[561], 90% postępowań o udzielenie zamówienia publicznego wszczętych w 2009 r. w procedurze krajowej, zostało rozstrzygniętych przy użyciu wyłącznie kryterium ceny.

Najniższa cena, jako kryterium wyboru oferty, może powodować powstanie sytuacji, w której wykonawcy oferują wykonanie zamówienia za cenę nierealną, zbyt niską w stosunku do kosztów realizacji zamówienia. To z kolei może powodować trudności na etapie realizacji umowy — opóźnienie, obniżenie jakości celem zmniejszenia kosztów, konieczność renegocjacji treści umowy[562], nadużycia związane z udzielaniem zamówień dodatkowych i uzupełniających. Zamawiający m.in. z USA musieli także stawić czoła problemowi bankrutujących wykonawców[563], którzy w liczbie ponad 80 000, tylko w latach 1990–1997 pozostawili w USA znaczące kontrakty nie dokończone w swej realizacji. Powodem zaoferowania cen na poziomie skutkującym powstaniem ryzyka upadłości przedsiębiorcy, jak wskazuje literatura, może być zbyt optymistyczna kalkulacja kosztów, błędy w ich kalkulacji, jak i możliwość ogłoszenia upadłości wprowadzającej charakterystyczny zakres odpowiedzialności[564]. Dodatkowym czynnikiem zwiększającym ryzyko związane z realizacją kontraktu, jest zmiana cen surowców, materiałów potrzebnych do realizacji zamówienia, następująca już po terminie składania ofert[565], kiedy możliwość renegocjacji warunków umowy, możliwości i sposobu waloryzacji, zależy od przepisów prawa, treści umowy i często woli zamawiającego, a ponoszenie wska-

---

[560] Dz. U. L 134 z 30.4.2004, str. 114, tłum. na: www.uzp.gov.pl

[561] Urząd Zamówień Publicznych, Sprawozdanie z funkcjonowania systemu zamówień publicznych w 2009 roku, http://www.uzp.gov.pl/cmsws/page/?F;288;sprawozdania_roczne_uzp_z_funkcjonowania_systemu_zamowien_publicznych.html, 26.04.2011 r.

[562] P. G. Ioannou, R. E. Award, Below-Average Bidding Method, Journal of Construction Engeneering and Management, Vol. 136, Issue 9.

[563] Pomijając różnice instytucjonalne pom. bankructwem/ogłoszeniem upadłości wskazanym w przepisach prawa państw, jak wskazuje W. E. Lutz, (*On declaring bankruptcy*, Government Procurement, October 1999, s. 23–24) mówiąc bankructwo/upadłość wielu przychodzi na myśl sytuacja zakończenia działalności gospodarczej, porażki, podczas gdy dla podmiotu może być ono zaczątkiem daleko idących zmian, reorganizacji, „cleaning and sorting out". Możliwość ogłoszenia upadłości, związany z nią zakres odpowiedzialności i jej związek z zaniżaniem cen przy ubieganiu się o udzielenie zamówienia jest przedmiotem badań i rozważań obecnych w literaturze przedmiotu, patrz: A. E. Engel, A. Wambach, *Public Procurement Under Limited Liability* [w:] [red:] G. Piga, K. V. Thai, The economics of public procurement, Palgrave MacMillan, NY 2007, s. 11–38.

[564] A. E. Engel, A. Wambach, *Public Procurement Under Limited Liability*, [w:] [red:] G. Piga, K. V. Thai, The economics of public procurement, Palgrave MacMillan, NY 2007, s. 11 i n.

[565] Patrz przykład: P. Cams, *Problems with the procurement*, Canadian Sailings, August 25, 2008, s. 15.

zanego ryzyka staje się bardziej uciążliwe w przypadku zaoferowania niskiej ceny za realizację przedmiotu zamówienia

Z uwagi na powyższe prawodawcy, zamawiający jak i teoretycy przedmiotu starają się znaleźć rozwiązania zapobiegające oferowaniu przez wykonawców cen zaniżanych kosztem jakości przedmiotu i realizacji umowy. Poniżej, pokrótce, przedstawione zostaną niektóre z nich, z celowym pominięciem szczegółowej analizy ich skuteczności, mogącej stanowić przedmiot odrębnego, obszernego referatu.

Metoda średniej ceny (MSC)

Tytułowa metoda oparta jest na średniej cenie i zasadzie wyboru wykonawcy, którego oferta jest zbliżona cenowo do tej wartości. Została ona wprowadzona jako alternatywa wobec kryterium wyboru oferty — metody najniższej ceny. Choć spotkać można zastosowanie różnych wariantów MSC, to zasadą jest, że wygrywa oferta najbliższa średniej cenie, lub oferta najbliższa i jednocześnie niższa od średniej ceny. I tak: Wydział Transportu, Floryda (Florida Department of Transportion — USA), korzystając z tej metody określił, iż w przypadku złożenia trzech lub czterech ofert, wygrywa oferta najbliższa cenowo średniej cenie. Gdyby ofert złożono pięć lub więcej, najtańsza oraz najdroższa oferta zostałyby odrzucone, a zamawiający wybrałby ofertę, której cena najbliższa jest średniej cenie obliczonej na podstawie cen ofert nie uwzględniając cen ofert odrzuconych jako ofert z najniższą i najwyższą ceną[566].

Stan Nowy York (The Procurement Service Group of the State of New York Executive Department — USA) zastosował MSC wprowadzając procedurę opartą na następujących po sobie czynnościach odpowiednio: obliczenie średniej ceny na podstawie złożonych ofert, oferty przewyższające średnią cenę o więcej niż 50 % tej ceny zostają swoiście zawieszone, na podstawie pozostałych ofert zostaje znów obliczona średnia cena, oferta lub oferty, których ceny nie przewyższają średniej ceny podwyższonej o 10 %, zostają wybrane. Oferta początkowo „zawieszona" może również zostać wybrana, jeśli wykonawca obniży jej cenę odpowiednio do wartości niższej niż średnia cena podwyższona o 10% tej ceny. Natomiast MSC stosowana w Peru, oparta została na następujących zasadach: w przypadku złożenia trzech lub więcej ofert, zamawiający po obliczeniu średniej ceny na podstawie złożonych ofert, własnej kalkulacji i wysokości środków, eliminuje oferty, których wartość leży o 10 % powyżej lub poniżej średniej ceny, ponownie obliczona zostaje średnia cena na podstawie cen pozostałych ofert i posiadanych środków, dokonuje wyboru oferty której wartość jest poniżej średniej ceny. Jeśli w postępowaniu zostałyby złożone mniej niż trzy oferty, zamówienie mogłoby zostać udzielone wykonawcy, który zaoferował najniższą cenę[567].

Znane jest również stosowanie MSC we Włoszech[568]. Ustawa nr 741 z dnia 10 grudnia 1981 r. dotyczącą uzupełniających przepisów w celu przyspieszenia procedur wykonywania robót budowlanych[569] umożliwiała stosowanie MSC, jednakże zdaniem Komisji Europejskiej (Sprawa 274/83)[570] stosowanie tej metody było i jest niezgodne z ówczesnymi przepisami art. 29 ust. 1 dyrektywy Rady 71/305/EWG z dnia 26 lipca 1971 r. dotyczącej koordynacji procedur udziela-

---

[566] G. L. Albano, M. Branchi, G. Spagnolo, *Bid Average Methods in Procurement*, [w:] [red:] G.Piga, K. V. Thai, *The economics of public procurement*, Palgrave MacMillan, NY 2007, s. 41

[567] *Ibidem*, s. 41–42.

[568] Por. ETS Sprawa 274/83 I Patrz: G. L. Albano, M. Branchi, G. Spagnolo, *Bid Average* …, s. 42 i n.

[569] Gazzetta Ufficiale nr 179 z dnia 17 lipca 1970 r.

[570] Orzeczenie w sprawie 274/83, www.uzp.gov.pl, 28.04.2011 r.

nia zamówień publicznych na roboty budowlane[571] stanowiącym, iż zamówienie mogło zostać udzielone jedynie wykonawcy, którego oferta została wybrana na podstawie kryterium najniższej ceny lub najbardziej korzystnej ekonomicznie oferty.

Zwolennicy MSC podnoszą, że jej zastosowanie „zmiękcza" konkurowanie ceną, obniżając ryzyko zaoferowanie ceny poniżej kosztów realizacji i konieczność renegocjacji warunków zamówienia[572], jednocześnie wskazując ją jako wartą głębszej analizy, badań oraz szerszego zastosowania[573], zaś krytycy tej metody podnoszą, iż nie po to za cel przetargom stawiano umożliwienie zachowania pełnej konkurencji i jej istoty — ceny, by następnie, poprzez inne narzędzia, ograniczać ją lub ujmować jej charakterystycznych cech[574]. Jednocześnie wskazane zostaje, iż stosowanie tej metody może być niezwykle kosztowne dla zamawiających. Metoda ta zachęca wykonawców do oferowania cen zbliżonych do średniej ceny, w tym wykonawców, którzy mogą zaoferować niższą cenę z uwagi na własną efektywność.

G. L. Albano, M. Bianchi, G. Spagnolo[575] ukazują istotną kwestię przedstawioną równaniem (na przykładzie MSC zastosowanej przez wskazany już Wydział Transportu, Floryda):

$$\Pi_i(p_i, a) = \begin{cases} p_i - c_i \Leftrightarrow |p_i - a| < |p_j - a| & \forall j \neq i, \\ 0 \end{cases} \quad (1)$$

które wskazuje, iż wykonawca osiągnie zysk (Π) w postaci różnicy między kosztem realizacji (c_i), a zaoferowaną ceną (p_i) jedynie w przypadku, gdy różnica między zaoferowaną ceną a średnią ceną (a) jest mniejsza niż różnica ceny (p_j) każdej z pozostałych ofert i średniej ceny. W innym przypadku zysk wykonawcy wynosi 0 (oferta wykonawcy nie zostaje wybrana). Tym samym uzyskanie przez wykonawcę zamówienia i osiągnięcie zysku, zależy w dużej mierze nie od efektywności wykonawcy, a od cen zaoferowanych przez pozostałych wykonawców.

Nadmienić również należy, iż udzielenie zamówienia wykonawcy, którego oferta została wybrana przy zastosowaniu MSC nie gwarantuje, że wykonawca, pomimo przewidywanego zysku, nie będzie starał się obniżyć kosztów realizacji zamówienia kosztem jakości, terminowości i zachowania należytej staranności[576].

Rażąco niska cena (RNC)

Jak już zostało wskazane, przepisy dyrektyw jednoznacznie stanowią, iż kryterium ceny należy oprzeć o wybór oferty z najniższą ceną. Jednocześnie, starając się zniwelować zagrożenia wskazane w wprowadzeniu, dyrektywa, a za nią polski ustawodawca, wprowadził instytucję weryfikacji ceny budzącej, zdaniem zamawiającego, wątpliwości co do właściwej kalkulacji, nieadekwatnej, zbyt niskiej względem przedmiotu zamówienia. Dyrektywa jak i ustawa z dnia 29 stycznia 2010 r. — Prawo zamówień publicznych[577] (dalej „Pzp"), wprowadza pojęcie RNC

---

[571] (OJ 1971 (II), str. 682), www.uzp.gov.pl, 28.04.2011 r.

[572] G. L. Albano, M. Branchi, G. Spagnolo, *Bid Average* …, s. 39.

[573] Patrz: P. G. Ionnau, S. S. Leu, *Average Bid Method — Competitive Bidding Strategy*, Journal of Construction Engineering and Management, 1993,Vol. 119, Issue 1. s. 131 i n.

[574] G. L. Albano, M. Branchi, G. Spagnolo, *Bid Average* …, s. 39.

[575] *Ibidem*, s. 49.

[576] G. L. Albano, M. Branchi, G. Spagnolo, *Bid Average* …, s. 45, 47.

[577] Tj. Dz. U. z 2010 r., nr 113 poz. 759 z późn. zm.

w stosunku do przedmiotu zamówienia. Akty te nie zawierają definicji legalnej tego pojęcia, natomiast liczne orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, wcześniej Zespołu Arbitrów jednoznacznie definiuje ją jako cenę nierealną, poniżej kosztów produkcji/realizacji. Jednocześnie niektórzy z europejskich prawodawców sprecyzowali, iż taką ceną nadzwyczaj niską i budzącą uzasadnione wątpliwości co do tego, czy nie jest ona rażąco niska, jest cena niższa o określony procent od średniej ceny lub ceny drugiej oferty złożonej w postępowaniu, wg rankingu — od najniższej ceny do najwyższej. W przypadku Belgii, Francji, Włoch, Portugalii, Hiszpanii, Grecji, różnica ta wynosi 10–20% ceny[578].

Zamawiający, podejrzewając iż oferta wskazuje RNC, żąda od wykonawcy wyjaśnień co do elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, a następnie dokonuje ich weryfikacji. Trudność w jej dokonaniu często polega na tym, iż zamawiający nie jest specjalistą produkującym, świadczącym dane usługi objęte zamówieniem, nie zawsze jest w stanie ocenić czy udzielone wyjaśnienia przedstawiają okoliczności mogące w rzeczywistości występować i mieć wpływ na wysokość ceny oferty.

Wieloelementowe kryterium oceny ofert (WeKO) i oferty wariantowe (OW)

Jak już zostało wskazane, dyrektywa stanowi, iż kryteriami wyboru oferty mogą być są: oferta najkorzystniejsza ekonomicznie, lub wyłącznie najniższa cena. O ile w przypadku kryterium najniższej ceny, wybór oferty wydaje się być prosty — wybrana musi zostać oferta przedstawiająca najniższą cenę spośród ofert nieodrzuconych, o tyle w przypadku wieloelementowego kryterium wyboru oferty, ofertą najkorzystniejszą ekonomicznie jest oferta ekonomicznie najkorzystniejsza na podstawie czynników i wyznaczników wybranych przez zamawiającego do oceny ofert w danym postępowaniu. Czynniki te to np.: cena, termin realizacji zamówienia, koszty eksploatacyjne, techniczna wydajność, jakość świadczenia usługi, jakość materiału, cechy funkcjonalne, serwis pogwarancyjny, po-sprzedażowy, oferowane wsparcie techniczne[579]. Przy zastosowaniu modelu WeKO, cena jest jednym z kryteriów porównania ofert. Jak wskazuje P. Trepte[580], model ten może umożliwić stosowanie subiektywnych kryteriów oceny ofert. W miejscu tym należy nadmienić, iż Europejski Trybunał Sprawiedliwości podniósł, że stosowane kryteria winny gwarantować przejrzystość i obiektywność procedury udzielania zamówienia, oraz poszanowanie zasady równego traktowania wykonawców[581]. Jednocześnie waga danego kryterium musi zostać dostosowana do indywidualnych potrzeb zamawiającego.[582] Choć, jak wskazuje nazwa: oferta najkorzystniejsza ekonomicznie — może sugerować jedynie finansowy wymiar porównania ofert, Europejski Trybunał Sprawiedliwości w swoim orzecznictwie wskazał, iż kryteria te nie muszą odnosić się wyłącznie do bezpośrednio ekonomicznie wymiernych (finansowych) aspektów ofert[583].

Zarówno wieloelementowe kryterium oceny ofert, jak i określany przez G. L. Albano, M. Branchi i G. Spagnolo[584] tzw. „beauty contest" (charakterystyką odpowiadające instytucji oferty wariantowej), są instytucjami służącymi dokonaniu wyboru oferty nie tylko na podstawie ceny,

---

[578] P. Trepte, *Regulating Procurement. Understand the Ends and Means of Public Procurement Regulation*, Oxford University Press, NY 2004, s. 202.

[579] P. Trepte, *Regulating Procurement. Understand …*, s. 202.

[580] *Ibidem*, s. 202 i n.

[581] C-488/01 EVN AG i Wienstrom.

[582] C–247/02 Sintesi.

[583] C-513/99 Concordia Bus Finland.

[584] G. L. Albano, M. Branchi, G. Spagnolo, *Bid Average …*, s. 45–46.

ale także innych cech: ekonomicznych, technologicznych, funkcjonalnych itd. O ile w przypadku WeKO, kryteria i ich waga muszą zostać ściśle określone, o tyle w przypadku OW jest ona oceniana w bardziej rodzajowy sposób, pozostawiając więcej swobody zamawiającemu w ocenianiu jakościowych cech, których ocenę trudno określić na podstawie sformalizowanych kryteriów, z jednoczesną możliwością odrzucenia ofert wskazujących nierealną cenę lub budzących inne wątpliwości.

Zakończenie

Prawodawcy, badacze przedmiotu jaki i zamawiający poszukują rozwiązań niwelujących ryzyko wystąpienia wskazanych we wstępie niepożądanych skutków zastosowania metody najniższej ceny. Prócz narzędzi wskazanych powyżej, w literaturze przedmiotu można odnaleźć również inne instytucje zmniejszające ryzyko wystąpienia niepożądanych skutków zastosowania metody najniższej ceny, takie jak negocjacje jako element procedury udzielenia zamówienia, lub podział zamówienia na części i udzielenie ich równolegle kilku wykonawcom, celem zmniejszenia ryzyka niewykonania zamówienia[585]. Instytucje te nie stanowią alternatywy wobec metody najniższej ceny, a zarówno te, jaki i wskazane w niniejszym opracowaniu, nie są rozwiązaniami wolnymi od wad.

Jak podkreślają J. M. Keisler i W. A. Buehring[586], wyzwaniem jest ustalenie takich reguł postępowania, które zapewniałyby zachowanie konkurencji pozwalającej na otrzymanie ofert korzystnych ekonomicznie, ale jednocześnie nie odstraszających wykonawców od udziału w postępowaniu.

---

[585] Patrz: G. L. Albano, M. Branchi, G. Spagnolo, *Bid Average* …, s. 45, 47, oraz P. Bajari, R. McMillan, S. Tadelis, *Auctions Versus Negotiations in Procurement: An Empirical Analysis*, The Journal of Law, Economics, & Organization, Vol. 25 N2, s. 372–399.

[586] J. M. Keisler, W. A. Buehring, *How Many Vendors Does It Take To Screw Down A Price? A Primer On Competition,* Journal Of Public Procurement, 2005, Volume 5, Issue 3, s. 291–317.

„Nowe podejście do zamówień publicznych – zamówienia publiczne jako instrument zwiększenia innowacyjności gospodarki i zrównoważonego rozwoju. Doświadczenia polskie i zagraniczne. Część I i II"

Publikacje zawierają rozważania o charakterze teoretyczno-prawnym, obejmujące takie zagadnienia, jak np. oddziaływanie prawa europejskiego na realizację zamówień publicznych w Polsce. W publikacji analizowane są również administracyjno-prawne aspekty systemu zamówień publicznych oraz te regulacje ustawy, które kształtują pozycję prawną uczestników postępowania o udzielenie zamówieni publicznego, w tym kontrolę udzielania zamówień publicznych. Część autorów dokonuje analizy Prawa zamówień publicznych w płaszczyźnie finansowo-prawnej oraz prawno-karnej. Ciekawą częścią publikacji są artykuły dotyczące oddziaływania prawa cywilnego na system zamówień publicznych oraz pozycję prawną uczestników procesu udzielania zamówień publicznych.

Jednak myślą przewodnią publikacji jest nowe podejście do zamówień publicznych jako systemu regulacji prawnych będących podstawą do działań innowacyjnych, które są podstawą dla funkcjonującej współczesnej gospodarki. Oczywistym jest przecież fakt, że poprzez system zamówień publicznych oddziałujemy i kształtujemy sytuację prawną przedsiębiorców (występujących w roli wykonawców lub w roli zamawiających). Autorzy wskazują, że poprzez system prawny kreujący rozwiązania innowacyjne w realizowanych zamówieniach publicznych, państwo może (zachęcając lub wymuszając) prowadzić do unowocześniania poziomu świadczonych usług, dostaw lub robót budowlanych. Ważnym przedmiotem rozważań, obok innowacyjności, jest problematyka realizowania tzw. zielonych zamówień publicznych, zmierzających również do innowacyjności poprzez stosowanie rozwiązań bardziej przyjaznych środowisku. Poszczególni autorzy wskazują na regulacje prawne z zakresu zamówień publicznych, których stosowanie może prowadzić do osiągania powyższych celów innowacyjnych i proekologicznych.

Publikacje prowadzą również do dalszego systematyzowania wiedzy z zakresu Prawa zamówień publicznych i jego powiązania z innymi regulacjami prawnymi oraz innymi dyscyplinami nauki. Publikacje mają charakter przekrojowy, a przedstawione artykuły głównie mają charakter prawno-porównawczy. Szeroki zakres zagadnień poruszanych przez poszczególnych autorów wskazuje na potrzebę prowadzenia dalszych badań nad problematyką Prawa zamówień publicznych oraz konfrontowania tych badań z organami i podmiotami stosującymi to prawo. Przedstawiane poglądy autorów będą miały istotne znaczenie dla praktyki i organów stosujących tę regulację prawną.

Konkludując należy stwierdzić, że recenzowane książki stanowią cenny i ciekawy wkład do literatury z zakresu prawa zamówień publicznych, szczególnie w aspekcie nowego podejścia i innowacyjności w zamówieniach publicznych.

Dr Henryk Nowicki

ISBN: 978-83-88686-18-4

Warszawa 2011