



Urząd
Zamówień
Publicznych

Zamówienia publiczne jako instrument sprawnego wykorzystania środków unijnych

Wydanie 2. Rozszerzone.

V KONFERENCJA NAUKOWA
17-18 września 2012 r., Sopot

Redakcja naukowa:
Elżbieta Adamowicz
Jacek Sadowy

ZAMÓWIENIA PUBLICZNE JAKO INSTRUMENT SPRAWNEGO WYKORZYSTANIA ŚRODKÓW UNIJNYCH

(monografia naukowa)

Wydanie 2. Rozszerzone.

V KONFERENCJA NAUKOWA

17-18 września 2012 r., Sopot

Redakcja naukowa:
Elżbieta Adamowicz
Jacek Sadowy

Gdańsk – Warszawa 2012

**Zamówienia Publiczne jako instrument sprawnego wykorzystania środków unijnych.
Wydanie 2. Rozszerzone.**

Rada Programowa:

Jacek Sadowy – Urząd Zamówień Publicznych
prof. UŁ, dr hab. Andrzej Borowicz – Uniwersytet Łódzki
prof. UE, dr hab. Tadeusz Kocowski - Uniwersytet Ekonomiczny we Wrocławiu
prof. UMCS, dr hab. Janusz Niczyporuk – Uniwersytet Marii Curie-Skłodowskiej w Lublinie
prof. UEK, dr hab. Ryszard Szostak - Uniwersytet Ekonomiczny w Krakowie
dr Elżbieta Adamowicz – Uniwersytet Gdański
dr Henryk Nowicki - Uniwersytet Mikołaja Kopernika w Toruniu

Recenzenci:

prof. UG, dr hab. Dorota Simpson
dr Henryk Nowicki

Skład, łamanie i druk:

Drukarnia Cyfrowa Iota Unum, Barbara Starosielec
01-187 Warszawa, ul. Wolska 46/48
Tel. 22 862 83 22
e-mail: wolska@iotaunum.pl
www.iotaunum.pl

Wydawca:

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

ISBN: 83-88686-24-0

© Urząd Zamówień Publicznych

Warszawa 2012 r.

Spis treści

Wstęp	6
Wystąpienie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych p. Jacka Sadowego otwierające V Konferencję Naukową w Sopocie.....	7
ZAMÓWIENIA PUBLICZNE W PROCEDURZE WYDATKOWANIA ŚRODKÓW UNIJNYCH	
Wybór wykonawcy dającego gwarancję należytego wykonania zamówienia w świetle ustawy prawo zamówień publicznych oraz dyrektyw unijnych – <i>Jacek Sadowy</i>	13
Zorganizowanie uczestników procesu zamówień publicznych, a efektywność wykorzystania środków publicznych – <i>Tadeusz Kocowski</i>	19
Skuteczność postępowania odwoławczego w zamówieniach publicznych – <i>Janusz Niczyporuk</i>	34
Przyznawanie środków europejskich w trybie konkursowym – zagadnienia organizacyjne – <i>Monika Rutkowska</i>	44
Unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 6 i 7 ustawy Pzp – analiza przesłanek na przykładzie orzecznictwa – <i>Izabela Rzepkowska</i>	61
Termin związania ofertą – wybrane problemy w świetle orzecznictwa – <i>Małgorzata Stręciwilk</i>	72
ZAMÓWIENIA PUBLICZNE W KSZTAŁTOWANIU EFEKTYWNOŚCI WYDATKOWANIA ŚRODKÓW UNIJNYCH	
Funkcje zamówień publicznych w świetle wykorzystania środków unijnych – <i>Elżbieta Adamowicz, Ewa Walaszyk</i>	85
Zamówienia Publiczne jako instrument gwarantujący efektywność wydatków w realizacji projektów unijnych – <i>Paweł Nowicki</i>	91
Istotne postanowienia umowy o zamówienie publiczne – jako zabezpieczenie sprawnego wykorzystywania środków unijnych – <i>Jerzy T. Pieróg, Aneta Wala, Agnieszka Adach – Nerwińska</i>	102
Przestrzeganie zasady niedyskryminacji jako warunek efektywnego wydatkowania środków europejskich w zamówieniach publicznych – <i>Aldona Piotrowska</i>	124
O niektórych uwarunkowaniach efektywności zamówień publicznych finansowanych ze środków europejskich – <i>Ryszard Szostak</i>	139
Efektywność wydatkowania środków unijnych w trybie zamówień publicznych. Głos wykonawców – <i>Katarzyna Wińska – Rużewicz</i>	160

ZAMÓWIENIA PUBLICZNE W ŚWIETLE ZAGROŻEŃ ZWIĄZANYCH Z WYDATKOWANIEM ŚRODKÓW UNIJNYCH

Zagrożenia wynikające ze stosowania procedur, w których brak jest publikacji ogłoszenia o zamówieniu – przykłady nieprawidłowości wykrywanych w toku kontroli przeprowadzanych przez Najwyższą Izbę Kontroli – <i>Marian Cichosz, Andrzej Donigiewicz, Marek Bieńkowski</i>	169
Kara umowna jako instrument stymulujący realne wykonanie zobowiązań w systemie zamówień publicznych – <i>Zdzisław Gordon</i>	181
Z problematyki ustalania wartości zamówienia publicznego – nadużycia godzące w interes publiczny w dostawach i usługach informatycznych – <i>Franciszek Łapecki</i>	192
Problematyka stosowania korekt finansowych z tytułu nieprawidłowości wydatkowania środków europejskich – <i>Anna Łojewska – Pyka</i>	203
Kontrola uprzednia realizowana przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych – <i>Henryk Nowicki</i>	212
Wpływ nowelizacji ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych na zapewnienie prawidłowości stosowania przepisów Prawa zamówień publicznych przy wykonywaniu zadań finansowanych ze środków budżetowych i unijnych – <i>Mateusz Winiarz</i>	223
DOŚWIADCZENIA Z WYDATKOWANIA ŚRODKÓW UNIJNYCH	
Środki unijne a jakość SIWZ – <i>Andrzej Borowicz, Wiktor Płóciennik</i>	247
Profesjonalizm zamawiającego przy zmianie umowy o zamówienie publiczne na podstawie art. 144 Pzp – <i>Ewa Boryczko</i>	260
Udzielanie zamówień publicznych w ramach Programu Operacyjnego Kapitał Ludzki – <i>Maciej Gnela</i>	270
Mity i stereotypy partnerstwa publiczno – prywatnego w Polsce – <i>Andrzej Panasiuk</i>	279
Rodzaj zamawiającego a innowacyjność zamówień publicznych w świetle badań ankietowych – <i>Wacława Starzyńska</i>	290
Rozstrzygnięcie sporów w zakresie zamówień publicznych w Polsce i Niemczech – wybrane aspekty, próba porównania – <i>Magdalena Grabarczyk</i>	297

WSTĘP

Strategiczna rola, jaką środki pochodzące z funduszy unijnych odgrywają obecnie w finansowaniu rozwoju społeczno-gospodarczego oraz ich znaczny udział w zasobie środków publicznych, skłania do poświęcenia należytej uwagi obszarom związanym z ich odpowiednim wykorzystaniem. Problematyka sprawnego wykorzystania środków publicznych należy do istotnych problemów współczesnej gospodarki. Ranga tego problemu wzrasta szczególnie w dobie pogłębiającego się deficytu finansów publicznych. Borykając się z problemem ograniczonych kapitałów sfera publiczna powinna być przede wszystkim zainteresowana narzędziami pozwalającymi zwiększyć racjonalność finansowania w kontekście oceny skuteczności realizacji zakładanych celów. Poszukiwanie nowych i efektywniejszych rozwiązań systemowych zmierzających do racjonalizacji wydatków publicznych przebiega wielokierunkowo. Jednym z narzędzi, które z założenia miało spełniać funkcję racjonalizacji wydatkowania środków publicznych są zamówienia publiczne.

Monografia jest efektem corocznych spotkań środowiska naukowego oraz praktyków zajmujących się problematyką zamówień publicznych. Celem niniejszej publikacji jest przedstawienie aktualnych problemów zarówno teoretycznych, jak i związanych z praktycznym realizowaniem zamówień publicznych w kontekście sprawnego wykorzystania środków unijnych. Złożoność analizowanej problematyki zaowocowała zbiorem interdyscyplinarnych artykułów o szerokim spektrum wiedzy. Badając zastosowanie zamówień publicznych w podnoszeniu sprawności wykorzystania funduszy unijnych, Autorzy skoncentrowali się na różnych obszarach problemu, co pozwoliło na wyodrębnienie czterech płaszczyzn:

- I. ZAMÓWIENIA PUBLICZNE W PROCEDURZE WYDATKOWANIA ŚRODKÓW UNIJNYCH
- II. ZAMÓWIENIA PUBLICZNE W KSZTAŁTOWANIU EFEKTYWNOŚCI WYDATKOWANIA ŚRODKÓW UNIJNYCH
- III. ZAMÓWIENIA PUBLICZNE W ŚWIETLE ZAGROZEŃ ZWIĄZANYCH Z WYDATKOWANIEM ŚRODKÓW UNIJNYCH
- IV. DOŚWIADCZENIA Z WYDATKOWANIA ŚRODKÓW UNIJNYCH

Mamy nadzieję, że przedstawiona publikacja będzie inspiracją do wymiany poglądów i pogłębionych dyskusji w środowiskach uczestniczących w kreowaniu rynku zamówień publicznych.

Jacek Sadowy
Prezes Urzędu Zamówień Publicznych

dr Elżbieta Adamowicz
Wydział Ekonomiczny
Uniwersytet Gdański

WYSTĄPIENIE PREZESA URZĘDU ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH P. JACKA SADOWEGO OTWIERAJĄCE V KONFERENCJĘ NAUKOWĄ W SOPOCIE W DNIU 17 WRZEŚNIA 2012 r.

Chciałbym bardzo serdecznie przywitać uczestników tegorocznej Konferencji Naukowej organizowanej wspólnie przez Urząd Zamówień Publicznych wraz z Uniwersytetem Gdańskim.

Jest to już V Konferencja współorganizowana przez Urząd. Przypomnę, iż poprzednie konferencje były współorganizowane wraz z Uniwersytetem Ekonomicznym w Krakowie (2008 r.), Uniwersytetem im. Mikołaja Kopernika w Toruniu (2009 r.), Uniwersytetem Łódzkim (2010 r.) oraz Uniwersytetem im. Marii Curie-Skłodowskiej w Lublinie (2011 r.). Cieszą się, że mogę Państwa poinformować, iż VI już Konferencja Naukowa zostanie zorganizowana w roku 2013 wspólnie z Uniwersytetem Wrocławskim i Uniwersytetem Ekonomicznym we Wrocławiu.

Motywytem przewodnim V Konferencji Naukowej jest kwestia wydatkowania środków unijnych w procesie udzielania zamówień publicznych.

Mamy rok 2012, a więc zbliża się koniec okresu budżetu Unii Europejskiej na lata 2007-2013. Kolejny okres a więc lata 2014-2015 będzie okresem w którym przyjdzie nam się rozliczyć z dokonanych wydatków. Od tego w jaki sposób zastosowaliśmy procedury udzielania zamówień publicznych zależy ocena na ile udało nam się je wydać w sposób efektywny. Na ile skorzystaliśmy z tej szansy jaką stanowią środki UE.

Jak już wspominałem, fundamentalne znaczenie dla ostatecznej oceny efektywności wydatkowania środków UE ma efektywność procedur udzielania zamówień publicznych, od tego jak je przeprowadziliśmy.

Konferencja jest okazją do zastanowienia się nad rolą systemu zamówień publicznych w tym procesie, jego zaletami oraz ułomnościami, które pozwalają lub nie w sposób efektywny wydatkować środki publiczne.

Jest to okazja do tego by zastanowić się nad systemem instytucjonalnym i sposobem jego funkcjonowania odpowiedzialnym za wydatkowanie środków unijnych.

Czas ostatecznych podsumowań dopiero nadejdzie. Biorąc jednak pod uwagę, iż zasadnicza część przetargów związanych z wydatkowaniem środków UE została już przeprowadzona, jest to czas do dokonania pewnego podsumowania i wyciągnięcia wniosków na przyszłość.

Wyciągnięcie wniosków z dyskusji może być pożyteczne z punktu widzenia kolejnej perspektywy budżetowej UE a więc lat 2014-2020. Wydaje się to być wartością największą, która może płynąć z tegorocznej konferencji – musimy wyciągać wnioski i starać się wykorzystać dotychczasowe doświadczenia w kolejnej perspektywie w celu lepszego wydatkowania środków unijnych. Dziś trwają prace nad przygotowaniem kolejnej perspektywy finansowej UE i jest najważniejszy moment do podjęcia dyskusji na ten temat i uwzględnienia wniosków z obecnej perspektywy.

Prezes Urzędu nie jest organem instytucjonalnym zaangażowanym w proces wydatkowania środków UE w rozumieniu ustawy o zasadach prowadzenia polityki rozwoju. Nie jest ani organem kontroli, instytucją zarządzającą, pośredniczącą lub wdrażającą w rozumieniu tej ustawy.

W sensie prawnym Prezes Urzędu jest usytuowany poza systemem polityki rozwoju.

Niemniej – ze względu na rolę i zadania centralnego organu administracji rządowej właściwego w sprawach zamówień publicznych - faktycznie w tym procesie uczestniczy. Szczególna jest tu rola kontrolna Prezesa Urzędu, wydawania opinii jak i normotwórcza – inicjatora procesu legislacyjnego.

Przy realizacji tych zadań towarzyszy nam **głęboka świadomość współodpowiedzialności za proces wydatkowania środków UE i za osiągnięcie właściwych rezultatów.** Z poczucia odpowiedzialności za efektywność wydatkowania środków UE wynika duże zaangażowanie we wsparcie instytucji, które są zaangażowane w ten proces, a które nie są wyspecjalizowane w zakresie zamówień publicznych.

Wsparcie to jest realizowane na kilku obszarach, z których szczególnie należy wymienić dwa.

Pierwszy - dążenie do zapewnienia zgodności ustawy z wymaganiami UE. Tutaj należy wspomnieć o zmianach w ustawie z roku 2008 uwzględniających wytyczne Komisji Europejskiej, implementację w roku 2009 dyrektywy odwoławczej, czy blisko już trzyletnie prace nad implementacją dyrektywy w zakresie obronności i bezpieczeństwa państwa. Cieszy nas to, iż 14 września Sejm RP przyjął ustawę dostosowującą ustawę do nowej dyrektywy obronnej.

Oprócz zmian bezwzględnie wymaganych przez prawo unijne, udało się wdrożyć również szereg zmian zmniejszających ryzyko niewłaściwego wydatkowania środków UE. Były zmiany dotyczące:

- umożliwienia wykonawcom powoływania się na zasoby podmiotów trzecich,
- wprowadzenia zasad traktatowych przy usługach niepriorytetowych,
- wprowadzenia rozwiązań prospołecznych dotyczących osób bezrobotnych czy niepełnosprawnych,
- wprowadzenia dialogu technicznego,
- wprowadzenia systemu kwalifikacji w zamówieniach sektorowych.

Niepokoje nas w dalszym ciągu brak uregulowania w ustawie zasad wynikających z Traktatu o Funkcjonowaniu UE przy udzielaniu zamówień sektorowych poniżej progów UE. Z dużym zaskoczeniem przyjęliśmy informację, iż wprowadzenia tych zasad nie chcą organizacje przedsiębiorców. Niepokoi nas także spór z Komisją Europejską w zakresie podstaw do wykluczania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1 i 1a ustawy. Kwestia ta wymaga szybkiego wyjaśnienia. Mamy nadzieję, iż ETS szybko zajmie w tej sprawie swe stanowisko.

Zmiany miały na celu przyspieszenie procesu udzielania zamówień publicznych w sposób, który zapewni także wydatkowanie środków UE. Cieszy nas to, iż średni czas trwania postępowania uległ znaczącemu skróceniu do **80 dni** powyżej progów UE. Jednocześnie dokonane zmiany przyczyniły się do zwiększenia obszaru przejrzystości zamówień publicznych. Obecnie blisko **85 % postępowań zapewnia niedyskryminujący dostęp wykonawców do zamówień**

publicznych. Dwukrotnie **zwiększyła się liczba ofert w przetargach budowlanych**, co pozwoliło w istotny sposób ograniczyć ryzyka nieefektywności ekonomicznej na skutek ograniczonej konkurencji. Przecinek nie stanowi dziś podstawy do odrzucenia ofert.

Drugi – kontrola postępowań. W wyniku zaleceń pokontrolnych Prezesa Urzędu wydawanych w kontroli uprzedniej udało się ograniczyć ryzyka zakwestionowania wydatków środków UE w kwotach milionów euro. Konsekwentne kontrole w obszarze **trybu zamówienia z wolnej ręki** ograniczyły ryzyko zakwestionowania środków UE i pozwoliły skorygować te postępowania. Walczymy z patologiami polegającymi na stosowaniu zasady wolnej ręki w szczególności w zakresie zamówień informatycznych, nadzoru autorskiego, systemów informacji prawnej. Urząd w roku 2009 i 2010 wydał rekomendacje dotyczące zasad udzielania zamówień w poszczególnych trybach, szczególnie zasad udzielania zamówień w sferze informatyki. Inne obszary na które należy położyć większy nacisk, to m.in. zasady dokonywania **opisu przedmiotu zamówienia** i konieczność odejścia od opisu dokonywanego na podstawie tzw. „uzasadnionych potrzeb zamawiającego”, który nie ma podstaw normatywnych. Skutkiem takiego opisu jest ograniczenie dostępu do zamówień przedsiębiorcom widoczne szczególnie w zamówieniach na dostawy i usługi, a także stosowanie ceny jako jedyne kryterium oceny ofert.

Nie ulega wątpliwości, iż system boryka się z problemami. Jednym z problemów jest problem upadłości wykonawców wynikający z kryzysu gospodarczego, który szczególnie widoczny jest przy realizacji zamówień publicznych. Zdecydowanie sprzeciwiam się formułowanej przez pewne środowiska uproszczonej tezie, iż to ustawa Prawo zamówień publicznych doprowadza do upadłości wykonawców, w tym cena jako jedyne kryterium oceny ofert. Problem w mojej ocenie jest nazbyt upraszczany i zbyt łatwo wiązany w nieuzasadniony sposób z prawem. Problem jest o wiele głębszy i szerszy, dotyczący kwestii zarządzania przedsiębiorstwem i ryzykiem czy wpływu zmiennej sytuacji gospodarczej na sposób i warunki realizacji kontraktów. Prawo nie może stanowić wygodnej wymówki dla uzasadniania błędnych decyzji popełnianych w procesie udzielania i realizacji zamówień publicznych.

Jest wiele wątków, które w trakcie konferencji będziemy starali się poruszyć. Zapowiada się ciekawa konferencja i życzę, by taka była. Ale przede wszystkim życzę Państwu oraz sobie, by konferencja prowadziła nas do pewnych konstruktywnych wniosków.

Dziękuję za uwagę. Konferencję uważam za otwartą.

**ZAMÓWIENIA PUBLICZNE
W PROCEDURZE WYDATKOWANIA
ŚRODKÓW UNIJNYCH**

WYBÓR WYKONAWCY DAJĄCEGO GWARANCJĘ NALEŻYTEGO WYKONANIA ZAMÓWIENIA W ŚWIETLE USTAWY PRAWO ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH ORAZ DYREKTYW UNIJNYCH¹

Jacek Sadowy

Wybierając ofertę najkorzystniejszą jednocześnie akceptujemy wykonawcę, który ją złożył. Poprzez akcept oferty uznanej za najkorzystniejszą uznajemy zatem także, że wykonawca, który ją złożył jest wykonawcą odpowiednim spełniającym warunki udziału w postępowaniu.

Celem procedury udzielania zamówienia publicznego jest nie tylko wybór oferty, ale wybór oferty wykonawcy uprzednio zweryfikowanego, z którym następnie zostanie zawarta umowa o zamówienie publiczne.

Stanowi o tym wprost art. 44 ust. 1 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2004/18/WE z dnia 31 marca 2004 r. tzw. „Dyrektywy klasycznej”, „Zamówień udziela się **na podstawie kryteriów określonych w art. 53 i 55** [kryteria oceny ofert – dopisek autora], z uwzględnieniem art. 24, **po zweryfikowaniu przez instytucje zamawiające predyspozycji wykonawców, którzy nie zostali wykluczeni zgodnie z art. 45 i 46, na podstawie kryteriów dotyczących ich sytuacji ekonomicznej i finansowej, wiedzy lub możliwości zawodowych i technicznych, o których mowa w art. 47-52, oraz w stosownych wypadkach, na podstawie niedyskryminacyjnych reguł i kryteriów określonych w ust. 3.**”

W pierwszej kolejności należy zadać sobie pytanie **jaki jest cel warunków udziału w postępowaniu o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, opisu sposobu oceny ich spełnienia a także dokumentów żądanych na potwierdzenie ich spełnienia?**

Udzielając odpowiedzi na tak postawione pytanie można wskazać, iż celem jest ocena dokumentów złożonych przez wykonawców w postępowaniu o zamówienie publiczne, pod kątem spełnienia przez wykonawców warunków opisanych przez zamawiającego.

Wydaje się, iż powyższe podejście dominuje w praktyce stosowania przepisów ustawy. Podejście czysto formalne – sprowadzające się do formalnego opisywania spełnienia warunków udziału w postępowaniu o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp oraz żądania i weryfikowania ich spełnienia na podstawie stosownych dokumentów złożonych przez wykonawców. Wymóg formalny uznajemy za spełniony jeżeli wykonawca złożył stosowny dokument, którego treść odpowiada naszym wymaganiom. W przypadku weryfikacji warunku wiedzy i doświadczenia (art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp) potwierdza spełnienie warunku wykazanie w przeszłości wykonania zamówienia o parametrach wskazywanych przez zamawiającego w opisie sposobu oceny spełnienia warunków. Jeżeli w przeszłości wykonawca wykonał za-

¹ Tezy artykułu zostały ogłoszone w trakcie współorganizowanej przez Urząd Zamówień Publicznych oraz Uniwersytet Gdański V Konferencji Naukowej, która odbyła się w Sopocie w dniach 17-18 września 2012 r.

mówienie w zakresie wymaganym przez zamawiającego uznajemy generalnie, iż wykonawca jest zdolny wykonać przedmiot udzielanego zamówienia.

Powyższe podejście stanowi pokłosie obowiązującego od lat 90-tych ubiegłego stulecia dogmatu o ocenie spełniania warunków na zasadzie „spełnia/niespełnia”. Jeżeli jest dokument zawierający pożądaną przez zamawiającego treść uznawane jest to równoznaczne z tym, iż dany wykonawca spełnia warunek np. dotyczący wiedzy i doświadczenia.

Powyższe podejście jest niepełne i z tego powodu uznaję je za nietrafne. Nie uwzględnia ono bowiem zasadniczego celu warunków udziału w postępowaniu, skupiając się jedynie na ich formalnoprawnym aspekcie. Być może jest to trudne ze względu na to, iż sam ustawodawca wprost nie artykułuje jednoznacznie tego celu w samej ustawie, wskazując w art. 22 ust. 1 ustawy „O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące: ...” Treść powyższego przepisu w zasadzie w brzmieniu niezmienionym obowiązuje od początku obowiązywania ustawy Prawo zamówień publicznych. Cofając się do ustawy z dnia 10 czerwca 1994 r. z treści ówczesnego art. 22, który także regulował instytucję warunków, celu tego nie można także w sposób jednoznaczny ustalić.

Aby odnaleźć właściwy sens i istotę warunków należy odwołać się do dyrektywy „klasycznej”. Dyrektywa w cytowanym powyżej art. 44 ust. 1 wyraźnie wskazuje „zweryfikowaniu przez instytucje zamawiające predyspozycji wykonawców na podstawie kryteriów dotyczących ich sytuacji ekonomicznej i finansowej, wiedzy lub możliwości zawodowych i technicznych”. W świetle motywu 39 preambuły do dyrektywy „klasycznej” od instytucji zamawiającej należy żądać wskazania „szczególnego poziomu kompetencji, jakiego może ona żądać od wykonawców w celu dopuszczenia ich do udziału w procedurze udzielania zamówień.”

Z powyższych zapisów dyrektywy wynika, iż instytucja zamawiająca bada predyspozycje wykonawców i ich kompetencje. Dalej dyrektywa „klasyczna” w art. 48 ust. 3 wskazuje, iż wykonawca, który sam nie ma odpowiednich predyspozycji lub kompetencji, może polegać na potencjale podmiotów trzecich. Zgodnie ze zdaniem drugim cyt. przepisu dyrektywy „Musi on w takiej sytuacji dowieść instytucji zamawiającej, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, na przykład przedstawiając w tym celu zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów.” Odzwierciedleniem cyt. artykułu dyrektywy na gruncie ustawy Pzp jest art. 26 ust. 2b ustawy, który dodaje jeszcze „na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia.”

Z analizy przepisów dyrektywy oraz implementujących je przepisów ustawy a szczególnie art. 26 ust. 2b ustawy wynika, iż celem warunków udziału w postępowaniu, opisu i żądanych dokumentów nie jest tylko i wyłącznie ocena spełniania warunków przez wykonawcę, ale **zasadniczym celem jest ocena spełniania warunków pod kątem zdolności wykonawcy do realizacji zamówienia publicznego.** Właściwym punktem odniesienia a także momentem odniesienia jest zatem zdolność do realizacji zamówienia publicznego.

Podobnie Peter Trepte, który wskazuje „Wykaz ma potwierdzić dotychczasowe osiągnięcia wykonawcy i może on być wykorzystany w celu dokonania oceny prawdopodobnej efektywności

działania i kompetencji technicznych wykonawcy." (P. Trepte, Zamówienia publiczne w Unii Europejskiej objęte dyrektywą klasyczną., UZP 2006 r., s. 67). Punktem odniesienia dla dokonywanego badania potencjału wykonawcy jest dokonanie oceny wykonawcy co do efektywności jego działań przy realizacji zamówienia w przyszłości.

W sprawach 27-29/86 *CEI i Bellini* Europejski Trybunał Sprawiedliwości stwierdził, że „łączna wartość zamówień na roboty budowlane udzielonych danemu wykonawcy może być użytecznym czynnikiem przy ustalaniu kondycji finansowej i ekonomicznej wykonawcy w odniesieniu do jego przyszłych obowiązków (w trakcie wykonywania zobowiązań umownych). Jednym z celów postawienia wymogu określenia „wartości robót budowlanych” było zapobiegnięcie podejmowaniu się przez indywidualnych wykonawców realizacji zamówień wykraczających poza ich możliwości. Innym celem było zapobieżenie monopolizowaniu zamówień na roboty budowlane przez niektóre firmy.”

W świetle powyższego, za dalece niewystarczającą i odbiegającą od celów ustanowienia norm zawartych w art. 22 ustawy Pzp należy uznać ukształtowaną praktykę ograniczającą się jedynie do badania dokumentów pod kątem spełniania wymagań formalnych na etapie przetargu. **Konieczne jest także badanie spełniania wymogów i możliwości realnego wykorzystania wymaganych predyspozycji w zakresie wiedzy, doświadczenia, potencjału technicznego, osób zdolnych do realizacji zamówienia, potencjału finansowego na etapie realizacji zamówienia publicznego. I odwrotnie – brak spełniania wymogów na etapie przetargu nie powinien stanowić samoistnej podstawy do wykluczenia wykonawcy, jeżeli jest on w stanie wykazać, iż wymagania te spełni w chwili realizacji zamówienia publicznego.**

Odmienne spojrzenie, a więc brak spojrzenia przez pryzmat zdolności wykonawcy do wykonania zamówienia prowadzi do dwojakich negatywnych skutków:

Po pierwsze – dyskryminacji wykonawców zdolnych do realizacji zamówienia, ale nie mogących tego potwierdzić w chwili przetargu. Przykładem są tu zamówienia na dostawy i stawiane przez zamawiających wymagania dotyczące wiedzy i doświadczenia. Jeżeli postawimy wymóg doświadczenia w zakresie realizacji określonej liczby zrealizowanych przed wszczęciem postępowania dostaw, to wykonawca, który prowadzi działalność gospodarczą w przedmiocie udzielanego zamówienia oraz dysponuje odpowiednim personelem, możliwościami technicznymi i finansowymi, ale który do tej pory realizował mniejsze zamówienia jest pozbawiany w sposób nieuprawniony prawa ubiegania się o realizację udzielanego zamówienia. Będąc zatem zdolnym do realizacji zamówienia nie jest w stanie wykazać odpowiednich dokumentów na etapie przetargu.

Po drugie – nieuzasadnionego dopuszczenia wykonawcy niezdolnego do zrealizowania zamówienia, ale mogącego wykazać się dokumentami. Przykład stanowi przytoczona powyżej sprawa rozstrzygana przez ETS w której wykonawca wykonywał jednocześnie tyle robót, iż ograniczało to możliwości realizacji kolejnych.

Obecnie głównym praktycznym problemem jest stawianie wymagań i dokonywanie czynności opisu sposobu oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu w odezwaniu od celu, któremu ma to służyć a mianowicie wyborowi wykonawcy mającemu odpowiednie predyspozycje i kompetencje do wykonania zamówienia publicznego.

Potwierdzeniem tej tezy jest obserwowany brak przełożenia stawianych na etapie przetargu wymogów dotyczących wykonawcy na treść zawieranych umów i sposób realizacji zamówienia publicznego. Jeżeli stawiamy wymagania osobom kluczowym i żądamy od wykonawców wykazu osób to następnie pomijamy w umowie wskazywanie osób odpowiedzialnych za kluczowe elementy realizacji zamówienia publicznego oraz zasady dokonywania zmian takich osób w trakcie realizacji zamówienia. Jeżeli stawiamy wymagania dotyczące doświadczenia wykonawcy uznając, że ma ono kluczowe znaczenie dla realizacji zamówienia, to następnie dopuszczamy pełną swobodę w zakresie podwykonawstwa sprowadzając te wymagania do nic nieznaczących. **Stawianie wymagań na etapie przetargu wykonawcy i odejście od nich na etapie realizacji zamówienia publicznego może być traktowane jako nieuprawnione dokonywanie istotnych zmian w zakresie sposobu realizacji zamówienia.** Jeżeli zamawiający uznaje na etapie przetargu, iż spełnianie określonych wymagań przez wykonawcę jest dla niego tak istotne, iż decyduje się na ich postawienie, to tym bardziej ich spełnienia powinien oczekiwać na etapie realizacji zamówienia publicznego.

Powyższy problem ujawnia się z całą mocą przy praktycznym stosowaniu art. 26 ust. 2b ustawy, który dopuszcza możliwość odwoływania się przez wykonawcę do potencjału podmiotów trzecich. W tym przypadku, mieliśmy do czynienia z drugim ze wskazanych przeze mnie powyżej negatywnym skutkiem odejścia przy ocenie spełnienia warunków przez pryzmat zdolności wykonawcy do wykonania zamówienia czyli nieuzasadnionym dopuszczeniem wykonawcy niezdolnego do zrealizowania zamówienia, ale mogącego wykazać się dokumentami. Przy czym problem tym bardziej był istotny, iż za wystarczające w świetle części orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej uznawano oświadczenia powielające ustawę „oświadczam, iż udostępnię zasoby niezbędne do realizacji zamówienia” bez wskazywania jakie to będą zasoby. Nadal ten pogląd w Izbie funkcjonuje, o czym świadczy uchwała KIO z dnia 17 kwietnia 2012 r. (Sygn. Akt: KIO/KU 39/12) w którym Izba uznaje, iż „z treści przywołanego przepisu nie wynika konieczność wskazywania w treści zobowiązania formy i zakresu przyszłego udostępniania zasobów”.

Nie ulega wątpliwości, iż podmiot trzeci udostępniając swe zasoby obowiązany jest wskazać w jakim zakresie one będą dostępne wykonawcy. **By zamawiający mógł dokonać oceny, czy zasoby są udostępniane w zakresie „niezbędnym” podmiot trzeci musi je uprzednio wskazać.** Wynika to bezpośrednio z samego przepisu art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, który wprost wskazuje na konieczność udostępnienia przez podmiot trzeci „niezbędnych zasobów” jak i obowiązkowi „udowodnienia”, iż te zasoby będą udostępnione „na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia”.

Rolą zamawiającego jest dokonanie oceny, czy udostępniane przez podmiot trzeci zasoby są udostępniane w zakresie „niezbędnym”, to jest w zakresie gwarantującym należyłą realizację zamówienia. Jeżeli zakres jest zbyt mały, tj. nie jest udostępniany w zakresie niezbędnym i nie gwarantuje właściwego wykonania zamówienia zamawiający ma prawo żądać jego uzupełnienia wraz z uzasadnieniem oraz ewentualnie wykluczyć wykonawcę z postępowania, szczególnie, gdy nie wie jakie zasoby podmiotu trzeciego będą wykonawcy dostępne. Rolą Krajowej Izby Odwoławczej jest także badanie i ocena w przypadku zaistnienia sporu, czy zasoby podmiotu trzeciego są dostępne i czy zakres udostępnienia jest odpowiedni dla uznania, iż gwarantuje to realizację zamówienia w sposób należyty, a więc zgodny z wymaganiami podmiotowymi i przedmiotowymi zamawiającego.

Ustawa, w ślad za dyrektywą wskazuje także, iż wykonawca może polegać na potencjale podmiotu trzeciego „niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków”.

Zamawiający nie może z góry wskazywać rodzaju stosunków jaki ma łączyć wykonawcę z podmiotem trzecim. Co więcej, dyrektywa wskazuje, iż „wykonawca może w stosownych sytuacjach oraz w przypadku konkretnego zamówienia polegać na zdolnościach innych podmiotów”, a więc wskazuje, iż to wykonawcy pozostawione jest uznanie, w jakich sytuacjach odwoła się do potencjału podmiotu trzeciego.

Niemniej jednak, nie oznacza to, iż zamawiający nie ma prawa ocenić, czy dany stosunek łączący wykonawcę z podmiotem trzecim gwarantuje dostępność wykonawcy do zasobów podmiotu trzeciego deklarowanych do udostępnienia wykonawcy przez ten podmiot trzeci. Inaczej mówiąc, zamawiający jest uprawniony do badania, czy stosunek łączący wykonawcę z podmiotem trzecim gwarantuje dostęp do zasobów w zakresie niezbędnym dla właściwego wykonania zamówienia.

Przykładowo, jeżeli wymagamy od wykonawcy odpowiedniego doświadczenia przy realizacji zamówienia publicznego, którego wykonawca nie ma, zamawiający powinien ocenić, czy doradztwo (szkolenia pracowników) deklarowane przez podmiot trzeci na rzecz wykonawcy jest wystarczające do uznania, iż wykonawca dysponuje zasobami „niezbędnymi” dla właściwej realizacji zamówienia. Jeżeli zamawiający uzna, że ten sposób nie gwarantuje dostępności zasobów w zakresie niezbędnym do realizacji zamówienia, to po uprzednim wezwaniu do uzupełnienia zamawiający takiego wykonawcę może wykluczyć podając w uzasadnieniu dlaczego uznał, iż wykonawca nie posiada niezbędnych zasobów do dyspozycji.

Obowiązek udowodnienia przez wykonawcę dostępu do zasobów trzecich nie zwalnia zamawiającego z podania uzasadnienia dla ewentualnego wykluczenia wykonawcy z postępowania z powodu nie wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Rolą zamawiającego jest zbadanie i ocena dostępności zasobów podmiotów trzecich, a więc i to czy dany stosunek gwarantuje tę dostępność oraz czy udostępniane zasoby są udostępniane w zakresie niezbędnym do realizacji zamówienia. Jest to również obowiązek KIO w postępowaniach prowadzonych na skutek odwołań wniesionych przez wykonawcę.

Jest to trudne, albowiem ocena ta ma charakter indywidualny, ale konieczne dla zapewnienia właściwego funkcjonowania systemu zamówień publicznych.

Reasumując:

1. Celem warunków udziału w postępowaniu określonych w art. 22 ust. 1, opisu sposobu dokonywania oceny ich spełnienia i żądania dokumentów jest zapewnienie wyboru wykonawcy zdolnego do realizacji zamówienia publicznego.
2. Obowiązkiem wykonawcy odwołującego się przy ocenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu do zasobów podmiotu trzeciego jest zapewnienie wskazania przez podmiot trzeci w szczególności zakresu udostępnianych zasobów zaś obowiązkiem zamawiającego jest zbadanie, czy udostępniane przez podmiot trzeci zasoby są udostępniane w zakresie „niezbędnym” tj. wystarczającym dla realizacji zamówienia.
3. Uprawnieniem wykonawcy jest odwołanie się do zasobów podmiotów trzecich zaś obowiązkiem zamawiającego jest zbadanie, czy stosunek łączący wykonawcę z podmiotem trzecim, a więc podstawa do udostępnienia zasobów, gwarantuje realny doń dostęp.
4. Zamawiający badając spełnianie przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp powinien przełożyć je także na etap realizacji umowy o zamówienie publiczne.

ZORGANIZOWANIE UCZESTNIKÓW PROCESU ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH, A EFEKTYWNOŚĆ WYKORZYSTANIA ŚRODKÓW PUBLICZNYCH

Tadeusz Kocowski¹

1. WPROWADZENIE

W gospodarce polskiej po roku 1989 zapoczątkowane zostały procesy mające na celu dokonanie w niej zmian, które określić można zmianami dążącymi do przeorientowania nieefektywnej gospodarki państwowej na gospodarkę, która byłaby bardziej efektywną zblizoną do tej, z jaką mieliśmy do czynienia w ówczesnych tzw. krajach „wysoko rozwiniętych”. Zapewnić to miały zmiany własnościowe dokonywane w gospodarce – przede wszystkim jej prywatyzacja – wsparta przywróceniem zasady wolności działalności gospodarczej oraz innych zasad obowiązujących w gospodarce rynkowej, a także zmianą roli jaką odgrywało w niej państwo i jego aparat administracyjny.

Niewydolność nakazowo-rozdzielczego systemu zarządzania gospodarką, w której dominowały uspołecznione podmioty gospodarcze, stała się przyczyną tego, że już pod koniec lat osiemdziesiątych, w ramach istniejącego ustroju, dokonano zasadniczej rewizji dotychczasowych poglądów na rolę, jaką „sektor prywatny” może i powinien odgrywać w gospodarce. Zaowocowało to zmianą podejścia do sfery gospodarki prywatnej, a wraz za tym, zmianami w prawnej regulacji trybu podejmowania i wykonywania działalności gospodarczej przez te podmioty. Zapoczątkowane zostało to uchwaleniem ustawy o działalności gospodarczej, której przepisy poprzez powrót do liberalnej zasady wolności przemysłu i handlu², znakomicie ułatwiały kreację podmiotów gospodarczych opierających swą działalność o prywatne środki produkcji³.

Proces powstawania nowych prywatnych podmiotów gospodarczych, wsparty został działaniami podejmowanymi na podstawie przepisów ustawy z dnia 13 lipca 1990 r. o prywatyzacji przedsiębiorstw państwowych⁴. Stworzyły one zupełnie nowe instytucjonalne możliwości dla przeprowadzania koniecznych przekształceń własnościowych⁵, w szczególności związane z powstawaniem podmiotów prywatnych w procesie komercjalizacji przedsiębiorstw pań-

¹ Prof. UE, dr hab. Tadeusz Kocowski, Uniwersytet Ekonomiczny we Wrocławiu, Uniwersytet Wrocławski.

² Por. J. Grabowski, *Prawne granice wolności gospodarczej*, [w:] *Rozprawy z prawa cywilnego i ochrony środowiska*, Prace Naukowe Uniwersytetu Śląskiego 1992, nr 1298, s. 64; C. Kosikowski, *Wolność gospodarcza w prawie polskim*, Warszawa 1995, s. 19 i n.; A. Walaszek-Pyziół, *Swoboda działalności gospodarczej*, Studium Prawne, Kraków 1994, s. 14 i n.; M. Zdyb, *Komentarz do ustawy o działalności gospodarczej*, Bydgoszcz 1997, s. 21 i n.

³ Por. S. Lautsch-Bendkowski, *Nowe przepisy podejmowaniu prowadzeniu działalności gospodarczej*, PUG 1989, s. 198.

⁴ Dz.U. Nr 51, poz. 298, ze zm.

⁵ Por. M. Guziński, T. Kocowski, *Struktura prawna władczych działań administracji w procesie prywatyzacji przedsiębiorstw państwowych*, PiP 1994 z. 9; oraz *Struktura prawna działań organu założycielskiego w procesie likwidacji i prywatyzacji bezpośredniej przedsiębiorstwa państwowego*, PUG 1998, z. 12; B. Popowska, *Przedsiębiorstwo państwowe po zmianach ustrojowych w Polsce*, [w:] *Gospodarka – Administracja – Samorząd*, Poznań 1997, s. 193 i n.

stwowych i prywatyzacji ich majątku. Planowa gospodarka państwowa okazała się bowiem być nieefektywną i niewydolną, dodatkowo zaś – zarządzanie nią przez aparat administracyjny, dokonywane było w sposób krańcowo biurokratyzowany. Nadto, przedsiębiorstwa państwowe jako podstawowe podmioty gospodarujące, dbały przede wszystkim o to, aby w swej działalności pozostawać w zgodzie z niezliczonymi odgórnymi nakazami i zakazami zawartymi w aktach prawa powielaczowego⁶, lub podejmowanych na ich podstawie decyzjach, mniej zaś o jakość procesu wytwarzania oraz efektywność rzeczywistych osiągnięć gospodarczych. W wyniku tych i wielu innych zjawisk, będących zaprzeczeniem prawidłowej racjonalnej gospodarki, efekty gospodarcze osiągnięte przez nią, okazały się wysoce niezadowalające⁷.

Powrót do zasady wolności gospodarczej zapoczątkował też odejście od poglądów sankcjonujących dotychczasową rolę państwa w gospodarce. Państwo, rezygnuje ze swej dotychczasowej roli regulatora i organizatora procesów gospodarczych. Role tę ma przejąć rynek i funkcjonujące na nim mechanizmy. Dokonana zmiana spowodowała także zmianę funkcji wykonywanych przez państwo w stosunku do gospodarki. Wskazano, iż podstawowymi funkcjami, jakie państwo powinno współcześnie wykonywać w stosunku do gospodarki, są: policja, reglamentacja, regulacja, planowanie gospodarcze, pomoc publiczna, a także realizacja polityki koniunkturalnej⁸.

Zmiany w gospodarce spowodowały też zmiany w sytuacji prawnej jednostki w prawie publicznym. W zakresie prowadzonej działalności gospodarczej, jednostka określana jest, podobnie jak pozostałe podmioty podejmujące i prowadzące działalność gospodarczą mianem przedsiębiorcy. Sytuacja przedsiębiorcy w prawie publicznym jest niemal identycznie kształtowana jak sytuacja jednostki.

2. ZADANIA PUBLICZNE

W gospodarce nakazowo-rozdzielczej państwo zlecało wykonanie zadań i przekazywało środki niezbędne na ich realizację bez potrzeby stosowania określonych procedur. Podmioty, którym zlecano te zadania były podmiotami państwowymi i w przeważającej mierze jedynymi podmiotami w gospodarce (pozbawionej konkurencji bo planowej), które mogłyby tego typu zadania wykonać. To zlecenie odbywało się przeważnie w drodze decyzji, które adresaci powinni bezwzględnie wykonać. W przepisie art. 60 ustawy z dnia 25 września 1981 r. o przedsiębiorstwach państwowych⁹ ustawodawca stanowiął jednoznacznie, iż „organ założycielski ma prawo nałożyć na przedsiębiorstwo obowiązek wprowadzenia do planu przedsiębiorstwa zadania lub wyznaczyć przedsiębiorstwu zadanie poza planem, jeżeli jest to niezbędne

⁶ Por. A. Chelmoński, *Przedsiębiorstwo państwowe wobec organów zwierzchnich*, Wrocław 1966, s. 39 i n.; L. Kieres, *Pojęcie i zakres prawa administracyjnego gospodarczego* (w: [w:] A. Borkowski, A. Chelmoński, M. Guziński, K. Kiczka, L. Kieres, T. Kocowski, M. Szydło, *Administracyjne prawo gospodarcze*, Wrocław 2009, s. 36.

⁷ Por. J. Ignatowicz, *Własność w zreformowanym Kodeksie cywilnym*, PiP 1989, z. 2, s. 18.

⁸ Por. M. Szydło, *Regulacja sektorów infrastrukturalnych jako rodzaj funkcji państwa wobec gospodarki*, Warszawa 2005, s. 31–35.

⁹ J. t. Dz. U. 2002 r., Nr 112, poz. 981, ze zm.

ze względu na potrzeby obrony kraju, w wypadku klęski żywiołowej bądź w celu wykonania zobowiązań międzynarodowych”. W takim wypadku zapewnia też przedsiębiorstwu środki niezbędne do wykonania nałożonego na nie zadania, a wykonanie zadania następuje na podstawie umowy zawartej między przedsiębiorstwem a jednostką organizacyjną wskazaną przy nakładaniu zadania. Podobnie zakupy sprzętu i materiałów niezbędne dla funkcjonowania urzędów administracyjnych, dokonywane były bez stosowania odpowiednich procedur w podmiotach uspołecznionych.

Historycznie rzecz ujmując przepisy prawne regulujące procedury udzielania zamówień przez podmioty publiczne mają długą tradycję. W okresie przedwojennym, procedury te regulowane były przepisami ustawy z dnia 15 lutego 1933 r. o dostawach i robotach na rzecz Skarbu Państwa, samorządu oraz instytucji prawa publicznego¹⁰. Po II wojnie światowej, obok przepisów przedwojennych, przez pewien okres obowiązywały przepisy ustawy z dnia 18 listopada 1948 r. o dostawach, robotach i usługach na rzecz Skarbu Państwa, samorządu oraz niektórych kategorii osób prawnych¹¹. Całkowite upaństwowienie gospodarki, nie stwarzało zapotrzebowania na tego typu regulacje, zaś w momencie odwilży w walce z sektorem nieuspołecznionym wydano przepisy ustawy z dnia 28 grudnia 1957 r. o dostawach, robotach i usługach na rzecz jednostek państwowych¹². Dopiero w 1992 roku rozpoczęły się prace nad regulacją prawną pozwalającą uregulować procedurę zlecania zamówień w ramach zmienionych warunków społeczno-gospodarczych, a także z uwzględnieniem konsekwencji przyszłego członkostwa Polski w Unii Europejskiej¹³. Wynikiem tych prac było przygotowanie projektu, a następnie uchwalenie ustawy z dnia 10 czerwca 1994 r. o zamówieniach publicznych¹⁴, zastąpionej z kolei przez obecnie obowiązującą, ale wielokrotnie już nowelizowaną, ustawę z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych¹⁵ (dalej zwana Ustawą).

Zmieniona sytuacja społeczna i gospodarcza po roku 1989 wymagała wprowadzenia regulacji pozwalających na tworzenie odpowiednich, dostosowanych do nowej sytuacji, procedur realizacji zadań publicznych przez organy władzy publicznej. Wspomnijmy, iż przepisy art. 7 Konstytucji RP stanowią jednoznacznie, iż „Organ władzy publicznej działa na podstawie i w granicach prawa”. Nowych regulacji prawnych wymagała przede wszystkim problematyka środków finansowych, które miały być przeznaczone na sfinansowanie zamówień, początkowo głównie rządowych, następnie zaś już publicznych. Problematyka ta została uregulowana tradycyjnie przepisami ustawy z dnia 5 stycznia 1991 r. – Prawo budżetowe. Jednakże w zmienionej sytuacji, jednoznacznej regulacji wymagały zagadnienia dochodów i przychodów publicznych, wydatków i rozchodów publicznych, zasad i sposobów zapewnienia jawności i przejrzystości finansów publicznych; form organizacyjno-prawnych jednostek należących do sektora finansów publicznych, a także zasad planowania środków publicznych oraz dys-

¹⁰ Dz. U. Nr 19, poz. 127.

¹¹ Dz. U. Nr 63, poz. 497.

¹² Dz. U. 1958, Nr 3, poz. 7.

¹³ Por. J. Dolecki, *Zamówienia publiczne – efektywny instrument prawny czy biurokratyczna procedura, (w:) XV-lecie systemu zamówień publicznych w Polsce*, (H. Nowicki, J. Sadowy, red.), Toruń – Warszawa 2011, s. 26.

¹⁴ Dz. U. Nr 76, poz. 344.

¹⁵ Dz. U. Nr 19, poz. 177.

ponowania nimi, co uczyniono w przepisach ustawy z dnia 26 listopada 1998 r. o finansach publicznych¹⁶. Ustawodawca często zmieniał regulacje prawne dotyczące finansów publicznych, a aktualnie obowiązującą w tej materii jest ustawa z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych¹⁷. Jej przepisy stosuje się w stosunku do jednostek sektora finansów publicznych, a także innych podmiotów w zakresie, w jakim wykorzystują one środki publiczne lub dysponują tymi środkami.

3. ŚRODKI PUBLICZNE

Środkami publicznymi, zgodnie z art. 5 ustawy są: dochody publiczne; środki pochodzące z budżetu Unii Europejskiej oraz niepodlegające zwrotowi środki z pomocy udzielanej przez państwa członkowskie Europejskiego Porozumienia o Wolnym Handlu (EFTA); środki pochodzące ze źródeł zagranicznych niepodlegające zwrotowi; przychody budżetu państwa i budżetów jednostek samorządu terytorialnego oraz innych jednostek sektora finansów publicznych pochodzące:

- a) ze sprzedaży papierów wartościowych,
- b) z prywatyzacji majątku Skarbu Państwa oraz majątku jednostek samorządu terytorialnego,
- c) ze spłat pożyczek i kredytów udzielonych ze środków publicznych,
- d) z otrzymanych pożyczek i kredytów,
- e) z innych operacji finansowych;

a także przychody jednostek sektora finansów publicznych pochodzące z prowadzonej przez nie działalności oraz pochodzące z innych źródeł.

Racjonalne gospodarowanie środkami publicznymi jest niewątpliwie przedmiotem szczególnej troski ustawodawcy. Zobowiązuje on jednoznacznie podmioty sektora finansów publicznych w przepisach art. 44 ustawy, by dokonywały wydatków zgodnie z „przepisami dotyczącymi poszczególnych rodzajów wydatków. 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;
- 2) w sposób umożliwiający terminową realizację zadań;
- 3) w wysokości i terminach wynikających z wcześniej zaciągniętych zobowiązań”.

Nadto stanowi on w treści tego artykułu, „by jednostki sektora finansów publicznych zawierały umowy, których przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane, na zasadach określonych w przepisach o zamówieniach publicznych, o ile odrębne przepisy stanowią inaczej”.

¹⁶ J. t. Dz. U. 2003 r. Nr 15, poz. 148.

¹⁷ Dz. U. Nr 157, poz. 1240 ze zm.

Zaznaczyć należy, iż szczególnie w warunkach gospodarki, w której stosowane są reguły konkurencji, różnorodne świadczenia dokonywane na rzecz podmiotów publicznych, a których finansowanie następuje ze środków publicznych, zawsze stanowiły przedmiot szczególnego zainteresowania, zarówno samych podmiotów ubiegających się o możliwość realizacji owych świadczeń, jak i opinii publicznej. Ta ostatnia zainteresowana była szczególnie kierunkami wydawania przez państwo i jego agendy owych środków, racjonalnością i transparentnością ich wydatkowania, a także tworzeniem warunków umożliwiających maksymalną i uczciwą konkurencję zachodzącą pomiędzy podmiotami, w procesie starań o ich uzyskanie. Zainteresowani są także tworzeniem warunków, pozwalających w procesie udzielania zamówień, niwelować różnice wynikające z wielkości reprezentowanego potencjału organizacyjnego, kadrowego i finansowego. Zaznaczymy wszakże, że przepisy o zamówieniach publicznych nie przewidują żadnych preferencji, które związane byłyby z wielkością wykonawcy czy reprezentowanym przez niego potencjałem gospodarczym.

Zlecający zamówienie znajdują się formalnie w nieco bardziej rygorystycznej sytuacji. Są oni bowiem odpowiedzialni za zgodne z przepisami przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, wybór wykonawcy oraz zawarcie umowy. Zamawiającym jest więc podmiot wyraźnie w prawie zamówień publicznych wskazany, zobowiązany do przestrzegania przepisów Ustawy, dokonujący zamówień na roboty budowlane, dostawy oraz usługi i w zasadzie wydatkujący na ich uzyskanie środki finansowe, które kwalifikowane są jako środki publiczne¹⁸.

4. ZAMÓWIENIA PUBLICZNE – SYSTEMEM REALIZACJI ZADAŃ PUBLICZNYCH

Organy władzy publicznej realizują obowiązek wykonywania zadań publicznych. Zamówienia publiczne stanowią jeden z systemów pozwalających na skuteczną realizację tych zadań. Zamówienia pozwalają bowiem w sposób oszczędny, racjonalny i stosunkowo szybki, dokonywać zakupów towarów i usług¹⁹. Wśród celów, jakie uzasadniały przyjęcie i uchwalenie w 2004 roku Ustawy było wprowadzenie procedur dokonania zakupów sprzyjających oszczędnemu i efektywnemu wydatkowaniu środków publicznych²⁰.

Wydatkowanie środków publicznych przeznaczonych na realizację zadań publicznych powinno odbywać się niewątpliwie w sposób efektywny. Termin „efektywny” zgodnie ze Słownikiem wyrazów obcych i trudnych, oznacza – taki, który przynosi pożądaną skutek, skuteczny²¹. W Popularnym słowniku języka polskiego, wskazuje się, że „efektywny” to też taki, który przynosi efekty, skuteczny, wydajny²². Wydajność z kolei oznacza stosunek między ilością albo

¹⁸ Por. Z. Świeboda, *Ustawa o zamówieniach publicznych z komentarzem*, Warszawa 2002, s. 18.

¹⁹ Por. J. Sadowy, *Cele systemu zamówień publicznych i, ich realizacja na przestrzeni 15 lat w świetle sprawozdań Prezesa Urzędu*, (w:) *XV-lecie systemu zamówień publicznych w Polsce*, (H. Nowicki, J. Sadowy, red.), Toruń – Warszawa 2011, s. 173.

²⁰ Uzasadnienie do rządowego projektu ustawy – Prawo zamówień publicznych, Druk sejmowy Nr 2218.

²¹ A. Markowski, R. Pawelec, *Słownik wyrazów obcych i trudnych*, Warszawa 2003, s. 213.

²² *Popularny słownik języka polskiego* (red. naukowa B. Dunaj), Warszawa 1999, s. 124.

wartością uzyskaną, a ilością lub wartością wydatkowaną w czasie produkowania czegoś²³. Mamy więc tu do czynienia z tym, co w nauce ekonomii określane jest mianem efektywnego gospodarowania, odbywającym się w warunkach ograniczoności dóbr. To „efektywne gospodarowanie oznacza bowiem alokację (rozdysponowanie) ograniczonych środków, że wynikająca stąd struktura produkcji dostarcza więcej satysfakcji konsumentom aniżeli jakakolwiek struktura produkcji możliwa do osiągnięcia, gdyby środki były wolne”²⁴ Przenosząc to na grunt prowadzonej przez nas analizy, idzie o to by posiadane środki publiczne zapewniły maksymalną i optymalną realizację zadania publicznego, poprzez zapewnienie największej ilości pożądaných w jego realizacji dóbr lub pozwoliły na zapewnienie najszerszej palety niezbędnych usług.

Wydaje się, że zapewnieniu efektywności wydatkowania środków publicznych w systemie zamówień publicznych powinny sprzyjać przewidziane przepisami prawa możliwości zorganizowania uczestników procesu zamówień publicznych, w procedurze ich udzielania i to zarówno zamawiających, jak i wykonawców. Przepisy ustawy stwierdzają jednoznacznie, że przez zamówienie publiczne należy rozumieć umowy odpłatne zawierane między zamawiającym a wykonawcą, których przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane, choć wskazać można, że sytuacja stron zawierających umowę w przedmiocie zamówienia publicznego wygląda zgoła inaczej, niż stron zawierających umowę, które korzystają z możliwości stworzonych przez przepis art. 353¹ K.c. Przepisy Ustawy regulują bowiem w sposób szczegółowy zarówno postępowanie o udzielenie zamówienia, tryby udzielania zamówień, zawarcie umowy oraz dopuszczalność dokonywania w niej zmian, a także organy uprawnione i zakres kontroli zamówień publicznych oraz środki ochrony prawnej.

5. ZAMAWIAJĄCY I WYKONAWCY

Stronami umowy o zamówienie publiczne są zamawiający i wykonawcy. Z tych dwu kategorii podmiotów będących stronami umów o zamówienie publiczne, niewątpliwie szczególnie pozycję zajmować będzie zamawiający, czyli zgodnie z treścią przepisu art. 2 pkt. 12 Ustawy, osoba fizyczna, osoba prawna albo jednostka organizacyjna nieposiadająca osobowości prawnej, która zobowiązana została do stosowania Ustawy. Stosowania Ustawy, czyli bezwzględnego przestrzegania określonych w jej przepisach zasad, trybów i procedur udzielania zamówień publicznych. W gestii zamawiających będzie prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Postępowania wszczynanego w drodze zamieszczenia publicznego ogłoszenia o zamówieniu lub przesłania zaproszenia do składania ofert albo przesłania zaproszenia do negocjacji, w celu dokonania wyboru oferty wykonawcy, z którym zostanie zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego, lub – w przypadku trybu zamówienia z wolnej ręki – wynegocjowania postanowień takiej umowy.

Zamawiający to podmiot odpowiedzialny za zgodne z przepisami Ustawy przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, które kontrolowane

²³ *Ibidem*, s. 803.

²⁴ W. Samecki, *Prolegomena do teorii ekonomii*, Wrocław 1998, s. 27–28.

jest zarówno przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, a także poddane zostało ocenie wykonawcy, czy innego podmiotu, który ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia. To właśnie zamawiający wydatkował będzie środki publiczne, które stanowią będą zapłatę za zlecane dostawy, usługi czy roboty budowlane. Zarówno w procesie przygotowania i prowadzenia postępowania, a także wydatkując środki publiczne zamawiający zobowiązany jest do stosowania przepisów Ustawy (art. 2 pkt 12 Ustawy).

Ustawa obok osób fizycznych oraz osób prawnych nadaje status zamawiających także jednostkom organizacyjnym nie posiadającym osobowości prawnej, w tym tzw. ułomnym osobom prawnym. Zamawiający zawierają będą umowy, stąd pytanie o podmiotowość zamawiających, będących jednostkami organizacyjnymi nie posiadającymi osobowości prawnej. Podmiotowość cywilnoprawna tzw. ułomnych osób prawnych wynika z treści przepisu art. 331 k.c.²⁵ nie budzi dzisiaj wątpliwości. Problem powstaje w przypadku jednostki organizacyjnej nie posiadającej osobowości prawnej, nie będącej także ułomną osobą prawną. Do takiej sytuacji odnosi się przepis art. 32 ust. 5 Ustawy stanowiący, że jeżeli wyodrębniona jednostka organizacyjna zamawiającego posiadająca samodzielność finansową, udziela zamówienia związanego z jej własną działalnością, wartość udzielanego zamówienia ustala się odrębnie od wartości zamówień udzielanych przez inne jednostki organizacyjne tego zamawiającego posiadające samodzielność finansową. Do tej kategorii zamawiających zaliczyć należy te jednostki organizacyjne, które nie mają osobowości prawnej (np. administracja rządowa, sądy, służby państwowe, jak np. policja), w sytuacji gdy mienie państwowe jest w posiadaniu tych państwowych jednostek organizacyjnych, to stanowią one tzw. *stationes fisci*, korzystając w obrocie z osobowości prawnej Skarbu Państwa, ale występując samodzielnie w czynnościach prawnych i procesowych²⁶. Analogicznie jak państwo, jednostki samorządu terytorialnego zarządzają mieniem samorządowym za pośrednictwem komunalnych jednostek organizacyjnych nie posiadających osobowości prawnej (tzw. *stationes communis lub stationes municipii*), można je także zaliczać zarówno do kategorii zamawiających, jak i wykonawców.

Wykonawca zgodnie z przepisami art. 2 pkt 11 Ustawy to „osoba fizyczna, osoba prawna albo jednostka organizacyjna nieposiadająca osobowości prawnej, która ubiega się o udzielenie zamówienia publicznego, złożyła ofertę lub zawarła umowę w sprawie zamówienia publicznego”. Wszakże o udzielenie zamówienia, zgodnie z przepisami art. 22 ust. 1 Ustawy „mogą ubiegać się jedynie wykonawcy, którzy spełniają warunki, dotyczące:

- 1) posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania;
- 2) posiadania wiedzy i doświadczenia;
- 3) dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia;
- 4) sytuacji ekonomicznej i finansowej”.

²⁵ Art. 33. § 1. Do jednostek organizacyjnych niebędących osobami prawnymi, którym ustawa przyznaje zdolność prawną, stosuje się odpowiednio przepisy o osobach prawnych.

²⁶ Za Skarb Państwa podejmuje czynności procesowe organ państwowej jednostki organizacyjnej, z której działalnością wiąże się dochodzone roszczenie, lub organ jednostki nadrzędnej (art. 67 § k.p.c.).

Oznacza to, że istotną rolę w procesie uzyskiwania zamówień publicznych będą odgrywać takie czynniki jak: potencjał, wielkość wykonawcy, jego doświadczenie w realizacji zadań gospodarczych będących przedmiotem zamówienia oraz posiadanie wymaganych kwalifikacji przez osoby związane z wykonawcą, czyli wszystkie atrybuty, którymi mogą i powinni firmować się przedsiębiorcy.

6. ZORGANIZOWANIE ZAMAWIAJĄCYCH

Postępowanie o udzielenie zamówienia przygotowuje i przeprowadza zamawiający. W takim przypadku za przygotowanie i przeprowadzenie postępowania odpowiada kierownik zamawiającego. Kierownik zamawiającego to osoba lub organ, który zgodnie z obowiązującymi przepisami, statutem lub umową, jest uprawniony do zarządzania zamawiającym, z wyłączeniem pełnomocników ustanowionych przez zamawiającego (art. 18 oraz art. 2 pkt 3 Ustawy). Do przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia, kierownik zamawiającego powołuje komisję przetargową, jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Ustawy. Jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza, o jej powołaniu decyduje kierownik. Zamawiający może także powierzyć przygotowanie lub przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia własnej jednostce organizacyjnej lub osobie trzeciej. To powierzenie może dotyczyć zarówno przygotowania i przeprowadzenia samego postępowania, jak i jedynie wykonania określonych czynności w tym procesie. Działania podejmowane przez podmioty, którym powierzono przygotowanie i przeprowadzenie postępowania są wiążące dla zamawiającego²⁷.

Regulacje znajdujące się w przepisach Ustawy, dostosowane są do sytuacji, gdy zamawiającym jest pojedyncza jednostka organizacyjna, co nie oznacza, że ustawa nie dopuszcza także możliwości istnienia innych konfiguracji podmiotowych związanych z udzielaniem zamówienia publicznego. Te konfiguracje podmiotowe mogą pozwolić także na formalną koncentrację środków publicznych przeznaczanych na sfinansowanie zlecanego zamówienia, co niewątpliwie podnosi jego wartość, a tym samym możliwości „negocjacyjne” zamawiającego. Przepisy ustawy przewidują bowiem w takim przypadku możliwość skorzystania z instytucji centralnego zamawiającego, lub instytucji wspólnego zamawiającego, pozwalających na tworzenie tzw. wspólnego zamawiającego.

Przepisy art. 15a Ustawy przewidują możliwość, powołania instytucji centralnego zamawiającego. Stanowią one, że „centralny zamawiający może przygotowywać i przeprowadzać postępowania o udzielenie zamówienia, udzielać zamówień lub zawierać umowy ramowe na potrzeby zamawiających z administracji rządowej, jeżeli zamówienie jest związane z działalnością więcej niż jednego zamawiającego”. Centralny zamawiający może także dokonywać czynności, również na potrzeby innych zamawiających. Centralnego zamawiającego może wskazać Prezes Rady Ministrów spośród organów administracji rządowej lub jednostek orga-

²⁷ Por. M. Guziński, Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, (w:) A. Borkowski, M. Guziński, K. Horubski, K. Kiczka, L. Kieres, T. Kocowski, W. Miemiec, M. Szydło, Prawo zamówień publicznych, Kolonia Limited – Wrocław 2008, s. 87.

nizacyjnych podległych tym organom lub przez nie nadzorowanych. Prezes Rady Ministrów, wskazując centralnego zamawiającego, może, w drodze zarządzenia, polecić zamawiającym z administracji rządowej nabywanie określonych rodzajów zamówień od centralnego zamawiającego lub od wykonawców wybranych przez centralnego zamawiającego oraz udzielenie zamówień na podstawie umowy ramowej zawartej przez centralnego zamawiającego, a także określić zakres informacji przekazywanych centralnemu zamawiającemu przez tych zamawiających, niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oraz sposób współdziałania z centralnym zamawiającym.

Oczywiście w stosunku do centralnego zamawiającego stosuje się odpowiednio przepisy Ustawy dotyczące zamawiającego. Wyjątek przewidziany jest w przepisie art. 4 pkt 11 Ustawy. Stanowi on jednoznacznie, iż przepisów Ustawy nie stosuje się do „nabywania dostaw, usług lub robót budowlanych od centralnego zamawiającego lub od wykonawców wybranych przez centralnego zamawiającego”. Przepis ten zapewnia możliwość skutecznego działania centralnego zamawiającego, i zwalnia centralnego zamawiającego i zamawiającego z konieczności stosowania wszystkich wymaganych przepisami Ustawy procedur w zakresie zamówień publicznych²⁸, czyniąc relacje pomiędzy tymi podmiotami w procesie udzielania zlecenia i jego realizacji w pełni racjonalnymi. Nie powinno być problemów z nabywaniem dostaw, usług lub robót budowlanych przez zamawiającego od centralnego zamawiającego lub wskazanego przez niego wykonawcy.

Przepisy art. 16 ust. 3 Ustawy przewidują także, iż „minister kierujący działem administracji rządowej może, w drodze zarządzenia, wskazać spośród podległych jemu jednostek organizacyjnych lub przez niego nadzorowanych, zamawiającego, który będzie właściwy do przeprowadzenia postępowania i udzielenia zamówienia na rzecz tych jednostek, a także polecić tym jednostkom nabywanie określonych rodzajów zamówień od wskazanego albo centralnego zamawiającego lub od wykonawców wybranych przez wskazanego albo centralnego zamawiającego oraz polecić udzielenie zamówień na podstawie umowy ramowej zawartej przez wskazanego albo centralnego zamawiającego”. Także i „organ wykonawczy jednostki samorządu terytorialnego może wyznaczyć spośród podległych samorządowych jednostek organizacyjnych jednostkę organizacyjną właściwą do przeprowadzenia postępowania i udzielenia zamówienia na rzecz tych jednostek (art. 16 ust. 4) Ustawy.

Przepisy art. 16 ust. 1 Ustawy przewidują także możliwość przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przez zamawiającego wyznaczonego spośród wielu zamawiających zainteresowanych tego typu działaniem. Wybór zamawiającego odbywa się bez użycia środków administracyjnych, które stosować mogą organy administracji publicznej. Oznacza to, że samodzielnie powstała grupa zamawiających może wspólnie przeprowadzić postępowanie i udzielić zamówienia, wyznaczając spośród siebie zamawiającego upoważnionego do przeprowadzenia postępowania oraz udzielenia zamówienia w ich imieniu i na ich rzecz. Tak wyznaczony zamawiający działał będzie jako pełnomocnik pozostałych zamawiających udzielających zamówienia wspólnego. Mamy więc tu do czynienia z formą poro-

²⁸ W. Hartung, P. Laudański, W.M. Stodolak, M. Stręciwiłk, M. Winiarz, *Prawo zamówień publicznych po nowelizacji 2006*, Wrocław 2006, s. 119.

zumienia zawartego pomiędzy równorzędnymi podmiotami, celem udzielenia zamówienia w nieco innych warunkach, niż gdyby udzielane ono było przez wszystkich uczestników porozumienia (zamawiających) z osobna. W literaturze przedmiotu podkreśla się, że pełnomocnikiem zamawiających występujących wspólnie może być wyłącznie podmiot zamawiający w rozumieniu art. 3 Ustawy (jednostki zobowiązane do stosowania przepisów ustawy) i to taki, dla którego celem przystąpienia do wspólnej procedury jest udzielenie zamówienia wspólnego, a nie odpłatne wykonywanie czynności pełnomocnika²⁹.

Zamówienie przeprowadzane i udzielane będzie w takim przypadku przez jednego zamawiającego w imieniu wielu zamawiających zamierzających działać wspólnie. Przepis Ustawy stanowi bowiem wyraźnie, iż „zamawiający mogą wspólnie przeprowadzić postępowanie i udzielić zamówienia, wyznaczając spośród siebie zamawiającego upoważnionego do przeprowadzenia postępowania i udzielenia zamówienia w ich imieniu i na ich rzecz”. Oznacza to, że zakres pełnomocnictwa, jaki zostanie udzielony jednemu z uczestniczących w porozumieniu podmiotów powinien być stosunkowo szeroki. Prowadzić postępowanie i udzielać zamówienie będzie jeden z uczestniczących w grupie podmiotów. W pewnym sensie będzie on pełnił funkcję podobną do tej, którą pełni w konsorcjum pełnomocnik (lider). Zamawiający, który będzie wyznaczony do przeprowadzenia postępowania zobowiązany będzie do działania na podobnych zasadach, na jakich w obrocie prawnym działają pełnomocnicy. Wszakże będzie on swoistego rodzaju pełnomocnikiem pozostałych członków porozumienia udzielających wspólnego zamówienia³⁰.

Zorganizowanie zamawiających pozwoli niewątpliwie na racjonalizację wykorzystania środków publicznych. Zamawiający, niezależnie od tego czy ich zorganizowanie jest uzależnione od ich woli, czy jest wynikiem władczego działania organu administracji, dzięki koncentracji zamówienia, z jednej strony, będą mogli liczyć na obniżenie kosztów postępowania, oraz prawdopodobnie także na uzyskanie korzystniejszych ofert od potencjalnych wykonawców, niż w przypadku wielu zamówień pojedynczych. Z drugiej strony typizacja nabywanych rzeczy lub usług może pozwolić na obniżenie kosztów eksploatacji wyrobów nabytych w drodze zamówienia.

7. ZORGANIZOWANIE WYKONAWCÓW

Przedsiębiorcą zgodnie z przepisem art. 4 ust. 1, ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej³¹, jest „osoba fizyczna, osoba prawna i jednostka organizacyjna niebędąca osobą prawną, której odrębna ustawa przyznaje zdolność prawną – wykonująca we własnym imieniu działalność gospodarczą”, co oznacza dużą zbieżność tej definicji z definicją wykonawcy, zawartej w Ustawie.

²⁹ Por. H. Niedziela, *Zamówienia wspólne*, Zamówienia Publiczne, Doradca, 2010, z. 9, s. 14.

³⁰ Por. D. Jagiełło, *Porozumienia zawierane przez beneficjentów środków pochodzących z Unii Europejskiej*, Zamówienia Publiczne Doradca, 2010, z. 3 s. 12.

³¹ J. t. Dz. U. z 2010 r., Nr 220, poz. 1447, ze zm.

Niewątpliwie przedsiębiorcy stanowią wśród wykonawców zamówień publicznych grupę najliczniejszą, choć w swej masie bardzo różnicowaną, szczególnie pod względem wielkości. Wyraźnie potwierdzają to przepisy ustawy o swobodzie działalności gospodarczej, które wyróżniają w tym zbiorze mikroprzedsiębiorców, małych i średnich przedsiębiorców. Troska o rozwój grupy małych i średnich przedsiębiorców jest koniecznym składnikiem zrównoważonego rozwoju gospodarki jako całości i o to zabiega państwo. W przepisach art. 103 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej wskazuje się wyraźnie, 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”. Tym samym więc udzielanie zamówień publicznych, na które przeznaczają się znaczne kwoty środków publicznych, w tym też pochodzących z funduszy europejskich, wymaga takiej organizacji, która stwarzałaby szanse na udział w nich grupy mikroprzedsiębiorców, małych i średnich przedsiębiorców.

Potencjał reprezentowany przez przedsiębiorców zaliczanych do grupy mikroprzedsiębiorców, małych i średnich przedsiębiorców, pojedynczo nie jest konkurencyjny w stosunku do dużych przedsiębiorców. Natomiast w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, jak i w sytuacji udzielenia takiego zamówienia wszyscy wykonawcy traktowani być powinni jednakowo niezależnie od posiadanego przez siebie potencjału gospodarczego czy statusu prawnego. Przepisy samej Ustawy, podobnie jak i odpowiednie uregulowania unijne, nie przewidują zastosowania żadnych form preferencji, które związane byłyby z wielkością wykonawcy czy reprezentowanym przez niego potencjałem gospodarczym. Biorąc pod uwagę skalę jednostkową udzielanych zamówień, to niewątpliwie mały potencjał wykonawczy jednostek sektora małych i średnich przedsiębiorstw, w wielu przypadkach staje się nieusuwalną przeszkodą w możliwości samodzielnego uzyskaniu zamówienia publicznego przez te jednostki.

Stworzenie odpowiednich możliwości rozwoju mikro, małych i średnich przedsiębiorców, to także ułatwienie ich czynnej partycypacji w ogromnym rynku zamówień publicznych. Zlecenia na dostawy usługi czy roboty budowlane uzyskiwane od podmiotów wydatkujących środki publiczne, zapewniłyby tym podmiotom określoną stabilizację działalności, a tym samym tworzyłyby podstawy do ich rozwoju w dynamicznie zmieniających się warunkach gospodarki rynkowej. Ze względu wszakże na obowiązujące zasady udzielania zamówień publicznych, rynek ten nie jest do końca w pełni przychylny tej kategorii przedsiębiorców, którzy działają na nim pojedynczo, szczególnie gdy idzie o uzyskiwanie zamówienia o dużej wartości. Formalne ułatwienie sytuacji tych podmiotów w procedurach uzyskiwania zamówień mogłoby być związane z przewidzianą przez przepisy art. 32 Ustawy możliwością dzielenia zamówienia na części. Jedynym prawnym ograniczeniem możliwości dzielenia dużych zamówień na części jest przepis art. 32 ust. 2 Ustawy 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 prac organizacyjnych i nakładów finansowych na prowadzone postępowania, stąd nie są oni zbytnio zainteresowani tego typu działaniami. Swoistym wyjściem z tej niekorzystnej dla małych przedsiębiorców sytuacji jest skorzystanie z przewidzianych przez przepisy Ustawy możliwości wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego.

Uprawnienie do wspólnego ubiegania się o zamówienie wynika wprost z przepisów art. 23 Ustawy, co oznacza, iż nie jest wymagane by zamawiający wyraźnie taką możliwość dopuszczał, czy wypowiadał się o takiej możliwości realizacji zamówienia w specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub innych dokumentach postępowania³². Dyrektywy unijnego prawa zamówień publicznych również odnoszą się szczegółowo 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)³³. Przypomnieć też należy, iż obowiązkiem zamawiającego wynikającym z przepisu art. 7 Ustawy jest równe traktowanie wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, jak i wykonawców działających w tej mierze samodzielnie. Niedopuszczalne będzie w szczególności różnicowanie warunków udziału w postępowaniu w stosunku do wykonawców występujących wspólnie, poprzez stawianie im wymogów dodatkowych, nie przewidzianych w stosunku do wykonawców samodzielnych³⁴.

Przepis art. 23 Ustawy stanowi, że wykonawcy mogą wspólnie ubiegać się o udzielenie zamówienia. W takim przypadku, wykonawcy ustanawiają pełnomocnika do reprezentowania ich w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo reprezentowania w postępowaniu i zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Przepisy dotyczące wykonawcy stosuje się odpowiednio do wykonawców, działających wspólnie. Jeżeli oferta wykonawców, działających wspólnie, została wybrana, zamawiający może żądać przed zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego umowy regulującej współpracę tych wykonawców.

Ta forma współdziałania wykonawców w procedurze ubiegania się o zamówienie publiczne, w poglądach doktryny i w orzecznictwie określana mianem konsorcjum (łac. *consortium* – zjednoczenie, od *consors* – uczestnik, współudziałowiec), choć treść właściwych przepisów ustawy takim pojęciem nie operuje³⁵. Stworzenie możliwości wspólnego występowania w postępowaniu jest szansą dla działających wspólnie małych i średnich przedsiębiorców na skuteczne konkurowanie z dużymi przedsiębiorcami dysponującymi niewspółmiernym potencjałem. Działanie wspólne, powinno pozwolić im na wyrównanie szans wynikających z nierówności potencjałów organizacyjnych i ekonomicznych jakie istnieją między przedsiębiorcami tzw. sektora małych i średnich przedsiębiorców, a przedsiębiorcami posiadającymi silną pozycję na danym rynku właściwym. Stąd też szczególnego znaczenia nabierają rozwiązania normatywne, stwarzające możliwość 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

³² Por. M. Stachowiak [w:] M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, *Prawo zamówień publicznych*. Komentarz, Warszawa 2010, s. 161–162.

³³ 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.

³⁴ Por. M. Stachowiak [w:] M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, *Prawo zamówień publicznych*. Komentarz, Warszawa 2010, s. 162.

³⁵ Por. M. Stachowiak [w:] M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, *Prawo zamówień publicznych*. ... s. 162; W. Stodolak [w:] M. Winiarz (red.), *Zamówienia publiczne po nowelizacji 2006*, Wrocław 2006, s. 138.

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 zamówienia³⁶.

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 publicznego³⁷. Wskazuje się, że konsorcjum wpisuje się w szeroko ujmowanym modelu spółki cywilnej³⁸. Oznacza to, że wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie byłiby kwalifikowani jako typowa spółka cywilna, lub jako jej specyficzna postać, kreowana przez wspólników (przedsiębiorców) *ad hoc* na potrzeby występowania w postępowaniu o udzielenie zamówienia³⁹. Traktować ją należałoby jako tzw. spółkę okazyjną lub incydentalną, utworzoną 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. Organizacja tak rozumianego konsorcjum może być różna, z wykorzystaniem wszelkich możliwości dyspozytywnej regulacji cywilnoprawnej⁴⁰.

Konsorcjum tworzyłoby sformalizowany związek przedsiębiorców oraz ewentualnie innych podmiotów zainteresowanych wspólnym uzyskaniem i realizacją zamówienia publicznego. To zorganizowanie uczestników konsorcjum, nie powoduje powstanie nowego przedsiębiorcy. W tym wypadku forma prawna spółki cywilnej zapewnia stopień zorganizowania pozwalający na uzyskanie celu, bez tworzenia trwałych związków formalnych, które mogłyby prowadzić do deinstytucjonalizacji uczestników konsorcjum. W czasie trwania, i po jego rozwiązaniu uczestnicy zachowują swój status. Forma ta pozwala uczestniczyć małym i średnim przedsiębiorcom w uzyskiwaniu zleceń, które bez zastosowania tej formuły zorganizowania, nigdy nie byłyby udziałem tego typu przedsiębiorców i nie przyniosło im żadnych ewentualnych korzyści jakie zapewnia udział w realizacji przedsięwzięcia. Formuła konsorcjum, pozwalająca na wspólne występowanie małych i średnich przedsiębiorców zwiększa także ilość wykonawców ubiegających się o zamówienie, czyli zwiększa konkurencję. Konkurencja wśród wykonawców stanowi niewątpliwie asumpt do bardziej efektywnego wykorzystania środków publicznych, co może wynikać, choćby formalnie, z większej ilości składanych ofert.

Kolejnym rozwiązaniem prawnym mogącym ułatwić małym i średnim przedsiębiorcom udział w rynku zamówień publicznych, a tym samym zwiększyć konkurencyjność składanych ofert, jest możliwość posługiwania się przez wykonawców przy realizacji zamówień podwykonaw-

³⁶ Por. K. Horubski, T. Kocowski, *Konsorcjum jako instrument wsparcia małych i średnich przedsiębiorców w systemie zamówień publicznych*, (w:) *Nowe podejście do zamówień publicznych – zamówienia publiczne jako instrument zrównoważonego rozwoju. Doświadczenia polskie i zagraniczne* (red. J. Niczyporuk, J. Sadowy, M. Urbanek), Kazimierz Dolny 2001, s. 48.

³⁷ Por. W. Stodolak [w:] M. Winiarz (red.), *Zamówienia publiczne...*, *op.cit.*, s. 139.

³⁸ Tak. M. Stachowiak [w:] M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, *Prawo...*, s. 162.

³⁹ *Ibidem*, s. 162.

⁴⁰ Por. A. W. Wiśniewski, *Prawo o spółkach. Podręcznik praktyczny*. Tom I, Warszawa 1992, s. 119–120.

cami. Idea wprowadzenia instytucji podwykonawcy ma doprowadzić do realizację treści zawartych w pkt. 32 preambuły dyrektywy 2004/18/WE, gdzie wprost określa się ją jako jeden celów reżimu prawnego udzielania zamówień publicznych. Instytucja ta ma zachęcić małych i średnich przedsiębiorców do przynajmniej pośredniego ich 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. Udział podwykonawców pozwala podmiotom, które bez podwykonawców nigdy nie złożyłyby ofert, na ich złożenie, co niejako automatycznie powoduje zwiększenie konkurencji na rynku wykonawców.

Zauważyć jednak należy, że przepisy Ustawy nie regulują w istocie pozycji podwykonawcy zarówno w procedurze uzyskiwania, jak i wykonywania zamówień publicznych. 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 w wiążącej ich umowie. Sytuacja ta formalnie sprzyja realizacji kodeksowej zasady swobody umów⁴¹. Wszakże praktyka, związana chociażby z realizacją autostrad przed turniejem EURO 2012 (wykonawcy nie płacili podwykonawcom za wykonane usługi, pomimo że sami zapłatę otrzymali) dowodzi, że pewna regulacja publicznoprawna dotycząca relacji, wykonawca podwykonawca jaka zachodzi w ramach realizacji związanych z wykonywaniem zamówień publicznych, może okazać się niezbędna (np. prawo zamawiającego do zatrzymywania części środków przeznaczonych na wypłatę dla podwykonawców).

8. PODSUMOWANIE

Efektywność wykorzystania środków publicznych, w tym także funduszy europejskich, to jedno z podstawowych problemów związanych z udzielaniem zamówień publicznych. Przepis art. 91 Ustawy stanowi, że „zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia”. Oferta najkorzystniejsza, zgodnie z przepisem art. 2 pkt 5 Ustawy, to oferta”, która przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia publicznego, albo ofertę z najniższą ceną, a w przypadku zamówień publicznych w zakresie działalności twórczej lub naukowej, 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”.

Nie ulega wątpliwości, że składaniu ofert, które mogą być następnie oceniane jako mniej lub bardziej konkurencyjne sprzyja konkurencja. Konkurencja, której istota przejawia się we współzawodnictwie. Oznacza ono sytuację, w której strony dążą do wywołania pewnego zdarzenia, które może być osiągnięte przez tylko jedną ze współzawodniczących ze sobą stron⁴². Stąd

⁴¹ Artykuł. 353 Kodeksu cywilnego stanowi, że „strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego”.

⁴² Por. T. Pszczołowski, Mała encyklopedia prakseologii i teorii organizacji, Wrocław 1978, s. 215.

też poszerzenie palety uczestników procedury ubiegania się o zamówienie publiczne, wpływa niewątpliwie na rozwój współzawodnictwa ofertowego, co w konsekwencji przyczynia się do wyboru najkorzystniejszej oferty, a więc do efektywnego wydatkowania środków publicznych.

Nie ulega wątpliwości, iż udzielenie zamówienia publicznego może być niekiedy bardziej efektywne z punktu widzenia wydatkowanych środków, w wypadku choćby łączenia zamówień jednorodnych lub podobnych. Znaczną grupę podmiotów zaliczanych do kategorii zamawiających tworzą wszakże organy władzy publicznej, w tym organy administracji rządowej, organy kontroli państwowej i ochrony prawa oraz sądy i trybunały. Stąd też zupełnie racjonalne wydaje się choćby centralizowanie jednorodnych zakupów dokonywanych przez te jednostki, czemu służy wykorzystanie instytucji centralnego lub wspólnego zamawiającego. Pozwoli to niewątpliwie na obniżenie kosztów procedury udzielania zamówienia i uzyskanie korzystniejszych ofert, co pozwoli na bardziej efektywne wydatkowanie środków publicznych.

SKUTECZNOŚĆ POSTĘPOWANIA ODWOŁAWCZEGO W ZAMÓWIENIACH PUBLICZNYCH

Janusz Niczyporuk¹

1. POJĘCIE SKUTECZNOŚCI POSTĘPOWANIA ODWOŁAWCZEGO W ZAMÓWIENIACH PUBLICZNYCH

Zagadnienie uznania zamówień publicznych jako instrumentu sprawnego wykorzystania środków unijnych wymaga opracowania w szerokim kontekście badawczym. Oczywiście sprawność jest głównym kryterium oceny działania administracji publicznej w zamówieniach publicznych. Sprawność administracji publicznej sprowadza się tutaj do realizacji jej zadań w sposób skuteczny, przez osiągnięcie celów wyznaczonych w regulacji prawnej, zgodnie z oczekiwaniami społecznymi². Tak ujmowana sprawność syntetyzuje zatem sferę prakseologii (skuteczność), prawa (legalność) oraz aksjologii (społeczne aspiracje)³. Z całą pewnością należy też sprawność odróżniać od korzystności i ekonomiczności. Niewątpliwie korzystność oznacza bowiem przewagę efektów nad nakładami, zaś ekonomiczność określa jedynie stosunek pomiędzy nakładami a ubytkami, w którym nabytki są większe od ubytków⁴. Wobec tego sprawność administracji publicznej w zamówieniach publicznych można indywidualnie oceniać przez skuteczność, także na gruncie wyznaczonej regulacji prawnej, dla osiągnięcia sprawiedliwości proceduralnej. W rezultacie chodzi o poprawne ustanowienie procedury zamówień publicznych, którą mają stosować organy administracji publicznej, dzięki czemu ma być zagwarantowana co najmniej sprawiedliwość formalna. Bardzo ważnym punktem odniesienia staje się wówczas postępowanie odwoławcze w zamówieniach publicznych, zresztą nie tylko przy wykorzystaniu środków unijnych.

Jeżeli mówimy o skuteczności postępowania odwoławczego w procedurze zamówień publicznych, to oczekujemy przede wszystkim pożądanego standardu podejmowanych przez właściwe organy administracji publicznej rozstrzygnięć, utożsamianego zazwyczaj z poprawnym stanowieniem oraz stosowaniem norm prawa⁵. W końcu występuje określony zbiór instytucji prawnych o charakterze materialnym i proceduralnym, jak również nierozzerwalnie powiązanych z nimi konstrukcji prawnych, który gwarantuje pożądaną standard podejmowanych przez właściwe organy administracji publicznej decyzji stosowania prawa⁶. Tym samym dotykamy równocześnie zagadnienia gwarancji procesowych, to znaczy określonych przepisów prawnych lub grup przepisów prawnych, które mają łącznie chronić interes uczestników

¹ Prof. UMCS, dr hab. Janusz Niczyporuk, Uniwersytet Marii Curie-Skłodowskiej w Lublinie.

² Zob. J. Łukasiewicz, *Zarys nauki administracji*, Warszawa 2004, s. 30.

³ Tamże.

⁴ Tamże, s. 26.

⁵ Zob. J. Borkowski, *Normy prawa materialne i formalne a pojęcie procedury administracyjnej*, „*Studia Prawno-Ekonomiczne*” 1982, T. XXVIII, s. 34 i n.

⁶ Tamże, s. 41 i n.

postępowania odwoławczego w procedurze zamówień publicznych oraz zapewnić realizacją zasady praworządności⁷. Tak naprawdę nie można jednak tego sprowadzić do wyodrębnienia samej zasady skuteczności, ponieważ mamy tutaj do czynienia z bardziej skomplikowanym zjawiskiem prawnym. Przecież ostatecznie pojawia się problem skuteczności całej regulacji prawnej, to znaczy osiągnięcia pożądanego przez prawodawcę stanu rzeczy w zamówieniach publicznych.⁸ Lecz skuteczność postępowania odwoławczego w procedurze zamówień publicznych nie oznacza automatycznie skuteczności wydawanego tutaj orzeczenia, bo skuteczność orzeczenia wskazuje tylko na jego właściwość do wywołania określonych skutków⁹.

Pojęcie skuteczności postępowania odwoławczego jest dzisiaj uznawane za pojęcie prawne. W procedurze zamówień publicznych wymienia się je wprost na gruncie tak zwanych dyrektyw „odwoławczych”¹⁰. Przed wszystkim mówi się o skuteczności postępowania odwoławczego w kontekście zarazem skuteczności szeroko rozumianej kontroli i wyodrębnienia zasady skuteczności. Skuteczność kontroli w tym wypadku oznacza, że obiektywne (prowadzone przez niezależne organy), postępowanie odwoławcze (kontrolne), prowadzone możliwie szybko, z inicjatywy każdego z zainteresowanych podmiotów, umożliwi skuteczne (wiążące) korygowanie nielegalnych decyzji zamawiającego, zasadniczo jeszcze w trakcie trwania procedury przetargowej, doprowadzając do przywrócenia stanu zgodnego z prawem (udzielania zamówienia oferentowi, którego oferta, zgodnie z przepisami, powinna być wybrana)¹¹. Natomiast zasada skuteczności postępowania odwoławczego w zamówieniach publicznych wynika z jego istoty i determinuje jego budowę, obok równoległe wyodrębnionej zasady szybkości postępowania odwoławczego¹². Oczywiście pojęcie skuteczności postępowania odwoławczego z tak zwanych dyrektyw „odwoławczych” ma zastosowanie w zamówieniach publicznych przy naruszeniu prawa unijnego lub naruszeniu regulacji krajowych implementujących prawo unijne¹³.

Lecz fundamentalne błędy konstrukcyjne postępowania odwoławczego w procedurze zamówień publicznych wykluczają satysfakcjonujący poziom jego skuteczności¹⁴. Na samym początku wydaje się konieczne podkreślenie, że nie został tutaj wyraźnie określony charak-

⁷ Zob. Z. Janowicz, *Postępowanie administracyjne i postępowanie przed sądem administracyjnym*, Warszawa -Poznań 1987, s. 56–61; W. Chróścielewski, Z. Kmieciak, J. P. Tarno, *Czy nowy kodeks postępowania administracyjnego?*, „Państwo i Prawo” 1993, z. 3, s. 64 i n.

⁸ Zob. Z. Kmieciak, *Skuteczność regulacji administracyjnoprawnej*, Łódź 1994, s. 14 i n.

⁹ Zob. M. Romańska, *Skuteczność orzeczeń sądów administracyjnych*, Warszawa 2010, s. 26 i n.

¹⁰ Zob. preambułę i art. 1 ust. 1 dyrektywy Rady 89/665/EWG z dnia 21 grudnia 1989 r. w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane (Dz. Urz. WE L z 1989 r. Nr 395, s. 33 z późn. zm.) oraz preambułę i art. 1 ust. 1 dyrektywy Rady 92/13/EWG z dnia 25 lutego 1992 r. koordynującą przepisy ustawowe, wykonawcze i administracyjne odnoszące się do stosowania przepisów wspólnotowych w procedurach zamówień publicznych podmiotów działających w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i telekomunikacji (Dz. Urz. WE L z 1992 r. Nr 76, s. 14 z późn. zm.).

¹¹ Zob. M. Lemke, *Wprowadzenie, (w:) Zamówienia publiczne w Unii Europejskiej. Procedury odwoławcze w świetle dyrektyw*, Wyd. II (rozszerzone i poprawione), pod red. M. Lemke, Warszawa 2000, s. 10.

¹² Zob. A. Sołtysińska, *Europejskie prawo zamówień publicznych*, Warszawa 2012, s. 647.

¹³ Tamże, s. 649.

¹⁴ Zob. Z. Kmieciak, *Postępowanie administracyjne w świetle standardów europejskich*, Dom Wydawniczy ABC 1997, s. 62 i n.

ter prawny postępowania odwoławczego. Innymi słowy nie przesądzo bezpośrednio w regulacji prawnej zamówień publicznych o jego charakterze administracyjnym lub cywilnym. Dodatkowo ujawnia się ogromne zamieszanie terminologiczne na skutek przemieszania się języka prawa administracyjnego i języka prawa cywilnego. Chociaż pierwotne przyczyny tego zamieszania terminologicznego tkwią w prawie materialnym, gdy chodzi zwłaszcza o samo pojęcie zamówienia publicznego, to jednak z całą mocą ujawnia się ono w prawie proceduralnym. Główne pojęcia zostały bowiem zaczerpnięte z terminologii postępowaniu administracyjnego oraz postępowania sądownoadministracyjnego, podczas gdy postępowanie odwoławcze próbowano następnie ubrać w gorset przepisów właściwych dla postępowania cywilnego¹⁵. Taka operacja musiała oczywiście skończyć się niepowodzeniem, które obciąża przede wszystkim ustawodawcę, ale ostatecznie winnych trzeba szukać wśród cywilistycznych środowisk opiniotwórczych, gdyż lansują wyłącznie im bliską koncepcję zamówień publicznych.

2. UMOWA W ZAMÓWIENIACH PUBLICZNYCH JAKO PRAWNA FORMA DZIAŁANIA ADMINISTRACJI PUBLICZNEJ

Punktem wyjścia staje się ocena zakresu zastosowania w postępowaniu odwoławczym Kodeksu cywilnego i Kodeksu postępowania cywilnego¹⁶. Ale trzeba uczciwie powiedzieć, że jest to możliwe tylko w szerokim kontekście, a zatem na gruncie całej procedury zamówień publicznych. Oczywiście nie można tutaj uciec od odpowiedzi na pytanie o charakter zamówienia publicznego w Prawie zamówień publicznych¹⁷. Lecz definicja legalna zamówień publicznych, zawarta art. 2 pkt. 13 Pzp, ma znaczenie wyraźnie autonomiczne, które nie przesądza bezpośrednio o ich charakterze. Aczkolwiek do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się na podstawie art. 139 ust. 1 Pzp przepisy k.c., jeżeli przepisy samego Pzp nie stanowią inaczej, ale nie potwierdza to zarazem przynależności całej regulacji zamówień publicznych do prawa cywilnego. Sam przecież fakt, że Pzp odsyła do innego aktu prawnego z innej dziedziny prawa nie oznacza, iż regulacja prawna zamówień publicznych przynależy do tej części systemu prawnego, do której jest odesłanie¹⁸. W zakresie robót budowlanych mamy przecież analogiczne odesłanie do innego aktu prawnego na podstawie art. 2 pkt 8 Pzp, ale nie przychodzi nikomu do głowy, by uznawać zamówienia publiczne za część Prawa budowlanego¹⁹, zupełnie inaczej niż ma to miejsce we wcześniejszym kontekście²⁰.

¹⁵ Zob. S. Fundowicz, Miejsce prawa o zamówieniach publicznych w prawie administracyjnym, (w:) XV-lecie systemu zamówień publicznych w Polsce, pod red. H. Nowickiego i J. Sadowego, Toruń–Warszawa 2009, s. 45.

¹⁶ Zob. ustawę z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz.U. Nr 16, poz. 93 z późn. zm.) – zwaną dalej k.c. i ustawę z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (Dz.U. Nr 43, poz. 296 z późn. zm.) – zwaną dalej k.p.c.

¹⁷ Zob. ustawę z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.) – zwaną dalej Pzp

¹⁸ Zob. P. Szustakiewicz, Podstawowe instytucje zamówień publicznych, (w:) Zamówienia publiczne, pod red. M. Chmaja, Warszawa 2010, s. 89.

¹⁹ Zob. ustawę z dnia 7 lipca 1994 r. – Prawo budowlane (Dz.U. z 2010 r. Nr 243, poz. 1623 z późn. zm.).

²⁰ Zob. P. Szustakiewicz, Podstawowe instytucje ..., s. 89.

Stąd posługiwanie się pojęciem zamówienia publicznego jako umowy nie wskazuje na przynależność tej regulacji prawnej do prawa cywilnego, lecz wskazuje na umowę jako prawną formę działania administracji publicznej, która swoje zadania realizuje nie tylko poprzez akty administracyjne²¹. W związku z tym przepisy k.c. nie mogą zasadniczo przystawać do konstrukcji zamówienia publicznego, ze względu na rygorystyczny Pzp podyktowany interesem publicznym. Dlatego należałoby tutaj raczej mówić o umowie administracyjnej (publicznej), która nie została jednak wystarczająco dopracowana w polskim prawie administracyjnym, by móc ją wykorzystywać instrumentalnie w systemie prawa. Wbrew pozorom instytucja umowy cywilnej nie może zastąpić umowy administracyjnej (publicznej) w zamówieniach publicznych, gdyż jej istota nie odpowiada występującym tutaj stosunkom administracyjnoprawnym, a ochrona sądu powszechnego (cywilnego) nie zapewnia niezbędnego wówczas poziomu kontroli administracji publicznej. Najbardziej odpowiednie wydaje się oparcie umowy administracyjnej (publicznej) w zamówieniach publicznych na typowym kontrakcie administracyjnym z prawa francuskiego²². Umowa jest tu kontraktem zawierany przez państwo oraz inne osoby prawne prawa publicznego zawsze z podmiotami prywatnymi, mającym na celu uzyskanie dóbr i usług o cechach użyteczności publicznej poprzez czynność prawną (np. umowy sprzedaży lub najmu) w takich dziedzinach, jak choćby: umowy dostawy, umowy przewozu, wykonywanie robót publicznych²³.

Chociaż zamówienie publiczne jest zawsze umową w rozumieniu prawnej formy działania administracji publicznej, to jednak mamy wtedy do czynienia ze znacznie bardziej złożoną sytuacją prawną. Przede wszystkim zawarcie umowy zamówienia publicznego jest poprzedzone wyborem najkorzystniejszej oferty. Zamawiający wybiera bowiem ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia na gruncie art. 91 ust. 1 Pzp. Dotychczas nie próbowano jednak wyjaśnić czym jest wybór najkorzystniejszej oferty z punktu widzenia prawnego. Tak naprawdę chodzi o wyjaśnienie charakteru prawnego wyboru najkorzystniejszej oferty w kontekście prawnej formy działania administracji publicznej. Z całą pewnością wybór najkorzystniejszej oferty nie może absolutnie zostać uznany za przyjęcie oferty w rozumieniu art. 66 i n. k.c., ponieważ odmienna jest wówczas nie tylko konwencja terminologiczna ale także istota obu konstrukcji prawnych²⁴. Wybór najkorzystniejszej oferty jest bowiem władczą czynnością zamawiającego, czego nie da się zupełnie powiedzieć o przyjęciu oferty między równorzędnymi podmiotami w obrocie cywilnoprawnym. W związku z tym wydaje się zasadne ustalenie, że wybór najkorzystniejszej oferty jest aktem administracyjnym, czyli: władczym jednostronnym oświadczeniem woli organu administracji publicznej, opartym na przepisach prawa administracyjnego i określającym sytuację prawną konkretnie wskazanego adresata w indywidualnie oznaczonej sprawie²⁵.

²¹ Zob. H. Nowicki, *Prawo zamówień publicznych – pojęcie i zakres regulacji*, (w:) *XV-lecie systemu zamówień publicznych w Polsce*, pod red. H. Nowickiego i J. Sadowego, Toruń-Warszawa 2009, s. 93–94.

²² Zob. C. Debbasch, F. Colin, *Droit administratif*, Paris 2007, s. 445 i n.

²³ Zob. J. Zimmermann, *Prawo administracyjne*, Zakamycze 2005, s. 409–410.

²⁴ Por. P. Banasik, *Wybór najkorzystniejszej ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego*, Wrocław 2011, s. 30–35.

²⁵ Zob. A. Wiktorowska, *Rozstrzygnięcia w postępowaniu administracyjnym*, (w:) *Postępowanie administracyjne – ogólne, podatkowe, egzekucyjne i przed sądami administracyjnymi*, pod red. M. Wierzbowskiego, Warszawa 2011, s. 142.

3. POWIĄZANIE KONSTRUKCJI ODWOŁANIA Z ADMINISTRACYJNYMI OŚWIADCZENIAMÍ WOLI ZAMAWIAJĄCEGO W ZAMÓWIENIACH PUBLICZNYCH

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego opiera się zatem na działaniu złożonym administracji publicznej, co wyraźnie zostało podkreślone w art. 2 pkt 7a Pzp Z jednej strony mamy bowiem do czynienia z wyborem najkorzystniejszej oferty w formie aktu administracyjnego, a z drugiej strony pojawia się dalej zamówienie publiczne w formie umowy. Wobec tego umowa w sprawie zamówienia publicznego została prawnie zdeterminowana wyborem najkorzystniejszej oferty. W prawie administracyjnym pojawia się stosunkowo często sytuacja, gdy akt administracyjny wyznacza pole do zawarcia umowy, co dotyczy również typowej umowy cywilnej²⁶. Właściwie mamy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego cały ciąg działań organów administracji publicznej zanim dojdzie do zawarcia umowy, który wszczynany jest w drodze: publicznego ogłoszenia, przesłania zaproszenia do składania ofert lub przesłania zaproszenia do negocjacji²⁷. O ile więc zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego opiera się na stosunku materialnym, który cechuje się aktualnie równorzędnością podmiotów, to wybór najkorzystniejszej oferty rodzi stosunek proceduralny, jaki znamionuje brak równorzędności podmiotów.

W tym miejscu wypada podkreślić, że odwołanie przysługuje właśnie od wyboru najkorzystniejszej oferty, czyli aktu administracyjnego rozstrzygającego władczo co do istoty postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, na bardzo ogólnie sformułowanej podstawie w art. 180 ust. 1 Pzp Analogicznie zresztą jak dotyczy to wszelkich innych czynności zamawiającego, podjętych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub zaniechania czynności, do których zamawiający jest zobowiązany. Dalej chodzi więc o wszystkie inne czynności zamawiającego, które nie mogą władczo rozstrzygać o postępowaniu dotyczącym udzielenia zamówienia publicznego odnośnie jego istoty, choćby nawet nie wynikały wprost z przepisów prawa. Ale warto jeszcze przypomnieć, że w tak zwanych dyrektywach „odwoławczych” mówi się bardzo ogólnikowo o „decyzjach” zamawiającego. Bez wątplenia „decyzjami” będą zatem zarówno decyzje *sensu stricto*, rozstrzygające postępowanie przetargowe w całości lub w części co do jego istoty – przykładowo decyzja o wykluczeniu oferenta czy też o wyborze oferty i przyznaniu zamówienia publicznego, jak również wszystkie inne czynności lub zaniechania zamawiającego nie rozstrzygające co do istoty – przykładowo nieprawidłowe sformułowania zawarte w specyfikacji istotnych warunków zamówienia czy też w ogłoszeniu²⁸. Nie ma przy tym znaczenia forma czy treść takiej „decyzji”, ani tym bardziej moment jej przyjęcia²⁹. Z punktu widzenia tak zwanych dyrektyw „odwoławczych” wolno więc mówić o prawnych formach działania administracji publicznej, które nie muszą jedynie władczo rozstrzygać postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego.

²⁶ Zob. J. Zimmermann, *Prawo administracyjne ...*, s. 399.

²⁷ Zob. S. Piątek, *Prawne formy działań administracji*, (w:) Z. Rybicki, S. Piątek, *Zarys prawa administracyjnego i nauki administracji*, Warszawa 1988, s. 153–154.

²⁸ Zob. A. Sołtysińska, *Europejskie prawo ...*, s. 650.

²⁹ Zob. H. Niedziela, B. Chojecka, A. Wawryło, A. Sołtysińska, M. Rogalski, B. Jerzyńska, *Nowe podejście do zamówień publicznych*, pod red. H. Niedzieli, Warszawa 2011, s. 488.

W każdym razie odwołanie służy od wyboru najkorzystniejszej oferty lub czynności poprzedzających zamawiającego, które należy jednoznacznie uznać za prawne formy działania administracji publicznej. Innymi słowy odwołanie służy od administracyjnego oświadczenia woli organu administracji publicznej. Dokładnie organu zamawiającego w rozumieniu funkcjonalnym prowadzącego, w ramach funkcji zleconych administracji publicznej, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego. Z całą pewnością odwołanie nie służy natomiast od cywilnoprawnego oświadczenia woli, ponieważ takie oświadczenie woli organu zamawiającego wtedy w ogóle się nie pojawia. Trudno sobie nawet wyobrazić, by odwołanie mogło służyć od jakiegokolwiek cywilnoprawnego oświadczenia woli, ponieważ taka konstrukcja nie występuje w systemie prawa³⁰. Co za tym idzie mamy do czynienia z procesowym stosunkiem administracyjnoprawnym, a nie z jakimkolwiek innym stosunkiem prawnym, w tym materialnoprawnym bez względu zresztą na odniesienie gałęziowe³¹. W szczególności należy wyraźnie stwierdzić, że postępowanie odwoławcze nie może nigdy służyć załatwieniu sporu na tle samego zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego³².

Przydatne wydaje się stwierdzenie, że regulacja prawna zawarta w Pzp dotyczy w głównej mierze „udzielania zamówień publicznych”, zatem regulacja ta skierowana jest na postępowanie, którego podstawowym celem jest zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego³³. Zasadniczo reguluje się bowiem zasady i tryb udzielania zamówień publicznych, środki ochrony prawnej przy udzielaniu zamówień publicznych, kontrolę udzielania zamówień publicznych i organy właściwe w tych sprawach według art. 1 Pzp. Natomiast sama umowa w sprawie zamówienia publicznego i jej wykonywanie reguluje Pzp w bardzo ograniczony sposób³⁴. Z tego faktu wynika również to, że wynikię wtedy spory nie mogą oczywiście mieć charakteru materialnoprawnego. Wobec powyższego na tym etapie nie jest możliwa pełna ochrona sądowa odnośnie merytorycznego orzekania w sprawach zamówień publicznych. Co więcej taka ochrona sądowa powinna ewentualnie funkcjonować na zasadach ogólnych poza regulacją Pzp, ale nie wydaje się to obecnie możliwe bez dokonania zmian we właściwości sądów administracyjnych lub sądów powszechnych.

4. KWALIFIKACJA ADMINISTRACYJNA SPRAWY O UDZIELENIE ZAMÓWIENIA PUBLICZNEGO W POSTĘPOWANIU ODWOŁAWCZYM

Podstawowe znaczenie ma tu określenie charakteru sprawy o udzielenie zamówienia publicznego w postępowaniu odwoławczym. Z całą pewnością nie jest to sprawa cywilna w rozumieniu art. 1 k.p.c., gdyż udzielanie zamówień publicznych nie zostało objęte kryterium formalnym. Bo do „innych spraw” w rozumieniu art. 1 k.p.c. zalicza się te, które nie należą do spraw cywilnych według kryterium materialnego, ale zostały zgodnie z kryterium formalnym

³⁰ Zob. S. Fundowicz, *Miejsce prawa ...*, s. 45–46.

³¹ Por. R. Szostak, *Zmiany w zakresie środków ochrony prawnej wykonawców ubiegających się o zamówienie publiczne*, „Prawo zamówień publicznych” 2010, Nr 1, s. 10.

³² Tamże, s. 11.

³³ Zob. H. Nowicki, *Prawo zamówień ...*, s. 94.

³⁴ Tamże.

za takowe uznane na mocy ustaw szczególnych. Tymczasem o takim wyraźnym uznaniu nie może wtedy być mowy, nawet w kontekście odesłania zawartego w art. 185 ust. 7 i art. 197 ust. 1 Pzp Kluczową rolę odgrywa analiza art. 185 ust. 7 Pzp, ponieważ dopuszcza on stosowanie w postępowaniu odwoławczym odpowiednio przepisów k.p.c. o sądzie polubownym (arbitrażowym), gdy samo Pzp nie stanowi inaczej. Jednak należy uznać, że p.z.p i wydane na podstawie art. 198 ust.1 Pzp rozporządzenie wykonawcze regulują w tym aspekcie całość postępowania odwoławczego, dlatego odesłanie do przepisów k.p.c. o sądzie polubownym ma w przeważającej mierze charakter bezprzedmiotowy³⁵. Tak naprawdę stanowi to niezbyt udaną reminiscencję poprzedniego stanu prawnego i rozpoznawania odwołania przez zespół trzech arbitrów wyznaczanych przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych.

Z całą mocą należy teraz podkreślić, że Pzp nie odwołuje się wprost do k.p.c., ale czyni to jedynie poprzez odpowiednie odesłanie, ponadto w zakresie wyłącznie przepisów o sądzie polubownych (arbitrażowym) przewidzianych w art. 1154–1217 k.p.c. Odpowiednie stosowanie oznacza wówczas, że przepisy o sądzie polubownym (arbitrażowym) w postępowaniu odwoławczym stosuje się zależnie od rezultatu dokonywanej wykładni: wprost, z modyfikacją albo nawet nie stosuje się wcale³⁶. Jednak poddając analizie dotychczasowe orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, wypada jednoznacznie potwierdzić, że przepisów k.p.c. o sądzie polubownym (arbitrażowym) nie stosuje się niemal zupełnie, ponieważ nie przystają one do istoty postępowania odwoławczego w procedurze zamówień publicznych. Trudno nawet zgodzić się z ogólnym założeniem, że postępowanie odwoławcze toczy się według zasad przewidzianych w art. 1154–2117 k.p.c., dotyczących sądu polubownego (arbitrażowego), z podyktowanymi jedynie przez p.z.p zmianami³⁷. Sformułowanie zawarte w art. 185 ust. 7 k.p.c. oznacza, że w postępowaniu odwoławczym nie mają zastosowania pozostałe przepisy k.p.c.³⁸. Gdyby było inaczej, to oczywiście ustawodawca przewidziałby takie rozwiązanie, przy założeniu jego racjonalności.

Tym samym nie ma dzisiaj jakiegokolwiek związania przepisami k.p.c. w zakresie wykraczającym poza regulacje określające postępowanie odwoławcze przed Krajową Izbą Odwoławczą, wynikające z przepisów Pzp oraz przepisów wykonawczych wydanych na podstawie art. 198 ust.1 Pzp³⁹. Stąd oznacza to, że nie można teraz formalnie powoływać się na ogólnie przyjęte i ugruntowane wieloletnią praktyką poszczególne rozwiązania stosowane w k.p.c., gdyż nie zostały one wystarczająco umocowane prawnie w postępowaniu odwoławczym przed Krajową Izbą Odwoławczą⁴⁰. Niestety dotyczy to również bardzo wielu fundamentalnych instytucji, takich jak: terminy, pełnomocnictwo, zawieszenie. W konsekwencji mamy do czynienia z niekompletną regulacją prawną, która określa postępowanie odwoławcze przed Krajową Izbą Odwoławczą, z uwagi na praktyczne jej ograniczenie wyłącznie do przepisów rozdziału 2 działu VI Pzp Bez szerszego odesłania powstaje sytuacja niepewności co do prawidłowości

³⁵ Zob. P. Granecki, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2009, s. 462.

³⁶ Zob. J. Nowacki, *Studia z teorii prawa*, Zakamycze 2003, s. 451–464.

³⁷ Por. E. Norek, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2009, s. 358.

³⁸ Zob. J. Pieróg, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2010, s. 540.

³⁹ Por. E. Norek, *Prawo zamówień ...*, s. 359.

⁴⁰ Por. J. Pieróg, *Prawo zamówień ...*, s. 540.

działalności orzeczniczej Krajowej Izby Odwoławczej. Równocześnie pojawia się wątpliwość odnośnie respektowania zasady sprawiedliwości proceduralnej, którą uznaje się powszechnie za obowiązującą w całym systemie prawa.

Dlatego sprawa o udzielenie zamówienia publicznego w postępowaniu odwoławczym ujawnia się teraz jako sprawa administracyjna. Ogólnie sprawę administracyjną można zdefiniować jako kwestię istnienia stanu faktycznego, opisanego w hipotezie normy prawnej, wymagającej dla uwolnienia swej mocy wiążącej autorytatywnej konkretyzacji, dokonanej w formie aktu wydanego przez właściwy organ administracji publicznej⁴¹. W konsekwencji postępowanie odwoławcze w procedurze zamówień publicznych musi dalej zostać uznane za postępowanie administracyjne. Niestety stanowi to wynik dopiero szeroko ujętej wykładni, przy doszukaniu się najpierw fundamentów jego istoty, co świadczy nie najlepiej o aktualnym stanie regulacji prawnej zamówień publicznych. Tak naprawdę powinny tutaj mieć zastosowanie stosowane odpowiednio przepisy k.p.a. Przy tym warto jeszcze pamiętać, że odesłanie do przepisów k.p.a. może przyjąć formę milczącą, w pełni uzasadnioną z uwagi na zakres obowiązywania k.p.a. określony przepisem art. 1, jak też może w różnej zresztą postaci być wyrażone wprost w ustawie⁴². Oczywiście *de lege ferenda* najlepszym wyjściem byłaby nowelizacja p.z.p i nakazanie stosowania odpowiednio przepisów k.p.a. w postępowaniu odwoławczym. W każdym razie postępowanie odwoławcze w p.z.p należy zawsze traktować jako administracyjne postępowanie wyjątkowe⁴³.

Z całą mocą należy obecnie stwierdzić, że postępowanie odwoławcze w procedurze zamówień publicznych wpisuje się niemal idealnie w ramy kontroli prawidłowości rozstrzygnięć postępowania administracyjnego. Nade wszystko odwołanie w p.z.p przypomina co do istoty zwyczajny środek prawny, z którym mamy do czynienia w k.p.a. Ogólnie można teraz przyjąć, że środki prawne to takie instytucje procesowe, za pośrednictwem których legitymowane podmioty (strony i podmioty na prawach strony oraz inni uprawnieni) inicjują mechanizm kontroli, sprawowanej przez organy administracji publicznej i ewentualnie sądy administracyjne, nad prawidłowością rozstrzygnięć administracyjnych (decyzji i postanowień)⁴⁴. Jednak odwołanie w Pzp obejmuje swoim zakresem wszystkie zwyczajne środki prawne w k.p.a., a dokładnie: odwołanie, wnioski o ponowne rozpatrzenie sprawy i zażalenie. Uczciwie trzeba jednak dodać, że odwołanie w Pzp przysługuje od władczego rozstrzygnięcia co do istoty – czyli przypomina odwołanie od decyzji lub wnioski o ponowne rozpatrzenie sprawy w związku z decyzją, ale również wszelkich innych czynności zamawiającego – co raczej wskazuje na zażalenie przewidziane od postanowienia. W każdym razie użycie terminu „odwołanie” w Pzp jest zbieżne zakresowo z terminem „odwołanie” użytym w k.p.a.

⁴¹ Zob. T. Kielkowski, Sprawa administracyjna, Zakamycze 2004, s. 35.

⁴² Zob. Z. Duniewska, M. Górski, B. Jaworska-Dębska, M. Stahl, Procedura administracyjna a materialne prawo administracyjne. Zagadnienia wybrane, (w:) Procedura administracyjna wobec wyzwań współczesności. Profesorowi zwyczajnemu dr. hab. Januszowi Borkowskiemu przyjaciele i uczniowie, Łódź 2004, s. 110.

⁴³ Zob. A. Gill, Sytuacja procesowa strony w ogólnym postępowaniu administracyjnym i postępowaniach wyjątkowych, Wrocław 2010, s. 11.

⁴⁴ Zob. A. Wiktorowska, Kontrola prawidłowości decyzji i postanowień w administracyjnym toku instancji, (w:) Postępowanie administracyjne – ogólne, podatkowe, egzekucyjne i przed sądami administracyjnymi, pod red. M. Wierzbowskiego, Warszawa 2011, s. 180.

5. STATUS KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ JAKO ORGANU ADMINISTRACJI REGULACYJNEJ

Z tej perspektywy nieodzowne wydaje się również odniesienie do statusu Krajowej Izby Odwoławczej. Najpierw trzeba więc zauważyć w kontekście art. 2 § 3 k.p.c., że nie są rozpoznawane w postępowaniu sądowym sprawy cywilne, jeżeli przepisy szczególne przekazują je do właściwości innych organów. Jednak sprawa o udzielanie zamówienia publicznego w postępowaniu odwoławczym nie ma charakteru cywilnego, ponieważ żaden przepis szczególnie nie przekazuje jej w tym charakterze do właściwości Krajowej Izby Odwoławczej. Ostatecznie rozstrzyga o tym brak jednoznacznej przynależności całej regulacji zamówień publicznych do prawa cywilnego na gruncie Pzp. Trudno jest również uznać Krajową Izbę Odwoławczą za typowy sąd polubowny, ponieważ nie spełnia ona podstawowych kryteriów jemu przypisanych. Przede wszystkim sąd polubowny jest zawsze sądem prywatnym, który rozstrzyga sprawę na podstawie umowy stron o zapisie na sąd polubowny, przez powołanych z ich udziałem arbitrow, w postępowaniu uzgodnionym między nimi. Następnie można jeszcze podnieść, że podstawowe kryteria przyjęte przez k.p.c. w zakresie sądu polubownego zostały odmiennie uregulowane w Pzp⁴⁵. Uczestnicy postępowania odwoławczego nie mają w takim wypadku możliwości wyboru najkorzystniejszego dla siebie rozwiązania, lecz są związani postanowieniami Pzp⁴⁶. Dlatego Krajowa Izba Odwoławcza nie powinna też wydawać rozstrzygnięć w formie wyroków.

Z punktu widzenia ustrojowego trzeba Krajową Izbę Odwoławczą uznać za organ administracji regulacyjnej⁴⁷. 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 powszechnych⁴⁸. Z całą pewnością Krajowa Izba Odwoławcza nie jest organem administracji rządowej, ponieważ mieści się poza scentralizowaną i zbudowaną hierarchicznie strukturą administracji rządowej⁴⁹. Ze względu na jej samodzielny status w sferze prawa administracyjnego powinna zostać uznana za zdecentralizowaną formę osobową wykonywania administracji publicznej inną niż korporacyjna (samorządowa)⁵⁰. Na pewno status ustrojowy Krajowej Izby Odwoławczej jest podobny do takich organów, jak przykładowo: Krajowa Rada Radiofonii i Telewizji, Rada Polityki Pienięż-

⁴⁵ Zob. J. Pieróg, *Prawo zamówień ...*, s. 540.

⁴⁶ Tamże.

⁴⁷ Zob. J. Niczyporuk, *Krajowa Izba Odwoławcza – organ administracji regulacyjnej*, (w:) „Nowe podejście do zamówień publicznych – zamówienia publiczne jako instrument zwiększenia innowacyjności gospodarki i zrównoważonego rozwoju. Doświadczenia polskie i zagraniczne” Część I, pod red. J. Niczyporuka, J. Sadowego, M. Urbanka, Warszawa 2011, s. 105 i n.

⁴⁸ Zob. T. Skoczny, *Stan i tendencje rozwojowe prawa administracji regulacyjnej w Polsce*, (w:) *Jus Publicum Europaeum*, pod red. H. Bauera, P. M. Hubera i Z. Niewiadomskiego, Warszawa 2003, s. 162–163.

⁴⁹ Por. E. Norek, *Prawo zamówień ...*, s. 329.

⁵⁰ Zob. H. Izdebski, M. Kulecza, *Administracja publiczna. Zagadnienia ogólne*, Warszawa 2004, s. 140–142.

nej, samorządowe kolegia odwoławcze, regionalne izby obrachunkowe⁵¹. Ponadto Krajową Izbę Odwoławczą należy aktualnie zaliczyć do grupy organów orzeczniczych administracji publicznej. W rezultacie Krajowa Izba Odwoławcza powinna wydawać rozstrzygnięcia w formie wyłącznie decyzji i postanowień.

⁵¹ Zob. Z. Czarnik, Tezy do art. 172, (w:) S. Babiaryz, Z. Czarnik, P. Janda, P. Pełczyński, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2010, s. 615.

PRYZNAWANIE ŚRODKÓW EUROPEJSKICH W TRYBIE KONKURSOWYM – ZAGADNIENIA ORGANIZACYJNE

Monika Rutkowska¹

1. WPROWADZENIE

Polska jest obecnie największym beneficjentem środków polityki spójności. W latach 2007–2013 mamy do wykorzystania ponad 67 mld euro z funduszy strukturalnych i Funduszu Spójności, co stanowi około 20% wszystkich środków polityki spójności dla krajów członkowskich Unii Europejskiej. Polityka spójności na lata 2007–2013 ma na celu zwiększenie wzrostu gospodarczego i zatrudnienia we wszystkich regionach i miastach Unii Europejskiej. Realizowana jest przede wszystkim dzięki dwóm funduszom strukturalnym, tj.: Europejskiemu Funduszowi Rozwoju Regionalnego (EFRR), Europejskiemu Funduszowi Społecznemu (EFS) oraz Funduszowi Spójności (FS).

Rozporządzenie Rady (WE) nr 1083/2006² z dnia 11 lipca 2006 r. ustanawiające przepisy ogólne dotyczące EFRR, EFS oraz FS jest fundamentalnym aktem prawnym określającym kierunki interwencji oraz podstawowe zasady funkcjonowania polityki regionalnej Unii Europejskiej na lata 2007–2013. Warunki organizacyjne gromadzenia i wydatkowania środków europejskich w Polsce określa ustawa z dnia 6 grudnia 2006 r. o zasadach prowadzenia polityki rozwoju³. Zgodnie z art. 1 ust. 2 tej ustawy, co do zasady przepisów u.z.p.p.r. nie stosuje się do programów współfinansowanych z Europejskiego Funduszu Rolnego na rzecz Rozwoju Obszarów Wiejskich i Europejskiego Funduszu Rybackiego. Szczególną regulację w tym zakresie zawierają: ustawa z dnia 7 marca 2007 r. o wspieraniu rozwoju obszarów wiejskich z udziałem środków Europejskiego Funduszu Rolnego na rzecz Rozwoju Obszarów Wiejskich⁴ oraz ustawa z dnia 3 kwietnia 2009 r. o wspieraniu zrównoważonego rozwoju sektora rybackiego z udziałem Europejskiego Funduszu Rybackiego⁵. Europejski Fundusz Rolny Rozwoju Obszarów Wiejskich (EFRROW) oraz Europejski Fundusz Rybacki (EFR) to dwa fundusze rozwoju, które zostały włączone odpowiednio do Wspólnej Polityki Rolnej i Wspólnej Polityki Rybołówstwa UE. Jako że fundusze rolne i rybackie na okres 2007–2013 nie podlegają polityce spójności UE, nie są zaliczane do funduszy strukturalnych.

¹ Mgr Monika Rutkowska, doktorant Uniwersytetu Ekonomicznego w Krakowie.

² Rozporządzenie Rady (WE) nr 1083/2006 z dnia 11 lipca 2006 r. ustanawiające przepisy ogólne dotyczące Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego oraz Funduszu Spójności i uchylające rozporządzenie (WE) nr 1260/1999 (Dz. Urz. UE L 06.210.25 ze zm.), dalej: rozporządzenie nr 1083/2006.

³ Ustawa z dnia 6 grudnia 2006 r. o zasadach prowadzenia polityki rozwoju (tekst jedn.: Dz. U. z 2009 r. Nr 84, poz. 712 ze zm.), dalej: u.z.p.p.r.

⁴ Ustawa z dnia 7 marca 2007 r. o wspieraniu rozwoju obszarów wiejskich z udziałem środków Europejskiego Funduszu Rolnego na rzecz Rozwoju Obszarów Wiejskich (Dz. U. z 2007 r., Nr 64, poz. 427 ze zm.), dalej: u.w.r.o.w.

⁵ Ustawa z dnia 3 kwietnia 2009 r. o wspieraniu zrównoważonego rozwoju sektora rybackiego z udziałem Europejskiego Funduszu Rybackiego (Dz. U. z 2009 r., Nr 72, poz. 619 ze zm.), dalej: u.w.z.r.s.r.

Z uwagi na nieodzowną koncentrację środków w układzie wieloletnim u.z.p.p.r. narzuca ich wykorzystanie z uwzględnieniem kompleksowej społeczno-gospodarczej koncepcji rozwoju kraju w perspektywie długookresowej oraz uwarunkowań, celów i kierunków rozwoju wynikających ze średniookresowej strategii kraju (art. 9–14d u.z.p.p.r.). Dyspozycje regionalnych strategii rozwoju również nie pozostają bez znaczenia. Dokumentami wykonawczymi wobec średniookresowej strategii rozwoju, są programy operacyjne o charakterze operacyjno-wdrożeniowym, określające priorytety i działania oraz zasady wspierania i organizacji przedsięwzięć finansowanych ze środków europejskich. Uchwalane są one na mocy uchwał Rady Ministrów, przy aprobacie Komisji Europejskiej, na wniosek ministra właściwego ds. rozwoju regionalnego⁶ albo rolnictwa⁷. Natomiast programy rozwoju regionalnego przyjmowane są przez właściwe zarządy samorządów województw.

Do niedawna w piśmiennictwie funkcjonował pogląd, oparty w znacznej mierze na orzecznictwie Naczelnego Sądu Administracyjnego⁸, zgodnie z którym regulacje zawarte w systemie realizacji programu operacyjnego spełniają kryteria źródeł prawa w szerszym znaczeniu jak że mają one umocowanie w u.z.p.p.r., są skierowane do nieokreślonego indywidualnie kręgu adresatów, a ponadto określają ich prawa i obowiązki w postępowaniu o dofinansowanie projektu i są dla nich wiążące. Pogląd ten został jednak słusznie poddany stanowczej krytyce Trybunału Konstytucyjnego, który wyrokiem z dnia 12 grudnia 2011 r.⁹ stwierdził niezgodność z art. 87 Konstytucji RP¹⁰: art. 5 pkt 11 u.z.p.p.r. przez to, że dopuszcza uregulowanie praw i obowiązków wnioskodawców w trakcie naboru projektów finansowanych z programu operacyjnego poza systemem źródeł powszechnie obowiązującego prawa; art. 30b ust. 1 zd. 1 i ust. 2 u.z.p.p.r. w zakresie, w jakim dopuszcza uregulowanie środków odwoławczych przysługujących wnioskodawcy w toku postępowania o dofinansowanie z programu operacyjnego poza systemem źródeł powszechnie obowiązującego prawa; oraz art. 30c ust. 1 u.z.p.p.r. w zakresie, w jakim uzależnia prawo do skorzystania ze skargi do sądu administracyjnego od wyczerpania środków odwoławczych przewidzianych w aktach niebędących źródłem powszechnie obowiązującego prawa. Przepisy te, w zakresie wskazanym, tracą moc z upływem 18 miesięcy od dnia publikacji orzeczenia w Dzienniku Ustaw, tj. z dniem 28 czerwca 2013 r.

W ramach programów operacyjnych bezpośrednimi instrumentami osiągnięcia ich celów są poszczególne projekty (operacje). Legalną definicję projektu formułuje art. 5 pkt 9 u.z.p.p.r., zgodnie z którym projektem jest przedsięwzięcie realizowane w ramach programu operacyjnego na podstawie decyzji lub umowy o dofinansowanie, zawieranej między beneficjentem a instytucją zarządzającą, instytucją pośredniczącą lub instytucją wdrażającą. Dofinansowaniem można objąć jedynie te projekty, które spełniają warunki wprost określone w programie

⁶ W szczególności programy: Infrastruktura i Środowisko, Innowacyjna Gospodarka, Kapitał Ludzki, Rozwój Polski Wschodniej, Pomoc Techniczna, Europejska Współpraca Terytorialna.

⁷ Program rozwoju obszarów wiejskich oraz program zrównoważonego rozwoju rybołówstwa.

⁸ *Uzasadnienie wyroku NSA z dnia 20 października 2010 r.* (II GSK 1110/10), LEX nr 746073.

⁹ *Wyrok TK z dnia 12 grudnia 2011 r., P 1/11* (Dz. U. z 2011 r., Nr 279, poz. 1644).

¹⁰ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz. U. z 1997 r. Nr 78, poz. 483 ze zm.), dalej: Konstytucja RP.

operacyjnym oraz kryteria tzw. kwalifikowalności z góry wyznaczone przez instytucję zarządzającą i ewentualne kryteria dodatkowe przewidziane dla danego rodzaju dofinansowania.

2. SPOSOBY WYŁANIANIA PROJEKTÓW DO DOFINANSOWANIA

Procedura wyboru projektów do dofinansowania określana jest przez instytucję zarządzającą danym programem.

W obecnym okresie programowania, w systemie wdrażania polityki spójności, występują trzy podstawowe tryby udzielania dofinansowania ze środków europejskich (art. 28 ust. 1 u.z.p.p.r.):

- 1) konkursowy – projekty wyłaniane są w trybie konkursu przeprowadzonego albo w ramach naboru otwartego albo zamkniętego (z tzw. preselekcją bądź bez niej). Beneficjenci, których projekty zostały wybrane do dofinansowania zawierają umowy o dofinansowanie z instytucją zarządzającą albo działającą w jej imieniu instytucją pośredniczącą lub instytucją wdrażającą (art. 30a u.z.p.p.r.). W odniesieniu do beneficjentów będących jednostkami państwowymi podstawą dofinansowania kosztów projektu jest jednak porozumienie administracyjne (art. 206 ust. 5 ustawy o finansach publicznych¹¹)¹².
- 2) decyzyjny – dotyczy tzw. projektów indywidualnych, tj. projektów o strategicznym znaczeniu dla realizacji programu, wskazywanych przez instytucję zarządzającą, które to występują m.in. w Programie Operacyjnym Infrastruktura i Środowisko oraz Programie Operacyjnym Innowacyjna Gospodarka;

normatywny – dotyczy tzw. projektów systemowych, w tym również projektów pomocy technicznej, polegających na realizacji zadań publicznych przez podmioty działające na podstawie odrębnych przepisów w zakresie określonym przepisami prawa (projekty wskazane ustawowo) i tzw. dokumentami strategiczno-programowymi przyjętymi przez Radę Ministrów (projekty wskazane na mocy uchwały Rady Ministrów), które to występują m.in. w Programie Operacyjnym Kapitał Ludzki. Lista projektów systemowych jest najpierw umieszczana w dokumencie o nazwie „plan działań”, a następnie podlegają one ocenie formalnej i merytorycznej, w wyniku której zostaje podjęta decyzja o przyznaniu lub odmowie przyznania dofinansowania na ich realizację.

Podstawowym sposobem wyłaniania projektów do dofinansowania ze środków europejskich jest tryb konkursowy (art. 29 u.z.p.p.r.). Chodzi o wiążące organizatora postępowanie zmierzające do ustalenia – z poszanowaniem zasad przejrzystości, równości i uczciwej konkurencji – listy najlepszych projektów zasługujących na dofinansowanie ze środków europejskich¹³.

¹¹ Ustawa z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. z 2009 r., Nr 157, poz. 1240 ze zm.), dalej: u.f.p.

¹² Więcej o tym zob. J. Salachna, M. Tyniewiecki [w:] *Nowa ustawa o finansach publicznych wraz z ustawą wprowadzającą. Komentarz praktyczny*, [red.] E. Ruśkowski, J. Salachna, Warszawa 2010, s. 611.

¹³ Por. w tym zakresie wyroki NSA: z dnia 29 czerwca 2010 r. (II GSK 658/10), Lex Polonica nr 2348373; z dnia 2 września 2010 r. (II GSK 923/10), Lex Polonica nr 2409526; z dnia 19 października 2010 r. (II GSK 1129/10), Lex Polonica nr 2419889.

Z projektodawcami, których wnioski zostały wyłonione do wsparcia w toku procedury konkursowej, zawierane są umowy o dofinansowanie projektów. Wyjątek stanowią jedynie beneficjenci będący jednostkami państwowymi, którym dofinansowania udziela się w drodze porozumienia administracyjne. Natomiast w zakresie projektów indywidualnych i systemowych dofinansowanie ze środków unijnych przyznawane jest w drodze decyzji administracyjnej.

Ponadto zgodnie z art. 28 ust. 2 u.z.p.p.r. jeżeli instytucja zarządzająca lub instytucja pośrednicząca jest jednocześnie beneficjentem, podstawę dofinansowania projektu stanowi umowa o dofinansowanie projektu lub decyzja podjęta przez instytucję zarządzającą lub instytucję pośredniczącą, zgodnie z przyjętym systemem realizacji dla danego programu operacyjnego. W przypadku, gdy instytucją zarządzającą lub pośredniczącą jest samorząd województwa, decyzja podejmowana jest w formie uchwały zarządu województwa.

W ramach programów funkcjonujących w resorcie rolnictwa w szerszym zakresie stosuje się decyzyjny sposób przyznawania pomocy z zastosowaniem przepisów kodeksu postępowania administracyjnego¹⁴. Jednak co do niektórych „działań” postępowanie kwalifikacyjne od razu kończy się zawarciem umowy, z tym, że w razie odmowy przyznania dofinansowania zainteresowany ma prawo wnieść skargę do sądu administracyjnego. U.w.r.o.w. określa, co do których z „działań” w ramach Programu Rozwoju Obszarów Wiejskich współfinansowanego z Europejskiego Funduszu Rolnego na rzecz Rozwoju Obszarów Wiejskich wymienionych w art. 5 niniejszej ustawy pomoc jest przyznawana w drodze decyzji administracyjnej (art. 20 ust. 1 u.w.r.o.w.), a co do których w drodze umowy cywilnoprawnej (art. 22 ust. 1 u.w.r.o.w.). Procedura konkursowa w ramach Programu Rozwoju Obszarów Wiejskich pojawia się w celu dokonania wyboru lokalnej grupy działania, która realizować będzie lokalną strategię rozwoju, a nie w zakresie przyznawania środków europejskich.

Natomiast zgodnie z u.w.z.r.s.r. w ramach Programu Operacyjnego Zrównoważony Rozwój Sektora Rybołówstwa i Nadbrzeżnych Obszarów Rybackich (PO RYBY) współfinansowanego z Europejskiego Funduszu Rybackiego pomoc przyznawana jest na podstawie decyzji administracyjnej (art. 13 u.w.z.r.s.r.) lub umowy cywilnoprawnej o dofinansowanie (art. 15 u.w.z.r.s.r.). Procedura konkursowa nie jest stosowana w ramach niniejszej regulacji.

Toteż w zakresie przyznawania środków europejskich w trybie konkursowym w okresie programowania na lata 2007–2013 należy rozważyć regulację u.z.p.p.r. mającą zastosowanie do pozostałych funduszy europejskich.

Nabór wniosków o dofinansowanie w ramach danego PO/RPO może mieć charakter konkursu otwartego lub zamkniętego. W konkursie otwartym nabór wniosków o dofinansowanie i ich ocena prowadzone są w sposób ciągły, do wyczerpania limitu środków lub do zamknięcia konkursu uzasadnionej odpowiednią decyzją. W konkursie zamkniętym określa się z góry jeden (jeśli konkurs będzie organizowany tylko raz) lub kilka następujących po sobie terminów

¹⁴ Ustawa z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (tekst jedn. Dz. U. z 2000 r., Nr 98, poz. 1071 ze zm.), dalej: k.p.a.

naboru. Instytucja Organizująca Konkurs¹⁵ określa więc daty otwarcia oraz daty zamknięcia naboru, tj. okres, w którym będą przyjmowane wnioski o dofinansowanie.

Z powyższego wynika, że występuje zróżnicowanie sposobów wyłaniania projektów do dofinansowania ze środków europejskich, co w konsekwencji utrudnia stosowanie prawa w praktyce¹⁶. Z tego też względu R. Szostak postuluje, w miarę możliwości, ujednoczenie zasad przyznawania pomocy ze środków europejskich w nadchodzącej perspektywie finansowej na lata 2014–2020¹⁷.

3. KONSTRUKCJA PRAWNA KONKURSU

Zasadnicza konstrukcja konkursu o przyznanie dofinansowania opiera się na przyrzeczeniu organu administracji publicznej polegającym na złożeniu przez organ publicznego oświadczenia, w którym zobowiązuje się on do udzielenia dofinansowania projektu podmiotowi/podmiotom, które zostały wyłonione w toku procedury konkursowej. Problemów nastęrcza natomiast próba klasyfikacji rzeczzonego oświadczenia bądź jako cywilnoprawnego przyrzeczenia publicznego bądź jako przyrzeczenia administracyjnego.

Zgodnie z art. 919 Kodeksu cywilnego¹⁸, kto przez ogłoszenie publiczne przyrzekł nagrodę za wykonanie oznaczonej czynności, obowiązany jest przyrzeczenia dotrzymać. Świadczeniem, które zobowiązuje się spełnić składający przyrzeczenie publiczne, jest nagroda. Komentowany przepis nie ogranicza zakresu tego pojęcia. W związku z tym nagrodą może być każda korzyść majątkowa, nie tylko występująca w formie pieniężnej (nagroda pieniężna), ale także w formie niepieniężnej (w szczególności tzw. nagroda rzeczowa). Niekiedy stosowane są również nagrody honorowe (niemajątkowe lub o czysto symbolicznej wartości) Zobowiązanie przyrzekającego polega na daniu nagrody „za wykonanie oznaczonej czynności”. W przyrzeczeniu publicznym powinna być zatem wyraźnie oznaczona czynność, której wykonanie uprawnia do otrzymania nagrody. Czynnością taką może być w zasadzie każde zachowanie się człowieka dozwolone przez porządek prawny i zasady współżycia społecznego. Najczęściej chodzić będzie o zachowanie człowieka zakończone określonym rezultatem. Przedmiotem przyrzeczenia publicznego może być jednak również samo zachowanie się człowieka z pominięciem jego rezultatu, a nawet działanie polegające na zaniechaniu¹⁹.

¹⁵ Instytucją organizującą konkurs jest Instytucja Zarządzająca, Instytucja Pośrednicząca lub Instytucja Pośrednicząca II stopnia (Instytucja Wdrażająca), dalej: IOK.

¹⁶ Zróżnicowanie ulega pogłębieniu także na tle art. 184 *u.f.p.*, który nakazuje stosowanie odpowiednio zasad rozliczania dotacji z budżetu państwa przy wydatkowaniu środków z tzw. norweskiego mechanizmu finansowego oraz mechanizmu EOG, a także niektórych innych środków zagranicznych niepodlegających zwrotowi.

¹⁷ Tak R. Szostak, *Kontrola zamówień publicznych finansowanych ze środków europejskich – zagadnienia organizacyjne*, Samorząd Terytorialny, 2011, nr 11, s. 61 i nast.

¹⁸ *Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny* (Dz. U. z 1964 r., Nr 16, poz. 93 ze zm.), dalej: k.c.

¹⁹ A. Szpunar [w:] *System prawa cywilnego*, t. III, cz. 2, s. 1086; K. Zawada, *Przyrzeczenie...*, s. 31; tenże [w:] *System prawa prywatnego*, t. 8, s. 782 i n.; J. Gudowski [w:] G. Bieniek, *Komentarz*, t. II, 2007, s. 853 i n.

Funkcja przyrzeczenia publicznego polega na zachęceniu jak największej liczby osób do podjęcia określonego zachowania się, na którym zależy przyrzekającemu. Z kolei przyrzeczenie nagrody konkursowej wywala współzawodnictwo między osobami, które dla nagrody decydują się wziąć udział w organizowanym konkursie. Tym samym przyrzeczenie publiczne może być wykorzystane do pobudzania rozwoju nauki, sztuki, techniki i innych dziedzin, sprzyjając powstawaniu dzieł możliwie najlepszych²⁰.

Przyrzeczenie administracyjne, w przeciwieństwie do przyrzeczenia na gruncie prawa cywilnego, nie jest jednolicie charakteryzowane w polskiej literaturze. Wynika to z tego, iż przyrzeczenie administracyjne nie jest kompleksowo uregulowane w polskim prawie administracyjnym. Według Z. Niewiadomskiego jest ono oświadczeniem woli organu administracji publicznej, w którym organ ten zobowiązuje się do konkretnego zachowania się w przyszłości. Zwykle polega to na zobowiązaniu się do określonego działania w przyszłości, o ile adresat przyrzeczenia spełni określone warunki. Celem tej instytucji jest zaś umożliwienie lub ułatwienie adresatowi podjęcia działań przygotowawczych do realizacji zamierzonego przedsięwzięcia²¹. Podobnie przyrzeczenie administracyjne definiuje J. Zimmermann, który ponadto stwierdza, że jest ono odmianą przyrzeczenia publicznego uregulowanego w art. 919 i nast. k.c. i można w nim dopatrzeć cech właściwych działaniom dwustronnym administracji publicznej²².

Zdaniem W. Tarasa nie jest ono tożsame ani z promesą ani z informacją urzędową czy też z aktem administracyjnym. W szczególności, zdaniem tego autora, w przeciwieństwie do aktu administracyjnego, w przyrzeczeniu administracyjnym występuje element zawieszenia (przeszkoda faktyczna lub prawna) uniemożliwiająca organowi administracji niezwłoczne rozpoznanie sprawy, dlatego ma ono charakter jedynie zobowiązujący organ do wydania rozstrzygnięcia, lecz nie może wywołać bezpośrednio skutku prawnego względem uprawnień i obowiązków stron stosunku administracyjnego. Ponadto, w przeciwieństwie do aktu administracyjnego przyrzeczenie administracyjne nie musi posiadać charakteru podwójnej konkretności, bowiem zawarte w nim zapewnienie może odnosić się jedynie do treści przyszłego rozstrzygnięcia bez bliższego określenia jego adresata, np. wszyscy zainteresowani, czy wszyscy, którzy złożą odpowiedni wniosek w określonym czasie²³. W literaturze²⁴ podnoszony jest także „nieformalny” charakter przyrzeczenia administracyjnego wynikający z „samozwiązania się” organu i braku uregulowania skutków prawnych jego niedotrzymania²⁵. Zdaniem J. Rotko nieformalne działania administracji, na przykładzie doktryny niemieckiej, można zdefiniować jako prawem nieuregulowane działania faktyczne organów administra-

²⁰ A. Szpunar [w:] System prawa cywilnego, t. III, cz. 2, s. 1084; K. Zawada [w:] System prawa prywatnego, t. 8, s. 777.

²¹ Z. Niewiadomski, [w:] Z. Cieślak, I. Lipowicz, Z. Niewiadomski, *Prawo administracyjne. Część ogólna*, [red.] Z. Niewiadomski, LexisNexis, Warszawa 2002, s. 132.

²² J. Zimmermann, *Prawo administracyjne*, Oficyna 2010, s. 353.

²³ Zob. szerzej W. Taras, *Przyrzeczenie administracyjne [w:] Polska lat dziewięćdziesiątych. Przemiany państwa i prawa*, Wydawnictwo UMCS, Lublin 1997, s. 145–155.

²⁴ J. Zimmermann: *op.cit.*, s. 353–354, P. M. Huber, *Allgemeines Verwaltungsrecht, Svhaerrers Grundriß Verlag Decker & Müller*, Heidelberg 1992, s. 203. Zob. szerzej J. Rotko, *Działania nieformalne w praktyce administracji niemieckiej na przykładzie ochrony środowiska*, Państwo i Prawo, 1996, nr 6, s. 59–60.

²⁵ Co najwyżej godzi to w zasadę zaufania obywateli do państwa (tak: J. Zimmermann, *op.cit.*, s. 353–354).

cji, podejmowane zamiast działań proceduralnych czy rozstrzygnięć opartych na ustawach. Nie jest przy tym wykluczone, że skutkiem działań nieformalnych będzie „formalna” decyzja, umowa administracyjnoprawna lub umowa cywilna²⁶.

Organy administracji publicznej obowiązane są działać na podstawie przepisów prawa²⁷. Wszystkie dokonywane przez nich czynności prawne muszą mieć zatem podstawę prawną. Niewątpliwie podstawą prawną zobowiązania się przez organ administracji do udzielenia dofinansowania projektu podmiotowi, który został wyłoniony w toku procedury konkursowej jest przepis art. 29 u.z.p.p.r. Ustalenie natomiast czy przyrzeczenie, którego podstawą jest art. 29 u.z.p.p.r. ma charakter zobowiązania cywilnoprawnego czy administracyjnego jest kwestią wtórną.

Niezasadne wydaje się uzależnienie charakteru prawnego przyrzeczenia dokonanego przez IOK w ogłoszeniu o konkursie od konstrukcji stosunku finalnego wykreowanego decyzją administracyjną bądź umową o dofinansowanie kosztów realizacji projektu²⁸. W pierwszej kolejności należy zauważyć, iż możliwe jest zawarcie przez organ administracji umowy, w tym o charakterze cywilnoprawnym, z podmiotem, wobec którego organ zobowiązał się wcześniej przyrzeczeniem administracyjnym do określonego działania/zaniechania. W polskim systemie prawa administracyjnego znane są podobne rodzajowo przypadki, w których tryb administracyjny i cywilny występują obok siebie, chociażby sprawy dotyczące zakwalifikowania i umieszczenia na liście osób oczekujących na najem lokalu z mieszkaniowego zasobu gminy²⁹. Ponadto, teoretycznie, w ramach tego samego postępowania konkursowego dofinansowanie projektu przydzielane może być raz w drodze umowy cywilnoprawnej, a raz w drodze porozumienia administracyjnego (w odniesieniu do beneficjentów będących jednostkami państwowymi – 206 ust. 5 u.f.p.), w związku z czym uzależnianie charakteru prawnego przyrzeczenia konkursowego od konstrukcji stosunku finalnego w tym konkretnym przypadku spowoduje kolizję dwóch koncepcji w ramach jednego przyrzeczenia konkursowego. Również nieuprawnione wydaje się uzależnianie charakteru jednostronnej czynności prawnej od innego stosunku prawnego, nawet sprzężonego z tą czynnością.

Wydaje się, iż złożenie przez organ administracji przyrzeczenia konkursowego kreuje mimo wszystko stosunek o charakterze publicznoprawnym. Procedura konkursowa ma zdecydowanie władczy charakter. Normy kompetencyjne, uprawniające do jej przeprowadzenia wynikają z u.z.p.p.r., a uszczegóławiane są w przepisach programów operacyjnych i po części w regulaminach konkursowych³⁰. Należy wskazać, iż występuje nierówność stron powstałego stosunku, tj. przyrzekającego i uprawnionych. Wynika to z tego, iż organ administracji będący IOK nie występuje tu w sferze dominium, ale imperium. Zobowiązuje się bowiem, po

²⁶ J. Rotko, *Działania nieformalne w praktyce administracji niemieckiej na przykładzie ochrony środowiska*, Państwo i Prawo, 1996, nr 6, s. 59–60.

²⁷ Zob. art. 7 Konstytucji RP.

²⁸ Tak R. Szostak: *Kontrola...* op.cit., s. 61 i nast.

²⁹ *Uchwała NSA z dnia 21 lipca 2008 r.* I OPS 4/08, ONSAiWSA 2008, nr 6, poz. 90.

³⁰ Zob. *wyrok TK z dnia 12 grudnia 2011 r.*, P 1/11 (Dz.U. z 2011, Nr 279, poz. 1644) oraz *uzasadnienie postanowienia TK z 18 stycznia 2012 r.* P 9/10 (OTK-A 2012/1/9).

spełnieniu przez uprawnionych określonych warunków, niejako delegować na nich, w konkretnym zakresie, uprawnienie do wydatkowania środków publicznych. Ponadto, na w tym etapie postępowania, zasadniczą rolę, choć w nieco zmodyfikowanej formie w stosunku do Prawa o postępowaniu przed sądami administracyjnymi³¹, odgrywa sąd administracyjny, który czuwa nad prawidłowością dokonywanych przez właściwe instytucje ocen przedkładanych im projektów. Z woli ustawodawcy, który uregulował tę kwestię wprost, sąd ten baczny, by stosowne oceny zostały przeprowadzone w sposób nienaruszający prawa, tj. zgodny z powszechnie obowiązującymi normami, możliwymi do wywiedzenia przede wszystkim z Konstytucji RP oraz z u.z.p.p.r.

Wydaje się również, iż brak jest przeszkód, aby do trybu konkursowego przyznawania środków europejskich zastosować konstrukcję zaproponowaną przez R. Szostaka³² dla procedury konkursowej w ustawie Prawo zamówień publicznych³³ (art. 110 – 127 Pzp), a polegającą na sprzężeniu jednostronnego stosunku przyrzeczenia z porozumieniem wielostronnym (umową) wyznaczającym warunki, przebieg konkursu, które nie mieszczą się w strukturze jednostronnej czynności prawnej.

Ogłoszenie o naborze wniosków o dofinansowanie, tak jak ma to miejsce w publicznym ogłoszeniu o konkursie w prawie zamówień publicznych, wszczynają postępowanie w relacjach zewnętrznych, stając się źródłem obowiązku przyrzekającego – IOK. By móc wziąć udział w konkursie przyszły beneficjent musi złożyć wniosek o dofinansowanie projektu, co stanowi element źródła umownego stosunku proceduralnego, instrumentalnego względem podstawowego stosunku wynikającego z jednostronnego przyrzeczenia administracyjnego, wyznaczonego akceptowanymi przez przystępujących do postępowania warunkami konkursu. Postępowanie konkursowe rozwija się na podstawie wielostronnego porozumienia regulującego prawa i obowiązki stron w toku konkursu. W początkowej fazie oceny projektu możliwe jest niedopuszczenie zainteresowanego do konkursu, jeżeli uchybia on deklarowanymi regułom postępowania, gdyż takiego jego zachowania nie można pogodzić z całkowitą akceptacją warunków, niezbędną dla zawązania porozumienia konkursowego. Potem wniosek o dofinansowanie może zostać zdyskwalifikowany, gdyż nie odpowiada wiążąco uzgodnionym wymaganiom. Każdy z pretendentów do beneficjentów środków europejskich znajduje się w takiej samej sytuacji prawnej. Chroniąc swoje interesy, może żądać od organu administracji przestrzegania deklarowanych warunków procedury, w tym sprawiedliwego rozstrzygnięcia konkursu. Rozstrzygnięcie konkursu wiąże jednakowo wszystkich uczestników (wielostronne skutki prawne). Ma jednak tylko charakter wstępny, zapewnia bowiem wyłonienie kandydatów do udzielenia dofinansowania, którzy następnie mogą żądać zawarcia umów o dofinansowanie.

³¹ Ustawa z dnia 30 czerwca 2002 r. Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi (tekst jedn. Dz.U. z 2012 r., poz. 270), dalej: p.p.s.a.

³² Tak: R. Szostak, *Konkurs w zamówieniach publicznych. Część I, Doradca. Zamówienia Publiczne*, 2008, nr 1, s. 14. Por. R. Szostak, *Konkurs na najlepsze dzieło projektowe w świetle nowego prawa zamówień publicznych*, Przegląd Prawa Handlowego 2005, nr 10, s. 18 i nast.

³³ Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz.U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 ze zm.), dalej: Pzp

4. WARUNKI KONKURSU

Procedura wyboru projektów, a w tym także warunki konkursu, określana jest przez instytucję zarządzającą danym programem³⁴. Przyjęte priorytety programu, a następnie kryteria oceny i wyboru projektów powinny być tak opisane, aby zarezerwowane na konkretne działania środki finansowe otrzymali najlepsi, a więc ci przedsiębiorcy, którzy rokując pełne i możliwie trwałe wykorzystanie otrzymanych środków, bo tylko takie wykorzystanie środków służyć ma strategicznemu celowi regulacji dotyczących Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego - celowi trwałego rozwoju³⁵.

Warunki konkursu zawarte są co do zasady w ogłoszeniu oraz w regulaminie konkursu. Jako takie nie mają samodzielnego znaczenia prawnego. Wszystkie łącznie natomiast, od chwili ich ogłoszenia, tworzą jedno źródło generujące proceduralny stosunek konkursowy. Ogłoszenie i warunki konkursu wiążą najpierw samego organizatora, a następnie przystępujących do konkursu uczestników, którzy w ustalonym przez organizatora terminie składają wnioski o dopuszczenie do udziału w konkursie bądź wnioski o dofinansowanie³⁶. Obok zgłoszenia zainteresowania wniosek zawiera także wyraźne lub dorozumiane oświadczenie woli o bezwarunkowej akceptacji zaproponowanych przez organizatora warunków, co jest podstawą nawiązania wielostronnego porozumienia konkursowego.

Warunki konkursu wskazują na jego cel i wymagania, wyznaczające dalszy tok postępowania konkursowego, aż do jego zakończenia, określają także istotne dla organizatora postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści umowy finalnej o dofinansowanie.

Ogłoszenie konkursu rozpoczyna postępowanie konkursowe w relacjach zewnętrznych, stając się źródłem zobowiązania organu administracji publicznej. Treść związania organizatora jest od początku skonkretyzowana właśnie w ogłoszeniu. Katalog typowych klauzul składających się na warunki konkursu zawiera art. 29 ust. 2 u.z.p.p.r., a mianowicie są to:

- rodzaj projektów podlegających dofinansowaniu;
- rodzaj podmiotów, które mogą ubiegać się o dofinansowanie;
- kwota środków przeznaczonych na dofinansowanie projektów;
- poziom dofinansowania projektów, o którym mowa w art. 26 ust. 1 pkt 7 u.z.p.p.r.;
- maksymalna kwota dofinansowania projektu, o ile kwota taka została ustalona;
- kryteria wyboru projektów;
- termin rozstrzygnięcia konkursu;

³⁴ Na temat procedury ubiegania się o dofinansowanie zob. m.in. R. Cieślak, E. Kornberger-Sokołowska, J. Zdanukiewicz, *Jednostki samorządu terytorialnego jako beneficjenci środków unijnych.*, Oficyna 2010, część IV rozdz. 13 – *Procedura związana z ubieganiem się o dofinansowanie.*

³⁵ *Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 30 marca 2010 r.*, II GSK 309/10, LEX nr 596741.

³⁶ W zależności od trybu postępowania konkursowego – z etapem preselekcji bądź bez niego.

- wzór wniosku o dofinansowanie projektu;
- termin, miejsce i sposób składania wniosków o dofinansowanie projektu;
- wzór umowy o dofinansowanie projektu;
- informacja o środkach odwoławczych przysługujących wnioskodawcy w ramach systemu realizacji programu operacyjnego.

IOK w dniu ogłoszenia konkursu zamieszcza w dzienniku o zasięgu ogólnopolskim lub regionalnym informację o konkursie, zawierającą co najmniej rodzaj projektów podlegających dofinansowaniu, rodzaj podmiotów, które mogą ubiegać się o dofinansowanie, kwotę środków przeznaczonych na dofinansowanie projektów oraz wskazanie adresu strony internetowej, na której zamieszczono ogłoszenie o konkursie (art. 29 ust. 3 u.z.p.p.r.).

Do czasu zawarcia wszystkich umów o dofinansowanie projektu z beneficjentami wyłonionymi w konkursie lub w wyniku rozpatrzenia środków odwoławczych przewidzianych w ustawie, instytucja ogłaszająca konkurs nie może spowodować pogorszenia zasad konkursu, warunków realizacji projektu oraz nakładać na podmioty ubiegające się o dofinansowanie dodatkowych obowiązków. Zasada ta nie ma zastosowania do przypadków, gdy konieczność zmiany wynika ze zobowiązań międzynarodowych lub przepisów innych ustaw.

Konieczność ustalenia kryteriów wyboru projektów, z góry w warunkach konkursu, zapobiega wyborowi dowolnemu. Są to mierniki wartościujące wybrane właściwości projektów, powinny być obiektywne lub co najmniej zobiektywizowane. Merytorycznie powinny być związane bezpośrednio z celami programu, w ramach którego środki europejskie będą przydzielane. Niedopuszczalne jest posłużenie się nazwą kryterium, która budziłaby językowe trudności czy to przez posłużenie się niejednoznacznymi, skrótowymi lub obcojęzycznymi czy sprzecznymi znaczeniowo terminami. Utrudniłoby to odczytanie istoty tego kryterium i skutkowałoby niebezpieczeństwem, że oceniane byłyby dane przedmiotowo różne³⁷.

Doniosłe znaczenie proceduralne mają też podmiotowe warunki uczestnictwa w konkursie, polegające na wskazaniu rodzaju podmiotów, które mogą ubiegać się o dofinansowanie. Ten warunek, podobnie jak wskazanie rodzaju projektów podlegających dofinansowaniu, w oczywisty sposób wiąże się także z celem realizacji danego programu.

Na wnioskodawcy zgłaszającym do konkursu własny projekt o dofinansowanie ciąży obowiązek uważnego zapoznania się z priorytetami konkretnego programu operacyjnego, z przyjętym przez instytucję zarządzającą systemem realizacji strategii rozwoju, a następnie z dokumentacją konkursową i na nim też spoczywa obowiązek starannego i odpowiadającego założeniom danego programu operacyjnego przygotowania dokumentacji konkursowej. Szczególne znaczenie ma przygotowanie wniosku z uwzględnieniem znanych wnioskodawcy kryteriów oceny wszystkich zgłoszonych do konkursu projektów. Podawane we wniosku dane, niezależnie od tego czy służą one ocenie formalnej czy merytorycznej, muszą tworzyć

³⁷ Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 30 marca 2010 r., II GSK 309/10, LEX nr 596741.

zbiór informacji, których wymaga gospodarz konkursu w celu dokonania oceny według przyjętych kryteriów³⁸.

5. UMOWA O DOFINANSOWANIE ZAWARTA W WYNIKU PRZEPROWADZENIA TRYBU KONKURSOWEGO

Umowa o dofinansowanie kosztów realizacji projektu ustala szczegółowe warunki wykorzystania przyznanej beneficjentowi pomocy.

Z każdym beneficjentem wyłonionym w konkursie prowadzonym na zasadach ogólnych zawiera się umowę o dofinansowanie projektu³⁹, która zgodnie z art. 206 ust. 2 u.f.p. powinna określać w szczególności:

- opis projektu lub zadania, w tym cel, na jaki przyznano środki, i termin jego realizacji,
- harmonogram dokonywania wydatków, obejmujący okres co najmniej jednego kwartału,
- wysokość przyznanych środków,
- zobowiązanie do poddania się kontroli i tryb kontroli realizacji projektu lub zadania,
- termin i sposób rozliczenia projektu, w tym ewentualnych zaliczek,
- formę zabezpieczenia należytego wykonania zobowiązań wynikających z umowy (nie wymaga się od beneficjentów przynależnych do sektora finansów publicznych),
- warunki rozwiązania umowy ze względu na nieprawidłowości występujące w trakcie realizacji projektu,
- warunki i terminy zwrotu środków nieprawidłowo wykorzystanych lub IOK pobranych w nadmiernej wysokości lub w sposób nienależny.

Charakter prawny umowy o dofinansowanie kosztów realizacji projektu pozostaje niejasny z uwagi na brak jakichkolwiek bezpośrednich wskazówek ustawowych. R. Szostak⁴⁰ stoi na stanowisku, iż wyłączenie drogi sądowej w przypadku sporu związanego z odmową udzielenia dofinansowania (na rzecz ustawowo wskazanego trybu administracyjnego) oraz w przypadku zastosowania tzw. korekty finansowej, a także administracyjny tryb egzekwowania środków bezpodstawnie wypłaconych beneficjentowi mogą wskazywać pośrednio na umowę administracyjną⁴¹, a nie cywilnoprawną. Z drugiej jednak strony, wskazuje on, iż na gruncie polskiego

³⁸ *Ibidem*.

³⁹ Z wyj. beneficjentów będących jednostkami państwowymi, w odniesieniu do których podstawą dofinansowania kosztów projektu jest porozumienie administracyjne.

⁴⁰ Tak R. Szostak: *Kontrola... op.cit.*, s. 61 i nast.

⁴¹ O umowie administracyjnej zob. zwłaszcza B. Jaworska-Dębska, *Umowy we współczesnej administracji*, [w:] *Umowy w administracji*, J. Boć, L. Dziewięcka-Bokun [red.], Wrocław 2008, s. 14–15; A. Kubiak, *Koncepcja umowy administracyjnej (na tle projektu przepisów ogólnych prawa administracyjnego)*, „Państwo i Prawo” 2009/4, s. 47–48; M. Rypina, M. Wierzbowski, *Umowa z organem w postępowaniu administracyjnym*, „Państwo i Prawo” 2010/4, s. 15–16.

prawa administracyjnego nadal brakuje ogólnej regulacji umów administracyjnych, a także dyskusyjne są same powody, dla których należałoby zrezygnować z cywilnoprawnej zasady autonomii woli i równorzędności stron na rzecz swoistego władztwa administracyjnego, wykonywanego nawet z uwzględnieniem woli strony analizowanego stosunku prawnego. W praktyce dominuje zatem przekonanie o cywilnoprawnej naturze umowy o dofinansowanie kosztów realizacji projektu.

Należy zwrócić uwagę, iż na gruncie poprzednio obowiązującej ustawy z dnia 30 czerwca 2005 r. o finansach publicznych⁴² operowano wyraźnie konstrukcją dotacji rozwojowej (art. 209 d.u.f.p.), a więc instrumentem bliższym administracyjnej aparaturze pojęciowej. Mimo tego, również pojawiały się wątpliwości w zakresie charakteru prawnego umowy o dofinansowanie. Można by zatem przyjąć, iż posłużenie się przez nową u.f.p. po prostu pojęciem „umowy” było niejako próbą usunięcia przyczyny wątpliwości interpretacyjnych na korzyść właśnie umowy cywilnoprawnej. Zaś R. Szostak⁴³ przyczyn obecnego „niezdecydowanego” stanu normatywnego upatruje w przejściowej „ucieczce” władzy publicznej przed konsekwencjami wynikającymi zwłaszcza z jednoznacznych podstaw zaskarżania uchylbień instytucji zarządzających (pośredniczących), odpowiedzialnych za gospodarowanie środkami europejskimi, do sądu powszechnego albo sądu administracyjnego.

Należy podkreślić, iż o charakterze stosunku prawnego nie decyduje z pewnością charakter czynności prawnej, która spowodowała jego powstanie. Charakter prawny stosunku prawnego determinowany jest poprzez jego treść. Z treścią stosunku prawnego, a nie z czynnością powodującą jego powstanie, związane są przysługujące stronom tego stosunku środki ochrony prawnej. Stąd też twierdzenie powoływane przez zwolenników koncepcji administracyjnego charakteru umowy o dofinansowanie, jakoby wyłączenie drogi sądowej w przypadku sporu związanego z odmową udzielenia dofinansowania miałyby przemawiać za jej administracyjnym charakterem, jest niezasadne. Odmowa udzielenia dofinansowania ma bowiem miejsce jeszcze na etapie władczego postępowania konkursowego, którego pozytywny wynik z łącznym spełnieniem dodatkowych przesłanek, jak np. dostępność środków, może spowodować powstanie po stronie beneficjenta jedynie roszczenia o zawarcie umowy. Tryb doprowadzenia do powstania roszczenia o zawarcie umowy nie ma wpływu na treść stosunku prawnego powstałego w wyniku jej zawarcia.

Zwolennicy koncepcji administracyjnoprawnego charakteru umowy o dofinansowanie realizacji projektu jako argumenty przemawiające za nią, przytaczają także instytucję tzw. korekty finansowej, a także administracyjny tryb egzekwowania środków bezpodstawnie wypłaconych beneficjentowi. Można zaryzykować stwierdzenie, iż korekta finansowa straciła jednak status argumentu w tym sporze, odkąd R. Szostak przedstawił trafną koncepcję stanowiącą, iż korekta finansowana jest niczym innym jak wypowiedzeniem zmieniającym warunki dofinansowania realizacji projektu⁴⁴.

⁴² Ustawa z dnia 30 czerwca 2005 r. o finansach publicznych (Dz. U. z 2005 r., Nr 249, poz. 2104 ze zm.), dalej: d.u.f.p.

⁴³ R. Szostak: *Kontrola...* op.cit., s. 61 i nast.

⁴⁴ R. Szostak: *Kontrola...* op.cit., s. 61 i nast.

Administracyjny tryb egzekwowania środków bezpodstawnie wypłaconych jest zaś związany ze wzmożoną ochroną funduszy publicznych i nie wydaje się aby mógł determinować charakter prawny samej umowy. Szczególnie, iż zwrot niewłaściwie wydatkowanych środków europejskich zabezpieczony jest także na gruncie prawa cywilnego, poprzez zastosowanie konstrukcji weksla *in blanco*⁴⁵ żądanego od beneficjentów jako zabezpieczenia wykonania projektu zgodnie z umową o dofinansowanie.

Ponadto, w judykaturze Sądu Najwyższego ukształtowane jest stanowisko, że sprawa ma charakter sprawy cywilnej, jeśli treść stosunków prawnych łączących strony, będące równorzędnymi podmiotami, obejmująca ich wzajemne prawa i obowiązki albo tworząca dany stan prawny zakłada potrzebę ochrony interesów tych podmiotów. Jeśli natomiast jeden z tych podmiotów ma pozycję działającego w ramach władzy zwierzchniej, to taki stosunek nie jest stosunkiem cywilnoprawnym⁴⁶. Należy pamiętać, że działaniami lub zaniechaniami, których skutki mogą być rozpoznawane na drodze sądowej są nie tylko zdarzenia cywilnoprawne regulowane w kodeksie cywilnym (np. czynności prawne lub czyny niedozwolone), ale także akty administracyjne wywołujące skutki w zakresie prawa cywilnego⁴⁷. To, że spór pomiędzy stronami ma związek ze stosowaniem norm prawa publicznego nie wyłącza możliwości zakwalifikowania go do kategorii sporów ze stosunków cywilnych.

Umowa o dofinansowanie projektu rodzi pomiędzy właściwą instytucją a organem administracji stosunek niemal na zasadach równości. Co prawda umowa o dofinansowanie jest umową w znacznym stopniu adhezyjną, ale takich nie brakuje również w czysto cywilnych stosunkach. Wydaje się, iż o jej cywilnym charakterze nie decyduje także przedmiot umowy, tj. udzielenie dofinansowania (pomocy finansowej) w zamian za zobowiązanie wydatkowania przyznaných środków na cele, które przysługują się realizowaniu polityki spójności.

Za cywilnoprawnym charakterem umowy o dofinansowanie świadczy poniekąd to, że w zakresie roszczeń dotyczących samej umowy o dofinansowanie ustawodawca nie przewidział administracyjnej drogi ochrony prawnej. Sprawy sądowe jej dotyczące będą tzw. sprawami cywilnymi *sensu largo*.

Dodatkowymi argumentami za przyjęciem charakteru cywilnoprawnego umowy o dofinansowanie jest z pewnością przywoływany przez R. Szostaka⁴⁸ brak regulacji prawnej umów administracyjnych w polskim porządku prawnym, co usprawiedliwiłoby poniekąd niedookreślenie konstrukcji umowy o dofinansowanie w u.z.p.p.r. poprzez zdawkowe określenie „umowa” a także niejasność celu, jakiemu miałyby służyć w tym przypadku rezygnacja z autonomii woli i równorzędności stron.

⁴⁵ Zob. wystąpienie Rzecznika Praw Obywatelskich do Ministra Rozwoju Regionalnego z 6 listopada 2008 r., nr RPO-601773-I/08/MW, <http://www.sprawy-generalne.brpo.gov.pl/szczegoly.php?pismo=1343017>.

⁴⁶ Zob. uchwała składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z dnia 12 marca 2003 r., III CZP 85/02, OSNC 2003, nr 10, poz. 129, uchwały Sądu Najwyższego z dnia 5 października 2001 r., III CZP 46/01, OSNC 2002, nr 7-8, poz. 85 i z dnia 22 października 2010 r., III CZP 74/10, OSNC 2011, nr 5, poz. 55 oraz postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 14 września 2004 r., III CSK 566/03, nie publ.).

⁴⁷ Por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 10 marca 2004 r., IV CK 113/03, nie publ.

⁴⁸ R. Szostak: *Kontrola... op.cit.*, s. 61 i nast.

W związku z powyższym, należy stwierdzić, iż umowa o dofinansowanie projektu jest, podobnie jak ma to miejsce przy umowie o zamówienie publiczne, umową cywilnoprawną choć zawieraną po przeprowadzeniu odpowiednich procedur pomiędzy podmiotami publicznymi bądź pomiędzy podmiotem publicznym a niepublicznym. Procedura konkursowa ubiegania się o dofinansowanie, choć nasycona cechami władczymi, mająca w związku z tym zdecydowanie administracyjny charakter, zmierza w efekcie do nawiązania stosunku prawnego o charakterze cywilnoprawnym.

Niedoprecyzowanie charakteru prawnego umowy o dofinansowanie kosztów realizacji projektu w praktyce stosunkowo często skutkuje chybnym zaskarżeniem czynności instytucji zarządzających związanych z wadliwym wykonywaniem umowy o dofinansowanie projektu do sądu administracyjnego albo z nieprawidłowo sformułowanym żądaniem pozwu do sądu powszechnego. Stąd nasuwa się postulat ustawowego dookreślenia charakteru prawnego tejże umowy.

6. ŚRODKI OCHRONY PRAWNEJ

Z dotychczasowych rozważań wynika, iż procedura przyznawania środków europejskich w trybie konkursowym jest dwuetapowa, co przejawia się w jej administracyjno-cywilnym charakterze. Ta dwuetapowość procedury jest spójna z przysługującymi na poszczególnych etapach procedury środkami ochrony prawnej. Na etapie poprzedzającym przyznanie dofinansowania kosztów realizacji projektu zastosowanie znajdzie procedura sądownoadministracyjna. Sądy powszechne właściwe są natomiast na etapie zawarcia i wykonania umowy o dofinansowanie projektu. Postępowania cywilne co do zasady wszczynane są przez beneficjentów, jako że właściwa instytucja, niezależnie od innych zastrzeżeń umownych, wyposażona jest w możliwość wydania decyzji o zwrocie dofinansowania na podstawie przepisów u.f.p.

Zgodnie z art. 30b u.z.p.p.r. w przypadku negatywnej oceny projektu wnioskodawca, po otrzymaniu informacji, o której mowa w art. 30a ust. 3 u.z.p.p.r., może wnieść środki odwoławcze przewidziane w systemie realizacji programu operacyjnego, w terminie, trybie i na warunkach tam określonych. W takim przypadku w pisemnej informacji, o której mowa w art. 30a ust. 3 u.z.p.p.r. właściwa instytucja zamieszcza uzasadnienie wyników oceny projektu oraz pouczenie o możliwości wniesienia środka odwoławczego, wraz ze wskazaniem terminu przysługującego na jego wniesienie, sposobie wniesienia oraz właściwej instytucji, do której środek ten należy wnieść. System realizacji programu operacyjnego musi uwzględniać co najmniej jeden środek odwoławczy przysługujący wnioskodawcy w trakcie ubiegania się o dofinansowanie. W rozpatrywaniu środków odwoławczych nie mogą brać udziału osoby, które na jakimkolwiek etapie dokonywały czynności związanych z określonym projektem, w tym były zaangażowane w jego ocenę. Zgodnie z art. 30b ust. 5 u.z.p.p.r. nie podlegają rozpatrzeniu środki odwoławcze, jeżeli mimo prawidłowego pouczenia zostały wniesione po terminie lub w sposób sprzeczny z pouczeniem lub do niewłaściwej instytucji. Po wyczerpaniu drogi protestacyjno-odwoławczej przewidzianej w systemie realizacji programu operacyjnego właściwa instytucja informuje wnioskodawcę na piśmie o jej wynikach wraz

z pouczeniem o możliwości wniesienia skargi do wojewódzkiego sądu administracyjnego, na zasadach określonych w art. 30c u.z.p.p.r.

Rolą sądu administracyjnego w toku postępowania skargowego jest ustalenie, czy dany projekt na władczym etapie postępowania konkursowego nie został oceniony w sposób naruszający prawo. Zakres kognicji sądu administracyjnego wynika w tym przypadku pośrednio z treści art. 30c ust. 3 u.z.p.p.r., który to zawiera katalog możliwych rozstrzygnięć skargi przez sąd administracyjny. Należy ponadto z całą stanowczością podnieść, iż wszczęcie procedury odwoławczej nie wstrzymuje zawierania umów z tymi wnioskodawcami, których projekty zostały zakwalifikowane do dofinansowania⁴⁹.

Po zakończeniu postępowania sądowoadministracyjnego i po ostatecznym rozpatrzeniu danego projektu skutkującym zawarciem, bądź nie, umowy o dofinansowanie, rozpoczyna się etap, na którym zasadniczą rolę w ramach środków ochrony prawnej odgrywać będzie sąd powszechny. Wydaje się, iż ewentualne następcze postępowanie cywilne prowadzone po władczym rozstrzygnięciu w kwestii dofinansowania projektu może dotyczyć w szczególności:

- żądania nawiązania umowy o dofinansowanie;
- żądania odszkodowania, jeżeli w wyniku błędnej oceny projektu beneficjentowi została wyrządzona szkoda;
- sporów wynikających z prawidłowego wykonania projektu.

Żądanie nawiązania umowy o dofinansowanie sprowadzać się będzie do powództwa o nakazanie złożenia oświadczenia woli (art. 64 k.c.). Odmowa zawarcia umowy przez właściwą instytucję może wynikać z niewykonania przez beneficjenta pewnych obowiązków, które zdaniem instytucji winny być spełnione przed zawarciem umowy. Odmowa zawarcia umowy pomimo zakwalifikowania do dofinansowania może być także spowodowana np. zmianą zasad konkursu lub warunków realizacji projektów. Taką możliwość daje art. 29 ust. 4a u.z.p.p.r. wprowadzający wyjątek od zakazu pogarszania zasad konkursu, warunków realizacji projektu do czasu zawarcia wszystkich umów o dofinansowanie, gdy konieczność zmiany wynika ze zobowiązań międzynarodowych lub przepisów innych ustaw.

Co istotne, żądanie nawiązania umowy o dofinansowanie w zakresie treści umowy ograniczona być powinna do wzorca umowy, jaki uprzednio został ogłoszony na stronie internetowej właściwej instytucji (art. 29 ust. 2 pkt 10. u.z.p.p.r.) oraz do jej koniecznych elementów określonych w art. 206 ust. 2 u.f.p. Zatem mimo, co do zasady, kontradyktoryjnego sporu równych stron, umowa o dofinansowanie, nawet powołana do życia mocą orzeczenia sądowego, ma dla beneficjenta charakter w zasadzie adhezyjny⁵⁰.

⁴⁹ O konsekwencjach takiego stanu rzeczy: W. S. Sawczuk: *op.cit.* s. 84. Autor podnosi, iż wyczerpanie środków na dofinansowanie, nawet gdy dany projekt pozytywnie przeszedł całą procedurę i przekroczył próg uprawniający go do uzyskania dofinansowania, przekreśla możliwość dobrowolnego nawiązania stosownej umowy przez właściwą instytucję. W takim wypadku autor proponuje bądź oczekiwanie na zwiększenie puli środków finansowych w ramach dostępnej alokacji lub skorzystanie z prawa do żądania odszkodowania zbliżonego w swej istocie do żądania odszkodowania wynikającego z art. 287 p.p.s.a. w zw. z art. 471 i nast. k.c.

⁵⁰ W. S. Sawczuk: *op.cit.*, s. 85.

Niedoszły beneficjent ma także możliwość żądania odszkodowania, jeżeli w wyniku błędnej oceny projektu została mu wyrządzona szkoda, np. na skutek następczego wyczerpania się alokacji środków na dany cel, projekt, który ostatecznie byłby uprawniony do dofinansowania nie może go otrzymać. Udowodnieniu w toku postępowania podlegają szkoda, jej wysokość oraz związek przyczynowy pomiędzy jej powstaniem a działaniem właściwej instytucji. Oczywiście wydaje się umożliwienie dochodzenia przez niedoszłego beneficjenta nie tylko naprawienia rzeczywistej szkody (*damnum emergens*), ale też utraconych korzyści (*lucrum cessans*)⁵¹. Sąd cywilny, badając w procesie odszkodowawczym zasadność zgłoszonego żądania, będzie uprawniony, w granicach zakreślonych inicjatywą dowodową stron, do zbadaania przebiegu konkursu. Ewentualne uprzednie orzeczenie sądu administracyjnego będzie przesądzać o tym, czy pierwotnie dokonana ocena projektu była prawidłowa. Nie każda wadliwość tej oceny skutkować będzie odpowiedzialnością odszkodowawczą.

Do ingerencji sądu powszechnego może dojść także w związku z wykonywaniem umowy o dofinansowanie. Właściwa instytucja będąca stroną umowy, może wystąpić do sądu z roszczeniem wynikającym z niewłaściwego realizowania umowy przez beneficjenta. Beneficjent natomiast może domagać się na drodze sądowej np. zapłaty kolejnej transzy dofinansowania, czego właściwa instytucja odmawia powołując się na niespełnienie przez beneficjenta warunków do jej uruchomienia.

7. PODSUMOWANIE

W związku z powołanymi: wyrokiem Trybunału Konstytucyjnego z dnia 12 grudnia 2011 r. oraz postanowieniem z dnia 18 stycznia 2012 r. tryb konkursowy przyznawania środków europejskich czekają gruntowne zmiany. Systemy realizacji – stanowiące zgodnie z art. 5 pkt 11 u.z.p.p.r. zasady i procedury obowiązujące instytucje uczestniczące w realizacji strategii rozwoju oraz programów, obejmujące zarządzanie, monitoring, ewaluację, kontrolę i sprawozdawczość oraz sposób koordynacji działań tych instytucji oraz określające środki odwoławcze przysługujące wnioskodawcy w trakcie naboru projektów – nie są aktami powszechnie obowiązującego prawa, w konsekwencji czego, nie są m.in. przyjmowane przez podmioty dysponujące konstytucyjnymi uprawnieniami prawotwórczymi i należycie ogłaszane, wobec czego mogą regulować wyłącznie sytuację podmiotów „podległych” organom je wydającym. Niedopuszczalne jest natomiast regulowanie za ich pomocą sytuacji podmiotów „zewnętrznych” wobec autorów systemów realizacji.

Trybunał stwierdził ponadto, że nie ma „ani prawnej, ani praktycznej możliwości „odwrócenia” zakończonych konkursów prowadzonych w ramach programów operacyjnych, gdyż przyznane na ich mocy ściśle określone środki zostały już rozdysponowane i wypłacone beneficjentom, a częściowo także wydane. Otwieranie na nowo w takiej sytuacji „skonsumowanych” procedur konkursowych i ponowna ocena wszystkich wniosków o finansowanie prowadziłyby do naruszenia konstytucyjnych praw podmiotów, które uzyskały finansowanie z programów

⁵¹ Tak też: W. S. Sawczuk: *op.cit.*, s. 85.

operacyjnych i w dobrej wierze z tego finansowania skorzystały”. Zdaniem TK byłoby to drastyczne naruszenie zasady zaufania obywateli do państwa i stanowionego przez nie prawa.

Realizacja niniejszego wyroku Trybunału Konstytucyjnego wymaga systemowej interwencji ustawodawcy, polegającej na „doregulowaniu” w aktach powszechnie obowiązującego prawa wszystkich dotychczasowych elementów systemów realizacji, które dotyczą bezpośrednio praw i obowiązków uczestników konkursów prowadzonych w ramach poszczególnych programów operacyjnych.

Biorąc pod uwagę zakres podlegających uzupełnieniu uregulowań, należałoby postulować nie tyle zażegnanie problemu niekonstytucyjności rozwiązań znajdujących się poza systemem prawa powszechnie obowiązującego, co całościową regulację trybu konkursowego.

W Ministerstwie Rozwoju Regionalnego trwają obecnie prace nad projektem ustawy zmieniającej u.z.p.p.r. Odbyły się już spotkania z instytucjami zaangażowanymi we wdrażanie programów, uzyskano opinie i analizy, w tym opinię Rządowego Centrum Legislacji. Pierwotnie projekt ustawy nowelizującej planowano skierować do konsultacji jeszcze w pierwszym półroczu tego roku, tak by drugie półrocze pozostawić na prace parlamentarne.

UNIEWAŻNIENIE POSTĘPOWANIA NA PODSTAWIE ART. 93 UST. 1 PKT 6 I 7 USTAWY PZP – ANALIZA PRZESŁANEK NA PRZYKŁADZIE ORZECZNICTWA

Izabela Rzepkowska¹

1. WSTĘP

Celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest udzielenie zamówienia tj. zawarcie umowy. Unieważnienie postępowania jest czynnością niweczącą całość przeprowadzonej procedury, powodującą, że cel nie zostanie osiągnięty. Dlatego też katalog przesłanek, zobowiązujących zamawiającego do unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 i 1a ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), dalej zwaną „ustawą Pzp” jest zamknięty (numerus clausus) i nie może być interpretowany rozszerzająco. Zamawiający nie może swobodnie, wedle swojego uznania, podejmować decyzji w przedmiocie unieważnienia postępowania. Decyzja ta wymaga od zamawiającego uzasadnienia, obejmującego wskazanie zarówno podstawy faktycznej jak i prawnej podjętego rozstrzygnięcia.

Podstawy dopuszczalnego unieważnienia postępowania budzą ciągle trudności w praktyce, zwłaszcza w zakresie przesłanek określonych w art. 93 ust. 1 pkt 6 i 7 ustawy Pzp. To właśnie kwestie interesu publicznego, a także oceny podstaw unieważnienia umowy w sprawie zamówienia publicznego, w sytuacji gdyby doszło do jej zawarcia, najczęściej budzą wątpliwości interpretacyjne i stanowią podstawę sporów odwoławczych. Celem niniejszego artykułu jest zaprezentowanie najciekawszych przypadków dotyczących tych właśnie podstaw unieważnienia postępowania, prezentowanych w orzecznictwie.

2. UNIEWAŻNIENIE POSTĘPOWANIA NA PODSTAWIE 93 UST. 1 PKT 6 USTAWY PZP

Zgodnie treścią art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć. Z powyższego wynika, że podstawą zastosowanie tego przepisu jest łączne spełnienie trzech elementów: pierwszy – wystąpienie istotnej zmiany okoliczności, drugi – prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, trzeci – nie można było wcześniej przewidzieć zmiany okoliczności.

W orzecznictwie przyjmuje się, że przepis ten może dotyczyć sytuacji, gdy na skutek nadzwyczajnych okoliczności zaistniałych w trakcie postępowania, czy już po wyborze oferty najkorzystniejszej, lub po wynegocjowaniu warunków umowy, wykonanie zamówienia będzie

¹ Dr Izabela Rzepkowska, *Urząd Zamówień Publicznych*.

niecelowe lub np. wiązać się będzie z wyrządzeniem szkody w mieniu publicznym. Przepis może mieć zatem zastosowanie tylko w szczególnie uzasadnionych przypadkach.

Istotna zmiana okoliczności

Istotna zmiana okoliczności to kategoria obiektywna, ściśle powiązana z przedmiotem i terminem wykonania zadania objętego postępowaniem o zamówienie publiczne, która w określonych warunkach powoduje, iż dalsze kontynuowanie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego narusza interes publiczny, któremu miało służyć to postępowanie². Istotną zmianą okoliczności może być np. zaprzestanie działalności i likwidacja zamawiającego w trakcie prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sytuacji, w której nowo powstały podmiot nie jest następcą prawnym dotychczasowego. W takim przypadku dalsze prowadzenie postępowania i zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego może nie leżeć w interesie publicznym, wyrażającym się w gospodarnym i efektywnym wydatkowaniu środków publicznych³.

Pojęcie interesu publicznego

Pojęcie interesu publicznego jest pojęciem niedookreślonym, nieostrym próby jego zdefiniowania dokonał Trybunał Konstytucyjny w uchwale z dnia 12 marca 1997 r.⁴ „za interes publiczny należy bez wątpienia uznawać korzyści uzyskiwane w wyniku realizacji przedsięwzięć służących ogółowi w zakresie zadań ciężących na administracji rządowej oraz samorządowej, realizowanych w drodze świadczenia usług powszechnie dostępnych, związanych np. z ochroną zdrowia, oświaty, kultury, porządku publicznego”. Teza ta wielokrotnie była również podnoszona w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej⁵.

Unieważniając postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp zamawiający ma obowiązek wskazać, o jaki interes publiczny chodzi i udowodnić, że jest on na tyle ważny i znaczący, że bezwzględnie wymaga ograniczenia uprawnień wykonawców. Zarówno istnienie interesu publicznego, jak i jego znaczenie, a także przesłanki powodujące konieczność przedłożenia w konkretnym postępowaniu interesu publicznego nad interesem indywidualnym wykonawców, podlegać muszą weryfikacji w celu ustalenia, że w konkretnym stanie faktycznym przesłanka unieważnienia postępowania rzeczywiście zaistniała. Interesu publicznego nie można utożsamiać z interesem zamawiającego. W wyroku z dnia 25 czerwca 2007 r. Zespół Arbitrów wskazał, iż w interesie publicznym jest wykorzystanie dotacji Z Unii Europejskiej dla projektu *Gospodarka wodno-ściekowa*. Zamawiający unieważniając postępowanie podejmuje ryzyko utraty dotacji w części lub całości, a więc działa wbrew intere-

² SO w Warszawie, wyrok z dnia 1.12.2003 r. sygn. akt V Ca 2224/03.

³ Zob. wyrok KIO z dnia 9.07.2010 r. sygn. akt KIO 1298/10.

⁴ Uchwała TK z dnia 12 marca 1997 r. sygn. W/96.

⁵ Interes publiczny, do którego odwołuje się art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, związany jest z interesem określonej grupy społecznej, pracowniczej, która może funkcjonować w normalnych standardowych warunkach również dzięki realizacji, czy też poprzez realizację określonych dostaw, czy usług albo też robót budowlanych. Zob. wyrok KIO z dnia 21.12.2009r., sygn. akt: KIO 1555/09.

sowi publicznemu. W interesie publicznym są bowiem korzyści uzyskiwane z realizacji tego przedsięwzięcia dla mieszkańców gminy⁶.

Powołanie się na interes publiczny wymaga udowodnienia, że wcześniej, czyli w momencie wszczęcia postępowania, nie można było przewidzieć, przy zachowaniu należytej staranności, że zmienią się okoliczności i ich zmiana uniemożliwi kontynuowanie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Nie stanowi wykazania przesłanki interesu publicznego niepoparte żadnymi dowodami twierdzenie zamawiającego, iż interesem publicznym przemawiającym za unieważnieniem postępowania są „inne potrzeby finansowe” zamawiającego⁷. Zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej treść pkt 6 art. 93 ust. 1 ustawy Pzp wymaga zaistnienia po wszczęciu postępowania pewnych nadzwyczajnych wydarzeń lub okoliczności, które mają wpływ na prowadzone postępowanie lub przedmiot zamówienia. Za takie nadzwyczajne wydarzenie nie można uznać, w ocenie Izby, podjętej w trakcie prowadzenia postępowania decyzji zamawiającego o zmianie sposobu finansowania zamówienia ze środków budżetowych na środki pochodzące z uzyskanej pożyczki i wydanie środków pierwotnie przeznaczonych na realizację niniejszego zamówienia na inny cel. Tym samym Izba stwierdziła, że zamawiający nie wykazał zaistnienia podstaw do unieważnienia postępowania w oparciu o art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp⁸.

Podobnie okolicznościami uzasadniającymi unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp nie powinny być sytuacje, które mają swoje źródło w błędnych decyzjach zamawiającego podjętych w związku z prowadzonym postępowaniem, za które ponosi on odpowiedzialność, w szczególności gdy wynika to z braku dochowania należytej staranności przy przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Przyczyną unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy mogą być jedynie sytuacje wynikające ze zmiany okoliczności, do których nie można zaliczyć błędów popełnionych przez zamawiającego. Obowiązkiem zamawiającego jest rzetelne przygotowanie postępowania o zamówienie publiczne, co pozwolić ma na wyłonienie oferty najkorzystniejszej. W wyroku z dnia 14 kwietnia 2010 r. Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, że dla możliwości powołania się na przesłankę unieważnienia postępowania, koniecznym jest udowodnienie przez zamawiającego, że wcześniej, czyli w momencie wszczęcia postępowania, nie można było przy zachowaniu należytej staranności przewidzieć, iż zmienią się okoliczności, w wyniku czego kontynuowanie postępowania i udzielenie zamówienia nie będzie leżało w interesie publicznym. Błąd osoby przygotowującej specyfikację dotyczy tego postępowania od samego początku, a zatem nie może być uznany za nową okoliczność, jaka wystąpiła w toku postępowania⁹.

Nie jest również podstawą unieważniania postępowania fakt, że zamawiający, gdyby miał świadomość, że wykonawca zaoferuje świadczenie zgodne z SIWZ, nie chcąc odrzucać tań-

⁶ Wyrok z dnia 25.06.2007 r., sygn. akt UZP/ZO/0-736/07, wyrok z dnia 25.06.2007 r., sygn. akt UZP/ZO/0-736/07, zob. również wyrok SO z dnia 6.07.2011 r., sygn. akt V Ca 772/11. Zob. również wyrok SO z dnia 6.07.2011 r., sygn. akt V Ca 772/11.

⁷ Wyrok KIO z dnia 07.05.07r., sygn. akt: KIO 628/10.

⁸ Wyrok KIO z 20.06.2012 r., sygn. akt KIO 1171/12. Zob. również wyrok KIO z 29.03.2011 r., sygn. akt KIO 601/11.

⁹ Wyrok KIO z dnia 14.04.2010 r. sygn. akt: KIO 398/09.

szej oferty, inaczej sformułowałby postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Taką argumentacją mógłby posłużyć się każdy z zamawiających zmuszonych do odrzucenia najtańszej oferty, jednak nie jest ona przewidziana przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych. Trzeba również mieć na uwadze interes wykonawców, którzy złożyli oferty, zwłaszcza najkorzystniejszą, aby przepis 93 ust. 1 ustawy Pzp nie stanowił narzędzia do manipulowania wynikiem postępowania¹⁰. Podobnie uznała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 10 lipca 2009 r., wskazując, iż z samego faktu zaoszczędzenia szacowanych, niepewnych kwot z tytułu unieważnienia postępowania nie sposób uznać za działanie na rzecz interesu publicznego¹¹.

Za zdarzenie uzasadniające konieczność unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp może być natomiast uznana blokada, czy utrata środków płatniczych i brak możliwości finansowania zamówienia. Ocena jednak czy rzeczywiście istnieją podstawy do unieważnienia postępowania musi być dokonana *ad casum* i nie w każdym przypadku unieważnienie postępowania będzie mogło zostać uznane za zasadne¹².

3. UNIEWAŻNIENIE POSTĘPOWANIA NA PODSTAWIE ART. 93 UST. 1 PKT 7 USTAWY PZP

Stosownie do treści art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, jeżeli postępowanie obciążone jest niemożliwością do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego .

Przesłanka unieważnienia postępowania określona w tym przepisie składa się z koniunkcji trzech okoliczności, których łączne wystąpienie skutkuje koniecznością zastosowania przepisu. Po pierwsze musi wystąpić naruszenie przepisów ustawy regulujących udzielanie zamówienia (wada postępowania). Po drugie wada ta ma skutkować niemożliwością zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. A zatem nie może to być jakakolwiek wada, którą obciążone jest postępowanie¹³, ale wada powodująca niemożliwość zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy. Konieczne jest więc wystąpienie związku przyczynowego pomiędzy zaistniałą wadą, a niemożnością zawarcia umowy. Po trzecie wada ta musi być niemożliwa do usunięcia.

Przesłanki skutkujące unieważnieniem umowy określa art. 146 ust. 1 ustawy Pzp. Wszystkie wymienione w tym przepisie przypadki naruszeń ustawy są wadą postępowania w rozumie-

¹⁰ Zob. wyrok KIO z dnia 27.05.2011 r., sygn. akt: KIO 1023/11.

¹¹ Wyrok KIO z dnia 10.07.2009 r., sygn. akt: KIO 805/09.

¹² Zob. wyrok SO z dnia 7.07.2009 r., sygn. akt: V Ca 1187/09, wyrok KIO z 01.04.2011 r., sygn. akt KIO 606/11, a także wyrok KIO z 23.09.2011 r., sygn. akt KIO 1948/11.

¹³ Za wadę postępowania o charakterze nieistotnym uznała KIO ograniczenie wykonawcy prawa do udziału w otwarciu ofert, na skutek rozbieżności w dokumentach postępowania, jakkolwiek stanowi naruszenie przepisu art. 38 ust. 4 w zw. z ust. 4a ustawy Pzp, Izba uznała, iż niniejszy stan faktyczny nie daje podstaw do uznania umowy w sprawie zamówienia publicznego za nieważną, a tym samym nie może prowadzić do unieważnienia postępowania, na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp (wyrok KIO z dnia 5.05.2011 r., sygn. akt KIO 855/11).

niu art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, a więc taką, która skutkuje koniecznością unieważnienia postępowania. Treść art. 146 ust. 1 ustawy Pzp w pkt od 1 do 6 określa jednak bardzo wąski i konkretny katalog naruszeń stanowiących podstawę unieważnienia umowy tj.: bezpodstawne zastosowanie niektórych trybów, brak zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu w odpowiednim publikatorze, zawarcie umowy lub umowy ramowej z naruszeniem terminów *standstill*, określone nieprawidłowości w dynamicznym systemie zakupów.

W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej ukształtował się jednak pogląd, zgodnie z którym podstawę do zastosowania art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp stanowi nie tylko art. 146 ust. 1 (kwalifikowane wady postępowania), ale przy ocenie podstaw do unieważnienia postępowania należy mieć również na uwadze treść art. 146 ust. 6 ustawy Pzp¹⁴. W myśl tego przepisu Prezes Urzędu może wystąpić do sądu o unieważnienie umowy w przypadku dokonania przez zamawiającego czynności lub zaniechania dokonania czynności z naruszeniem przepisu ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania. A zatem należy przyjąć, iż zamawiający są uprawnieni do badania okoliczności skutkujących unieważnieniem postępowania, które mieszczą się w dyspozycji art. 146 ust. 6 ustawy Pzp. Przeciwny pogląd prowadziłby do wniosku, że zamawiający nie może unieważnić postępowania, w którym doszło do naruszenia przepisów ustawy Pzp (którego nie można usunąć) mającego wpływ na wynik postępowania, jeśli nie jest to wada wymieniona w art. 146 ust. 1 ustawy Pzp. W konsekwencji stanowiłoby to przyzwolenie na zawieranie umów nawet w sytuacji, gdy postępowanie obarczone byłoby poważną wadą, jeśli wada ta jest nieusuwalna. Co więcej w sytuacji, gdy Izba, rozpatrując odwołanie uznałaby zasadności zarzutów dotyczących zapisów specyfikacji, w okolicznościach, w których termin otwarcia ofert już minął, nie mogłaby nakazać dokonania czynności unieważnienia postępowania. Taki pogląd wydaje się nie do zaakceptowania. Przyznanie Prezesowi Urzędu wyłącznej kompetencji do wzruszania zawartych umów, nie powinno ograniczać możliwości zamawiających unieważnienia postępowania, w przypadku stwierdzenia, że jest ono obarczone tak poważnymi nieusuwalnymi wadami, wpływającymi na ważność umowy o zamówienie publiczne, które jednak wykraczają poza dyspozycję przepisu art. 146 ust. 1 pkt 1-6 ustawy Pzp¹⁵.

Przy ocenie, czy postępowanie podlega unieważnieniu zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp należy uwzględnić również treść art. 146 ust. 5 ustawy Pzp, czyli możliwość unieważnienia umowy na podstawie art. 70 k.c.

Zgodnie z treścią art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp wada postępowania musi mieć charakter nieusuwalny. A zatem w sytuacji, w której zamawiający wybierze ofertę, a następnie poweźmie wiadomość, że oferta ta nie spełnia warunków określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, o ile możliwa będzie powtórna ocena ofert, nie zaistnieją podstawy do

¹⁴ Tak KIO w wyrokach: z 2 czerwca 2011 r., sygn. akt KIO 1033/11, z 25 sierpnia 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 1733/10, z 24 listopada 2010 r. sygn. akt KIO/UZP 2480/10, z dnia 11 stycznia 2011 r., sygn. akt KIO/UZP 2789/10, z dnia 19 stycznia 2011 r., sygn. akt KIO 34/11).

¹⁵ Zob. wyrok z 31 marca 2011 r., sygn. akt KIO 582/11, wyrok z 2 czerwca 2011 r., sygn. akt KIO 1037/11 w wyrok z 25 sierpnia 2011 r., sygn. akt KIO 1733/10, wyrok z 20 lipca 2010 r., sygn. akt KIO 1437/11.

zastosowania art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, ze względu na fakt, że wadę postępowania będzie można usunąć¹⁶.

Za wadę postępowania skutkującą koniecznością unieważnienia umowy uznała Krajowa Izba Odwoławcza natomiast brak wskazania nowego terminu składania i otwarcia ofert w piśmie przedłużającym pierwotny termin składania i otwarcia ofert. Z pisma zamawiającego z dnia 7 marca 2011 r. wynikało, iż termin składania i otwarcia ofert został przedłużony na bliżej nie określony czas. Tymczasem zgodnie z obowiązującymi przepisami ustawy Pzp przedłużenie terminu składania ofert może nastąpić tylko przed jego upływem. Skoro więc upływ terminu składania ofert miał miejsce w dniu 7 marca 2011 r. zamawiający powinien był przed jego upływem wskazać nowy termin składania i otwarcia ofert. Brak tej informacji spowodował, iż termin ten w istocie upłynął w dniu 7 marca 2011 r. Obowiązku tego nie wypełnia, w ocenie Izby, przesunięcie terminu bez podania konkretnych dat. Powyższe naruszenie ma charakter nieusuwalny¹⁷.

4. UPŁYW TERMINU ZWIĄZANIA OFERTĄ

Przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych nie regulują wprost kwestii dopuszczalności zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego po upływie terminu związania ofertą. Co do zasady umowa o udzielenie zamówienia publicznego powinna zostać zawarta w okresie związania ofertą, co jest logiczną konsekwencją ustalenia terminu związania ofertą i żądania wadium. Podstawową funkcją, jaką na gruncie zamówień publicznych pełni związanie ofertą, jest ochrona interesu zamawiającego. W tym czasie na wykonawcy ciąży bowiem obowiązek zawarcia umowy, co wiąże się z jednoczesnym uprawnieniem zamawiającego do żądania jej zawarcia, a w przypadku odmowy z uprawnieniem do zatrzymania wadium. Z drugiej strony, ograniczenie związania ofertą terminem określonym w myśl art. 85 ust. 1 ustawy Pzp służy ochronie interesów wykonawcy i ma na celu zapewnienie mu możliwości uchylenia się od podpisania umowy w sytuacji, gdy na skutek upływu czasu może on już nie być zainteresowany podpisaniem umowy na warunkach zaproponowanych w ofercie. A zatem upływ terminu związania ofertą nie decyduje o skuteczności oferty, ale o braku po stronie wykonawcy obowiązku zawarcia umowy. W związku z powyższym, nie ma podstaw do przyjęcia, że oferta, która nie wiąże wykonawcy, straciła cechy oferty i w związku z tym musi być uznana za nieważną lub podlegającą odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

W tym kontekście twierdzenie, że w przypadku upływu terminu związania ofertą zamawiający nie może zawrzeć umowy z wykonawcą, który pomimo braku przedłużenia terminu związania ofertą wyraża chęć podpisania umowy, stałoby w oczywistej sprzeczności z celem jakiego ma służyć związanie ofertą – gdyż zamiast zapewniać zawarcie umowy, w istocie uniemożliwiałoby je. Tym samym upływ terminu nie jest nieusuwalną wadą postępowania skutkującą koniecznością jego unieważnienia. Podobny pogląd prezentowany jest w orzecz-

¹⁶ Zob. wyrok KIO z 26.01.2012 r., sygn. akt 104/12.

¹⁷ Sygn. akt: KIO 572/11, Wyrok KIO z dnia 28 marca 2011 r.

nictwie Krajowej Izby Odwoławczej. W wyroku z dnia 7 stycznia 2010 r. Izba wskazała, iż art. 94 ust. 1 ustawy, nie obliguje stron postępowania do zawarcia umowy przed upływem terminu związania ofertą. Dlatego też przekroczenie tego terminu nie może być ocenione, jako wada postępowania uniemożliwiająca zawarcie ważnej umowy.¹⁸ Podobnie w wyroku z dnia 10 października 2009 r. Izba uznała, iż „art. 94 ust. 1 ustawy Pzp nie wymaga, by zawarcie umowy nastąpiło w terminie związania ofertą. Tym samym możliwy jest wybór, jako najkorzystniejszej oferty, dla której upłynął termin związania, a w konsekwencji, zachowując określone w powołanym przepisie minimalne terminy liczone od dnia przekazania zawiadomienia o wyborze oferty, zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego¹⁹.”

5. UPŁYW TERMINU REALIZACJI UMOWY

Na tle przepisu art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp często, o czym świadczy ilość orzecznictwa z tego zakresu, pojawia się problem z oceną, czy upływ terminu realizacji umowy stanowi podstawę do unieważnienia postępowania.

Trafnie istotę rozstrzygnięcia tego zagadnienia ujął Sąd Okręgowy w Nowym Sączu w wyroku z dnia 6 czerwca 2005 r. wskazując, iż „uznać należy, że gdyby doszło do zawarcia umowy z terminem wykonania zamówienia takim, jaki określony został w SIWZ i w ofercie, to istotnie umowa byłaby, w świetle art. 387 § 1 k.c., nieważna, jako umowa o świadczenie niemożliwe. Istotą sporu jest jednak to, czy istnieją przeszkody do zawarcia umowy z określeniem nowego terminu wykonania zamówienia. Istotnie, żaden przepis ustawy nie przewiduje wyraźnie możliwości zmiany terminu wykonania zamówienia na etapie po wyborze oferty, a przed zawarciem umowy. Zdaniem Sądu Okręgowego nie oznacza to jednak zakazu wprowadzenia takiej zmiany (...) Jeżeli można, w sytuacjach określonych, o których mowa w ww. przepisie [tj. art. 144 ust 1 Pzp], zmienić postanowienia umowy, to wydaje się, że tym bardziej można zmienić prawa i obowiązki strony przyszłej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, w okresie po wyborze oferty, a przed zawarciem umowy.”²⁰

Tym samym zamawiający przed unieważnieniem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, z powodu upływu terminu jego realizacji, powinien rozważyć, czy możliwa jest zmiana tego terminu zgodnie z regulacjami ustawy Pzp.

W tym miejscu należy zwrócić uwagę, iż ustawa Pzp przyjęła zasadę – niezmienności umów zawartych w wyniku przeprowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Jednym z jej przejawów są przepisy odnoszące się do realizacji umów o zamówienia publiczne. Po pierwsze bowiem, zakres świadczenia ze strony wykonawcy musi być tożsamy z tym, do którego zobowiązał się w złożonej przez siebie w ofercie (art. 140 ust. 1 ustawy Pzp). Po drugie ustawa Pzp zakazuje zawarcia umowy w innym zakresie, niż zakres objęty przed-

¹⁸ Wyrok KIO z dnia 7.01.2010 r., sygn. akt KIO/UZP 1581/09.

¹⁹ Wyrok z dnia 10.10.2009 r., sygn. KIO/UZP 1261/09, zob. również postanowienie TK z 24.02.2010 r. SK 22/08.

²⁰ Wyrok SO w Nowym Sączu z dnia 6.06.05 r., sygn. akt III Ca 262/05.

miotem zamówienia określonym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zgodnie z art. 140 ust. 3 ustawy Pzp postanowienia umowy w części wykraczającej poza określenie przedmiotu zamówienia zawarte w specyfikacji są z mocy prawa nieważne. Zmiana umowy w przedmiocie wykonania zamówienia publicznego na gruncie ustawy Pzp dopuszczalna jest tylko w okolicznościach określonych w art. 144 ustawy Pzp.

W świetle tego przepisu zakazuje się istotnych zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba że zamawiający przewidział możliwość dokonania takiej zmiany w ogłoszeniu o zamówieniu lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz określił warunki takiej zmiany. A zatem, art. 144 ust. 1 ustawy Pzp dopuszcza możliwość dokonania zmiany nieistotnej (oraz niemającej wpływu na wybór wykonawcy), zaś zmiana istotna jest dopuszczalna, pod warunkiem jej przewidzenia w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz pod warunkiem uprzedniego ogłoszenia i określenia warunków dokonania takiej zmiany umowy o zamówienie publiczne.

Wyjaśnienia pojęcia „istotnej zmiany” zamówienia publicznego znajdziemy w orzecznictwie ETS, który w wyroku z dnia 19 czerwca 2008 r. w sprawie C-454/06 *PressetextNachrichtenagentur*, wskazał, iż „zmiana zamówienia publicznego w czasie jego trwania może zostać uznana za istotną, jeżeli wprowadza ona warunki, które gdyby zostały ujęte w ramach pierwotnej procedury udzielania zamówień, umożliwiłyby dopuszczenie innych oferentów niż ci, którzy brali udział w postępowaniu lub umożliwiłyby dopuszczenie innej oferty niż ta, która została pierwotnie dopuszczona.(...) Podobnie zmiana zamówienia może zostać uznana za istotną, jeśli modyfikuje ona równowagę ekonomiczną umowy na korzyść usługodawcy w sposób nieprzewidziany w warunkach pierwotnego zamówienia.” Tym samym jeżeli zmiana terminu realizacji umowy prowadziłaby do rozszerzenia kręgu potencjalnych podmiotów zainteresowanych uzyskaniem zamówienia publicznego to zmiana taka będzie zmianą istotną. Podobnie w przypadku gdy termin realizacji zamówienia stanowi kryterium oceny ofert jego zmiana będzie miała charakter istotny.

Mając na uwadze powyższe należy uznać, iż w sytuacji, w której zamawiający przewidział w specyfikacji istotnych warunków zamówienia zmianę terminu realizacji umowy (w zakresie jakim zmiana jest konieczna) brak będzie podstaw do unieważnienia postępowania. Jeśli zmiana taka nie została przewidziana niezbędna będzie ocena charakteru tej zmiany tzn. jako istotnej bądź nieistotnej z punktu widzenia ustawy Pzp. Jeżeli zmiana terminu realizacji będzie zmianą nieistotną, a zatem będzie dopuszczalną²¹ na podstawie art. 144 ust. 1 ustawy Pzp, wówczas również brak będzie podstaw do unieważnienia postępowania z powodu upływu terminu realizacji umowy.

²¹ Dopuszczalne będą zmiany nieistotne rozumiane w ten sposób, że potencjalna wiedza o ich wprowadzeniu do umowy na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie wpłynęłaby na krąg podmiotów ubiegających się o to zamówienie czy też na wynik postępowania, tj. zmiana terminu wykonania umowy, spowodowana np. wystąpieniem nieprzewidzianych niekorzystnych warunków pogodowych uniemożliwiających wykonanie robót, która by polegała na przesunięciu tego terminu o czas w którym wykonanie zamówienia nie było możliwe z przyczyn obiektywnych.

Podsumowując zawarcie umowy po upływie ostatecznego terminu jej wykonania, przy jednoczesnym braku możliwości wprowadzenia zmian do tej umowy, stanowiłoby podpisanie umowy o świadczenie niemożliwe do wykonania, zatem wypełniałoby dyspozycję art. 387 § 1 k.c., który to przepis w myśl art. 139 ust. 1 ustawy Pzp ma zastosowanie również do umów w sprawie zamówień publicznych. Konsekwencją zawarcia umowy odpowiadającej dyspozycji art. 387 § 1 k.c. byłoby zawarcie umowy nieważnej z mocy prawa. W takich okolicznościach spełniona zostałaby przesłanka unieważnienia postępowania w oparciu o art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, zgodnie z którym postępowanie unieważnia się, jeśli jest ono obarczone wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w prawie zamówienia publicznego. Jeśli jednak zmiana terminu realizacji umowy jest, zgodnie z przepisami ustawy Pzp, dopuszczalna sam upływ tego terminu nie jest wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy (tak też Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 4 lutego 2008 r. „nie jest wadą postępowania upływ terminu realizacji zamówienia określony w ofercie”²²). Tym samym, w takich okolicznościach, brak jest podstaw do unieważnienia postępowania z powołaniem się na 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

6. PRZESUNIĘCIE TERMINU REALIZACJI UMOWY

Skoro upływ terminu realizacji umowy nie jest wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy o zamówienie publiczne, to tym bardziej opóźnienie terminu realizacji umowy nie stanowi przesłanki do unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, jeśli wykonanie zamówienia jest możliwe. W jednym z wyroków Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, iż przesunięcie terminu rozpoczęcia pierwszego etapu realizacji zamówienia, nie powoduje zmiany zakresu świadczenia wykonawcy. Zakres świadczenia obejmuje to, co wykonawca zobowiązuje się zrealizować. Niemożliwość rozpoczęcia prac w terminie umożliwiającym rozliczenie części pierwszego zadania w IV kwartale 2011 r. w żaden sposób zakresu tego nie zmienia, nie jest również przesłanką unieważnienia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Ponadto Skład Orzekający zwrócił uwagę, na fakt, że planując rozpoczęcie realizacji zadania nr 1 na IV kwartał 2011 r. zamawiający wszczął postępowanie 19 października 2011 r., z terminem otwarcia ofert na 24 listopada 2011 r., a decyzję o unieważnieniu postępowania podjął dopiero 17 stycznia 2012 r., tj. prawie dwa miesiące po otwarciu ofert. W tych okolicznościach uzasadnienie konieczności unieważnienia postępowania niemożliwością wykonania części zadania nr 1 z płatnością do końca IV kwartału 2011 r., jest w ocenie Izby tym bardziej bezpodstawne²³. Podobnie Sąd Okręgowy w Gliwicach w wyroku z dnia 16 października 2007 r. wskazał, iż wadą postępowania nie jest to, że umowa nie zostanie zawarta na okres przewidziany w SIWZ, gdyż nic nie stoi na przeszkodzie, aby tę umowę zawrzeć na okres krótszy²⁴.

²² Wyrok KIO z dnia 4.02.2008 r., sygn. akt KIO/UZP 25/08. Podobnie KIO w wyroku z dnia 7.10.2008 r., sygn. akt KIO/UZP 996/08, wyroku z dnia 13.02.2008 r., sygn. akt KIO/UZP 72/08.

²³ Wyrok KIO z 8.02.2012 r., sygn. akt KIO 158/12. Podobnie KIO w wyroku z 7.05.2010 r., sygn. akt KIO 703/10.

²⁴ SO w Gliwicach w wyroku z dnia 16.10.2007 r., sygn. akt X Ga 158/07/za.

7. WSKAZANIE NIEPRAWIDŁOWEJ STAWKI PODATKU VAT

Wskazanie nieprawidłowej stawki podatku VAT, czy to przez zamawiającego, czy przez wykonawcę nie prowadzi do konieczności unieważnienia postępowania. W sytuacji, w której zamawiający wskaże w specyfikacji istotnych warunków zamówienia stawkę podatku VAT, właściwą do obliczenia ceny oferty, wykonawcy powinni liczyć się z tym, że wskazanie innej stawki podatku VAT, będzie skutkowało poprawieniem ich oferty w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Taką drogę postępowania wskazał Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 20 października 2011 r., gdzie stwierdził, że określenie w ofercie ceny brutto z uwzględnieniem nieprawidłowej stawki podatku od towarów i usług stanowi błąd w obliczeniu ceny, tylko wtedy gdy brak jest ustawowych przesłanek wystąpienia omyłki o której stanowi przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Sąd Najwyższy uznał ponadto, że zakres obowiązków kontrolnych zamawiającego i kształt nakazanych ustawą chronologicznie ujętych, kolejnych jego obowiązków, warunkowany jest treścią SIWZ. Jeżeli zatem zamawiający wskazał w SIWZ konkretną stawkę podatku VAT, kształtującą wysokość określonej w ofercie ceny, to wówczas, w przypadku przyjęcia przez wykonawcę innej stawki, dochodzi do ewentualnego wystąpienia innej omyłki, polegającej na niezgodności przyjętej w ofercie stawki VAT ze stawką zawartą w SIWZ. Niezgodność taka uzasadniałaby obowiązek poprawienia oferty w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp wówczas, gdy omyłka polegająca na takiej niezgodności nie powoduje istotnych zmian w treści oferty²⁵.

W jednym z postępowań o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia w rozdziale – Opis sposobu obliczenia ceny podał, że w cenie oferty należało uwzględnić podatek od towarów i usług (VAT), zgodnie z obowiązującą aktualnie stawką VAT 23%. Postępowanie zostało unieważnione, a w uzasadnieniu decyzji o unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp zamawiający powołał się na interpretację dyrektora jednej z izb skarbowych stwierdzając, że wskazanie przez niego [zamawiającego] 23% stawki podatku od towarów i usług dla całości dostaw w zakresie przedmiotu zamówienia było nieprawidłowe, albowiem rośliny wchodzące w zakres dostawy powinny być opodatkowane 8% stawką VAT. Zamawiający uznał, że jego błędne wskazanie nie może obciążać wykonawców. W konkluzji podniósł, że ten stan faktyczny powoduje konieczność unieważnienia przedmiotowego postępowania, albowiem zaniechanie unieważnienia postępowania rodzi ryzyko zawarcia umowy podlegającej następnie unieważnieniu. Rozpatrując odwołanie złożone w przedmiotowym postępowaniu Krajowa Izba Odwoławcza przywołała wyżej wskazaną uchwałę SN i uznała, że wskazanie przez zamawiającego stawki podatku VAT w specyfikacji uprawniało go do poprawienia innej stawki zgodnie z ustaleniami specyfikacji, z jednoczesnym powiadomieniem o tej czynności wykonawcy, którego oferty dotyczyłaby ta czynność. Ponadto zdaniem Izby nawet wskazanie przez zamawiającego błędnej stawki podatkowej – w okolicznościach niniejszej sprawy – nie można byłoby kwalifikować jako naruszenie przepisu ustawy Pzp, które – jak stanowi art. 146 ust. 6 ustawy Pzp – miałyby lub mogłyby mieć wpływ na wynik tego postępowania. W tym przypadku wszyscy wykonawcy na równych zasadach uzyskali informację o stawce

²⁵ SN w uchwałach z dnia 20 października 2011 r., sygn. akt III CZP 52/11 i sygn. akt III CZP 53/11.

podatkowej, a zatem mogli, wobec nie kwestionowania tej stawki przed złożeniem oferty, kalkulować cenę oferty na podstawie tych samych parametrów – na równych zasadach. Tym samym wskazana przez zamawiającego w decyzji o unieważnieniu postępowania okoliczność, związana z ustaloną w siwz stawką podatku VAT, nie mogłaby skutkować unieważnieniem umowy i w konsekwencji unieważnieniem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp²⁶.

Podobnie zastosowanie przez wykonawców składających oferty w tym samym postępowaniu dwóch różnych stawek podatku VAT, w sytuacji, w której zamawiający nie określa stawki tego podatku w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, również nie może być podstawą do unieważnienia postępowania. Ustawodawca obciążył zamawiającego obowiązkiem oceny ofert wykonawców, co generuje obowiązek ustalenia, czy cena oferty została prawidłowo określona, a w przypadku gdy oferta zawiera błąd w obliczaniu ceny (wskazanie nieprawidłowej stawki podatku VAT) obowiązek jej odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Tym samym brak jest podstaw do uznania, że postępowanie obciążone jest wadą uniemożliwiającą zawarcie umowy niepodlegającej unieważnieniu²⁷.

8. PODSUMOWANIE

Konkludując wskazać należy, iż kwestia prawidłowej oceny przesłanek do unieważnienia postępowania o zamówienie publiczne jest szczególnie istotna z punktu widzenia prawidłowego wydatkowania środków publicznych przez zamawiających, w tym absorpcji środków europejskich. Decyzja zamawiającego o unieważnieniu postępowania podlega bowiem kontroli, tak publicznoprawnej (kontrola sprawowana przez właściwe organy, w tym w szczególności Prezesa UZP), jak i kontroli samych wykonawców w ramach środków ochrony prawnej. W tym zakresie bezpodstawne unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego może więc okazać się szczególnie dotkliwe dla zamawiającego nie tylko ze względu na gospodarcze i finansowe skutki takiego zakończenia postępowania. Bezpodstawne unieważnienie postępowania jest także czynem kwalifikowanym jako naruszenie dyscypliny finansów publicznych²⁸. Szkodliwość takiego rozstrzygnięcia może ponadto zostać spotęgowana wystąpieniem wykonawców z roszczeniem o zwrot uzasadnionych kosztów uczestnictwa w postępowaniu, w sytuacji określonej w art. 93 ust. 4 ustawy Pzp. Biorąc powyższe pod uwagę stwierdzić należy, że decyzja zamawiającego o unieważnieniu postępowania wymaga szczególnej rozwagi, a pomocne w tym zakresie może okazać się orzecznictwo, głównie sądów okręgowych, jak i Krajowej Izby Odwoławczej.

²⁶ Tak KIO w wyroku z 25.01.2012 r., sygn. akt KIO 81/12.

²⁷ Zob. wyrok KIO z 13.07.2010 r., sygn. akt KIO 1289/10, sygn. akt KIO 1308/10.

²⁸ Więcej na temat w Unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, Magdalena Grabarczyk w *Dyscyplina finansów publicznych – stan obecny i kierunki zmian*, Kraków 2011 r.

1. WSTĘP

Instytucja związania ofertą funkcjonująca w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, choć traktowana niejednokrotnie jako pewien marginalny dodatek w procedurze udzielenia zamówienia, posiada jednak istotne znaczenie dla samego postępowania, jak i prawidłowego udzielenia zamówienia publicznego.

Instytucja ta, znajdująca swoje źródło w cywilnoprawnych podstawach funkcjonowania polskiego systemu zamówień publicznych, znana jest tak poprzez aktualnie obowiązujące regulacje ustawy Prawo zamówień publicznych², jak i regulacje poprzednio obowiązującej ustawy o zamówieniach publicznych³. Regulacje prawa europejskiego⁴ w ogóle nie odnoszą się do tej instytucji. Instytucja ta posiada więc swoje ugruntowanie w prawie krajowym.

Już poprzednio obowiązująca ustawa o zamówieniach publicznych zakładała w art. 40 ust. 1, iż dostawca lub wykonawca jest związany ofertą do czasu upływu terminu określonego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia publicznego, jednak nie dłużej niż przez okres 45 dni, zaś bieg terminu rozpoczyna się wraz z upływem terminu składania ofert. Art. 40 przywołanej ustawy przewidywał także szczegółowe regulacje związane z przedłużaniem okresu związania ofertą i powiązanie tej instytucji z wnoszeniem i okresem ważności wadium. W przepisach tej ustawy znalazła się także norma regulująca bieg terminu związania ofertą w sytuacji korzystania przez wykonawców ze środków ochrony prawnej - art. 81 ust. 3 tej ustawy przewidywał, że wniesienie protestu prowadzi do przerwania biegu terminu związania ofertą.

Przepisy aktualnie obowiązującej ustawy Prawo zamówień publicznych instytucję terminu związania ofertą odnoszą tak do regulacji, które określają długość terminu związania ofertą, zasady jego biegu, przedłużania i skutków dla wniesienia wadium (art. 85 ustawy Prawo zamówień publicznych), jak i do regulacji związanych z korzystaniem ze środków ochrony prawnej w trakcie biegu terminu związania ofertą (art. 182 ust. 6, a także pośrednio art. 184 ustawy Prawo zamówień publicznych).

Aktualne orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, a także sądów okręgowych rozpoznających skargi na orzeczenia Izby, ujawnia wiele problemów ze stosowaniem tej instytucji w praktyce. Orzecznictwo to próbuje udzielać odpowiedzi na różne pytania i wątpliwości

¹ *Mgr Małgorzata Stręciwilk, Krajowa Izba Odwoławcza.*

² Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. (Dz. U. tj. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.).

³ Ustawa z dnia 10 czerwca 1994 r. (Dz. U. tj. z 1998 r. Nr 119, poz. 773 ze zm.).

⁴ 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 (L 134/114) i Dyrektywa 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. koordynująca procedury udzielenia zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych (L 134/1).

pojawiające się w konkretnych sytuacjach faktycznych, kształtując w tym zakresie określone kierunki orzecznicze. W niektórych jednak kwestiach wątpliwości co do instytucji związania ofertą pozostają w dalszym ciągu aktualne także dla organów właściwych do rozstrzygania sporów pojawiających się w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Niniejszy artykuł będzie stanowił próbę zaprezentowania najważniejszych problemów wiążących się z instytucją związania ofertą, a także próby rozwiązania tych problemów w orzecznictwie.

2. INSTYTUCJA TERMINU ZWIĄZANIA OFERTĄ

Termin związania ofertą to nic innego jak określony czas, przez który wykonawca zobowiązuje się wobec podmiotu zamawiającego do wykonania zamówienia publicznego, a wcześniej do podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach i zasadach określonych w treści swojej oferty.

Termin ten ma znaczenie dla czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu. Przeciwnie podejście do tej instytucji wskazywałoby na nieracjonalność ustawodawcy, który w polskiej ustawie regulującej udzielanie zamówień publicznych na dostawy, usługi i roboty budowlane, przewidział stosowne, szczególne regulacje prawne dotyczące tej instytucji. Podobne stanowisko wyraziła w tej kwestii Krajowa Izba Odwoławcza w uchwale z dnia 5 lipca 2010 r. (sygn. akt: KIO/KD 46/10), rozstrzygającej zastrzeżenia zamawiającego od wyników kontroli Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych oraz w wyroku z dnia 28 grudnia 2010 r. (sygn. akt: KIO 2678/10), gdzie wskazywano m.in., że wybór oferty najkorzystniejszej nie może nastąpić w stosunku do oferty, co do której upłynął termin związania ofertą.

Wiele mylących opinii pojawiło się w doktrynie co do terminu związania ofertą po ogłoszeniu w 2010 r. przez Trybunał Konstytucyjny postanowienia w sprawie skargi konstytucyjnej złożonej przez jednego z wykonawców ubiegających się o zamówienie publiczne, a dotyczącej zgodności art. 94 ust. 1 w związku z art. 181 ust. 1 i art. 182 ust. 2 pkt 3 lit. a i b ustawy Prawo zamówień publicznych w brzmieniu obowiązującym według publikatora: Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163 ze zm., z art. 2, art. 32, art. 77, art. 78 i art. 176 ust. 1 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej⁵. Chodziło w tym przypadku o regulacje ustawy Prawo zamówień publicznych odnoszące się do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego w terminie związania ofertą w kontekście regulacji odnoszących się do zawieszenia terminu związania ofertą w przypadku wniesienia środka ochrony prawnej. Złożona przez wykonawcę skarga konstytucyjna odnosiła się do brzmienia art. 94 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, sprzed nowelizacji ustawy Prawo zamówień publicznych w 2007 r.⁶ i w 2008 r.⁷ Postano-

⁵ Postanowienie Trybunału Konstytucyjnego z dnia 24 lutego 2010 r.; sygn. akt: SK 22/08

⁶ Ustawa z dnia 13 kwietnia 2007 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 82, poz. 560), która wprowadziła w życie art. 94 ust. 1a ustawy Prawo zamówień publicznych, stanowiący, że umowa w sprawie zamówienia publicznego może zostać zawarta także po upływie terminu związania ofertą, jeżeli zamawiający przekaze wykonawcom informację o wyborze oferty najkorzystniejszej przed upływem terminu związania ofertą, a wykonawca wyrazi zgodę na zawarcie umowy na warunkach określonych w złożonej ofercie.

⁷ Ustawa z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 171, poz. 1058), która w art. 94 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych zrezygnowała w ogóle

wieniem tym Trybunał Konstytucyjny ze względu na zmianę wskazanych regulacji ustawy Prawo zamówień publicznych odnoszących się do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, umorzył postępowanie w przedmiotowej sprawie. W uzasadnieniu swojego stanowiska Trybunał Konstytucyjny stwierdził, że zmienione brzmienie przede wszystkim art. 94 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, które nie odnosi się już do terminu związania ofertą w kontekście możliwości zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, wskazuje na to, że obecnie upływ terminu związania ofertą nie stoi na przeszkodzie zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Aktualne brzmienie art. 94 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych⁸ także w żaden sposób nie wiąże skutków legalnego zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego z terminem związania ofertą, stąd też rozważania poczynione w tym przedmiocie przez Trybunał Konstytucyjny, należy uznać również aktualnie za wiążące. Warto podkreślić, że w tym zakresie celem wprowadzenia instytucji związania ofertą w art. 94 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, w brzmieniu zaskarżonym skargą konstytucyjną, nie było ograniczenie możliwości zawarcia umowy po upływie terminu związania ofertą, a jedynie zagwarantowanie, że umowa zostanie zawarta w okresie jego związania, bowiem w okresie tym na wykonawcy ciąży obowiązek zawarcia umowy, wiążący się jednocześnie z uprawnieniem zamawiającego do żądania jej zawarcia, a w przypadku odmowy – do zatrzymania wadium. Tymczasem po upływie terminu związania ofertą obowiązek zawarcia umowy przez wykonawcę wygasłby, co także oznacza, że zamawiający nie może już od wykonawcy domagać się jej zawarcia⁹.

Należy jednak wyraźnie podkreślić, że wskazane rozważania Trybunału dotyczą jedynie bezcelowości odnoszenia instytucji związania ofertą wyłącznie w zakresie czynności zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Trybunał Konstytucyjny nie zanegował celowości i stosowania w praktyce instytucji związania ofertą w toku samego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności co do czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. Trybunał nie zakwestionował bowiem innych przepisów ustawy odnoszących się do terminu związania ofertą, a przede wszystkim art. 85 ustawy Prawo zamówień publicznych, czy też art. 24 ust. 2 pkt 2 tej ustawy, nakazującego wykluczenie z postępowania wykonawcy m.in. z tego powodu, gdy wykonawca nie zgodził się na przedłużenie terminu związania ofertą.

Kontynuując rozważania na temat instytucji związania ofertą warto też podkreślić, że termin ten niewątpliwie odnosi się wyłącznie do treści oferty, a więc będzie miał zastosowanie do tych trybów postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, gdzie mamy do czynienia z ofertą *sensu stricte*. Biorąc pod uwagę powyższe, termin związania ofertą nie będzie miał zastosowania do trybu zamówienia z wolnej ręki, w którym zamawiający negocjuje warunki realizacji zamówienia z jednym wykonawcą i po ich zakończeniu udziela temu wykonawcy za-

z obowiązku zawierania umowy w sprawie zamówienia publicznego w terminie związania ofertą, wskazując wyłącznie na minimalne terminy, w których możliwe jest zawarcie umowy od momentu przekazania wykonawcom zawiadomienia o wyborze oferty.

⁸ Nadane ustawą z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778).

⁹ Za pismem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 29 lipca 2009 r. ustosunkowującym się do skargi konstytucyjnej w: postanowienie Trybunału Konstytucyjnego z dnia 24 lutego 2010 r.; sygn. akt: SK 22/08

mówienia publicznego (art. 66 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych). Termin związania ofertą odnoszący się do samej treści oferty składanej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, nie będzie miał zastosowania w odniesieniu do wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, które służąc wstępnej, podmiotowej kwalifikacji wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, poprzedzają złożenie ofert w trybach wieloetapowych (przetarg ograniczony, negocjacje z ogłoszeniem, dialog konkurencyjny, czy też licytacja elektroniczna).

Przedstawienie stanowiska o związaniu się swoją ofertą przez wykonawcę stanowi jego dobrowolne oświadczenie woli składane zamawiającemu w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W tym zakresie powinny mieć zastosowanie reguły odnoszące się do oświadczeń woli, uregulowane w przepisach Kodeksu cywilnego (art. 60 i następane)¹⁰, do których to przepisów, w sytuacjach nieuregulowanych w ustawie Prawo zamówień publicznych, odsyła art. 14 tej ustawy. Adekwatną instytucję do terminu związania ofertą znajdziemy w art. 66 § 2 Kodeksu cywilnego. Przepis ten wskazuje, że termin związania ofertą to termin, w ciągu którego oferent będzie oczekiwać odpowiedzi od drugiej strony, której została złożona oferta. Według tej regulacji długość tego terminu może być oznaczona przez samego oferenta w swojej ofercie lub w przypadku braku takiego oznaczenia, zakończenie terminu związania ofertą następuje z upływem czasu, w którym składający ofertę mógł w zwykłym toku czynności otrzymać odpowiedź wysłaną bez nieuzasadnionego opóźnienia.

W przypadku terminu związania ofertą przewidzianego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wskazana powyżej regulacja cywilnoprawna podlega pewnej modyfikacji. Ustawodawca w przypadku ustawy Prawo zamówień publicznych zdecydował, że to podmiot zamawiający w oparciu obowiązujące przepisy określa wiążący i jednakowy dla wszystkich uczestników postępowania (wykonawców) termin związania ofertą. W tym przypadku zrezygnowano zatem z uprawnienia przysługującego w świetle przepisów Kodeksu cywilnego oferentowi do swobodnego wyznaczania terminu związania swoją ofertą. Powyższe rozwiązanie odmienne od stanowiących podstawę dla systemu zamówień publicznych regulacji cywilnoprawnych, wprowadzone zostało do ustawy Prawo zamówień publicznych, biorąc pod uwagę przede wszystkim główną zasadę prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tj. zasadę równego traktowania wykonawców. Tym samym zatem termin związania ofertą w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego ustalany jest przez zamawiającego dla wszystkich wykonawców w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, stosownie do art. 36 ust. 1 pkt 9 ustawy Prawo zamówień publicznych. Jednak w tym zakresie zamawiającemu nie pozostawiono zupełnej dowolności. Określenie maksymalnej długości terminu związania ofertą uzależnione jest bowiem od wartości szacunkowej przedmiotu zamówienia, ustalonej przez zamawiającego przed wszczęciem postępowania, zgodnie z art. 32 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Art. 85 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych przewiduje relację: im większa wartość przedmiotu zamówienia, tym dłuższy termin związania ofertą. I tak dla zamówień o wartości poniżej progów unijnych, tj. wartości kwot określonych w przepisach wykonawczych wydanych do ustawy Prawo za-

¹⁰ Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz. U. Nr 16, poz. 19 ze zm.).

mówień publicznych na podstawie art. 11 ust. 8¹¹, termin związania ofertą wynosi 30 dni, dla zamówień powyżej wartości progów unijnych, ale poniżej wartości 20 000 000 euro dla robót budowlanych i 10 000 000 euro dla dostaw lub usług, termin związania ofertą wynosi 60 dni, natomiast w zamówieniach o najwyższej wartości (od wartości 20 000 000 euro dla robót budowlanych i 10 000 000 euro dla dostaw lub usług) będzie to termin 90-dniowy.

3. ROZPOCZĘCIE I ZAKOŃCZENIE BIEGU TERMINU ZWIĄZANIA OFERTĄ

Bardzo ważną regulacją z punktu widzenia liczenia terminu związania ofertą w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, do której orzecznictwo w sprawach zamówień publicznych odnosiło się wielokrotnie, jest art. 85 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych. Przepis ten wskazuje na moment rozpoczęcia biegu terminu związania ofertą. Stanowi on, że bieg ten rozpoczyna się wraz z upływem terminu składania ofert. Powyższe oznacza, że pierwszy dzień terminu związania ofertą to dzień otwarcia ofert, niezależnie od tego, czy otwarcie ofert odbywa się w godzinach porannych, czy popołudniowych. Można nawet teoretycznie rozważać, że gdyby zamawiający wyznaczył termin otwarcia ofert określonego dnia na godzinę 23.59, to w tym właśnie dniu mielibyśmy już do czynienia z rozpoczęciem biegu terminu związania ofertą (jego pierwszym dniem).

W przypadku art. 85 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych mamy do czynienia ze swoją, odrębną regulacją Prawa zamówień publicznych w stosunku do przepisów Kodeksu cywilnego, jeśli chodzi o sposób liczenia terminów. Ustawa Prawo zamówień publicznych zasadniczo nie zawiera szczególnych regulacji dotyczących sposobu liczenia terminów. Z tych też względów przyjmuje się – stosownie do art. 14 ustawy Prawo zamówień publicznych – że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zastosowanie znajdują przepisy Kodeksu cywilnego dotyczące terminów (art. 110 i następane Kodeksu cywilnego). W przypadku jednak rozpoczęcia biegu terminu związania ofertą ustawodawca w art. 85 ust. 5 ustawy przewidział odmienny od art. 111 § 2 Kodeksu cywilnego sposób liczenia terminu. Dzień, w którym nastąpiło zdarzenie, które zostało określone jako początek biegu terminu związania ofertą, tj. otwarcie ofert, wliczany jest do biegu terminu. Powyższe jest możliwe dzięki użyciu przez ustawodawcę we wskazanym przepisie określenia: „wraz z upływem terminu składania ofert”, a nie: „od upływu terminu składania ofert”. Na taki sposób interpretacji przywołanego przepisu ustawy Prawo zamówień publicznych wielokrotnie wskazywano w orzecznictwie, m.in. w wyroku Izby z dnia 15 grudnia 2009 r. (sygn. akt: KIO/UZP 1659/09), jak również z dnia 15 stycznia 2008 r. (sygn. akt: KIO/UZP 65/07, czy z dnia 3 kwietnia 2008 r. (sygn. akt: KIO/UZP 246/08).

Taki odrębny tryb uregulowania rozpoczęcia biegu terminu związania ofertą w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego ma istotne praktyczne znaczenie dla wykonawców składających swoje oferty. Złożona przez wykonawcę oferta – jeśli zamawiający w danym postępowaniu przewidział konieczność jej zabezpieczenia wadium – w określonym w spe-

¹¹ Aktualnie jest to rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 16 grudnia 2011 r. w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich (Dz. U. Nr 282, poz. 1649).

cyfikacji terminie związania ofertą powinna to zabezpieczenie przewidywać. Problem jest szczególnie istotny, jeśli wykonawca korzysta z możliwości złożenia wadium w formie dokumentu – gwarancji ubezpieczeniowej czy bankowej. W takiej sytuacji, w przypadku niewłaściwego obliczenia początku biegu terminu związania ofertą i przyjęcia zasad obowiązujących w tym zakresie w Kodeksie cywilnym, wykonawca może także niewłaściwie obliczyć termin związania ofertą – 30, 60 lub 90-dniowy i tym samym nie objąć tym terminem dnia otwarcia ofert. Powyższe będzie takiego wykonawcę dyskwalifikowało z udziału w postępowaniu.¹²

Nader istotne znaczenie w praktyce prowadzenia postępowań o udzielenie zamówienia publicznego ma także ustalenie zakończenia biegu terminu związania ofertą. Termin ten, jako termin oznaczony w dniach, stosownie do art. 111 § 2 Kodeksu cywilnego, kończy się z upływem ostatniego dnia ustalonego terminu. Oznacza to, że termin ten kończy swój bieg z upływem czasu, na który został ustalony w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (30, 60 lub 90 dni) lub po upływie okresu, na jaki nastąpiło przedłużenie tego terminu w trybie przewidzianym w art. 85 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Problematyczną była w orzecnictwie kwestia sposobu liczenia terminu związania ofertą, jeśli jego upływ przypadał na dzień ustawowo wolny od pracy¹³. W doktrynie pojawiało się stanowisko, wedle którego reguła przewidziana w art. 115 Kodeksu cywilnego, który przewiduje, że jeżeli koniec terminu do wykonania czynności przypada na dzień uznany ustawowo za wolny od pracy, termin ten upływa dnia następnego – ma także zastosowanie do upływu terminu związania ofertą¹⁴. Z poglądem tym polemizuje orzecznictwo tak Krajowej Izby Odwoławczej, jak i sądów okręgowych właściwych w sprawach skarg na orzeczenia Izby. W jednym z wyroków Izby (wyrok z dnia 15 grudnia 2009 r.; sygn. akt: KIO/UZP 1659/09) wskazuje się, że art. 115 Kodeksu cywilnego do upływu terminu związania ofertą nie będzie miał zastosowania. Izba podkreśliła tam, że przywołany przepis Kodeksu cywilnego ma zastosowanie w sytuacji, w której na dzień wolny od pracy przypada koniec terminu do wykonania jakiejś czynności, jeśli natomiast koniec terminu nie wiąże się z dokonaniem określonej czynności, przepis ten nie będzie miał zastosowania. W ocenie Izby upływ terminu związania ofertą nie wiąże się z obowiązkiem dokonania jakiegokolwiek czynności, zatem nie ma powodów, aby termin ten przedłużać do dnia następnego, jeśli termin ten upływa w dzień ustawowo wolny od pracy¹⁵. Stanowisko to znajduje swoje potwierdzenie także w orzecnictwie sądów powszechnych. Przykładowo należy tutaj wskazać na wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 30 stycznia 2007 r. (sygn. akt: XIX Ga 3/07).

4. PRZEDŁUŻANIE TERMINU ZWIĄZANIA OFERTĄ

Ustawa Prawo zamówień publicznych reguluje w sposób ścisły także zasady przedłużania terminu związania ofertą. Ustawodawca przewidział, że przedłużenie terminu związania ofertą

¹² Por. wyrok KIO z dnia 12 września 2008 r. (sygn. akt: KIO/UZP 901/08).

¹³ Stosownie do regulacji ustawy z dnia 18 stycznia 1951 r. o dniach wolnych od pracy (Dz. U. Nr 4, poz. 28 ze zm.).

¹⁴ Tak W. Dzierżanowski w: Prawo zamówień publicznych. Komentarz, 3 Wydanie. Warszawa 2007 r., s. 313.

¹⁵ Przeciwnie stanowisko Izby zostało wyrażone w wyroku z dnia 5 lipca 2011 r.; sygn. akt: KIO 1317/11.

może nastąpić w dwojaki sposób – w zależności od tego, kto jest inicjatorem dokonania tej czynności – tj. alternatywnie samodzielnie przez wykonawcę lub przez wykonawcę na wniosek zamawiającego (art. 85 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych). Ustawa w zależności od tego, w jaki sposób następuje przedłużenie terminu związania ofertą przewiduje dodatkowe warunki i obostrzenia dla dokonania tej czynności. Te dodatkowe warunki ustawa wiąże z przedłużeniem terminu związania ofertą na wniosek zamawiającego. W takiej sytuacji art. 85 ust. 2 ustawy przewiduje trzy istotne warunki skuteczności dokonania czynności przedłużenia terminu związania ofertą przez wykonawcę. Po pierwsze na wniosek zamawiającego dopuszczalne jest przedłużenie terminu związania ofertą wyłącznie raz w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Po drugie przedłużenie terminu w takiej sytuacji możliwe jest maksymalnie o okres 60 dni. I wreszcie po trzecie w przepisie tym ustanowiono zamawiającemu określony czas na zwrócenie się do wykonawcy o przedłużenie terminu związania ofertą – może to nastąpić nie później niż 3 dni przed upływem terminu związania ofertą.

Przepisy ustawy nie przewidują żadnych obwarowań dla samodzielnego przedłużenia terminu związania ofertą przez wykonawcę. Jedynym ważnym warunkiem dla skuteczności przedłużenia tego terminu – i to niezależnie od tego, czy następuje to z inicjatywy wykonawcy, czy też na wniosek zamawiającego – jest konieczność jednoczesnego przedłużenia okresu ważności wadium albo, jeżeli jest to niemożliwe, wniesienia nowego wadium na przedłużony okres związania ofertą (art. 85 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych).

Zauważyć tutaj najpierw należy, że wezwanie zamawiającego powinno dotyczyć zasadniczo przedłużenia terminu związania ofertą, a nie przedłużenia ważności wadium. Wezwanie do przedłużenia ważności wadium wiąże się z obowiązkowym wezwaniem zamawiającego kierowanym do wykonawców w zupełnie innej sytuacji, mianowicie wtedy, gdy istnieje groźba upływu ważności wadium z powodu wszczęcia procedury odwoławczej i zawieszenia biegu terminu związania ofertą (art. 182 ust. 6 ustawy), o czym mowa poniżej. Jeśli natomiast zamawiający w toku postępowania o zamówienie publiczne stwierdza – niezależnie od procedury korzystania ze środków ochrony prawnej - że nie będzie mógł zabezpieczyć swoich interesów, związanych z wyborem oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, bądź wiążących się z ewentualnością zatrzymania wadium od wykonawcy wybranego w postępowaniu, który odmówiłby podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego, może zwrócić się do wykonawcy o przedłużenie terminu związania ofertą na warunkach określonych w art. 85 ust. 2 ustawy, kierując do niego właściwe wezwanie. O obowiązkowym przedłużeniu w takiej sytuacji także ważności wadium na pełny, wydłużony okres związania ofertą, powinien pamiętać samodzielnie wykonawca, mając na względzie dyspozycję art. 85 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Orzecznictwo wielokrotnie wypowiadało się na temat przedłużania terminu związania ofertą w kontekście przedłużenia terminu (ważności) wadium. Pewną dyskusyjną kwestię stanowiło tutaj zastosowanie przez ustawodawcę w art. 85 ust. 4 ustawy pojęcia: „jednoczesne przedłużenie”. W jednym z orzeczeń Izby¹⁶ rozstrzygana była kwestia zakresu rozumienia tego pojęcia. Izba oceniała spór pomiędzy odwołującym się wykonawcą, a zamawiającym co do

¹⁶ Wyrok KIO z dnia 11 marca 2011 r. (sygn. akt: KIO 385/11, KIO 386/11, KIO393/11, KIO 406/11).

tego, czy obie czynności – przedłużenie terminu związania ofertą i przedłużenie ważności wadium – powinny być dokonane łącznie. W ocenie Izby, dla wypełnienia wymogu „jednocześnie” obu wskazanych czynności wystarczające jest, jeśli czynności te zostaną dokonane przed upływem terminu związania ofertą, tak, aby zachowana była ciągłość zabezpieczenia oferty wadium w całym okresie związania wykonawcy złożoną ofertą. Czynności te – w ocenie Izby – nie musiały być zatem dokonane w jednym czasie (łącznie), ale w takim czasie, aby wymogi: związania ofertą oraz zabezpieczenia oferty ważnym wadium, były spełnione jednocześnie i w sposób nieprzerwany. Wykonawca musi dokonać stosownego przedłużenia, może to jednak uczynić w różnych datach. Istotne jest jednak, aby były to daty następujące odpowiednio przed upływem terminu związania ofertą dla czynności przedłużenia terminu związania ofertą i przed upływem ważności wadium dla czynności wydłużenia terminu ważności wadium lub wniesienia nowego wadium na wydłużony okres związania ofertą. Podobne stanowisko w sprawie zaprezentował także Sąd Okręgowy w Łodzi w wyroku z dnia 17 marca 2010 r. (sygn. akt: III Ca 177/10), oddalającym skargę na wyrok Izby z dnia 18 grudnia 2008 r. w sprawie o sygn. akt: KIO/UZP 1678/09.

Dla instytucji przedłużenia terminu związania ofertą znaczenie ma również forma oświadczenia wykonawcy o przedłużeniu tego terminu. Z pewnością oświadczenie o przedłużeniu terminu związania ofertą nie może mieć dorozumianego charakteru. W tym zakresie orzecznictwo jest spójne i wynika z niego, że przedłużenie terminu związania ofertą jest instytucją mającą podstawowe znaczenie dla wykonawcy biorącego udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, która to instytucja determinuje dalsze uczestnictwo wykonawcy w postępowaniu w sytuacji, gdy pierwotny termin związania ofertą kończy się, a postępowanie nie zostało jeszcze rozstrzygnięte. Z tego też względu zgoda wykonawcy na przedłużenie terminu związania ofertą nie może mieć charakteru dorozumianego, lecz winna być oświadczeniem wykonawcy¹⁷. Przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych, poza faktycznym złożeniem stosownego oświadczenia, nie przewidują możliwości dopuszczenia innego sposobu przedłużenia terminu związania ofertą, tym samym nie można także mówić o sposobie dorozumianego złożenia oświadczenia o przedłużeniu terminu związania ofertą poprzez np. sam fakt wniesienia odwołania w danym postępowaniu.¹⁸ Tak więc, o ile można wskazywać na możliwość dorozumianego przedłużenia ważności wadium złożonego w formie pieniężnej, poprzez brak złożenia wniosku do zamawiającego o wycofanie wadium z postępowania, to – jak wynika z orzecznictwa Izby – brak jest możliwości przedłużenia terminu związania ofertą *per facta concludentia*, tj. bez formalnego oświadczenia wykonawcy złożonego w tym przedmiocie¹⁹.

Odnosząc się do formy, w jakiej oświadczenie o przedłużeniu terminu związania ofertą powinno być złożone, Krajowa Izba Odwoławcza także wielokrotnie odnosiła się do tej kwestii, wskazując jako istotne i wiążące w tym zakresie postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia, co do formy kontaktów z wykonawcami przyjętej w danym postępowaniu

¹⁷ Tak KIO m.in. w wyroku z dnia 22 marca 2010 r. (sygn. akt: KIO/UZP 267/10) oraz w wyroku z dnia 12 lipca 2010 r. (KIO/UZP 1226/10, KIO/UZP 1275/10).

¹⁸ Por. wyrok KIO z dnia 16 września 2011 r. (sygn. akt: KIO 1900/11).

¹⁹ Por. wyrok KIO z dnia 28 października 2010 r. (sygn. akt: KIO 2276/10).

o udzielenie zamówienia publicznego, stosownie do regulacji zawartej w art. 27 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Oświadczenie takie może być zatem zawsze złożone w formie pisemnej, zaś faksem lub mailem dopuszczalne jest złożenie takiego oświadczenia o ile zamawiający dopuścił ten sposób porozumiewania się w postępowaniu²⁰. W jednym z orzeczeń Izba dopuściła także możliwość osobistego złożenia zamawiającemu przez wykonawcę oświadczenia o przedłużeniu terminu związania ofertą w kopii, w sytuacji gdy specyfikacja dopuszczała faksową formę kontaktów w postępowaniu, uznając, że w tym przypadku będziemy mieli do czynienia z identycznym skutkiem złożenia oświadczenia przez wykonawcę dla zamawiającego (tak w przypadku przesłania oświadczenia o przedłużeniu terminu związania ofertą drogą faksową, jak i w przypadku przekazania osobiście zamawiającemu kserokopii tego oświadczenia, w dyspozycji zamawiającego pozostaje oświadczenie w formie kopii)²¹.

W jednym ze stosunkowo nowych orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej - mianowicie w wyroku z dnia 4 stycznia 2012 r. (sygn. akt: KIO 2754/11) – Izba dotknęła nader ważnej kwestii związanej z przedłużeniem terminu związania ofertą, tj. złożenia oświadczenia w tym przedmiocie przez osoby umocowane do reprezentacji wykonawcy. Niewątpliwą dotychczas w orzecznictwie była okoliczność, że dla skutecznego złożenia oświadczenia o przedłużeniu terminu związania ofertą ważne jest złożenie tego oświadczenia przez osobę, która ma uprawnienie do działania w imieniu wykonawcy na podstawie informacji wynikających z danych rejestrowych, czy też pełnomocnictw załączonych do oferty, albo też na wcześniejszym etapie postępowania, tj. we wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu w przypadku postępowań wieloetapowych. Przywołane orzeczenie Izby wskazuje na jeszcze jeden aspekt tej sprawy – konieczność wezwania w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych do uzupełniania dokumentu pełnomocnictwa, jeśli takowe, uprawniające do działania przez określoną osobę składającą oświadczenie o przedłużeniu terminu związania ofertą, nie zostało załączone do oferty (czy też na wcześniejszym etapie postępowania). Dopiero bezskuteczny upływ wyznaczonego terminu na uzupełnienie pełnomocnictwa może powodować jakiegokolwiek negatywne konsekwencje wynikające z niezłożenia pełnomocnictwa i tym samym nieskutecznego złożenia oświadczenia o przedłużeniu terminu związania ofertą. Izba wskazała na *ratio legis* art. 26 ust. 3 ustawy, wskazując, że postępowanie uzupełniające ma zapobiegać eliminowaniu z postępowania wykonawców, którzy popełnili drobne błędy i konieczności wyboru w takich sytuacjach mniej korzystnych ofert. Takim przykładem błędu – zdaniem Izby – który podlega uzupełnieniu w tym trybie jest niezłożenie pełnomocnictwa lub złożenie pełnomocnictwa wadliwego. Izba podkreśliła także, że wskazany przepis ustawy znajduje zastosowanie do całego postępowania o udzielenie zamówienia i nie ma przy tym znaczenia, czy brak w zakresie pełnomocnictwa występuje przy pierwszej, czy kolejnej czynności podejmowanej przez wykonawcę w postępowaniu. W ocenianym przez Izbę w przedmiotowej sprawie stanie faktycznym stan „niezłożenia pełnomocnictwa”, o którym mowa w art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, zaktualizował się w dniu, w którym do zamawiającego dotarło oświadczenie o wyrażeniu zgody na przedłużenie terminu związania ofertą podpisane w imieniu odwołującego przez osobę, dla której pełnomocnictwo nie zostało załączone wcześniej do oferty.

²⁰ Por. wyrok KIO z dnia 19 października 2010 r. (sygn. akt: KIO 2204/10).

²¹ Tak KIO w wyroku z dnia 15 czerwca 2011 r. (sygn. akt: KIO 1191/11).

5. ZAWIESZENIE BIEGU TERMINU ZWIĄZANIA OFERTĄ JAKO SKUTEK WNIESIENIA ODWOŁANIA

W sposób zdecydowany należy odróżnić instytucję przedłużenia terminu związania ofertą, o której mowa powyżej, od instytucji zawieszenia biegu terminu związania ofertą. Choć obydwie instytucje *de facto* wywołują podobny skutek w postaci faktycznego wydłużenia terminu związania ofertą, to ich stosowanie w praktyce wywołuje zupełnie inne konsekwencje. Ponadto stosowanie tych instytucji odbywa się w pełni na innych zasadach.

Przedłużenie terminu związania ofertą, o czym mowa powyżej (art. 85 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych), z natury swojej ma na celu wywołanie takiego efektu, że termin ten będzie trwał dłużej niż pierwotnie zakładano. Zawieszenie biegu terminu związania ofertą powoduje zaś, że czasowo działanie, bieg danego terminu zostaje wstrzymany. Skutek zawieszenia terminu związania ofertą w odróżnieniu od przedłużenia tego terminu jest niezależny od woli wykonawcy, czy też zamawiającego, powstaje niejako automatycznie, z mocy prawa, na skutek wniesienia odwołania po otwarciu ofert w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego²². Zawieszenie biegu terminu związania ofertą wynikające ze złożenia do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołania wywołuje skutek wstrzymania biegu tego terminu do określonego momentu, którym jest ogłoszenie orzeczenia Izby w sprawie wniesionego odwołania. Po ogłoszeniu tego orzeczenia termin związania ofertą kontynuuje swój bieg począwszy od momentu, w którym nastąpiło zawieszenie jego biegu. Podobną regulację ustawodawca wprowadził w odniesieniu do biegu terminu związania ofertą w przypadku wszczęcia przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych kontroli uprzedniej danego zamówienia współfinansowanego ze środków Unii Europejskiej (art. 170 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych). Moment zawieszenia biegu tego terminu w tym przypadku kończy się w chwili zakończenia kontroli Prezesa Urzędu.

Ustawodawca dość konsekwentnie wprowadził instytucję zawieszenia biegu terminu związania ofertą jako zabezpieczenie ofert złożonych przez wykonawców w postępowaniu przed ewentualną utratą ich ważności w związku z toczącym się postępowaniem odwoławczym, bądź kontrolnym. W tym celu także, w przypadku postępowania odwoławczego w art. 184 ustawy Prawo zamówień publicznych, nałożono na zamawiającego obowiązek czuwania nad ważnością zabezpieczenia wadialnego ofert. Termin związania ofertą z mocy prawa w takiej sytuacji ulega zawieszeniu, jednak wadium kontynuuje swój bieg i w skrajnej sytuacji jego ważność mogłaby się zdezaktualizować. Z tych też względów ustawodawca we wskazanym art. 184 ustawy Prawo zamówień publicznych nałożył na zamawiającego obowiązek skierowania do wykonawców – nie później niż 7 dni przed upływem ważności wadium – wezwania do przedłużenia ważności wadium albo wniesienia nowego wadium na okres niezbędny do zabezpieczenia postępowania do zawarcia umowy. Usytuowanie tego przepisu w przepisach dotyczących postępowania odwoławczego wskazuje, że przywołany obowiązek nałożony na zamawiającego aktualizuje się w momencie złożenia odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, a najpóźniej w toku tego postępowania, jednak nie później niż 7 dni przed

²² Por. z wyrokiem KIO z dnia 1 kwietnia 2011 r. (sygn. akt: KIO 609/11).

upływem ważności wadium. Podobnej regulacji co do przedłużenia ważności wadium nie przewidują przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych w przypadku kontroli uprzedniej zamówień, o której mowa powyżej.

Problematyczną w tym zakresie jest kwestia na jak długi okres w tym przypadku ważność wadium powinna być przedłużona w związku z wezwaniem zamawiającego. Ustawodawca posługuje się w tym zakresie określeniem: „*na okres niezbędny do zabezpieczenia postępowania do zawarcia umowy*”. Powyższe oznacza, że wadium ma zostać przedłużone na tak długi okres, w którym będzie toczyło się postępowanie odwoławcze, aż do ewentualnego momentu podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego. Wskazanie w tym zakresie konkretnej daty wydaje się każdorazowo nierealne. Jest to data przyszła i niepewna, stąd też wskazywanie jej dla przedłużenia ważności wadium na okres związania ofertą, przy jednoczesnym zawieszeniu biegu tego terminu, jest faktycznie niemożliwe i wydaje się być nieuzasadnione. Wystarczającym jest w takiej sytuacji (w czasie zawieszenia biegu terminu związania ofertą), jeśli wykonawca zachowa ciągłość wadium w tym okresie, przedłużając jego ważność w taki sposób, aby nie dopuścić do jego przerwania. Ten sposób przedłużenia wadium w przypadku instytucji zawieszenia biegu terminu związania ofertą (art. 182 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych) różni się od przedłużenia ważności wadium w związku z instytucją przedłużenia terminu związania ofertą w trybie art. 85 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdzie art. 85 ust. 4 ustawy przewiduje konieczność wydłużenia przez wykonawcę ważności wadium na przedłużony, a więc pełny termin związania ofertą.

W postępowaniach odwoławczych toczących się przed Krajową Izbą Odwoławczą Izbą wielokrotnie spotyka się z tym problem, kiedy następuje pomylenie skutków prawnych i konsekwencji wynikających ze stosowania w praktyce tych dwóch instytucji: przedłużenia terminu związania ofertą i zawieszenia biegu terminu związania ofertą oraz wiążącej się z tymi instytucjami czynności wydłużenia ważności wadium - także z odrębnymi skutkami dla obydwu instytucji.

6. PODSUMOWANIE

Zaprezentowane problemy wynikające ze stosowania w praktyce instytucji terminu związania ofertą to tylko niektóre, wybrane zagadnienia, które pojawiają się najczęściej w orzecznictwie. Przedstawione problemy mogą co najwyżej stanowić pewien asumpt do otwarcia szerszej dyskusji na temat tej instytucji funkcjonującej w polskiej ustawie dotyczącej zamówień publicznych. Wydaje się, że dyskusja ta jest uzasadniona przynajmniej, co do negatywnych skutków wynikających z bezskutecznego upływu terminu związania ofertą w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Skutki te są ważne choćby z formalnoprawnego punktu widzenia – oceny, czy jest to skutek odnoszący się do wykonawcy (podstawa do wykluczenia wykonawcy z postępowania), czy też odnoszący się do oferty (podstawa do odrzucenia oferty), nie mówiąc już o materialnej sferze tych skutków istotnej dla czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, a także wypełnienia zasady równego traktowania wykonawców w postępowaniu i uczciwej konkurencji.

**ZAMÓWIENIA PUBLICZNE
W KSZTAŁTOWANIU EFEKTYWNOŚCI
WYDATKOWANIA
ŚRODKÓW UNIJNYCH**

FUNKCJE ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH W ŚWIETLE WYKORZYSTANIA ŚRODKÓW UNIJNYCH

Elżbieta Adamowicz¹
Ewa Walaszczyk²

1. WSTĘP

Historia polskiego systemu zamówień publicznych sięga okresu międzywojennego. System oparty na uregulowaniach prawnych zaczął kształtować się po uzyskaniu niepodległości. Sytuacja państwa wymagała wówczas podjęcia działań, które zmierzałyby do jak najszybszej odbudowy i scalenia kraju. Jednym z takich działań było stworzenie systemu zlecania zamówień publicznych, które stanowiły jeden ze stymulatorów i katalizatorów rozwoju gospodarki oraz jednocześnie, dzięki którym można było kształtować rozwój państwa. W tym okresie była to nadrzędna rola zamówień publicznych. Dostrzeżono wówczas, że wykorzystując funkcję zamówień publicznych można wpływać na rozwój gospodarki.

Celem poniższego opracowania jest analiza wybranych funkcji zamówień publicznych w kontekście projektów realizowanych z funduszy unijnych. Opracowanie to należy traktować jedynie jako szkic zagadnienia, ogólny wstęp do rozważań nad poruszoną problematyką. W opracowaniu główny nacisk położono na przedstawienie wybranych funkcji, których realizacja powinna być szczególnie istotna przy efektywnej alokacji środków finansowych otrzymywanych z Unii Europejskiej.

2. INSTRUMENTALNA FUNKCJA ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

Zamówienia publiczne pełnią różne funkcje w zależności od potrzeb państwa. Przede wszystkim są narzędziem realizacji strategii rozwoju kraju. Jest to instrumentalna funkcja zamówień publicznych. Poprzez proces legislacyjny czyli tworzenie odpowiednich przepisów prawnych, państwo może wspomagać osiągnięcie wytyczonych celów gospodarczych, społecznych, a także politycznych (rysunek 1).

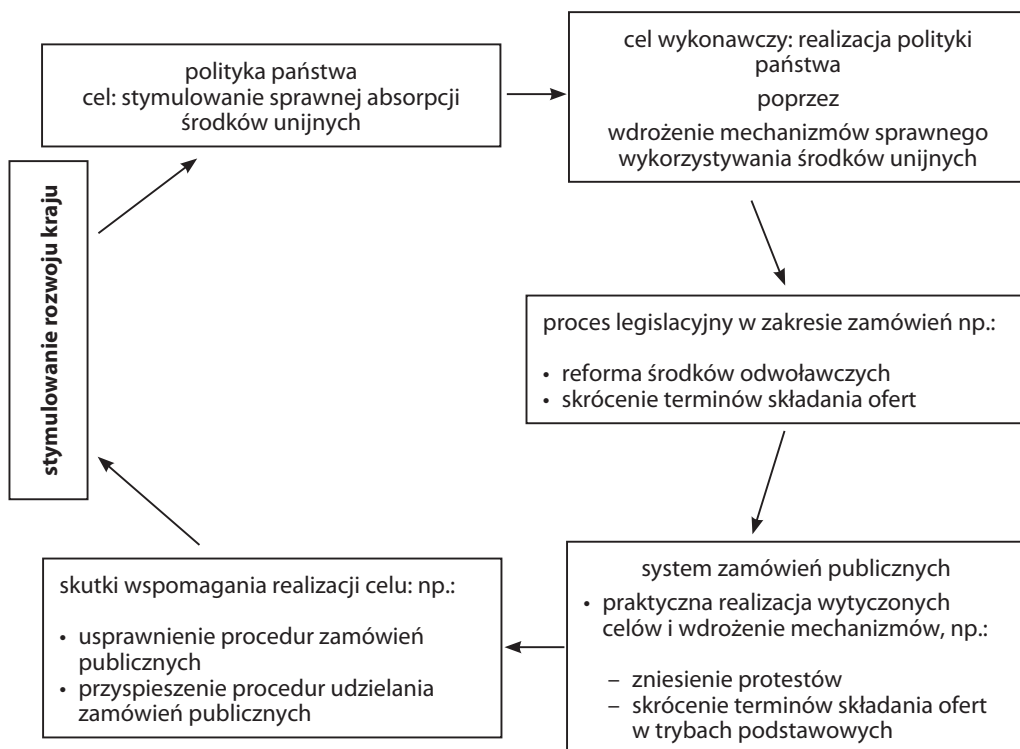
Historia zamówień publicznych w Polsce pokazuje w jaki sposób regulacje prawne w zakresie zamówień publicznych, w różnych okresach sprzyjały realizacji polityki państwa. Jak wspomniano we wstępie w okresie międzywojennym jedną z nadrzędnych funkcji było wspomaganie odbudowy oraz scalenie zniszczonego wojną i rozbiorami kraju. Polegała ona głównie na stymulacji gospodarki poprzez terytorialnie ukierunkowane wydatki rządowe, co wpływało na wyrównanie poziomu rynku i sprzyjało likwidacji bezrobocia. Zamówienia pub-

¹ Dr Elżbieta Adamowicz, Uniwersytet Gdański.

² Mgr Ewa Walaszczyk, kierownik Działu Zamówień Publicznych – Politechnika Gdańska, doktorant Uniwersytetu Gdańskiego.

liczne odegrały również ważną rolę w przeciwdziałaniu kryzysowi gospodarczemu. Poprzez dopuszczenie stosowania silnych preferencji krajowych zamówienia publiczne pełniły wówczas także rolę ochrony polskich przedsiębiorców, odradzającego się polskiego przemysłu, rolnictwa i innych gałęzi gospodarczych oraz krajowego rynku. Funkcja stymulacyjna zamówień publicznych wpływająca na zrównoważony rozwój polskiej gospodarki zauważana jest również współcześnie. Prawo zamówień publicznych stosowane obligatoryjnie w procesie wydatkowania funduszy publicznych jest postrzegane jako instrument stwarzający możliwości sprawnego, efektywnego wykorzystania środków finansowych, wywierający stymulujący wpływ na wzrost gospodarczy, konkurencyjność i innowacyjność gospodarki.

Rysunek 1. Kształtowanie funkcji instrumentalnej zamówień publicznych w kontekście absorpcji środków unijnych



Źródło: opracowanie własne

3. FUNKCJE ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH W ASPEKTCIE CZŁONKOSTWA POLSKI W UE

Po wejściu Polski do Unii Europejskiej zamówienia publiczne pełnią rolę polegającą na stworzeniu wykonawcom zagranicznym i krajowym równych szans funkcjonowania na rynku zamówień publicznych. Prawo zamówień publicznych zwiększa i stymuluje konkurencję między przedsiębiorcami, co z kolei sprzyja rozwojowi rynku i gospodarki, a także przeciwdziałaniu wykorzystywaniu pozycji monopolistycznej. Konkurencja powoduje, że na rynku zamówień

publicznych znajdują się produkty wysokiej jakości o optymalnie niskiej cenie.³ Prawo zamówień publicznych stoi również na straży przestrzegania uczciwej konkurencji. Czynności wykonywane przez zamawiającego podczas przygotowywania i przeprowadzania postępowań o udzielenie zamówienia publicznego nie mogą naruszać uczciwej konkurencji. Zamawiający nie może więc ograniczyć uczciwej konkurencji oraz ma także obowiązek dokonania oceny czy nie naruszają jej wykonawcy biorący udział w postępowaniu. Gdy złożenie oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji zamawiający ma obowiązek odrzucić ją z postępowania.⁴ Zasada równego traktowania oraz uczciwej konkurencji ma szczególne znaczenie przy wykorzystywaniu środków unijnych, zwiększa ona bowiem krąg potencjalnych wykonawców, którzy mogą na niedyskryminacyjnych zasadach realnie konkurować o realizację kontraktu finansowanego z pieniędzy unijnych, co z kolei pozytywnie wpływa na efekty ekonomiczne uzyskiwane z przyznanych Polsce środków.

Bez względu na okres zamówienia publiczne zawsze pełniły i również obecnie pełnią funkcję efektywnego (racjonalnego) wydatkowania środków finansowych. Za H. Zalewskim⁵ można powiedzieć, że problem racjonalnego wydatkowania środków finansowych, które czerpane są z zasobów publicznych, jest równie stary jak gospodarowanie nimi w ogóle. System zamówień publicznych powinien przyczyniać się do efektywnej alokacji środków finansowych przede wszystkim publicznych, nie poprzez ograniczanie wydatków, a poprzez otrzymywanie jak najlepszych efektów z jak najmniejszych nakładów. Akty prawne obligują dysponentów środków publicznych do ich celowego, racjonalnego i gospodarnego wydatkowania. Dzięki narzuconemu przez prawo sposobowi postępowania zamawiający powinni doprowadzać do tego, aby przy jak najmniejszych nakładach finansowych w jak najlepszy sposób zaspokoić daną potrzebę (zapewniając oczekiwaną jakość), tj. przeznaczyć jak najmniej środków finansowych na uzyskanie optymalnych rezultatów. Sprzyjają temu regulacje prawne takie jak np.: aukcja elektroniczna, udzielanie zamówień w trybach wymuszających konkurencję, obowiązek stosowania rygorystycznych algorytmów zlecenia zamówień sprzyjających powstawaniu rzeczywistej konkurencji i obniżaniu cen. Zwiększenie efektywności gospodarowania środkami finansowymi było jedną z przyczyn objęcia przepisami dotyczącymi zamówień publicznych tzw. zamawiających sektorowych tj. podmiotów uprzywilejowanych przez państwo prowadzących działalność w sektorze wodnym, energetyki, transportu i telekomunikacji. Funkcja ta jest znacząca przy zlecaniu zamówień opłacanych z funduszy Unii Europejskiej. Powoduje ona, że środki te mogą być wykorzystane optymalnie. Zamówienia publiczne są również realizacyjnym narzędziem ustawy o finansach publicznych, która określa, że wydatki publiczne powinny być dokonywane w sposób celowy, oszczędny, z zachowaniem zasady uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów. Jednocześnie wskazuje, że zlecenie zadań powinno następować na zasadzie wyboru najkorzystniejszej oferty, z uwzględnieniem przepisów o zamówieniach publicznych.⁶ Bezpośrednie odesłanie do tych przepisów jest wskazaniem usta-

³ G. Herc, E. Komorowski, P. Szustakiewicz, *Zamówienia publiczne w Polsce. Studium prawne*. Centrum Doradztwa i Informacji Diffin Sp. z o.o., Warszawa 2005 r., s. 36.

⁴ Wyrok z dnia 26 czerwca 2012 r. Krajowa Izba Odwoławcza, Sygn. akt KIO 1225/12 i 1229/12, Warszawa 2012.

⁵ *Prawo zamówień publicznych w polskim systemie zamówień publicznych*, Oficyna Wydawnicza Branta, Bydgoszcz – Gdańsk, 2005 r., s. 12.

⁶ Ustawa z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych, Dz.U. z 2009 nr 157 poz. 1240, art. 162 ust. 4.

wodawcy, że są one właściwym sposobem do osiągnięcia celu racjonalnego wydatkowania środków finansowych. Należy zwrócić uwagę, że środki pochodzące z budżetu Unii Europejskiej zaliczane są do środków publicznych, więc wykorzystanie ich bezwzględnie podlega pod rygor ustawy o finansach publicznych oraz ustawy Prawo zamówień publicznych.

Nadal bardzo ważną funkcją jest przeciwdziałanie zjawiskom patologicznym np.: korupcji i zmwom w wydatkowaniu środków publicznych. Szczególnie jest to ważne przy wydatkowaniu środków unijnych. Mechanizmy antykorupcyjne określone ustawą Prawo zamówień publicznych ograniczają patologiczne sytuacje i zachowania uczestników rynku zamówień publicznych oraz sprawiają, że nieprawidłowości te są w większym zakresie możliwe do weryfikacji. Poważnie ograniczone zostały, a w niektórych sytuacjach całkowicie wyeliminowane sytuacje, w których zamawiający ma możliwość podejmowania uznaniowych decyzji np.: zastosowanie bezkonkurencyjnego trybu udzielenia zamówienia. Istotnym mechanizmem przeciwdziałania zjawiskom patologicznym jest wyposażenie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w uprawnienia kontrolne przy jednoczesnym zagwarantowaniu jego instytucjonalnej niezależności. Są to: kontrola doraźna oraz kontrola uprzednia (przed zawarciem umowy z wykonawcą) zamówień współfinansowanych ze środków Unii Europejskiej. Jednak w dalszym ciągu w walce z korupcją i zmwami najistotniejszym elementem jest czynnik ludzki, bowiem nawet najbardziej surowe prawo jest na tyle prawe na ile prawi i uczciwi są ludzie, którzy je wykonują. Kontrole prowadzone przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych mają na celu sprawdzenie zgodności postępowania o udzielenie zamówienia z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych. W 2011 r. Prezes Urzędu Zamówień Publicznych przeprowadził 233 obowiązkowe kontrole uprzednie zamówień współfinansowanych ze środków UE o wartościach przekraczających 10 mln euro dla dostaw i usług oraz 20 mln euro dla robót budowlanych. Wszystkie zamówienia objęte kontrolą uprzednią były współfinansowane ze środków UE, w tym przede wszystkim w ramach Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko – 171 postępowań (73,5% skontrolowanych postępowań współfinansowanych ze środków UE) lub w ramach Regionalnych Programów Operacyjnych – 40 postępowań (17%). Ponadto kontrolą objęto 10 postępowań w ramach PO Rozwój Polski Wschodniej, 8 postępowań dofinansowanych w ramach PO Innowacyjna Gospodarka, 3 w ramach PO Kapitał Ludzki oraz jedno współfinansowane z Europejskiego Programu Energetycznego na rzecz Naprawy Gospodarczej (w sumie 9,5%). Wyniki tych kontroli przedstawiają się następująco:⁷

- w 163 kontrolach uprzednich obowiązkowych (70%) nie stwierdzono żadnych naruszeń ustawy Prawo zamówień publicznych,
- w 52 kontrolach uprzednich obowiązkowych (22%) stwierdzono naruszenia nie mające wpływu na wynik postępowania,
- natomiast w 18 kontrolach (8%) – naruszenia, których usunięcie było niezbędne dla zawarcia ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego.
- nie zalecono unieważnienia postępowania.

⁷ Sprawozdanie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych w 2011 roku, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa, maj 2012, s. 48

Kolejną funkcją zamówień publicznych jest „promowanie wzorowych wykonawców”. Po-
przez rozwiązania ustawowe państwo eliminuje z rynku zamówień publicznych wykonaw-
ców, którzy np.:

- wyrządzili szkodę nie wykonując zamówienia lub wykonując je nienależycie, jeżeli szkoda
ta została stwierdzona orzeczeniem sądu, które uprawomocniło się w okresie trzech lat
przed wszczęciem postępowania,
- zalegają z uiszczeniem podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdro-
wotne (za wyjątkiem określonym w ustawie Prawo zamówień publicznych),
- w zależności od formy organizacyjno – prawnej tj.
 - osoby fizyczne, które
 - spółki jawne, których wspólnika
 - spółki partnerskie, których partnera lub członka zarządu
 - spółki komandytowe oraz spółki komandytowo-akcyjne, których komplementariusza
 - osoby prawne, których urzędującego członka organu zarządzającego prawomocnie ska-
zano za przestępstwo popełnione w związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia,
przestępstwo przeciwko prawom osób wykonujących pracę zarobkową, przestępstwo
przeciwko środowisku, przestępstwo przekupstwa, przestępstwo przeciwko obrotowi
gospodarczemu lub inne przestępstwo popełnione w celu osiągnięcia korzyści mająt-
kowych, a także za przestępstwo skarbowe lub przestępstwo udziału w zorganizowa-
nej grupie albo związku mających na celu popełnienie przestępstwa lub przestępstwa
skarbowego.

Powyższym wykonawcom zamawiający nie mogą zlecić zamówienia publicznego nawet
wówczas, gdy zaoferują oni najniższe ceny i najkorzystniejsze warunki realizacji zamówie-
nia. Takie postępowanie ustawodawcy kreuje pożądaną przez państwo wizerunek „wzoro-
wego” przedsiębiorcy, a przede wszystkim zwiększa szanse na należyte wykonanie umowy
w sprawie zamówienia publicznego. Funkcja ta chroni więc także środki unijne dbając o ich
racjonalne wykorzystywanie.

Rolą zamówień publicznych jest też obecnie aktywowanie małych i średnich przedsiębiorstw
(MSP). Zwiększenie udziału tych jednostek w rynku zamówień publicznych objęte jest dzia-
łaniem projektu *nowego podejścia do zamówień publicznych* realizowanego między innymi
przez Urząd Zamówień Publicznych. Pomimo likwidacji tzw. barier w dostępie MSP do za-
mówień publicznych poprzez odpowiednie regulacje prawne w ustawie Prawo zamówień
publicznych udział małych i średnich przedsiębiorstw w rynku zamówień publicznych nadal
jest niezadowolający.

Następną funkcją zamówień publicznych jest wspomaganie polityki ekologicznej państwa.
Ustawodawca wymieniając wśród przykładowych kryteriów oceny ofert kryterium zastoso-
wania najlepszych dostępnych technologii w zakresie oddziaływania na środowisko wskazał,

że w zamówieniach publicznych są preferowane rozwiązania proekologiczne. Zamawiający ma więc możliwości oceny ofert z uwzględnieniem kryterium umożliwiającego mu zakup produktu, który nie zanieczyszcza lub w jak najmniejszym stopniu zanieczyszcza naturalne środowisko. Są to tzw. zielone zamówienia publiczne, które oznaczają politykę, w ramach, której podmioty publiczne włączają kryteria i/lub wymagania ekologiczne do procesu zakupów (procedur udzielania zamówień publicznych) i poszukują rozwiązań minimalizujących negatywny wpływ produktów i usług na środowisko oraz uwzględniających cały cykl życia produktów, a poprzez to wpływają na rozwój i upowszechnienie technologii środowiskowych.⁸ Dyrektywy przewidują możliwość uwzględniania kwestii środowiskowych w procedurze udzielania zamówienia. Zamówienia publiczne ze względu na duży potencjał ekologiczny mogą kształtować trendy produkcyjne i konsumpcyjne, a znaczący popyt ze strony instytucji publicznych na „bardziej ekologiczne” towary może stworzyć lub powiększyć rynki dla przyjaznych dla środowiska produktów i usług. Dla ekologicznych zamówień publicznych zostały zidentyfikowane sektory priorytetowe. Są to między innymi:⁹

- budownictwo,
- transport i usługi transportowe,
- energetyka (w tym elektryka, ogrzewanie i chłodzenie z wykorzystaniem odnawialnych źródeł energii),
- urządzenia biurowe i komputery,
- papier i usługi drukarskie,
- środki czyszczące i usługi w zakresie sprzątnia,
- sprzęt wykorzystywany w służbie zdrowia.

4. PODSUMOWANIE

Reasumując należy stwierdzić, że podczas wydatkowania środków unijnych w kontekście ich efektywnej alokacji powinny być realizowane między innymi przedstawione powyżej funkcje zamówień publicznych. Nasuwa się wniosek, że obecnie zamówienia publiczne są ważnym i skutecznym narzędziem realizacji polityki państwa. Powyższe rozważania mogą stanowić wstęp do bardziej szczegółowej analizy poruszonej tematyki, rozszerzonej o wszystkie wymieniane w literaturze funkcje zamówień publicznych. Obszar ten wydaje się istotny, ponieważ kształtowanie świadomości znaczenia funkcji zamówień publicznych zwiększa szanse na efektywne i należyte zarządzanie finansami publicznymi.

⁸ Projekt Krajowego Planu Działań w zakresie zielonych zamówień publicznych na lata 2007–2009., Urząd Zamówień Publicznych, 2006, s. 2. www.uzp.gov.pl

⁹ Komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego oraz Komitetu Regionów, Zamówienia publiczne na rzecz poprawy stanu środowiska, Komisja Wspólnot Europejskich, Bruksela, dnia 16.7.2008, s.9.

ZAMÓWIENIA PUBLICZNE JAKO INSTRUMENT GWARANTUJĄCY EFEKTYWNOŚĆ WYDATKÓW W REALIZACJI PROJEKTÓW UNIJNYCH

Paweł Nowicki¹

1. WSTĘP

Perspektywa finansowa Unii Europejskiej, przewidziana na lata 2007–2013, była przedstawiana jako wielka szansa dla naszego kraju, na rozwój gospodarczy, społeczny i terytorialny. W chwili obecnej trwają prace nad perspektywą 2014–2020, która zapowiada się dla Polski równie obiecująco. Komisja Europejska niedawno zaprezentowała tzw. Wspólne Ramy Strategiczne (ang. *Common Strategic Framework*) dla Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego, Funduszu Spójności, Europejskiego Funduszu Rolnego na rzecz Rozwoju Obszarów Wiejskich oraz Europejskiego Funduszu Morskiego i Rybackiego². Ogólnie rzecz ujmując, hasłem przewodnim przyszłej polityki spójności ma być jej uproszczenie³, zmieni się również system podziału środków pomiędzy poszczególne obszary wsparcia⁴. Nie ulega jednak wątpliwości, iż podstawowym instrumentem używanym przy wydatkowaniu środków pochodzących z dotacji, będą nadal zamówienia publiczne, bądź procedury analogiczne do zamówień publicznych, obowiązujące na szczeblu supranacjonalnym poza reżimem dyrektywy 2004/18/WE oraz dyrektywy 2004/17/WE, a na szczeblu krajowym poza reżimem ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych⁵. Podkreśla to Strategia Europa 2020, stanowiąc, że polityka zamówień publicznych powinna służyć zapewnieniu najbardziej efektywnego wykorzystania funduszy publicznych i utrzymania otwartego charakteru rynków zamówieniowych w skali całej Unii Europejskiej, zwłaszcza w kontekście surowych ograniczeń budżetowych oraz trudności gospodarczych w wielu państwach członkowskich⁶. Nic w tym dziwnego, ponieważ prawo zamówień publicznych Unii Europejskiej jest odzwierciedleniem zarówno prawnego, jak i ekonomicznego podejścia do procesu integracji rynków publicznych w poszczególnych państwach członkowskich: zamówienia publiczne wzmocniają konkurencyj-

¹ Dr Paweł Nowicki, Uniwersytet Mikołaja Kopernika w Toruniu.

² Komisja Europejska zaproponowała Wspólne Ramy Strategiczne w dniu 14 marca 2012 r. Zob.: *Commission proposes one programming tool for all structural funds*, <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/12/236&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en>.

³ Szerzej: Komisja Europejska, *Uproszczenie Polityki spójności na lata 2014–2020*, http://ec.europa.eu/regional_policy/sources/docgener/informat/2014/simplification_pl.pdf.

⁴ Zob. *Polityka spójności na lata 2014–2020. Propozycje Komisji Europejskiej*, http://ec.europa.eu/regional_policy/what/future/proposals_2014_2020_en.cfm; *Polityka spójności 2014–2020. Inwestycje w rozwój gospodarczy i wzrost zatrudnienia*, http://ec.europa.eu/regional_policy/sources/docoffic/official/regulation/pdf/2014/proposals/regulation2014_leaflet_pl.pdf. Również: A. Osiecki, *Od 2014 roku więcej euro na badania i zatrudnienie*, Rzeczpospolita, 12.06.2012, B3.

⁵ Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz. U. z 2010 r., Nr, poz., ze zmianami), zwana w dalszej części artykułu ustawą.

⁶ *Europa 2020. Strategia na rzecz inteligentnego i zrównoważonego rozwoju sprzyjającemu włączeniu społecznemu*, tekst dostępny na stronie Komisji Europejskiej: ec.europa.eu/eu2020/pdf/1_PL_ACT_part1_v1.pdf

ność, przyczyniają się do zwiększenia obrotu towarami i usługami, będąc jednocześnie, jako regulacja prawna, niezbędnym składnikiem fundamentalnych zasad prawa pierwotnego Unii Europejskiej, wspierającym zasady takie, jak swobodny przepływ towarów, swobodny przepływ usług, swoboda prowadzenia działalności gospodarczej, czy też zakaz dyskryminacji na podstawie przynależności państwowej⁷.

2. PROJEKT UNIJNY A ZAMÓWIENIA PUBLICZNE

Jak dobrze wiedzą beneficjenci funduszy unijnych, samo uzyskanie dotacji i możliwość rozpoczęcia realizacji projektu, stanowi jedynie część sukcesu. Projekt unijny należy bowiem zrealizować zgodnie z przepisami prawa, wytycznymi dla danego programu operacyjnego oraz klauzulami zawartymi w umowie o dofinansowaniu. Każdy wydatek dokonywany przez beneficjenta będzie kontrolowany, aż do zakończenia realizacji projektu. Następnie należy zapewnić trwałość projektu. Dopiero wtedy, gdy beneficjent przejdzie przez wszystkie kontrole, można mówić o sukcesie. Jak się jednak okazuje zamówienia publiczne, same w sobie, stanowią bardzo istotną i problematyczną część realizacji projektów unijnych. Wiele badań wskazuje, że do kategorii najczęstszych błędów popełnianych w trakcie realizacji projektu, należy właśnie niewłaściwe stosowanie przepisów dotyczących zamówień publicznych⁸. Konsekwencją błędów w trakcie udzielania zamówień publicznych jest – w większości przypadków – uznawanie wydatków ponoszonych w trakcie procedur przetargowych za niekwalifikowalne, bądź nakładanie korekt finansowych na beneficjenta. Dzieje się tak, ponieważ wydatki związane z realizacją projektu unijnego są kwalifikowalne jedynie wtedy, gdy są zgodne z horyzontalnymi politykami Unii Europejskiej, w szczególności w zakresie: równości mężczyzn i kobiet oraz niedyskryminacji, zrównoważonego rozwoju, konkurencji, środowiska, społeczeństwa informacyjnego oraz, *last but not least*, zamówień publicznych⁹. Zamówienia publiczne mają zapewnić efektywność wydatkowania środków unijnych, zgodnie z zasadą „*value for money*”, z zachowaniem zasad konkurencyjności, jawności i transparentności procedur, równego traktowania stron, etc. Innymi słowy mówiąc: stosowanie procedur przetargowych zgodnych z unijnym systemem zamówień publicznych kreuje domniemanie wydatkowania środków, które otrzymuje beneficjent projektu, w sposób uczciwy i otwarty na konkurencję w ramach rynku wewnętrznego Unii Europejskiej¹⁰.

⁷ Szerzej: C. H. Bovis, *EU Public Procurement Law*, Edward Elgar Publishing Limited 2007, s. 4 oraz cytowana tam literatura.

⁸ W audytach przeprowadzonych w latach 2006 – 2009 wskazywano, iż aż 41% błędów w realizacji projektów współfinansowanych ze środków Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego oraz Funduszu Spójności spowodowane było niewłaściwym stosowaniem przepisów o zamówieniach publicznych. Zob.: *Errors in Cohesion Policy*, s. 3, http://ec.europa.eu/regional_policy/sources/docgener/presenta/errors2011/analysis_errors2011_en.pdf

⁹ Zob. *Krajowe wytyczne dotyczące kwalifikowania wydatków w ramach funduszy strukturalnych i Funduszu Spójności w okresie programowania 2007–2013 z dnia 22 listopada 2007 r.*, klauzula 4.2.2 pkt 2.

¹⁰ P. Nowicki, *Polityka spójności Unii Europejskiej a system zamówień publicznych. Reguły udzielania zamówień w realizacji projektów unijnych*, [w:] *Nowe podejście do zamówień publicznych – zamówienia publiczne jako instrument zwiększenia innowacyjności gospodarki i zrównoważonego rozwoju. Doświadczenia polskie i zagraniczne*, pod redakcją J. Niczyporuka, J. Sadowego, M. Urbanek, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2011, s. 121.

3. EFEKTYWNOŚĆ WYDATKÓW A POLITYKA SPÓJNOŚCI UNII EUROPEJSKIEJ

Powstaje jednak pytanie, dlaczego zapewnienie efektywności wydatkowania środków w ramach realizacji projektu unijnego jest tak istotne? W tym miejscu należy wspomnieć rolę, jaką odgrywa w polityka spójności w całym systemie polityk gospodarczych Unii Europejskiej. Jej podstawowym zadaniem jest wspieranie szeroko pojmowanego, harmonijnego rozwoju państw członkowskich i ich regionów, w drodze wzmacniania ich spójności gospodarczej, społecznej i terytorialnej, w szczególności poprzez zmniejszanie dysproporcji w poziomach rozwoju między regionami oraz koncentrację ma walce z zacofaniem regionów najmniej uprzywilejowanych (zob. art. 174 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej)¹¹. Problem polega na tym, że polityka spójności, zdaniem niektórych autorów, jest swoistym odstępstwem od przyjętych zasad wolnego rynku¹², co może powodować konflikt z polityką konkurencji. Przyznanie dotacji w ramach działalności instrumentów finansowych polityki spójności tak naprawdę faworyzuje krajowe, czy też regionalne podmioty, chociaż czyni to po to, żeby stworzyć warunki do uczciwej konkurencji, poprzez zniesienie istniejących nierówności w tym zakresie¹³. Ponadto, za pomocą instrumentów finansowych polityki spójności, pieniądze z budżetu Unii Europejskiej płyną z lepiej rozwiniętych państw członkowskich do państw członkowskich o gorszym poziomie rozwoju, a to nie zawsze (w chwili obecnego kryzysu) znajduje akceptację państw bogatszych¹⁴.

W świetle powyższych argumentów należy przyjąć, że zagwarantowanie efektywności wydatków w realizacji projektów współfinansowanych ze środków pomocowych Unii Europejskiej stanowi *conditio sine qua non* korzystania z takiej pomocy. Polityka spójności zapewnia państwom i regionom uplasowanym na słabszych poziomach rozwoju środki o charakterze ekstraordynaryjnym, które, co prawda, są redystrybuowane z budżetu UE, lecz pierwotnie pochodzą ze składek bogatszych państw członkowskich, tzw. płatników netto. Stąd też konieczność wydatkowania tychże środków w sposób regulowany prawem, bez możliwości podejmowania zupełnie dowolnych i arbitralnych decyzji w tym zakresie, nie podlegających żadnej kontroli. System zamówień publicznych może takie zadania spełnić.

4. EFEKTYWNOŚĆ WYDATKÓW A ZAMÓWIENIA PUBLICZNE

Prawo zamówień publicznych *per se* zawiera dużą ilość instytucji gwarantujących efektywność wydatków w projektach unijnych. Jest to naturalną konsekwencją podstawowego celu, któremu służy ta regulacja, a którym jest, jak słusznie wskazuje H. Nowicki, „racjonalizowanie wydatków publicznych z wykorzystaniem procedur określonych w ustawie Prawo zamówień publicznych”¹⁵. Na gruncie prawa Unii Europejskiej należy w tym miejscu wspomnieć opinię

¹¹ Szerzej na ten temat: P. Nowicki, [w:] J. Galster (red.), *Podstawy prawa Unii Europejskiej z uwzględnieniem Traktatu z Lizbony. Zarys wykładu*, TNOiK, Toruń 2010, s. 614–615.

¹² Szerzej: T. Frazer, *The New Structural Funds, State Aids and Interventions in the Single Market*, *European Law Review* 1994, vol. 13 (2), s. 3–19.

¹³ Tak: J. Shaw, J. Hunt, Ch. Wallace, *Economical and Social Law of the European Union*, Palgrave Macmillan 2007, s. 457.

¹⁴ Szerzej: P. Nowicki, *Podstawy prawa...*, *op.cit.*, s. 621–622.

¹⁵ Zob. H. Nowicki, *Prawo zamówień publicznych. Zbiór aktów prawnych*, TNOiK, Toruń 2005, s. 9.

rzecznika generalnego w sprawie C-19/00 *SIAC Construction*. W wyroku z dnia 18 października 2001 r. Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej wskazał, iż celem koordynacji na szczeblu UE procedur udzielania zamówień publicznych jest zniesienie barier w swobodnym przepływie usług i towarów, a w konsekwencji ochrona interesów tych przedsiębiorców pochodzących z państw członkowskich UE, którzy chcą oferować swoje towary lub usługi zamawiającym z innych państw członkowskich¹⁶. Rzecznik Generalny Jacobs stwierdził natomiast, że: „głównym celem regulacji procedur udzielania zamówień publicznych jest zagwarantowanie, by środki publiczne były wydatkowane w sposób uczciwy i efektywny, na podstawie poważnej oceny, bez faworyzowania kogokolwiek czy udzielania zamówień na zasadzie „coś za coś” (*quid pro quo*) czy to ze względów politycznych, czy finansowych”¹⁷. Można więc przyjąć, że owa racjonalizacja wydatkowania środków publicznych, o której wspominał H. Nowicki, sprowadza się do wydatkowania ich w sposób uczciwy i efektywny, a realizuje się w procedurze przetargowej, gdzie zamawiający udziela zamówienia publicznego z zachowaniem podstawowych zasad systemu zamówień publicznych, wybierając najkorzystniejszą, w jego ocenie, ofertę. Innymi słowy mówiąc: wydatkowanie środków będzie efektywne w drodze zamówień publicznych wtedy, gdy zamawiający rzeczywiście wybierze najkorzystniejszą ofertę, zakładając oczywiście legalność jego działań. Wydatku poniesionego w konsekwencji przeprowadzenia procedury przetargowej niezgodnie z przepisami prawa nie można bowiem uznać za efektywnego.

Pojęcie najkorzystniejszej oferty również jest konsekwencją przyjęcia supozycji o efektywności wydatków (wydatkowania środków publicznych) poprzez zamówienia publiczne. W mojej ocenie, to właśnie wybór najkorzystniejszej oferty, oparty o odpowiednio sformułowane kryteria oceny ofert, jest podstawową instytucją zapewniającą efektywność wydatkowania środków.

Jak wskazuje ustawodawca, przez najkorzystniejszą ofertę należy rozumieć ofertę, która przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia publicznego, albo ofertę z najniższą ceną, a w przypadku zamówień publicznych w zakresie działalności twórczej lub naukowej, 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 (art. 2 pkt 5 ustawy). Doprecyzowanie kwestii najkorzystniejszej oferty zawarte zostało w przepisie art. 91 ustawy, zgodnie z którym zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie przyjętych przez siebie kryteriów oceny ofert, określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (ust. 1), którymi mogą być 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. 2). Ustawa nie zawiera zamkniętego katalogu innych kryteriów, poza ceną, odnoszących się do przedmiotu zamówienia. Warto jednak mieć na uwadze, że, co do zasady, kryteria oceny ofert nie mogą dotyczyć

¹⁶ Wyrok z dnia 18 października 2001 r. w sprawie C-19/00 *SIAC Construction Ltd przeciwko County Council of the County of Mayo*. ECR I-07725, pkt 32.

¹⁷ Zob. *Opinion of Advocate General Jacobs delivered on 10 May 2001 – Case: C-19/00*, ECR I-7728. Szerzej: M. Lemke, D. Piasta, *Analiza orzecznictwa Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości dotyczącego zamówień publicznych w okresie od 1999 do 2005 r.*, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2006 r., s. 92–94.

właściwości wykonawcy, a w szczególności jego wiarygodności, ekonomicznej, technicznej i finansowej (art. 91 ust. 3 ustawy), co jest konsekwencją przyjęcia, że etap kwalifikacji podmiotowej wykonawcy oraz etap oceny jego oferty to dwie oddzielne procedury, czy też fazy postępowania przetargowego¹⁸. Wyjątkiem jest sytuacja, w której udzielamy zamówienia na tzw. usługi niepriorytetowe – do postępowań o udzielenie zamówień, których przedmiotem są usługi o charakterze niepriorytetowym, a więc m.in. usługi hotelarskie i restauracyjne, usługi prawnicze, usługi edukacyjne i szkoleniowe, etc.¹⁹, nie stosuje się zakazu ustalania kryteriów oceny ofert na podstawie właściwości wykonawcy (art. 5 ust. 1 ustawy).

Zamawiający ma więc możliwość zapewnienia efektywności wydatkowanych przez niego środków, stosując wielokryteriową ocenę ofert, prowadzącą do wyłonienia najkorzystniejszej oferty. Prawo zamówień publicznych gwarantuje zamawiającemu w tym zakresie prawie nieograniczoną swobodę. W zasadzie tylko w dwóch przypadkach zamawiający jest zobowiązany do zastosowania jednego kryterium, czyli najniższej ceny – w postępowaniu prowadzonym w trybie zapytania o cenę (art. 72 ust. 2 ustawy) oraz w przypadku licytacji elektronicznej (co wynika z art. 76 ust. 2 ustawy). Z kolei obowiązek zastosowania wielokryteriowej oceny ofert ujawnia się w przypadku prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w trybie dialogu konkurencyjnego (art. 60b ust. 1 pkt 2 ustawy), bądź też w przypadku wspomnianych już wcześniej zamówień publicznych w zakresie działalności twórczej lub naukowej, których przedmiotu nie można z góry opisać w sposób jednoznaczny i wyczerpujący (art. 2 pkt 5 ustawy). Tak więc ograniczenie swobody zamawiającego w ustaleniu tylko jednego kryterium oceny ofert – kryterium ceny – jest podyktowane w obu przypadkach niemożliwością opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, zgodnie z przepisem art. 29 ust. 1 ustawy.

Drugą instytucją w prawie zamówień publicznych, która może pozytywnie wpłynąć na efektywność wydatkowania środków, jest odpowiedni wybór trybu postępowania o udzielenie zamówienia. Należy przyjąć, iż nie zawsze wybór jednego z trybów podstawowych, do których ustawa zalicza przetarg nieograniczony oraz przetarg ograniczony (art. 10 ust. 1 ustawy), pozwoli zamawiającemu na takie poprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia, które zagwarantuje mu efektywność dokonywanych wydatków. Podstawowym problemem, jak wynika z kontroli zamówień udzielanych w realizacji projektów unijnych, jest bowiem opis przedmiotu zamówienia. W przypadku przetargu nieograniczonego oraz ograniczonego, obowiązek jednoznacznego i wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia ciąży na zamawiających, którzy bardzo często popełniają błędy związane z opisywaniem przedmiotu zamówienia przez wskazywanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, w sytuacjach, gdy nie jest to podyktowane specyfiką zamówienia, a zamawiający może opisać przedmiot za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, bądź też poprzez nieprawidłowe określanie równoważności wskazanych rozwiązań.

¹⁸ Tak m.in. wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia w sprawie C-532/06 G. Lianakis przeciwko Dimos Alexandroupolis, ECR I-251. Szerzej m.in.: H. Ro. Andersson, *Selection and Award Criteria in Swedish Public Procurement Law*, *Public Procurement Law Review* 2009, Nr 5, s. 189–191.

¹⁹ Zob. Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 28 stycznia 2010 r. w sprawie wykazu usług o charakterze priorytetowym i niepriorytetowym (Dz. U. Nr 12, poz. 68).

Tymczasem zastosowanie trybów negocjacyjnych może pozwolić zamawiającemu na uzyskanie lepszych efektów, chociażby w kontekście prawidłowego opisu przedmiotu zamówienia. Dlatego też Unii Europejskiej podkreśla się coraz bardziej konieczność szerszego stosowania trybów negocjacyjnych²⁰. Przykładowo, dialog konkurencyjny daje zamawiającemu możliwość określenia, w trakcie negocjacji z wykonawcami, zarówno przedmiotu zamówienia publicznego, jak i uwarunkowań prawnych i finansowych planowanego przedsięwzięcia²¹. Należy jednak pamiętać, że zastosowanie innych trybów niż tryby podstawowe stanowi wyjątek od zasady prymatu przetargu nieograniczonego i przetargu ograniczonego i może odbywać się jedynie w przypadkach określonych w ustawie (art. 10 ust. 2 ustawy)²². Natomiast stosowanie trybów podstawowych jest praktycznie nieograniczone. Nie zmienia to faktu, że odpowiednie instrumenty są zawarte w prawie zamówień publicznych – trzeba jedynie wiedzieć jak prawidłowo z nich korzystać. Dlatego też należy pochwalić propozycję ustawodawcy dążącą do uregulowania w prawie polskim tzw. dialogu technicznego, dopuszczalnego przez prawo Unii Europejskiej.

W kontekście efektywności wydatkowania środków w realizacji projektów unijnych należy jednak pamiętać, iż nie wszyscy beneficjenci objęci są reżimem ustawy Prawo zamówień publicznych. Ponadto, w trakcie realizacji projektu mogą zdarzyć się sytuacje, w których beneficjent co do zasady zobowiązany podmiotowo do stosowania ustawy, udziela zamówienia publicznego poza jej przepisami, ze względu na niską wartość zamówienia, plasującą je poniżej wartości progowej, od której rozpoczyna się stosowanie ustawy, a więc, zgodnie z przepisem art. 4 pkt 8 ustawy, poniżej 14 tys. euro. Nie oznacza to jednak, że takie zamówienia mogą być udzielane w sposób zupełnie arbitralny i dowolny, ponieważ muszą być zgodne z zasadami wynikającymi z Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, zawartymi w przepisach dotyczących 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). S. Arrowsmith wskazuje jednak, że same przepisy TFUE nie zapewniają wystarczającej regulacji problematyki zamówień publicznych²³ – stąd też wyrosła potrzeba jej uregulowania w drodze dyrektyw, które zagwarantowały w pełni transparentność i równy dostęp do zamówień publicznych w Unii Europejskiej²⁴. Nadal jednak to TFUE jest podstawowym źródłem regulacji odnoszących się

²⁰ Przykładowo: stanowiska zaprezentowane przez M. Barnier – komisarza ds. rynku wewnętrznego i usług, M. Verhagen – Ministra Spraw Gospodarczych, Rolnictwa i Innowacji Holandii oraz J. Van Iersel – członka Komitetu Ekonomiczno-Społecznego w trakcie konferencji Komisji Europejskiej *Modernising Public Procurement*, Bruksela, 30 czerwca 2011 r.

²¹ Szerzej: U. Lisiecka, P. Lisiecki, M. Michałowska, *Stosowanie trybów negocjacyjnych udzielania zamówień publicznych*, Polska Agencja Rozwoju Przedsiębiorczości, Warszawa 2011, s. 31 – 39.

²² Zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 6 lipca 2001 r., sygn. III RN 16/01, OSNP 2001, Nr 22, poz. 657.

²³ S. Arrowsmith (red.), *EU Public Procurement Law: An Introduction*, www.nottingham.ac.uk, s. 53.

²⁴ 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.

generalnie do funkcjonowania rynku wewnętrznego w Unii Europejskiej, które z kolei obowiązują również na gruncie zamówień publicznych²⁵.

Celem wyjaśnienia stosowania zasad wynikających z TFUE Komisja Europejska opublikowała w 2006 r. komunikat dotyczący prawa UE w dziedzinie zamówień publicznych, które nie są lub są jedynie częściowo objęte dyrektywami w sprawie zamówień publicznych²⁶. KE wskazała na pewne zasady wynikające z Traktatu, które obowiązują niezależnie od tego, czy stosujemy dyrektywy zamówieniowe, czy też nie oraz określiła w jaki sposób, w jej ocenie, zamawiający powinni zasady te spełniać.

Komisja Europejska przede wszystkim zwróciła uwagę na zasadę równego traktowania i niedyskryminacji ze względu na przynależność państwową, które w konsekwencji przekładają się na obowiązek przejrzystości w postępowaniu, powołując się m.in. na orzeczenie TSUE z dnia 7 grudnia 2000 r. w sprawie C – 324/98 *Telaustria Verlags GmbH i Telefonadress GmbH przeciwko Telekom Austria AG*, wyrok w sprawie C – 458/03 *Parking Brixen GmbH przeciwko Gemeinde Brixen i Stadtwerke Brixen AG*²⁷, oraz wyrok TSUE w sprawie C – 231/03 *Conorzio Aziende Metano (Coname) przeciwko Comune di Cingia de' Botti*²⁸. Co ciekawe, Niemcy zakwestionowały ważność Komunikatu KE, twierdząc, że tworzy on nowe zasady i zobowiązania, wykraczające poza normy prawa unijnego²⁹. Trybunał jednak oddalił skargę, wskazując, że Komunikat nie tworzył nowych zobowiązań prawnych³⁰. Faktem jednak jest, że w ocenie niektórych autorów, KE interpretując zakaz dyskryminacji próbowała rozszerzać zakres dyrektyw zamówieniowych³¹. Ostatnie orzecznictwo Trybunału wskazuje jednak na pewne odejście od tego typu praktyk.

W wyroku z dnia 18 listopada 2010 r. w sprawie C-226/09 *Komisja przeciwko Irlandii*³² Trybunał wskazał, że: „Nawet jeżeli organy zamawiające, które udzielają zamówień objętych załącznikiem II B dyrektywy 2004/18 w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi, nie podlegają przepisom przewidzianym przez dyrektywę dotyczącym obowiązku przeprowadzenia przetargu z wcześniejszym

²⁵ 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.

²⁶ 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).

²⁷ 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.

²⁸ Wyrok z dnia 21 lipca 2005 r. w sprawie C-231/03 *Conorzio Aziende Metano (Coname) przeciwko Comune di Cingia de' Botti*, ECR 2005, str. I-07287.

²⁹ Szerzej: A. Brown, *EU Primary Law Requirements in Practice: Advertising, Procedures and Remedies for Public Contracts Outsider the Procurement Directives*, *Public Procurement Law Review* 2010, Nr 5, s. 172; Z. Petersen, *Below-threshold Contract Awards under EU Primary Law: Federal Republic of Germany v Commission (T-258/06)*, *Public Procurement Law Review* 2010, Nr 6, s. 215–220.

³⁰ Wyrok z dnia 20 maja 2010 r. w sprawie T-258/06 *Republika Federalna Niemiec przeciwko Komisji Europejskiej*, www.curia.eu.

³¹ Szerzej na ten temat: S. Arrowsmith, *The Past and Future...*, op.cit., s. 364–367. Również: P. Nowicki, *Polityka spójności...*, op.cit., s. 125.

³² www.curia.eu.

ogłoszeniem, to jednak podlegają podstawowym zasadom prawa Unii, w szczególności zasadom ustanowionym w traktacie FUE w dziedzinie prawa przedsiębiorczości i swobodnego świadczenia usług. System ustanowiony przez prawodawcę Unii dla zamówień na usługi objęte wspomnianym załącznikiem II B nie może być zatem interpretowany jako stanowiący przeszkodę dla stosowania zasad wynikających z art. 43 i 49 TFUE i w związku z tym obowiązków zmierzających do zapewnienia przejrzystości procedur oraz równego traktowania ubiegających się o zamówienie, w przypadku gdy zamówienia te mają jednak pewne znaczenie transgraniczne.” Jednocześnie jednak Trybunał zaznaczył, że: „Chociaż obowiązek wskazania wagi każdego kryterium udzielenia zamówienia na etapie publikacji ogłoszenia o zamówieniu, jak to przewiduje art. 53 ust. 2 dyrektywy 2004/18 w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi, odpowiada wymogowi zagwarantowania przestrzegania zasady równego traktowania oraz wynikającego z niej obowiązku przejrzystości, to nieuzasadnione jest twierdzenie, że zakres tej zasady i tego obowiązku, w braku szczególnego przepisu w tym zakresie w tej dyrektywie, prowadzi do wymagania, aby w ramach zamówień niepodlegających przepisowi takiemu, jak wspomniany art. 53, waga kryteriów, którymi posługuje się organ zamawiający była określona i podana do wiadomości ubiegających się o zamówienie jeszcze przed zaproszeniem ich do składania ofert. W istocie wskazanie wagi kryteriów udzielenia zamówienia, w przypadku gdy zamówienie nie podlega przepisowi takiemu, jak art. 53 ust. 2, nie stanowi obowiązku ciążącego na organie zamawiającym.” Okazuje się więc, że interpretacja zasad wynikających z prawa pierwotnego Unii Europejskiej, odnoszących się do zamówień publicznych, takich jak zasada równego traktowania wykonawców, czy też zasada przejrzystości, nie może prowadzić do powstania obowiązków dla zamawiającego, którym on *de iure*, w świetle przepisów dyrektywy, nie podlega.

W polskim systemie realizacji polityki spójności, zalecenia wskazane we wspomnianym Komunikacie Komisji Europejskiej, zawarte są w wytycznych dotyczących kwalifikowania wydatków w ramach poszczególnych Programów Operacyjnych.

Przykładowo: *Wytyczne w zakresie kwalifikowania wydatków w ramach Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko* (zwane dalej *Wytycznymi POiŚ*)³³ 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. 70¹ KC i następane)³⁴, 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.

³³ *Wytyczne w zakresie kwalifikowania wydatków w ramach Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko* z dnia 3 września 2009 r. (MRR/liŚ/1(4)09/2009).

³⁴ Podrozdział 5.5 pkt 4.

Podobne regulacje zawierają *Wytyczne w zakresie kwalifikowania wydatków w ramach Programu Operacyjnego Rozwój Polski Wschodniej 2007- 2013* (zwane dalej *Wytycznymi PORPW*)³⁵. W rozdziale 6.2 – Podrozdziale 2 „Procedura zamówień publicznych” *Wytyczne PORPW* wskazują na obowiązek wydatkowania środków zgodnie z przepisami ustawy, 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 dotyczące przetargu, z pewnymi wyjątkami.

*Wytyczne w zakresie kwalifikowania wydatków w ramach Programu Operacyjnego Innowacyjna Gospodarka*³⁶ 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*)³⁷, 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 netto³⁸. 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.

Reasumując należy podkreślić, iż w przypadku zamówień nie objętych reżimem dyrektywy zamówieniowych oraz ustawy Prawo zamówień publicznych, efektywność wydatków ponoszonych w trakcie realizacji projektów unijnych uzależniona jest od stosowania zasad wynikających z prawa pierwotnego Unii Europejskiej, uregulowanych w Traktacie o funkcjonowaniu Unii Europejskiej.

³⁵ *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).

³⁶ *Wytyczne w zakresie kwalifikowania wydatków w ramach Programu Operacyjnego Innowacyjna Gospodarka* z dnia 29 marca 2011 r. (MRR/POIG/1(5)03/2011).

³⁷ *Wytyczne w zakresie kwalifikowania wydatków w ramach Programu Operacyjnego Kapitał Ludzki* z dnia 22 listopada 2010 r. (MRR/KL/1(6)/11/10).

³⁸ Szerzej: *Wytyczne POKL*, 3.1.3 Sekcja 3 – Przejrzystość i konkurencyjność wydatków.

5. KONTREFEKTYWNOŚĆ WYDATKÓW A ZAMÓWIENIA PUBLICZNE

Niestety, system zamówień publicznych w Polsce cechuje się także pewnymi działaniami wpływającymi negatywnie na efektywność wydatków ponoszonych w trakcie realizacji projektów unijnych. Można wręcz powiedzieć, że zamówienia publiczne stanowią wręcz pewną słabość realizacji projektów współfinansowanych ze środków funduszy Unii Europejskiej. Trudno ocenić, kto tak naprawdę ponosi za to odpowiedzialność: zamawiający, wykonawcy, czy też ustawodawca.

Poczynając od zamawiających, wydaje się, że podstawowym problemem jest ich nastawienie na osiągnięcie jak największych oszczędności poprzez zamówienia publiczne. Stąd też powszechna dominacja kryterium cenowego przy ocenie ofert. Jak wskazują jednak trafnie J. Sadowy oraz B. Lublińska-Kasprzak: „nie we wszystkich postępowaniach użycie jedyne kryterium ceny zabezpiecza w wystarczający sposób interes zamawiającego w uzyskaniu świadczenia optymalnego z uwagi na jakość i wydatkowane środki finansowe. Użycie tego kryterium, w szczególności w odniesieniu do zakupu świadczeń niestandardowych, umożliwia składanie przez wykonawców ofert wprawdzie tańszych w momencie zakupu, ale gorszej jakości, zawierających przestarzałe technologie, powodujących na przyszłość powstawanie dodatkowych wydatków. W takich przypadkach, oferta wybierana wyłącznie w oparciu o kryterium cenowe jest wprawdzie najtańszą z punktu widzenia wysokości wynagrodzenia wypłacanego wykonawcy, ale z reguły nie jest dla zamawiającego ekonomicznie opłacalna w odniesieniu do eksploatacji nabywanego dobra. Aby wybór przy udzielaniu takich zamówień był efektywny i dotyczył oferty rzeczywiście w danych okolicznościach najkorzystniejszej, najbardziej użytecznej oraz o odpowiedniej jakości, niezbędne jest dostosowanie kryteriów oceny ofert do charakteru zamówienia i użycie przy ocenie ofert innego miernika niż wyłącznie cenowy”³⁹. Nie sposób nie zgodzić się z tym stanowiskiem. Co więcej, trzeba przyznać, że praktyka realizacji projektów unijnych w Polsce, w szczególności zaś niektórych projektów infrastrukturalnych pokazała, że kryterium najniższej ceny zawodzi nawet w przypadku zamówień, których przedmiotem nie są wcale zakupy niestandardowe. Natomiast kwestię wykorzystania jedynie kryterium cenowego przy zamówieniach na budowę dróg należy rozpatrywać już w kategoriach totalnej pomyłki.

Nie można jednak się dziwić zamawiającym. Kryterium cenowe jest łatwe w zastosowaniu, a ocena oferty w oparciu o miernik cenowy jest transparentna i prosta do wytłumaczenia w przypadku ewentualnej kontroli. Kreuje również złudne i iluzoryczne poczucie, że wynagrodzenie wypłacone wykonawcy się nie zmienia, jednocześnie osiągając tak pożądaną, w dobie kryzysu gospodarczego i polityki „ciągłego zaciskania pasa”, efekt zminimalizowania wydatków po stronie zamawiającego. Wspomniany kryzys gospodarczy uzasadnia także działania wykonawców: ogromną, często wykańczającą konkurencją cenową, zaniżanie kosztów, a na etapie realizacji przedmiotu zamówienia – masowe produkowanie roszczeń, często celem zrekompensowania sobie zbyt niskiego wynagrodzenia zaproponowanego w ofercie. Całość obrazu dopełniają kwestie związane z brakiem stosowania lub niewłaściwym stosowaniem

³⁹ J. Sadowy, B. Lublińska-Kasprzak, *Pozacenowe kryteria oceny ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego*, Polska Agencja Rozwoju Przedsiębiorczości, Warszawa 2011, s. 3.

regulacji dotyczących rażąco niskiej ceny oraz nieprecyzyjne, bądź błędne, przygotowywanie dokumentacji przetargowej (w szczególności przy zamówieniach na roboty budowlane).

W przypadku rażąco niskiej ceny można zauważyć, iż zamawiający często, w sytuacjach, które mogą rodzić podejrzenie wystąpienia rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, nie zwracają się do wykonawców o udzielenie wyjaśnień dotyczących oferty mających wpływ na wysokość zaproponowanej ceny, zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy. Inną sytuacja zachodzi w przypadku, gdy co prawda zamawiający zwróci się o wyjaśnienia do wykonawcy, ale poprzestanie na ich pobieżnej ocenie, niezgodnej z dyspozycją art. 90 ust. 2 ustawy. Oba przypadki wpisują się we wspomnianą praktykę uzyskiwania przez zamawiających jak największych, często nieracjonalnych z ekonomicznego punktu widzenia, oszczędności.

Nie może również dziwić postawa wykonawców, którzy w obliczu kryzysu gospodarczego postawili na ostrą konkurencję cenową między sobą. Z kolei pewne „usztwywienie” zamawiających nie służy ewentualnym zmianom zawartych umów, stąd też przypadki zrywania umów nawet przy największych inwestycjach (*vide* autostrada A2).

Klamrą spinającą problemy zamawiających i wykonawców są liczne kontrole prowadzone na projektach unijnych. Nie chodzi oczywiście o twierdzenie, że są one niepotrzebne. Wydaje się jednak, że ostatnio zbyt dużo instytucji kontroluje zamówienia publiczne. Zupełnie zrozumiałym jest, gdy taką kontrolę prowadzi Prezes Urzędu Zamówień Publicznych. Niestety, oprócz UZP zamawiający muszą również stawić czoła Urzędowi Kontroli Skarbowej, Regionalnym Izbom Obrachunkowym, instytucjom pośredniczącym i zarządzającym. Wyniki tych kontroli często diametralnie różnią się od siebie – organy w sposób zupełnie dowolny zdają się interpretować przepisy ustawy, co z kolei podważa zasadę pewności prawa, zarówno wśród zamawiających – beneficjentów, jak też wykonawców. Postulat o przesunięciu całości kontroli zamówień publicznych w ręce Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, nawet kosztem rozbudowania struktur UZP, jest jednak, niestety, nierealny do zrealizowania.

6. PODSUMOWANIE

Konkludując powyższe rozważania należy stwierdzić, iż prawo zamówień publicznych zawiera w sobie instrumenty gwarantujące, a przynajmniej wpływające pozytywnie na efektywność wydatkowania środków, nie tylko przy realizacji projektów unijnych, ale generalnie. Trzeba jedynie wprowadzić dość istotne zmiany w funkcjonowaniu całości systemu zamówień publicznych, chociażby w drodze utrwalania pewnych dobrych praktyk, m.in.: podnoszenia świadomości prawnej zamawiających w zakresie możliwości stosowania trybów negocjacyjnych, dialogu technicznego oraz wielokryteriowej oceny ofert; podnoszenia wiedzy instytucji kontrolujących zamówienia publiczne, a przede wszystkim propagowanie zmiany postrzegania zamówień publicznych, nie jako instrumentu gwarantującego tylko oszczędność wydatkowanych środków, ale przede wszystkim instrumentu zabezpieczającego efektywność tych wydatków. Innymi słowy mówiąc, nie należy traktować zamówień publicznych jako instrumentarium zapewniającego doraźne oszczędności tu i teraz, lecz wykorzystywać zamówienia publiczne do uzyskiwania najlepszych rozwiązań na lata.

ISTOTNE POSTANOWIENIA UMOWY O ZAMÓWIENIE PUBLICZNE – JAKO ZABEZPIECZENIE SPRAWNEGO WYKORZYSTYWANIA ŚRODKÓW UNIJNYCH

*Jerzy T. Pieróg¹
Aneta Wala²
Agnieszka Adach-Nerwińska³*

1. WSTĘP

W świetle licznych postanowień Rozporządzeń Rady (WE) oraz Rozporządzeń Komisji (WE) dotyczących funduszy unijnych, każde z państw członkowskich, korzystające ze środków pochodzących Unii Europejskiej, zobowiązane jest do ustanowienia sprawnie funkcjonującego, efektywnego systemu kontroli i zarządzania tymi środkami. Nie ulega wątpliwości, że efektywna absorpcja funduszy unijnych wymaga skoordynowanych działań ze strony bezpośredniego inwestora (zamawiającego), beneficjentów środków (wykonawców) jak i organów administracji państwowej – zarówno na etapie przygotowania inwestycji, jej realizacji, jak i ostatecznego rozliczenia. Uchybienia formalne i opieszałość w prawidłowej realizacji konkretnego projektu ma z reguły daleko idące skutki. Jeżeli nawet nie prowadzi to do bezpośredniej utraty możliwości dalszego ubiegania się o finansowanie danej inwestycji z europejskich środków pomocowych, to każda zwłoka prowadzić może do finalnego anulowania tych zobowiązań budżetu Unii Europejskiej, które zostały wykorzystane w nieprawidłowy sposób, nie w terminie lub nie zostały wykorzystane w ramach płatności zaliczkowej.

Jest rzeczą oczywistą, że główny ciężar przygotowania i realizacji inwestycji spoczywa nie na organach administracji państwowej, lecz na zamawiających. W celu przygotowania i realizacji projektów finansowanych ze środków unijnych, organizatorzy przetargów są zobowiązani do: przygotowania niezbędnej dokumentacji technicznej, prawnej i finansowej, prowadzenia procedur przetargowych, zawierania umów z wykonawcami i bezpośredniego nadzoru nad przestrzeganiem tych umów, a także zapewnienia zgodności procedur finansowych z przepisami regulującymi zasady wykorzystania środków z funduszy pomocowych.

Jednym z kluczowych etapów jest przygotowanie dokumentacji i procedur przetargowych, który to etap staje się często przyczyną opóźnień w realizacji projektu. Ponadto, istotną przeszkodą, utrudniającą efektywne wykorzystanie środków unijnych, jest realizacja inwestycji. W związku z tym, na etapie przygotowania dokumentacji przetargowej zamawiający powinien dopilnować, aby jak najszerzej zabezpieczyć sprawną i efektywną realizację zamówienia (a co za tym idzie – wykorzystanie środków unijnych), tak aby projekt był zrealizowany bez naruszeń przepisów prawa, terminowo i zgodnie z oczekiwaniami organizatora przetargu.

¹ *Mec. Jerzy T. Pieróg, radca prawny.*

² *Dr Aneta Wala, prawnik w Kancelarii Prawnej Jerzy T. Pieróg.*

³ *Mgr Agnieszka Adach-Nerwińska – doktorant Uniwersytetu Warszawskiego, prawnik w Kancelarii Prawnej Jerzy T. Pieróg.*

W szczególności, odpowiednio przygotowana umowa powinna gwarantować optymalną absorpcję środków unijnych. Dlatego też w niniejszym opracowaniu omówione zostaną najważniejsze postanowienia oraz instytucje prawne, które powinny znajdować się w umowach w sprawie zamówienia publicznego, a z których zamawiający nie korzystają lub korzystają w sposób nieumiejętny.

2. CYWILNO-PRAWNE INSTYTUCJE ZABEZPIECZENIA NALEŻYTEGO WYKONANIA UMOWY W SPRAWIE ZAMÓWIENIA PUBLICZNEGO

W pierwszej kolejności omówione zostaną cywilno-prawne instytucje zabezpieczenia należytego wykonania umowy w sprawie zamówienia publicznego. Instytucje prawne określone w ustawie z dnia 23 kwietnia 1964 roku Kodeks cywilny (Dz. U. Nr 16, poz. 93 ze zm. – dalej jako KC) mają zastosowanie do umowy w sprawie zamówienia publicznego, bowiem taka umowa jest umową cywilnoprawną, regulowaną przez ustawę z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm. – dalej jako ustawa Pzp), która w kwestiach w niej nieuregulowanych odsyła do postanowień KC. Zgodnie z art. 139 ust 1 ustawy Pzp, do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy kodeksu cywilnego, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Zgodnie z treścią przepisu art. 353¹ KC, strony zawierające umowę mogą ułożyć swój stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego. A zatem nie ma prawnych przeciwwskazań do ułożenia treści umowy w sprawie zamówienia publicznego w sposób odpowiadający zamawiającemu.

2.1. Kary umowne

Rozważania w zakresie zastosowania instytucji cywilnych w umowach w sprawie zamówień publicznych należy rozpocząć od kar umownych. Co prawda w umowach tego rodzaju pojawiają się postanowienia w tym zakresie, jednakże często są one nieprecyzyjne, a okoliczności, w których kary umowne są należne, okazują się ciężkie do wykazania. Dlatego też zamawiający powinni zwrócić szczególną uwagę na poprawność zapisów umownych w tym zakresie.

Należy zatem wskazać, iż zgodnie z art. 483 § 1 KC, można zastrzec w umowie, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy (kara umowna).

Jak wynika z orzecznictwa Sądu Najwyższego, odpowiedzialność dłużnika wyrażająca się w obowiązku zapłaty kary umownej, powstaje w przypadku niewykonania lub nienależytego wykonania przez niego zobowiązania w sytuacjach określonych w umowie, niezależnie od powstania i zakresu szkody⁴. Istota instytucji kar umownych wyraża się w umownym określeniu skutków zdarzeń polegających na niewykonaniu lub nienależytym wykonaniu zo-

⁴ Tak: wyrok Sądu Najwyższego z dnia 8 lutego 2006 r. w sprawie II CSK 151/05, LEX nr 194544, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 30 czerwca 2005 r. w sprawie IV CK 746/04, LEX nr 284693, wyrok Sądu Najwyższego z 9 lutego 2005 r. w sprawie II CK 420/04, LEX nr 301769

bowiązań określonych w umowie o charakterze niepieniężnym, przy czym skutkiem takich zdarzeń jest obowiązek zapłaty określonej w umowie sumy pieniężnej, niezależnie od tego, czy zdarzenie wywołało szkodę, jak również niezależnie od wysokości ewentualnej szkody.

Dla skutecznego domagania się zapłaty kary umownej konieczne jest więc kumulatywne spełnienie następujących przesłanek: (i) zastrzeżenie kary umownej w treści umowy; (ii) niewykonanie lub nienależyte wykonanie przez dłużnika zobowiązania umownego o charakterze niepieniężnym, na wypadek czego została zastrzeżona kara umowna, (iii) ewentualnie – w zależności od zapisów danej umowy i ich interpretacji w świetle postanowień art. 483 § 1 KC – powstanie szkody po stronie podmiotu, na rzecz którego kara umowna została zastrzeżona.

Z powyższego wynika, iż poza formalnymi przesłankami, typu prawidłowości zastrzeżenia kary umownej, dla skutecznego domagania się zapłaty takiej kary konieczne jest wykazanie przez wierzyciela (zamawiającego), że dłużnik (wykonawca) nie wykonał lub nie wykonał należyście obowiązku umownego. Interpretację taką potwierdza w ugruntowanym już orzecznictwie Sąd Najwyższy. Zastrzeżenie kary umownej powoduje modyfikację reguł odpowiedzialności w tym sensie, że wierzyciel zobowiązany jest wykazać tylko sam fakt zastrzeżenia kary umownej oraz niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania przez dłużnika⁵. Kary umowne należą się wierzycielowi tylko w razie niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania⁶. Skoro kara umowna należy się w razie niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, to za negatywnie ocenić należałoby koncepcję zakładającą, że przyczyny uzasadniające odstąpienie od umowy przez jedną stronę mogą stanowić jednocześnie podstawę dochodzenia przez drugą stronę kar umownych⁷.

Wyżej powołane orzecznictwo prowadzi do wniosku, że przesłanek żądania kary umownej należy się doszukiwać w treści przepisów określających, w jakich sytuacjach zachowanie dłużnika można kwalifikować jako niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania, pociągające za sobą jego odpowiedzialność wobec wierzyciela. W tym więc zakresie aktualne pozostają również w odniesieniu do kary umownej zasady odpowiedzialności odszkodowawczej *ex contractu*, na co wskazuje również systematyka KC.

Zgodnie z art. 471, KC dłużnik odpowiada jedynie za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania będące następstwem okoliczności, za które ponosi odpowiedzialność. Przy czym, jak wynika z art. 472 KC, jeśli z umowy lub ustawy nie wynika szerszy lub węższy zakres odpowiedzialności, dłużnik odpowiedzialny jest za niezachowanie należytej staranności, przy czym zakres swobody stron w kierunku rozszerzenia odpowiedzialności dłużnika, z zastrzeżeniem treści art. 353¹ KC, jest w zasadzie nieograniczony, zaś w kierunku zawężenia tej odpowiedzialności – ograniczony jest do winy umyślnej (art. 473 § 1 i § 2 KC).

W tych warunkach, w celu skutecznego dochodzenia kar umownych zastrzeżonych na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, konieczne jest wykazanie

⁵ Tak: wyrok Sądu Najwyższego z 9 lutego 2005 r. w sprawie II CK 420/04, LEX nr 30176.

⁶ Tak: wyrok Sądu Najwyższego z 30 czerwca 2005 r. w sprawie IV CK 746/04, LEX nr 284693.

⁷ Tak: wyrok Sądu Najwyższego z dnia 8 lutego 2006 r. w sprawie II CSK 151/05, LEX nr 194544.

przez wierzyciela (zamawiającego), że niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania przez dłużnika (wykonawcę) było następstwem okoliczności, za które z mocy ustawy lub z mocy umowy ponosi odpowiedzialność.

Jak to zostało wyżej zasygnalizowane, granicę swobodnego określenia zakresu odpowiedzialności dłużnika ogranicza tak jak w przypadku wszystkich umów, treść art. 353¹ KC, z którego wynika, że strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego. Umowy sprzeczne z ustawą, zasadami współżycia społecznego lub z naturą określonego stosunku prawnego, są nieważne z mocy prawa (art. 58 § 1 KC).

Natura cywilnoprawnych stosunków zobowiązaniowych wyraża się, co do zasady, w zachowaniu równości stron. Natura stosunków zobowiązaniowych o charakterze wzajemnym, gdzie dla prawidłowego świadczenia wymagane jest współdziałanie stron, ogranicza w istotny sposób zakres odpowiedzialności dłużnika za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania poprzez brak możliwości przyjęcia przez jedną ze stron odpowiedzialności za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania z przyczyn leżących po drugiej stronie umowy. Zatem, nawet wprowadzenie absolutnej odpowiedzialności za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania i przewidzenie w umowie dla takiej sytuacji kary umownej, powoduje, iż nie jest możliwe skuteczne dochodzenie takiej kary w przypadku, gdy niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania jest następstwem okoliczności niezależnych od dłużnika (wykonawcy) i leżących w całości po stronie wierzyciela (zamawiającego). W takiej bowiem sytuacji zastrzeżenie umowne jako nieważne nie obowiązuje i nie może stanowić podstawy skutecznych roszczeń.

Reasumując powyższe rozważania, należy podkreślić, iż dla skutecznego dochodzenia kar umownych nie jest wystarczające wykazanie przez organizatora przetargu, że zaistniał fakt niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, z którym to zdarzeniem umowa łączy obowiązek zapłaty kary umownej, lecz również konieczne jest wykazanie, iż niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania było następstwem okoliczności, za które dłużnik ponosi odpowiedzialność. Podkreślenia wymaga również, iż zgodnie z art. 6 KC określającym reguły rozkładu ciężaru dowodu, udowodnienie powyższych okoliczności, od których zależy powstanie roszczenia o zapłatę kary umownej, w całości spoczywa na zamawiającym dochodzącym zapłaty.

Poza wskazanymi wypadkami, w których dłużnik może w skuteczny sposób uwolnić się od obowiązku zapłaty kary umownej, należy zauważyć, że regulacja kodeksowa przewiduje instytucję tzw. miarkowania kary umownej. Zgodnie z art. 484 § 2 KC, jeżeli zobowiązanie zostało w znacznej części wykonane, dłużnik może żądać zmniejszenia kary umownej; to samo dotyczy wypadku, gdy kara umowna jest rażąco wygórowana.

Istnieją więc dwie niezależne przesłanki roszczenia o zmniejszenie (ale nie całkowite unicestwienie) kary umownej. Należy jednocześnie wskazać, że instytucja miarkowania kary umownej nie stanowi samodzielnej podstawy roszczeń, które mogłyby być dochodzone

w odrębnym procesie, lecz przybiera procesową postać zarzutu materialnoprawnego przeciwko żądaniu powoda zasądzenia określonej kary umownej.

Przepisy nie precyzują, co oznacza wykonanie zobowiązania w znacznej części, pozostawiając w tym zakresie swobodę sądowi orzekającemu. Generalnie wskazać można, że wykonanie zobowiązania w znacznej części oznacza, iż interes wierzyciela został przez dłużnika zaspokojony w istotnym zakresie⁸.

Nie zostało również sprecyzowane pojęcie rażącego wygórowania kary umownej. Istotną wskazówkę interpretacyjną może jednak stanowić orzecznictwo Sądu Najwyższego. Jak wynika z wyroku Sądu Najwyższego z dnia 20 maja 1980 r. w sprawie o sygn. akt I CR 229/80, o tym, czy w danym wypadku można mówić o karze umownej rażąco wygórowanej, nie może sama przez się decydować jej wysokość przyjęta procentowo w określonym akcie prawnym, lecz przede wszystkim stosunek, w jakim do siebie pozostają dochodzona kara umowna i spełnione z opóźnieniem świadczenie dłużnika. W sytuacji, gdy kara umowna równa się bądź zbliżona jest do wysokości wykonanego z opóźnieniem zobowiązania, w związku z którym ją zastrzeżono, można ją uważać za rażąco wygórowaną w rozumieniu art. 484 § 2 KC.

Poza wskazanymi przypadkami miarkowania kary umownej, orzecznictwo wskazuje również na dodatkową podstawę zmniejszenia wysokości kary umownej, to jest przyczynienie się wierzyciela do powstania lub zwiększenia szkody. Jak wskazał Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 23 stycznia 1974 r. w sprawie o sygn. akt II CR 788/73, zmniejszenie kary umownej na podstawie art. 484 § 2 KC ma miejsce w tych wypadkach, w których niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania nastąpiło z przyczyn obciążających dłużnika. Natomiast jeżeli do niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania doszło wskutek przyczynienia się wierzyciela, to dłużnik może żądać obniżenia kary umownej na podstawie art. 362 KC bez względu na to, czy i w jakiej części zobowiązanie wykonał.

W konkluzji należy dojść do przekonania, że zastrzeżenie kary umownej nie powoduje automatycznego, niezależnego od spełnienia dodatkowych okoliczności, powstania wymagalnego roszczenia o zapłatę kwoty kary w pełnej wysokości. Dlatego też zamawiający powinien w każdym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wskazać szczegółowo okoliczności, w których będą naliczane kary umowne oraz ustalić rynkową wysokość kar umownych, która będzie wprost proporcjonalna do naruszeń, których wykonawca dopuścił się przy realizacji zamówienia.

2.2. Prawo Opcji

Prawo opcji stanowi instytucję prawa cywilnego, która nie została uregulowana w sposób całościowy w prawie polskim, w tym w KC. W doktrynie prawa cywilnego wskazuje się, że opcja oparta jest o różne konstrukcje prawne, w tym o konstrukcję umowy ofertowej, jednostronnie zobowiązującej umowy przedwstępnej bądź umowy pod warunkiem zawieszającym⁹.

⁸ Tak: W. Popiołek w: „Kodeks cywilny. Tom I. Komentarz” pod red. K. Pietrzykowskiego, Warszawa 2002, str. 1151 nb. 5.

⁹ M. J. Golecki, Charakter prawny opcji w polskim prawie cywilnym, (...), s. 9–13, wyd. Palestra 7–8/2006.

Instytucja prawa opcji i związanego z nią zamówienia opcjonalnego, nie została również unormowana w ustawie Pzp. Tym niemniej, w przypadku postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, wykorzystywana jest konstrukcja opcji jako umowy warunkowej, w której jedna strona (zamawiający) zobowiązuje się oświadczyć drugiej stronie (wykonawcy) w określonych okolicznościach i w ciągu oznaczonego czasu, iż chce wykonać prawo opcji. Do czasu złożenia przez zamawiającego tegoż oświadczenia, umowa w sprawie zamówienia publicznego w zakresie zamówienia opcjonalnego pozostaje warunkowo zawieszona.

Prawo opcji wykorzystywane jest w prawie zamówień publicznych w celu rozszerzenia zakresu świadczenia wykonawcy bez konieczności inicjowania przez zamawiającego nowego postępowania w sprawie zamówienia publicznego. Instytucja opcji ujmowana jako zamówienie opcjonalne powinna być przewidziana w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a dokładniej – w opisie przedmiotu zamówienia i we wzorze lub warunkach przyszłej umowy w sprawie zamówienia publicznego. We wzorze lub warunkach umowy prawo opcji zapisywane jest w postaci szczególnej, dodatkowej klauzuli umownej.

Na gruncie ustawy Pzp bezwzględnie wymagane jest określenie przez zamawiającego minimalnego poziomu zamówienia (zamówienie podstawowe, minimalne), które powinno zostać zrealizowany przez wykonawcę. Dodatkowo, dopuszczalne jest określenie – stosownie do przewidywanego przez zamawiającego zapotrzebowania – zakresu zamówienia, które zostanie zrealizowane, pod warunkiem wystąpienia w oznaczonym terminie określonych okoliczności (zamówienie opcjonalne). Zakres zamówienia opcjonalnego nie musi być tożsamy przedmiotowo z częścią zamówienia minimalnego.¹⁰ Skorzystanie przez zamawiającego z przewidzianego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a następnie ujętego w umowie w sprawie zamówienia publicznego prawa opcji, powinno być tak ukształtowane, iż stanowić ono będzie uprawnienie, a nie obowiązek zamawiającego. W tym celu zalecane jest zawarcie stosownego zastrzeżenia w klauzuli wprowadzającej prawo opcji do umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Skorzystanie z możliwości rozszerzenia zakresu zamówienia w postaci prawa opcji wymaga dokładnego określenia przez zamawiającego treści zobowiązania definitywnego stron oraz oszacowania wartości zamówienia opcjonalnego. Należy tego dokonać już na etapie przygotowania postępowania w sprawie zamówienia publicznego. Stosownie bowiem do treści art. 34 ust. 5 ustawy Pzp, jeśli w zamówieniu na usługi lub dostawy przewidziane jest prawo opcji, to przy ustalaniu wartości zamówienia uwzględnia się największy możliwy zakres tego zamówienia, z uwzględnieniem prawa opcji. Trzeba mieć także na uwadze, że zakres zamówienia opcjonalnego powinien być określony na tyle precyzyjnie, aby pozwalał wykonawcom na rzetelne i prawidłowe skalkulowanie ceny oferty.¹¹ W końcu należy pamiętać, że na etapie realizacji umowy nie można będzie doprecyzowywać zobowiązań stron wynikających z zamówienia opcjonalnego z uwagi na sankcję przewidzianą w art. 140 ust. 3 ustawy Pzp –

¹⁰ Informator Urzędu Zamówień Publicznych, Kwiecień 2011 r., Opinie Prawne „Prawo opcji” w ustawie Prawo zamówień publicznych, s. 19.

¹¹ Por. wyrok KIO z dnia 23 lipca 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 1447/10, wyrok KIO z dnia 16 listopada 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 2376/10.

umowa w sprawie zamówienia publicznego podlega unieważnieniu w części wykraczającej poza opis przedmiotu zamówienia zawarty w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (w tym we wzorze czy warunkach przyszłej umowy w sprawie zamówienia publicznego).

Podsumowując, przewidziana w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a następnie wprowadzona do umowy w sprawie zamówienia publicznego, instytucja prawa opcji daje zamawiającemu możliwość elastycznego kształtowania zakresu zamówienia bez konieczności inicjowania nowego postępowania w sprawie zamówienia publicznego. Skorzystanie z prawa opcji nie stanowi bowiem zawarcia nowej umowy w sprawie zamówienia publicznego ani modyfikacji umowy dotychczasowej. Konstrukcja opcji stanowi zatem narzędzie pozwalające na zwiększenie w drodze jednostronnego oświadczenia woli zamawiającego zakresu świadczeń wykonawcy wynikającego z zamówienia minimalnego, a także wprowadzenie świadczeń różnych przedmiotowo od tych przewidzianych w zamówieniu podstawowym.

2.3. Nadzór nad wykonywaniem zamówienia

W projektach finansowanych ze środków unijnych istotną rolę jest nadzorowanie terminowej realizacji zamówienia od etapu studialnego, aż po końcowy odbiór robót i ostateczne rozliczenie inwestycji. Jednakże w umowach o zamówieniach rzadko można spotkać postanowienia dotyczące nadzoru wykonywanego przez zamawiającego. Postanowienia umowne ograniczają się głównie do wskazania osób, które będą pełniły nadzór lub po prostu są osobami do kontaktu.

Być może taki stan rzeczy wynika z faktu, iż ustawa Pzp nie odnosi się do etapu realizacji zamówienia. Zatem w ustawie Pzp brak przepisów dotyczących kontroli realizacji umowy w sprawie zamówienia publicznego. Wydawałoby się jednak zasadne, aby przepisy prawa nakładały na zamawiającego taki obowiązek, np. w taki sposób, jak reguluje to ustawa z dnia 19 grudnia 2008 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym (Dz. U. z 2009 r. Nr 19, poz. 100 z późn. zm.). Zgodnie z art. 8 wskazanej ustawy *„Podmiot publiczny ma prawo do bieżącej kontroli realizacji przedsięwzięcia przez partnera prywatnego. Zasady i szczegółowy tryb przeprowadzania kontroli określa umowa o partnerstwie publiczno-prywatnym”*. Zatem, na partnerze publicznym ciąży ustawowy obowiązek określenia w umowie, w jaki sposób będzie kontrolował realizację umowy.

Niemniej jednak zamawiający też powinni kontrolować przebieg realizacji umowy. Nie ma prawnych przeszkód, aby postanowienia umowne wskazywały na konieczność raportowania o postępach prac, sporządzanie protokołów zdawczo-odbiorczych (nie tylko przy odbiorze przedmiotu zamówienia), możliwość w każdym czasie skontrolowania postępu i jakości prac (czy to w siedzibie wykonawcy czy zamawiającego).

Poważnym mankamentem, opóźniającym postępy inwestycji, jest decentralizacja zarządzania projektami w toku oraz – idąca za tym – decentralizacja odpowiedzialności. Dlatego też, wobec ograniczonej liczby nadzorowanych projektów, zamawiający powinni wprowadzić metody zarządzania, kontroli i audytu projektów. Zadaniem osób, którym powierzony jest nadzór nad realizacją zamówień, jest zorganizowanie skutecznego „systemu wczesnego ostrzegania” o zagrożeniach np. co do terminowej realizacji projektu.

Reasumując, w celu sprawnego i efektywnego wydatkowania środków unijnych, zamawiający muszą dokonywać szczegółowego, bieżącego, a przede wszystkim rygorystycznego nadzoru postępu robót i monitoringu wykonania zawartych umów.

Nie będzie to jednak możliwe, jeżeli w umowach w sprawach zamówień publicznych zamawiający nie będą przyznawać sobie takich uprawnień.

W tym miejscu warto również podkreślić znaczenie wykonywania nadzoru autorskiego nad utworami architektonicznymi i architektoniczno-urbanistycznymi (w tym projektami budowlanymi).

Nadzór autorski, uregulowany w ustawie z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (Dz. U. z 2006 r. Nr 156, poz. 1118 ze zm. – dalej jako ustawa PB), polega na dozorowaniu budowy przez projektanta, mającym na celu kontrolę zgodności realizacji z projektem oraz udzielanie wykonawcy instrukcji i wyjaśnień w zakresie problematyki zawartej w projekcie. Nadzór autorski obejmuje również dokonywanie ewentualnych zmian w projekcie w zakresie niesprzecznym z pozwoleniem na budowę.

Zgodnie z postanowieniami art. 20 ust. 1 ustawy PB, sprawowanie nadzoru autorskiego na żądanie inwestora lub właściwego organu – w zakresie: (i) stwierdzania w toku wykonywania robót budowlanych zgodności realizacji z projektem, (ii) uzgadniania możliwości wprowadzenia rozwiązań zamiennych w stosunku do przewidzianych w projekcie, zgłoszonych przez kierownika budowy lub inspektora nadzoru inwestorskiego – należy do podstawowych obowiązków projektanta.

W świetle postanowień art. 95 pkt 5 ustawy PB, osoby wykonujące samodzielne funkcje techniczne w budownictwie, które uchylają się od podjęcia nadzoru autorskiego lub wykonują niedbale obowiązki wynikające z pełnienia tego nadzoru, podlegają odpowiedzialności zawodowej w budownictwie. Naruszenie przytoczonych przepisów może prowadzić do popełnienia czynów zabronionych i pociągać za sobą odpowiedzialność karną i zawodową, przy czym ta ostatnia może doprowadzić w rezultacie do całkowitej utraty prawa wykonywania samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie.

Projektant jest zobowiązany do osobistego wykonywania nadzoru autorskiego. Nakładając na niego obowiązek pełnienia nadzoru autorskiego ustawodawca zapewnił projektantowi szereg uprawnień koniecznych do jego wykonania. Zgodnie z postanowieniami art. 21 ustawy PB projektant, w trakcie realizacji budowy, ma prawo (i) wstępu na teren budowy i dokonywania zapisów w dzienniku budowy dotyczących jej realizacji, jak również (ii) żądania wpisem do dziennika budowy wstrzymania robót budowlanych, w razie stwierdzenia możliwości powstania zagrożenia albo wykonywania ich niezgodnie z projektem. Prawo wstępu projektanta na teren budowy, na którym realizowana jest budowa według projektu przez niego sporządzonego, jest gwarancją pozwalającą na wykonywanie nadzoru autorskiego. Prawo to jest całkowicie niezależne od sprawowania nadzoru, gdyż projektant może z niego skorzystać nawet wtedy, gdy nie został wezwany do pełnienia nadzoru autorskiego. Uprawnienie to zapewnia projektantowi możliwość ochrony jego praw autorskich do projektu, przez stałą kontrolę zgodności z projektem wykonywanych robót budowlanych.

Reasumując stwierdzić należy, że o ustanowieniu nadzoru autorskiego decyduje inwestor (zamawiający) lub właściwy organ w decyzji o pozwoleniu na budowę. Autor projektu nie może się od pełnienia nadzoru uchylić, pod groźbą kary z tytułu odpowiedzialności zawodowej.

Pełnienie nadzoru autorskiego ma charakter dodatkowy w stosunku do dzieła, jakim jest dokumentacja projektowa i odbywa się w ramach umowy o świadczenie usług, do której stosują się przepisy umowy zlecenia. Projektantowi należy się z tego tytułu – co do zasady – dodatkowe wynagrodzenie.

W konkluzji należy stwierdzić, iż: po pierwsze – sprawowanie nadzoru autorskiego na żądanie inwestora lub właściwego organu w zakresie stwierdzania w toku wykonywania robót budowlanych zgodności realizacji z projektem, jak również uzgadniania możliwości wprowadzenia rozwiązań zamiennych w stosunku do przewidzianych w projekcie, należy do podstawowych obowiązków projektanta; po drugie – o ustanowieniu nadzoru autorskiego decyduje inwestor lub właściwy organ w decyzji o pozwoleniu na budowę. Dlatego też w umowie w sprawie zamówienia publicznego należy określić kwestie nadzoru autorskiego.

3. PODWYKONAWSTWO

Przygotowując postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, zamawiający spotykają się z problemem ustalenia warunków udziału w postępowaniu i określenia kryteriów oceny ofert, które pozwolą na wybór wykonawcy, który zrealizuje zamówienie zgodnie z oczekiwaniami organizatora przetargu. Praktyka pokazuje jednak, iż wybór, uznanego na rynku, wykonawcy nie rozwiązuje problemu, kto i jak zrealizuje zamówienie. Zasadą stało się bowiem, iż wykonanie zamówienia publicznego jest realizowane nie przez wykonawców, a poprzez podwykonawców.

Dlatego też wszczęcie postępowania powinno być poprzedzone analizą dotyczącą udziału podwykonawców w realizacji zamówienia. W celu zapobiegnięcia negatywnym zjawiskom, takim jak blokowanie prac przed podwykonawców, którym wykonawca nie uiszczył lub nieterminowo uiszczył wynagrodzenie za wykonywane prace, zamawiający powinien już na etapie sporządzania dokumentacji przetargowej określić swoje wymagania w tym zakresie.

Pojęcie podwykonawcy

Badanie udziału podwykonawców w realizacji zamówienia należy rozpocząć od definicji tego rodzaju podmiotów. Pojęcie podwykonawcy pojawia się w wielu aktach prawnych polskiego ustawodawstwa, jednakże żaden z aktów nie definiuje wprost tego pojęcia i nie wskazuje, jakie podmioty należy uważać za podwykonawców. Skoro nie istnieją żadne wymogi podmiotowe, podwykonawcą może być każda osoba fizyczna, osoba prawna albo jednostka organizacyjna nieposiadająca osobowości prawnej, która podejmuje się pomocy przy realizacji zamówienia¹².

Zamawiający nie ma zatem podstaw do precyzowania lub stawiania wymagań podmiotowych w zakresie podwykonawców. Ponadto, zamawiający nie posiada uprawnień do żądania wskazania konkretnych podmiotów, które w charakterze podwykonawców będą

¹² Podobnie: U. Lisiecka, wyd. Przetargi Publiczne, wyd. maj 2008 r.

realizować zamówienie. Zgodnie ze stanowiskiem Urzędu Zamówień Publicznych¹³, wskazanie z nazwy podwykonawców powinno następować na etapie realizacji zamówienia, a nie w momencie zawierania umowy w sprawie zamówienia publicznego, czy tym bardziej na etapie składania ofert. Pomimo tego zamawiający dość często żądają wskazania w ofertach danych (nazw i adresów) podwykonawców. Taka praktyka jest jednak niezgodna z treścią art. 36 ust. 4 ustawy Pzp.

Ograniczenie

Zamawiający może jednak – ze względu na specyfikę przedmiotu – zastrzec w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej siwz), że część lub nawet całość zamówienia nie może zostać powierzona podwykonawcom. Wyjątek ten powinien być ściśle interpretowany przez zamawiającego, bowiem to na nim spoczywa ciężar uzasadnienia, iż ograniczenie możliwości realizowania zamówienia przez podwykonawców jest zasadne. Dlatego też odstępstwa od powyższej zasady powinny następować w wyjątkowych sytuacjach, z uwagi na szczególnie charakter zamówienia, a także przy zachowaniu zasady uczciwej konkurencji¹⁴.

Zakres prac podwykonawcy

Jeżeli zamawiający zdecyduje się na ograniczenie udziału podwykonawców, to powinien precyzyjnie określić w siwz¹⁵, która część zamówienia nie może zostać im powierzona. Ustawa Pzp nie określa bowiem, jaką maksymalną część wykonywania zamówienia można powierzyć podwykonawcy. Organizator przetargu ma zatem pełną dowolność w ustaleniu zakresu prac, które mogą zostać wykonane przez podwykonawców. Jednakże zamawiający nie powinien wskazywać procentowo czy też kwotowo maksymalnego udziału podwykonawców, lecz podać konkretne części zamówienia, które nie powinny być przez nich realizowane¹⁶.

Różnice w przepisach wspólnotowych

Również prawo wspólnotowe zaleca dopuszczanie udziału podwykonawców w realizacji zamówienia. W preambułach dyrektywy 2004/18/WE, a także dyrektywy 2004/17/WE, zachęca się do udziału w rynku zamówień publicznych małych i średnich przedsiębiorców poprzez podwykonawstwo.

Wyjątkiem od przepisów ustawy Pzp jest jednak zakres powierzonego podwykonawstwa. Zgodnie bowiem z art. 25 dyrektywy 2004/18/WE orz art. 37 dyrektywy 2004/17/WE, zama-

¹³ Odpowiedź na interpelację nr 1572 Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 27 marca 2008 r.

¹⁴ Zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 2 listopada 2011 r. (2274/11): „[...] Należy zwrócić przy tym uwagę, iż ograniczenie podwykonawstwa w zamówieniach publicznych wpływa na ograniczenie możliwości ubiegania się o zamówienie publiczne przez wykonawców, a tym samym na ograniczenie konkurencyjności postępowań o zamówienie publiczne. W związku z powyższym, nieuzasadnione ograniczenie podwykonawstwa stanowi naruszenie w postępowaniu zasady uczciwej konkurencji”.

¹⁵ Zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 11 maja 2011 r. (878/11, 901/11): „Jeżeli zamawiający chciał wprowadzić zakaz podwykonawstwa w ramach jego zamówienia, powinien to wyrazić wprost, przy pomocy precyzyjnych, przyjętych w ustawie i adekwatnych określeń, a nie domagać się wyinterpretowania powyższego z postanowień SIWZ, które do tego się nie odnoszą”.

¹⁶ Tak: wyrok Zespół Arbitrów z dnia 23 czerwca 2005 r., UZP/ZO/0-1464/05.

wiający posiadają uprawnienia do żądania od wykonawcy wskazania, którą część zamówienia zamierza przeznaczyć wykonawcom. Takie stanowisko zostało potwierdzone orzeczeniem Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z dnia 18 marca 2004 r. (sprawa Arge Telecom & Partner, C-314/01). Powyższe prowadzi zatem do wniosku, że europejski ustawodawca nie przewidział możliwości realizacji całości zamówienia przez podwykonawców, tak jak przewiduje to polskie prawo.

Dodatkowo, zgodnie z dyrektywami, podmiot zamawiający może zażądać informacji o wskazaniu wszystkich (tak: dyrektywa 2004/18/WE) bądź ewentualnych (tak: dyrektywa 2004/17/WE) podwykonawców – co jak poniżej wskazano, jest również niedopuszczalne na gruncie ustawy Pzp.

Warto przy tym podkreślić, że orzecznictwo ETS wskazuje, iż dyrektywy nie zabraniają wykluczenia lub ograniczenia możliwości wykorzystania podwykonawców do wykonania zasadniczych części zamówienia w sytuacji, kiedy zamawiający nie jest w stanie ocenić ich technicznych i finansowych możliwości na etapie postępowania, kiedy dokonuje wyboru wykonawcy, który przedstawił najkorzystniejszą ofertę¹⁷.

Brak konsekwencji za niewskazanie zakresu podwykonawstwa

Zamawiający posiada uprawnienie żądania wskazania przez wykonawcę w ofercie części zamówienia, której wykonanie powierzy podwykonawcom (art. 36 ust. 4 ustawy Pzp). Należy jednak zauważyć, że niewypełnienie żądań zamawiającego dotyczących wskazania zakresu podwykonawstwa (np. nie podanie informacji o planowanym podwykonawstwie lub podanie innego zakresu prac w przypadku, gdy wykonawca zamierza wykonywać zamówienie lub jego część z pomocą podwykonawców), pozbawione jest jakichkolwiek negatywnych konsekwencji prawnych dla wykonawcy, wyrażonych w ustawie Pzp. Wykonawca w takiej sytuacji nie może zostać wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ustawy Pzp, ani jego oferta nie może zostać odrzucona na podstawie art. 89 ustawy Pzp¹⁸.

Klauzule umowne

Dlatego też proponuje się, aby w projekcie umowy o zamówieniu publicznym zamawiający po pierwsze: bardzo dokładnie określił zakres prac, jakie mogą zostać powierzone podwykonawcom. Organizator przetargu ma możliwość już na etapie sporządzania dokumentacji przetargowej określić, czy wyraża zgodę na zawieranie umów przez podwykonawców z dalszymi podwykonawcami – zatem ta kwestia również powinna być uregulowana w umowie o zamówieniu publicznym.

Coraz częściej zamawiający określają, w projekcie umowy o zamówieniu publicznym, jakie klauzule umowne powinny zostać zawarte w umowie podwykonawczej (*przykładowe posta-*

¹⁷ Wyrok KIO z dnia 18 maja 2010 r. (786/10).

¹⁸ Podobne stanowisko wyraziła KIO w wyrokach z dnia 21 października 2010 r. (2191/10), z dnia 14 czerwca 2010 r. (954/10, 962/10), a także wyroku z dnia 10 września 2009 r. (1117/09).

nowienie umowne: Umowa z podwykonawcą musi zawierać co najmniej: a) zakres robót powierzonych podwykonawcy; b) kwotę wynagrodzenia podwykonawcy).

Uregulowanie – w jak najszerszym stopniu – kwestii podwykonawstwa jest szczególnie istotne przy zamówieniach na wykonanie dostaw lub usług. Przepisy prawa, w tego rodzaju zamówieniach, nie dają zamawiającemu wprost możliwości weryfikacji umowy zawartej pomiędzy wykonawcą a podwykonawcą. Z drugiej strony, przepisy prawa nie zabraniają monitoringu tego rodzaju umów przez zamawiającego. Wydaje się zatem, iż żądanie przez zamawiającego doręczenia („do wglądu”) umowy podwykonawstwa, po zawarciu umowy o zamówienie publiczne, nie będzie stało w sprzeczności z przepisami prawa. Jeżeli organizator uzna za stosowne zapoznanie się z taką umową – zobowiązanie wykonawcy do jej przedłożenia powinno znaleźć się w projekcie umowy o zamówienie publiczne.

Roboty budowlane

Odmiennie kształtuje się sytuacja w przypadku realizacji robót budowlanych.

W tego rodzaju zamówieniach wręcz obowiązkiem zamawiającego powinno być zapoznanie się z treścią umowy zawieranej przez wykonawcę z podwykonawcą. Może on wówczas wnieść zastrzeżenia, domagając się zmian treści umowy z podwykonawcą, jeżeli zapisy tej umowy nie gwarantują realizacji zamówienia zgodnie z oczekiwaniami zamawiającego.

Kwestie, na które w szczególności powinien zwrócić uwagę zamawiający to: zakres i opis prac budowlanych, technologia wykonania prac, materiały przeznaczone do użycia, termin realizacji (harmonogram pracy), wysokość i sposób obliczenia wynagrodzenia.

Zgoda zamawiającego

Zgodnie z art. 647¹ KC, wszelkie prawa i obowiązki podwykonawcy winny zostać zawarte w zapisach umowy wykonawcy z podwykonawcą. Na zawarcie umowy zgodę powinien wyrazić zamawiający (inwestor).

Organizator przetargu, zgodnie z dyspozycją art. 647¹ § 2 KC, w terminie 14 dni od dnia przedstawienia mu przez wykonawcę umowy z podwykonawcą lub jej projektu (wraz z częścią dokumentacji dotyczącą wykonania powierzonych robót), może zgłosić sprzeciw lub zastrzeżenia do jej treści. Zgoda inwestora na zawarcie przez wykonawcę umowy o roboty budowlane z podwykonawcą nie musi być wyrażona w szczególnej formie, wystarczy, że w ww. terminie nie wnieśli oni zastrzeżeń lub sprzeciwu. Co więcej, udzielenie zgody nie musi nastąpić przed zawarciem umowy z podwykonawcą, gdyby bowiem tak było, ustawodawca nie użyłby w art. 647¹ § 2 KC sformułowania „umowa z podwykonawcą lub jej projekt”, co oznacza, że wprost dopuszcza się także udzielenie zgody po zawarciu umowy.

Należy przy tym zauważyć, iż postanowienia ustawy Pzp nie kreują instytucji „pre-zgody” lub zobowiązania do jej udzielenia. Zawarta w treści oferty informacja o zakresie prac powierzonych do podwykonania jest jedynie oświadczeniem wiedzy wykonawcy i co do uzyskania zgody na zawarcie umowy z podwykonawcą nie wywołuje żadnych skutków prawnych. Aby

doszło do zawarcia umowy pomiędzy podwykonawcą a wykonawcą w trybie ustawy Pzp niezbędna jest zgoda inwestora (zamawiającego) wyrażana na takich samych zasadach, jak w przypadku każdej innej umowy o roboty budowlane.

Co najistotniejsze, art. 647¹ KC będzie miał zastosowanie tylko do umów zawieranych przez generalnego wykonawcę robót budowlanych z podwykonawcami, jeżeli przedmiotem tych umów jest wykonawstwo robót budowlanych¹⁹. Z tego też względu wykluczyć należy zastosowanie tego przepisu do umów zawieranych przez generalnego wykonawcę z projektantem, czy do umów z dostawcami maszyn lub urządzeń służących do wykonania robót budowlanych. Z umową o roboty budowlane bowiem mamy do czynienia wtedy, gdy wykonawca zobowiązuje się do wykonania robót budowlanych. Rezultatem tych robót nie musi być cały obiekt budowlany w rozumieniu przepisów prawa budowlanego. Z tego względu także do umów zawieranych przez inwestora z wykonawcami częściowymi oraz ich podwykonawcami, znajduje zastosowanie art. 647¹ KC, o ile zobowiązanie obejmuje wykonanie robót budowlanych. Powyższe rozważania wpływają również na właściwe zrozumienie i interpretację przepisu art. 36 ust. 4 ustawy Pzp, który umożliwia zamawiającemu żądanie przedstawienia w ofercie części zamówienia, które będą wykonywane przez podwykonawców. Skoro zamówieniem są roboty budowlane, to wskazanie podwykonawców oraz części zamówienia, które będą im powierzone, jest o tyle możliwe, o ile będą to podwykonawcy robót budowlanych, a nie przykładowo podmioty, z którym wykonawca zawiera umowy cywilnoprawne, nie będące umowami o roboty budowlane, w tym umowy z dostawcami sprzętu.

Przy czym, „*przepis art. 647¹ § 2 KC przewiduje wymóg zgody inwestora za na zawarcie umów przez wykonawcę (generalnego wykonawcę) z podwykonawcami oraz zgody inwestora i wykonawcy (generalnego wykonawcy) na Zawracie umów przez podwykonawcę z dalszymi podwykonawcami (art. 647¹ § 3 KC)*”²⁰.

Kwestią dyskusyjną była ocena skutków braku zgody inwestora, o której mowa w art. 647¹ § 2 KC. Zgodnie ze stanowiskiem doktryny oraz orzecznictwa, zgoda inwestora była warunkiem ważności takiej umowy²¹. Wątpliwości w tym zakresie rozwiązał Sąd Najwyższy²², który uznał, iż brak zgody inwestora nie wywołuje skutku w postaci nieważności umowy o podwykonawstwo, a wpływa jedynie na powstanie solidarnej odpowiedzialności inwestora oraz generalnego wykonawcy (art. 647¹ § 5 KC).

Tym samym, zgoda inwestora na zawarcie umowy podwykonawczej wywołuje skutek w postaci solidarnej odpowiedzialności.

Odpowiedzialność solidarna

Zasada solidarnej odpowiedzialności inwestora oraz wykonawcy za zobowiązania wobec podwykonawców, określona w art. 647¹ § 5 KC, ma ogromny wpływ na przeciwdziałanie przypad-

¹⁹ J. A. Strzępka, E. A. Zielińska, Monitor Prawniczy 21/2003.

²⁰ J. A. Strzępka, E. A. Zielińska, Monitor Prawniczy 21/2003.

²¹ A. Brzozowski, Kodeks cywilny Komentarz, Tom II, pod red. K. Pietrzykowskiego, wyd. C.H. Beck 2009 r., J. A. Strzępka, E. A. Zielińska, Monitor Prawniczy 21/2003.

²² Uchwała 7 sędziów Sądu Najwyższego z dnia 28 kwietnia 2008 r., sygn. akt III CZP 6/08.

kom nieprawidłowości w realizacji zamówień, w których część robót wykonywania była przez podwykonawców. Problem ten zauważono również w uzasadnieniu do projektu nowelizacji KC²³, w którym stwierdzono, iż wprowadzenie nowych przepisów ma na celu zapobieganie negatywnym zjawiskom występującym w obrocie gospodarczym. W szczególności chodziło o sytuacje nieuregulowania lub nieterminowego uiszczania przez inwestorów i generalnych wykonawców zapłaty za prace wykonane przez podwykonawców – głównie małych i średnich przedsiębiorstw. Z uwagi na fakt, iż w tamtym okresie duża liczba przedsiębiorstw budowlanych i deweloperskich likwidowała swoją działalność, czy też składała wnioski o wszczęcie postępowania układowego lub ogłaszana była w stosunku do nich upadłość, zmiany przepisów prawa miały uchronić mniejszych przedsiębiorców budowlanych przed ewentualną niewypłacalnością, czy też brakiem płynności finansowej podmiotów, od których są oni zależni.

Należy zatem wskazać, iż zgodnie z art. 366 § 1 KC, solidarna odpowiedzialność oznacza, iż podwykonawca może domagać się zapłaty wynagrodzenia nie tylko od wykonawcy (tj. podmiotu, który powierzył mu roboty), ale także od zamawiającego (tj. inwestora, na rzecz którego realizowane jest zamówienie)²⁴. Analizy wymaga jednak ustalenie podmiotowego i przedmiotowego zakresu odpowiedzialności określonej w art. 647¹ § 5 KC.

W zakresie podmiotowym należy wskazać, iż „wobec pierwszego podwykonawcy, który zawarł umowę z wykonawcą generalnym solidarnie odpowiadają inwestor i generalny wykonawca. Wobec każdego z dalszych podwykonawców (tj. podwykonawców pierwszego podwykonawcy) odpowiedzialność solidarną ponoszą nie tylko inwestor i wykonawca generalny, ale także, podmiot, który zawarł z nim umowę o roboty budowlane”.²⁵

Z kolei odpowiedzialność solidarna – w zakresie przedmiotowym – dotyczy roszczenia o spełnienie całego lub części świadczenia wobec dowolnego z dłużników solidarnych.

Solidarna odpowiedzialność a umowa w sprawie zamówienia publicznego

Analiza powyższego prowadzi więc do pytania, jak w umowie w sprawie zamówienia publicznego dotyczącego robót budowlanych zamawiający ma zabezpieczyć się przed roszczeniami podwykonawcy w stosunku do niego.

W takim przypadku organizator przetargu powinien zawrzeć we umowie (która będzie zawarta w wykonawcą) postanowienie, zgodnie z którym, jeżeli roboty budowlane będą wykonywane przez podwykonawców, zapłata wykonawcy za (kolejną) fakturę nastąpi po przedłożeniu informacji (np. kopia przelewu, potwierdzenie otrzymania itp.) o otrzymaniu należnego wynagrodzenia przez podwykonawcę za roboty wykonane w poprzednim okresie rozliczeniowym.

Możliwość wynagradzania w świetle projektu nowej dyrektywy

Na marginesie powyższych rozważań należy wskazać, że we wniosku Komisji Europejskiej [2011/0438 (COD)] w sprawie nowej dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie

²³ Uzasadnienie projektu do nowelizacji KC, Druk sejmowy 888 z dnia 16 września 2002 r.

²⁴ P. Drapała, Przegląd Prawa Handlowego, wyd. sierpień 2003 r.

²⁵ P. Drapała, Przegląd Prawa Handlowego, wyd. sierpień 2003 r.

zamówień publicznych zaproponowano, aby państwa członkowskie mogły postanowić, że zamawiający – na wniosek podwykonawcy i jeżeli pozwala na to charakter zamówienia – będzie przekazywał bezpośrednio podwykonawcy płatności należne za usługi, dostawy lub roboty budowlane, zrealizowane dla głównego wykonawcy. W takim przypadku państwa członkowskie wprowadzają odpowiednie mechanizmy umożliwiające głównemu wykonawcy zgłaszanie zastrzeżeń co do nienależnych płatności (art. 71 projektu nowej dyrektywy).

Komisja Europejska słusznie proponuje, aby ustalenia dotyczące trybu płatności były określone w dokumentacji przetargowej.

Powyższa propozycja Komisji Europejskiej jest bardzo korzystna dla podwykonawców i może wpływać na prawidłową realizację zamówienia. Być może wskazane rozwiązanie ograniczy opóźnienia lub w ogóle wyeliminuje brak uiszczania wynagrodzeń podwykonawcom przez wykonawców. W konsekwencji, zamawiający nie byłoby narażeni na konieczność spełniania świadczeń, zgodnie z art. 647¹ § 5 KC.

Jedyna obawa, to w jaki sposób ustawodawca wprowadzi „*odpowiednie mechanizmy umożliwiające głównemu wykonawcy zgłaszanie zastrzeżeń co do nienależnych płatności*”, o których mowa w art. 71 projektu nowej dyrektywy.

4. MODYFIKACJA UMOWY W SPRAWIE ZAMÓWIENIA PUBLICZNEGO

4.1. Dopuszczalność zmiany umowy

W procesie realizacji umowy w sprawie zamówienia publicznego zamawiający i wykonawca związani są jej postanowieniami i nie może być ona zmieniona jednostronną decyzją któregośkolwiek z tych podmiotów. Modyfikacje umowy mogą być wprowadzone jedynie na mocy ich wspólnych uzgodnień. Dopuszczalność zmian umowy w sprawie zamówienia publicznego podlega szczególnemu ograniczeniu, wynikającemu z art. 144 ust. 1 ustawy Pzp. Przepis ten zakazuje istotnych zmian postanowień zawartej umowy w sprawie zamówienia publicznego w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba że zamawiający przewidział możliwość dokonania takiej zmiany w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz określił warunki takiej zmiany. Zmiana umowy dokonana z naruszeniem tego przepisu podlega unieważnieniu.

Pojęcie istotności zmiany nie ogranicza się wyłącznie do istotnych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego (*essentialia negotii*). Niezasadne byłoby również ograniczanie istotnych zmian umowy do postanowień zawartych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, o których mowa w art. 36 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp (*istotne dla stron postanowień, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego*). Pojęcie istotności zmiany postanowień umowy w sprawie zamówień publicznych na gruncie art. 144 ust. 1 ustawy Pzp należy wyklądać stosownie do znaczenia nadanego temu wyrażeniu w orzeczeniach Trybunału Sprawiedliwości UE (TSUE,) wydanych na gruncie dyrektyw unijnych w sprawie zamówień publicznych.

Norma zawarta w art. 144 ustawy Pzp nie znajduje wyraźnego odpowiednika w obecnie obowiązujących dyrektywach unijnych w dziedzinie zamówień publicznych.²⁶ Zasada wyrażona w tym przepisie została wyinterpretowana przez TSUE z szeregu postanowień tych dyrektyw. W sprawie *pressetext Nachrichtenagentur GmbH*²⁷ Trybunał wywiódł zakaz dostosowywania pierwotnej umowy do zmienionych okoliczności zewnętrznych z zawartego w dyrektywach wyrażenia „udzielać” zamówienia oraz zasady równego i niedyskryminacyjnego traktowania wykonawców. W ocenie Trybunału, zmiany w postanowieniach zamówienia publicznego w czasie jego trwania stanowią udzielenie nowego zamówienia w rozumieniu dyrektyw, chyba że nie odbiegają one istotnie od postanowień pierwotnego zamówienia i nie wskazują na wolę ponownego negocjowania przez strony podstawowych ustaleń tego zamówienia.²⁸ Według TSUE zmianę zamówienia publicznego w czasie jego trwania należy uznać za istotną, jeżeli:

- wprowadza ona warunki, które gdyby zostały ujęte w ramach pierwotnej procedury udzielania zamówienia, umożliwiłyby dopuszczenie innych oferentów niż ci, którzy zostali pierwotnie dopuszczeni;
- rozszerzony zostaje zakres zamówienia na nieprzewidziane pierwotnie usługi;
- wprowadza ona warunki, które skutkują zmianą równowagi ekonomicznej umowy na korzyść wykonawcy w sposób nieprzewidziany w pierwotnym zamówieniu.

W tym kontekście warto wspomnieć, że w przedłożonym przez Komisję Europejską projekcie nowej dyrektyw w sprawie zamówień publicznych²⁹, art. 72 *expressis verbis* stanowi, że istotna modyfikacja postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego w okresie jej obowiązywania jest uznawana za udzielenie nowego zamówienia i wymaga przeprowadzenia nowego postępowania. Jednocześnie projektowany art. 72 szczegółowo określa, jakiego rodzaju modyfikacje umowy w okresie jej obowiązywania będą uznane za istotne. Modyfikacją istotną jest modyfikacja powodująca, że zamówienie różni się istotnie od pierwotnego zamówienia. Modyfikacja zostanie uznana za istotną, jeżeli spełniony będzie jeden z poniższych warunków:

- modyfikacja wprowadza warunki, które, jeżeli byłyby częścią pierwotnego postępowania o udzielenie zamówienia, umożliwiłyby zakwalifikowanie innych kandydatów niż ci, którzy zostali pierwotnie zakwalifikowani, lub umożliwiłyby udzielenie zamówienia innemu oferentowi;
- modyfikacja zmienia równowagę ekonomiczną zamówienia na korzyść wykonawcy;

²⁶ Dyrektywa 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi; dyrektywa 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady koordynująca procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych.

²⁷ Wyrok z dnia 19 czerwca 2008 r., C-454/06, *pressetext Nachrichtenagentur GmbH v. Republika Austrii (Bund), APA-OTS Originaltext-Service GmbH, APA Austria Presse Agentur registrierte Genossenschaft mit beschränkter Haftung*, LEX nr 410027.

²⁸ Por. także wyrok z dnia 29 kwietnia 2004 r., C-496/99 P, *Komisja Wspólnot Europejskich v. CAS Succhi di Frutta SpA*, ECR 2004, nr 4A, poz. I-03801.

²⁹ Wniosek Komisji Europejskiej [2011/0438 (COD)] w sprawie nowej dyrektywy Parlamentu Europejskiego i rady w sprawie zamówień publicznych.

- modyfikacja rozszerza znacznie zakres zamówienia w taki sposób, by objąć dostawy, usługi lub roboty budowlane początkowo nim nieobjęte.

Tym samym proponowane przez Komisję Europejską przesłanki uznania modyfikacji umowy w sprawie zamówienia publicznego za zmianę istotną nawiązują wyraźnie do przesłanek ustanowionych przez TSUE w sprawie *presstext Nachrichtenagentur GmbH*.

Podsumowując, zmiana istotnych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego jest, co do zasady, niedopuszczalna i skutkować będzie unieważnieniem tych postanowień. W praktyce dokonanie rozróżnienia między istotnymi i nieistotnymi zmianami umowy nie zawsze będzie proste. Konieczne będzie przeprowadzenie wartościującej analizy wszystkich okoliczności danego przypadku³⁰, mając na uwadze kryteria wypracowane w orzecznictwie TSUE, w tym w szczególności w sprawach: *presstext Nachrichtenagentur GmbH* i *CAS Succhi di Frutta SpA*. Rozsądnym rozwiązaniem dla zamawiającego jest zatem wprowadzanie do umów w sprawie zamówienia publicznego w szerokim zakresie, o czym niżej, klauzul rewizyjnych, wskazujących dopuszczalne zmiany umowy już na etapie formułowania pierwotnych warunków zamówienia. Klauzule te umożliwią bowiem dostosowanie umowy do zmieniających się warunków realizacji zamówienia, bez konieczności dokonywania analizy istotności zmienianych postanowień umowy. Posłużenie się klauzulami rewizyjnymi zminimalizuje także ryzyko unieważnienia zmienionych postanowień.

4.2. Klauzule rewizyjne

Stosownie do art. 144 ust. 1 ustawy Pzp oraz w zgodzie z orzecznictwem TSUE, istotne zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego mogą być dokonane, jeśli taka możliwość została wyraźnie przewidziana w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz określone zostały warunki tej zmiany. Zamawiający ma zatem, co do zasady, możliwość dokonywania modyfikacji istotnych postanowień umownych na drodze klauzul rewizyjnych.

Klauzule rewizyjne w umowach w sprawie zamówienia publicznego były przedmiotem analizy KIO, sądów powszechnych oraz Sądu Najwyższego. Przykładowo, Sąd Najwyższy stwierdził, że przepisy art. 629 KC (wynagrodzenie kosztorysowe) i art. 632 §2 k.c. (wynagrodzenie ryczałtowe) mogą znaleźć zastosowanie do umowy w sprawie zamówienia publicznego na roboty budowlane i stanowić podstawę do modyfikacji wynagrodzenia wykonawcy. W przypadku przyjęcia tych przepisów jako podstawy prawnej modyfikacji umowy, art. 144 ust. 1 ustawy Pzp ma zastosowanie w takim zakresie, w jakim, w odniesieniu do art. 629 KC lub 632 § 2 KC określa dopuszczalność zmiany umowy.³¹ Zmiana umowy na warunkach określonych w art. 629 KC lub 632 §2 KC. będzie zatem dopuszczalna, jeżeli została wyraźnie przewidziana w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

³⁰ Opinia Rzecznika Generalnego J. Kokott z dnia 13 marca 2008 r. w sprawie C-454/06 *presstext Nachrichtenagentur GmbH*.

³¹ Wyrok SN z dnia 4 lutego 2011 r., III CSK 143/10, LEX nr 785535.

W orzecnictwie wskazuje się, że nie ma przeszkód uznania dopuszczalności zmiany umowy w wypadku zastosowania korzystniejszych dla zamawiającego rozwiązań, pod warunkiem, że zamawiający wprost przewidział taką możliwość w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji oraz określił warunki na jakich dokona zmian, a więc określił konkretne okoliczności, w których będzie do takiej zmiany uprawniony.³² Samo jednak zastrzeżenie możliwości dokonywania zmian w umowie korzystnych dla zamawiającego jest postanowieniem bardzo ogólnym, które może nie wypełniać dyspozycji art. 144 ustawy Pzp.³³ Stąd zawsze konieczne jest określenie szczegółowych warunków tej zmiany. Modyfikacje postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego mogą być również, co do zasady, niekorzystne dla zamawiającego. W orzecnictwie Trybunału zakazuje się jedynie zmian skutkujących zmianą równowagi ekonomicznej umowy na korzyść wykonawcy w sposób nieprzewidziany w pierwotnym zamówieniu. Również pominięcie w art. 144 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki „korzystności” zmian dla zamawiającego, przy nowelizacji tejże ustawy w 2008 r., przemawia za dopuszczalnością zmian niekorzystnych dla zamawiającego.

Jak słusznie zauważa E. Wiktorowska, zmiany pozornie niekorzystne dla zamawiającego, mogą się okazać niezbędne dla zapewnienia realizacji umowy. Mając na uwadze powyższe, wskazane jest zatem dokonanie przez zamawiającego analizy opartej na własnym i cudzym doświadczeniu, celem ustalenia, jakie sytuacje mogą mieć miejsce w procesie realizacji umowy i jakie środki (tu: klauzule rewizyjne) należy przewidzieć w umowie, aby zapewnić sprawne, bezkonfliktowe jej wykonanie przez wykonawcę.³⁴

Klauzule rewizyjne mogą dotyczyć zmiany wynagrodzenia wykonawcy, jego indeksacji, waloryzacji, wydłużenia terminu wykonania zamówienia, zmian kluczowego personelu obsługującego realizację konkretnej umowy, aktualizacji rozwiązań z uwagi na postęp techniczny lub zmiany obowiązujących przepisów itd.

Niezależnie od powyższego należy mieć również na uwadze, że do zmiany umowy w oparciu o klauzule rewizyjne, określone na podstawie art. 144 ust. 1 ustawy Pzp, może dojść jedynie na skutek złożenia zgodnego oświadczenia woli przez obie strony umowy. Przepis ten nie przyznaje wykonawcy roszczenia o zmianę zawartej umowy. Oznacza to, że w wypadku odmowy dokonania zmiany umowy przez zamawiającego, art. 144 ust. 1 ustawy Pzp nie może stanowić podstawy żądania zmiany umowy zawartej w sprawie zamówienia publicznego.³⁵

Na koniec warto wspomnieć, że w motywie 48 preambuły zaproponowanej przez Komisję Europejską nowej dyrektywy w sprawie zamówień publicznych³⁶ wskazuje się, że klauzule rewizyjne nie powinny dawać instytucjom zamawiającym nieograniczonej swobody decy-

³² Por. wyrok KIO z dnia 28 lutego 2012 r., KIO 229/12; KIO 238/12; KIO 239/12; KIO 242/12; KIO 245/12; KIO 247/12, LEX nr 1125011.

³³ Por. wyrok KIO z dnia 20 stycznia 2009 r., KIO/UZP 3/09, LEX nr 486498.

³⁴ E. Wiktorowska, *Zmiany umów o zamówienie publiczne*, Przetargi Publiczne, Grudzień 2008, s. 28.

³⁵ Wyrok SN z dnia 4 lutego 2011 r., III CSK 143/10, LEX nr 785535, por. także wyrok KIO z dnia 22 lutego 2011 r., KIO 265/11, LEX nr 772599.

³⁶ Wniosek Komisji Europejskiej [2011/0438 (COD)] w sprawie nowej dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie zamówień publicznych.

zyjnej. W art. 72 ust. 5 projektu tejże dyrektywy określono, do jakiego stopnia możliwe jest wprowadzanie modyfikacji do pierwotnej umowy na mocy tych klauzul. Modyfikacji umów nie uznaje się za istotne w rozumieniu dyrektywy, o ile przewidziano je w dokumentach specyfikujących zamówienie w jasnych, precyzyjnych i jednoznacznych klauzulach rewizji lub opcjach. Tego rodzaju klauzule powinny zwierać zakres i charakter możliwych modyfikacji lub opcji, a także warunki, na jakich można je stosować. Nie mogą one przewidywać modyfikacji ani opcji, które zmieniłyby ogólny charakter zamówienia.

4.3. Inne przesłanki dopuszczalności modyfikacji umowy

Obok wskazanej wyżej możliwości modyfikacji umowy na drodze klauzul rewizyjnych, w orzecznictwie dopuszcza się także możliwość sądowej modyfikacji umowy w oparciu o art. 357¹ KC (klauzula *rebus sic stantibus*). Zdaniem Sądu Okręgowego w Białymstoku, zmiana istotnego elementu umowy zawartej w trybie ustawy Pzp, jakim jest wysokość wynagrodzenia należnego wykonawcy, może nastąpić w oparciu o treść tego przepisu, gdyż z mocy art. 139 ust. 1 ustawy Pzp ma on zastosowanie w zakresie nieuregulowanym przez ustawę Pzp i umożliwia modyfikowanie zobowiązań wskutek nieoczekiwanych zdarzeń, jakie zaistniały po jego powstaniu.³⁷

Również w zaproponowanym przez Komisję Europejską projekcie nowej dyrektywy w sprawie zamówień publicznych przewidziano dodatkowe, niezależne od możliwości zastosowania klauzul rewizyjnych, przesłanki zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego. Art. 72 ust. 6 projektu nowej dyrektywy dopuszcza możliwość modyfikacji umowy w sytuacji, gdy wystąpią nieprzewidziane okoliczności, których nie można było przewidzieć pomimo odpowiednio starannego przygotowania pierwotnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, mając na uwadze dostępne środki, charakter i cechy danego projektu, dobre praktyki właściwe dla danej dziedziny oraz konieczność zagwarantowania odpowiedniej relacji pomiędzy zasobami wykorzystywanymi na przygotowanie postępowania, a jego przewidywalną wartością. Możliwość ta nie będzie miała jednak zastosowania w sytuacjach, w których modyfikacja powoduje zmianę ogólnego charakteru zamówienia, na przykład przez zastąpienie zamawianych robót budowlanych, dostaw lub usług innym przedmiotem zamówienia lub przez całkowitą zmianę rodzaju zamówienia, ponieważ w takiej sytuacji można zakładać hipotetyczny wpływ na wynik. Dodatkowym warunkiem jest, aby podwyżka ceny nie była wyższa niż 50% wartości pierwotnego zamówienia.

W tym kontekście należy mieć także na uwadze art. 72 ust. 7 projektu nowej dyrektywy zamówieniowej zawierający zastrzeżenie, iż instytucje zamawiające nie mogą wykorzystywać modyfikacji umowy jeżeli miałaby ona:

- zaradzić niedociągnięciom w realizacji zamówienia ze strony wykonawcy lub skutkom, którym można zaradzić przez wyegzekwowanie zobowiązań umownych;
- służyć zrekompensowaniu ryzyka związanego ze wzrostami cen, przed którymi wykonawca się zabezpieczył.

³⁷ Wyrok z dnia 25 października 2011 r., VII GC 127/11, LEX nr 1108527.

Kolejną przesłankę modyfikacji umowy w sprawie zamówienia publicznego przewiduje art. 72 ust. 4 projektu nowej dyrektywy zamówieniowej. Stanowi on, że gdy wartość modyfikacji wyrazić można w wielkościach pieniężnych, modyfikacji nie uznaje się za istotną, o ile jej wartość nie przekracza progów określonych w art. 4 i jest niższa niż 5 % ceny pierwotnego zamówienia, pod warunkiem że modyfikacja ta nie zmienia ogólnego charakteru zamówienia. W przypadku, gdy wprowadzanych jest kilka kolejnych modyfikacji, wartość tą należy oceniać na podstawie łącznej wartości kolejnych modyfikacji.

4.4. Zmiana podmiotowa umowy ppo stronie wykonawcy

Stosownie do art. 7 ust. 3 ustawy Pzp, zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy, który został wybrany na zasadach określonych w ustawie. Pomimo tego, że przepis ten w literalnym brzmieniu odnosi się do momentu udzielania zamówienia, należy przyjąć szersze jego rozumienie, tj. odnosić regułę w nim wyrażoną także do okresu wykonywania umowy.³⁸ Innymi słowy, modyfikację umowy polegającą na zamianie wykonawcy, któremu zamawiający udzielił zamówienia, na innego wykonawcę, w okresie jej realizacji, należy uznać za niedopuszczalną.

W opinii Rzecznika Generalnego wydanej do sprawy *pressetext Nachrichtenagentur GmbH*, zmiana wykonawcy w trakcie trwania zamówienia publicznego pozwala *a priori* domniemywać wystąpienie istotnej zmiany umowy, jeżeli wykonawcy, który nie musiał konkurować z innymi wykonawcami i którego wybór nie opiera się na porównaniu z ewentualnymi innymi wykonawcami, powierza się w całości lub w części wykonanie zamówienia publicznego. Tego rodzaju działanie niesie niebezpieczeństwo obejścia prawa zamówień publicznych i może zakłócić konkurencję na danym rynku oraz uprzywilejowywać nowego wykonawcę w stosunku do innych możliwych wykonawców. Jednakże ze szczególnych okoliczności danego przypadku może wynikać, że zmiany po stronie usługodawcy wyjątkowo nie powodują istotnej zmiany umowy. Dotyczy to w szczególności dwóch przypadków: (i) włączenia podwykonawców, przy czym wykonawca ponosi pełną umowną odpowiedzialność za wykonanie zamówienia bądź przynajmniej jest współodpowiedzialny w tym względzie; (ii) zmian organizacyjnych o charakterze czysto wewnętrznym po stronie wykonawcy. Do zmian organizacyjnych o charakterze czysto wewnętrznym zaliczyć można m.in. włączenie jednej ze spółek zależnych wykonawcy do wykonania umowy. Przy czym chodzi o takie spółki zależne, którymi wykonawca kieruje w analogiczny sposób, jak własnymi działami przedsiębiorstwa. Włączenie spółki zależnej do wykonania umowy jest wówczas podobne do transakcji typu *in house* po stronie instytucji zamawiającej, w wyniku której warunki wykonania zamówienia publicznego nie zmieniają się w istotny sposób.³⁹

³⁸ TAK: J. Jerzykowski w: *W. Dzierżanowski, J. Jerzykowski, M. Stachowiak*, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, komentarz do art. 144 ustawy – Prawo zamówień publicznych, LEX 2010; J. Pieróg, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2007 r., s. 55, por. także wyrok SN z dnia 13 stycznia 2004 r., VCK 97/03, LEX nr 108158 oraz wyrok KIO z dnia 7 września 2011 r., KIO 1851/11 LEX nr 954981.

³⁹ Opinia Rzecznika Generalnego J. Kokott z dnia 13 marca 2008 r. w sprawie C-454/06 *pressetext Nachrichtenagentur GmbH*, nr 54–57.

W sprawie *pressetext Nachrichtenagentur GmbH* TSUE uznał za dopuszczalną zmianę wykonawcy w sytuacji, w której usługi świadczone na rzecz instytucji zamawiającej przez pierwotnego wykonawcę zostały przeniesione na innego wykonawcę działającego w formie spółki kapitałowej, w której pierwotny wykonawca jest jedynym akcjonariuszem, posiadającym kontrolę nad nowym wykonawcą i udzielającym mu poleceń, jeżeli pierwotny wykonawca w dalszym ciągu przyjmuje odpowiedzialność za poszanowanie zobowiązań umownych.⁴⁰

W preambule do projektu nowej dyrektywy w sprawie zamówień publicznych⁴¹ wskazuje się, że zgodnie z zasadami równego traktowania i przejrzystości, zwycięskiego oferenta nie można zastąpić innym wykonawcą bez ponownego otwarcia zamówienia na konkurencję. Zwycięski oferent realizujący zamówienie może jednak, w trakcie realizacji zamówienia, podlegać pewnym zmianom strukturalnym, takim jak czysto wewnętrzne reorganizacje, fuzje i przejęcia czy postępowanie upadłościowe. Tego rodzaju zmiany strukturalne nie powinny automatycznie wiązać się z wymogiem przeprowadzenia nowego postępowania o udzielenie zamówienia dla wszystkich zamówień publicznych, realizowanych przez ten podmiot.

Stosownie do projektowanego art. 72 ust. 3 nowej dyrektywy w sprawie zamówień publicznych⁴², zmiana kontrahenta stanowi istotną modyfikację umowy w sprawie zamówienia publicznego. Nie będzie to jednak dotyczyć sytuacji, gdy inny wykonawca, który spełnia pierwotnie ustalone kryteria kwalifikacji podmiotowej, zostanie następcą prawnym pod tytułem szczególnym lub ogólnym pierwotnego wykonawcy, w wyniku restrukturyzacji lub upadłości przedsiębiorstwa, pod warunkiem że nie pociągnie to za sobą innych istotnych modyfikacji umowy i nie będzie miało na celu obejście stosowania tejże dyrektywy.

Podsumowując, modyfikacja podmiotowa umowy w sprawie zamówienia publicznego po stronie wykonawcy stanowi niewątpliwie zmianę istotną i, co do zasady, zmianę niedozwoloną zarówno w prawie polskim, jak i unijnym. Przesłanki dopuszczalności tej zmiany w projekcie nowej dyrektywy w sprawie zamówień publicznych ograniczone zostały do szczególnych sytuacji następstwa prawnego, które ponadto nie może mieć na celu obejścia stosowania dyrektywy. Ocena, czy dane przekształcenie podmiotowe wykonawcy nie zmierza do obejścia przepisów w sprawie zamówień publicznych, będzie każdorazowo wymagało dokonania stosownej, wartościującej analizy w tym zakresie.

5. PODSUMOWANIE

Nie ulega wątpliwości, że obecny poziom wykorzystania środków pomocowych przez polską gospodarkę jest niewystarczający. Przyczyną tego stanu rzeczy jest rozproszony system

⁴⁰ Wyrok z dnia 19 czerwca 2008 r., C-454/06, *pressetext Nachrichtenagentur GmbH v. Republika Austrii (Bund)*, *APA-OTS Originaltext-Service GmbH*, *APA AUSTRIA PRESSE AGENTUR registrierte Genossenschaft mit beschränkter Haftung*, LEX nr 410027.

⁴¹ Motyw nr 47 preambuły do projektu nowej dyrektywy w sprawie zamówień publicznych – wniosek Komisji Europejskiej [2011/0438 (COD)] w sprawie nowej dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie zamówień publicznych.

⁴² Wniosek Komisji Europejskiej [2011/0438 (COD)] w sprawie nowej dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie zamówień publicznych.

zarządzania projektami finansowanymi ze środków europejskich, niewłaściwe przygotowanie procesu inwestycyjnego, brak monitoringu nad inwestycją, czy też brak prawidłowego sporządzania dokumentacji projektu.

Dlatego też, zlecając podmiotom zewnętrznym wykonywanie różnego rodzaju prac i usług, zamawiający powinien zabezpieczyć projekt w możliwie jak najszerszym zakresie. W taki sposób, aby uniknąć utrudnień lub opóźnień absorpcji funduszy europejskich na poziomie krajowym.

Żądanie od wykonawcy należytego wykonania umowy, o którym mowa w art. 147 ustawy Pzp, powinno być minimalnym warunkiem postawionym wykonawcy. Zamawiający powinien określić w umowie w sprawie zamówień publicznych uprawnienia dotyczące bieżącego audytu przebiegu prac, możliwości zwiększenia zakresu zamówienia, czy też wyciągania konsekwencji finansowych za niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy. Ponadto, zamawiający powinien pozostawić sobie szeroką możliwość zmiany niekorzystnych lub niewłaściwych postanowień umownych.

Należy jednak pamiętać, iż wszelkiego rodzaju zabezpieczenia i postanowienia umowne powinny być adekwatne do przedmiotu i wartości zamówienia. Niezbędne jest przy tym zapewnienie zgodności wszelkich procedur stosowanych przez beneficjenta końcowego (zamawiającego) w procesie absorpcji środków unijnych, z normami prawa europejskiego i wytycznymi Komisji w tym zakresie.

PRZESTRZEGANIE ZASADY NIEDYSKRYMINACJI JAKO WARUNEK EFEKTYWNEGO WYDATKOWANIA ŚRODKÓW EUROPEJSKICH W ZAMÓWIENIACH PUBLICZNYCH

Aldona Piotrowska¹

1. POJĘCIE ZASADY NIEDYSKRYMINACJI

Zasada niedyskryminacji to jedna z podstawowych zasad Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej wyrażona w art. 18 TFUE² w postaci zakazu dyskryminacji. W orzecznictwie wskazuje się, że norma zawarta w art. 18 TFUE jest szczególnym ukształtowaniem ogólnym zasady równości³. Zasada równości oznacza, iż podmioty o takich samych cechach winny być traktowane tak samo, w takich samych okolicznościach⁴.

Zasada niedyskryminacji zawarta w prawie pierwotnym UE jest podstawową zasadą prawną o charakterze ogólnym. Należy zaznaczyć, iż po przystąpieniu Polski do Unii Europejskiej poszerzył się zakres regulacji prawnych, które należy stosować o prawo europejskie, zarówno pierwotne jak i wtórne, tym samym podnosi się w doktrynie, iż obecnie mamy do czynienia z tzw. mulicentrycznym systemem prawa⁵.

Obowiązek stosowania podstawowych zasad europejskich wynika z obowiązującej wszystkie organy administracji zasady legalizmu. Ponadto obowiązek stosowania podstawowych zasad traktatowych ciąży na wszystkich podmiotach udzielających zamówień związanych z realizacją projektów unijnych, nawet wówczas, gdy nie mają do danego beneficjenta zastosowania dyrektywy unijne dotyczące zamówień publicznych⁶. Zamówienia, których wartość nie przekracza poziomów określonych w przepisach ustawy Pzp⁷ oraz dyrektywach (tzw. zamówienia podprogowe) winny przestrzegać zasad traktatowych albowiem podlegają kontroli pod

¹ Dr Aldona Piotrowska, Uniwersytet Ekonomiczny w Krakowie.

² Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, Dz.U. 2004 nr 90, poz. 864/2, zwany dalej TFUE.

³ M. Królikowska –Olczak, Zasada niedyskryminacji w prawie zamówień publicznych Unii Europejskiej, [w:] red. A. Borowicz, M. Królikowska-Olczak, J. Sadowy, W. Starzyńska, Ekonomiczne i prawne zagadnienia zamówień publicznych. Polska na tle Unii Europejskiej, Międzynarodowa konferencja naukowa 21-22 czerwca 2010 r. w Łodzi, s. 11.

⁴ Wyrok TK z dnia 21 lutego 2001 r., P12/00, OTK 2001, nr 3, poz. 47.

⁵ E. Łętowska, „Multicentryczność” systemu prawa i wykładnia jej przyjazna [w:] Rozprawy prawnicze, Księga pamiątkowa Profesora Maksymiliana Pazdana, Kraków 2006.

⁶ Tak P. Nowicki, Polityka spójności Unii Europejskiej a system zamówień publicznych. Reguły udzielania zamówień w realizacji projektów unijnych, [w:] Nowe podejście do zamówień publicznych – zamówienia publiczne jako instrument zwiększania innowacyjności gospodarki i zrównoważonego rozwoju. Doświadczenia polskie i zagraniczne, J. Niczyporuk, J. Sadowy, M. Urbanek (red.), IV konferencja naukowa 20–21.06. 2011 Kazimierz Dolny, s. s. 121.

⁷ Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, tj. Dz. U. z 2010 r., nr 113, poz. 759, zwana dalej Pzp.

kątem zgodności z zasadami traktatowymi⁸. Warunkiem stosowania podstawowych zasad TFUE w każdym przypadku jest element wspólnotowy⁹.

Zasadę niedyskryminacji i obowiązki z niej wypływające można rozpatrywać z dwojakiemu punktu widzenia. Po pierwsze od strony podmiotowej tj. kogo ona dotyczy, i po drugie od strony przedmiotowej tj. czyli działań mających znamiona dyskryminacji, innymi słowy w jaki sposób dokonywać poszczególnych czynności w postępowaniu o zamówienie publiczne, by nie naruszać tej zasady.

Zasada niedyskryminacji została wyrażona także w dyrektywie w art. 2–4¹⁰, oraz została implemmentowana do ustawy Pzp w art. 7: Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

2. PUBLICZNOPRAWNE WARUNKI WAŻNOŚCI POSTĘPOWANIA O ZAMÓWIENIE PUBLICZNE

W zakresie zamówień publicznych, Wspólnota Europejska przyjęła w 2004 r. 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 pocztowych¹¹ oraz 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 usługi¹², ustanawiające szczegółowe przepisy dotyczące procedur przetargowych (zwane dalej łącznie „dyrektywami w sprawie zamówień publicznych”). Jednakże niektóre zamówienia nie są lub są jedynie częściowo objęte powyższymi dyrektywami. Powstały więc wątpliwości co do tego czy w takich przypadkach należy stosować zasady ogólne, w tym zasadę niedyskryminacji. W dniu 23 czerwca 2006 r. Komisja Wspólnot Europejskich wydała komunikat wyjaśniający dotyczący „*prawa wspólnotowego obowiązującego w dziedzinie udzielania zamówień, które nie są lub są jedynie częściowo objęte dyrektywami w sprawie zamówień publicznych*” (zwany dalej „komunikatem”)¹³. Komunikat dotyczy

⁸ Naruszenia przy stosowaniu prawa wspólnotowego w dziedzinie zamówień publicznych lub stosowaniu przepisów Pzp wymagają dokonania korekty. Pojęcie nieprawidłowości zostało zdefiniowane w art. 2 pkt 7 rozporządzenia Rady (WE) nr 1083/2006 z dnia 11 lipca 2006 r. ustanawiającego przepisy ogólne dotyczące Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego oraz Funduszu Spójności i uchylające rozporządzenie (WE) nr 1260/1999 Dz.UrzUE.L.2006 nr 210, poz. 25. Niektóre formalne naruszenia nie wymagają jednak korekty finansowej (określonej w art. 98 rozp.) np. błędne określenie kodu CPV, naruszenie art. 12 ust. 3 pkt 2) Pzp, poprzez nieudokumentowanie publikacji ogłoszenia w DzUrzUE, w szczególności zaniechanie przechowywania dowodu jego publikacji.

⁹ Orzeczenie z 7.02. 1979r., Knorr Case, C-115/78, ECR 1979, s. 409. Podaję za M. Królikowska-Olczak, Zasada ..., s. 15.

¹⁰ Dyrektywa w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi nr 2004/18/WE, Dz.UrzUE.L.2004.134.114.

¹¹ Dz. Urz. UE L 2004.134.1.

¹² Dz. Urz. UE L 2004.134.114.

¹³ (Dz. Urz. UE C 2006.179.2).

zamówień opiewających na kwoty nieprzekraczające progów, od których zastosowanie mają dyrektywy w sprawie zamówień publicznych oraz zamówień wskazanych w załączniku II B do dyrektywy 2004/18/WE i w załączniku XVII B do dyrektywy 2004/17/WE, opiewających na kwoty przekraczające progi, od których zastosowanie mają dyrektywy w sprawie zamówień publicznych (zwanych dalej „zamówieniami II B”). W komunikacie KE wskazała, powołując się na orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości, że zasady rynku wewnętrznego mają również zastosowanie do zamówień nieobjętych zakresem dyrektyw w sprawie zamówień publicznych. Komunikat dokonuje podziału zamówień publicznych na zamówienia nieistotne dla rynku wewnętrznego, do których nie mają zastosowania wywodzące się z traktatu WE normy, oraz na zamówienia, które są wystarczająco powiązane z funkcjonowaniem rynku wewnętrznego i które muszą być zgodne z powyższymi normami. To, czy dane zamówienie jest istotne z punktu widzenia rynku wewnętrznego podlega ocenie instytucji zamawiających¹⁴.

Jedną z podstawowych zasad traktatowych jest wspomniana już zasada niedyskryminacji. Zdaniem Trybunału w zawartym art. 12 WE (obecnie 18 TFUE) zakazie dyskryminacji ze względu na przynależność państwową, wyrażona jest zasada równego traktowania. Ma ona gwarantować równy dostęp dla podmiotów gospodarczych ze wszystkich państw członkowskich do organizowanych przetargów, co z kolei wynika z poszanowania zasad swobody przedsiębiorczości i świadczenia usług, a także wolnej konkurencji¹⁵.

Zasada niedyskryminacji zabrania tego, by instytucja zamawiająca narzuciła warunek powodujący bezpośrednią lub pośrednią dyskryminację. Należy jednak zwrócić uwagę na warunek stosowania zasad traktatowych, w tym zasady niedyskryminacji. Co do zasady dotyczy on wyłącznie obywateli unijnych, czyli obywateli któregoś z krajów członkowskich Unii Europejskiej. Obywatel Unii jest każda osoba mająca przynależność Państwa Członkowskiego. Obywatelstwo Unii ma charakter dodatkowy w stosunku do obywatelstwa krajowego, nie zastępuje go¹⁶.

W przypadku spółek, na równi z obywatelami europejskimi w kontekście swobody przedsiębiorczości i swobody świadczenia usług, są traktowane spółki założone zgodnie z ustawodawstwem Państwa Członkowskiego i mające swą statutową siedzibę, zarząd lub główne przedsiębiorstwo wewnątrz Unii (art. 54 TFUE).

Przyznanie przywilejów wynikających z traktowania spółek jak obywateli jest wyrazem skorzystania z przysługującego obywatelom jako osobom fizycznym, wolnościowego prawa do podejmowania działalności gospodarczej. W przypadku obywateli państw członkowskich UE możliwość rozpoczęcia działalności, jako wyraz skorzystania z pierwotnej swobody przedsiębiorczości, jak również możliwość założenia spółki córki lub oddziału, jako wyraz skorzystania

¹⁴ Wyrok Sądu z dnia 20 maja 2010 r., sprawa T-258/06: Niemcy przeciwko Komisji Dz. UrzUE seria C 2010, nr 179, poz. 32/1.

¹⁵ Trybunał przytacza tu opinie rzecznika generalnego P. Légera w sprawie C-44/96 Mannesmann Anlagenbau Austria i in. (wyrok Trybunału z dnia 15 stycznia 1998 r.), Rec. 1998 r. str. I-00073, I-00077, pkt 47, powtórzoną w opinii rzecznika generalnego J. Mischo w sprawie C-237/99 Komisja przeciwko Francji (wyrok Trybunału z dnia 1 lutego 2001 r.), Rec. 2001 r. str. I-00939, I-00941, pkt 49, oraz w sprawie T-258/06.

¹⁶ Art. 20 Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, Dz.U.2004.90.864/2.

z wtórnej swobody przedsiębiorczości, jest możliwa bez konieczności legalizacji pobytu. Zgodnie z art. 15 ust. 1 u.u.w.¹⁷ obywatel UE i członek rodziny niebędący obywatelem UE może przebywać na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej przez okres do 3 miesięcy bez konieczności zachowania warunków pobytu. W tym okresie może też założyć działalność gospodarczą.

Inaczej jest natomiast w przypadku, gdy spółka jest założona nie przez obywatela kraju członkowskiego, choć na podstawie prawa jednego z państw i mająca tam swoją siedzibę. Na mocy art. 54 TFUE taka spółka jest traktowana jak spółka obywatela europejskiego, wobec czego to kto jest uprawniony do rozpoczęcia działalności na terenie RP ma istotne znaczenie także z punktu widzenia swobody przedsiębiorczości i pozostałych swobód europejskich. Dopuszczalność założenia działalności gospodarczej przez cudzoziemców¹⁸ jest uwarunkowana legalnym pobytom na terytorium danego państwa członkowskiego. Rozpoczęcie działalności jest jedną z przesłanek uprawniająca do rejestracji pobytu na okres dłuższy niż 3 miesiące¹⁹ (art. 20 u.u.w.). W tym celu musi on wystąpić do właściwego ze względu na miejsce zamieszkania wojewody z wnioskiem o rejestrację pobytu²⁰.

Obywatel innego państwa będący cudzoziemcem (czyli nie obywatel UE i nie obywatel państw stron EOG), aby założyć działalność gospodarczą musi wykazać się prawem do przebywania na terytorium danego kraju członkowskiego (tj. posiadać uprawniającą do założenia działal-

¹⁷ Ustawa z dnia 14 lipca 2006 r. o wjeździe na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, pobycie oraz wyjeździe z tego terytorium obywateli państw członkowskich Unii Europejskiej i członków ich rodzin, Dz. U. z 2006 r. Nr 144, poz. 1043 z późn. zm. zwana dalej u.u.w.

¹⁸ Zgodnie z art. 2 ustawy o cudzoziemcach z dnia 13 czerwca 2003 r. tj. Dz.U. 2011, nr 264, poz. 1537, zwana dalej u.o.c. cudzoziemcem jest każdy, kto nie posiada obywatelstwa polskiego, ale ustawy o cudzoziemcach nie stosuje się do obywateli państw członkowskich Unii Europejskiej, państw członkowskich Europejskiego Porozumienia o Wolnym Handlu (EFTA) – stron umowy o Europejskim Obszarze Gospodarczym lub Konfederacji Szwajcarskiej, oraz członków ich rodzin, którzy do nich dołączają lub z nimi przebywają z wyjątkami wskazanymi w ustawie. Wyżej wskazane osoby są traktowane jak obywatele polscy także na gruncie ustawy o swobodzie działalności gospodarczej na mocy art. 13.

¹⁹ Art. 16. 1. Obywatelowi UE przysługuje prawo pobytu przez okres dłuższy niż 3 miesiące, w przypadku gdy spełnia jeden z następujących warunków:

- 1) jest pracownikiem lub osobą pracującą na własny rachunek na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej;
- 2) jest objęty powszechnym ubezpieczeniem zdrowotnym albo jest osobą uprawnioną do świadczeń opieki zdrowotnej na podstawie przepisów o koordynacji w rozumieniu art. 5 pkt 23 ustawy z dnia 27 sierpnia 2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych (Dz. U. Nr 210, poz. 2135, z późn. zm.) i posiada wystarczające środki finansowe do utrzymania siebie i członków rodziny na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, tak aby nie stanowić obciążenia dla pomocy społecznej;
- 3) studiuje lub odbywa szkolenie zawodowe w Rzeczypospolitej Polskiej i jest objęty powszechnym ubezpieczeniem zdrowotnym albo jest osobą uprawnioną do świadczeń opieki zdrowotnej na podstawie przepisów o koordynacji w rozumieniu art. 5 pkt 23 ustawy z dnia 27 sierpnia 2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych oraz posiada wystarczające środki finansowe do utrzymania siebie i członków rodziny na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, tak aby nie stanowić obciążenia dla pomocy społecznej;
- 4) jest małżonkiem obywatela polskiego.

2. Jeżeli celem pobytu na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej jest wykonywanie pracy, obywatel UE, w stosunku do którego mają zastosowanie ograniczenia w dostępie do rynku pracy na podstawie umów międzynarodowych, uzyskuje prawo pobytu przez okres dłuższy niż 3 miesiące po otrzymaniu przyrzeczenia wydania zezwolenia na pracę na tym terytorium.

²⁰ Ustawa z dnia 14 lipca 2006 r. o wjeździe na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, pobycie oraz wyjeździe z tego terytorium obywateli państw członkowskich Unii Europejskiej i członków ich rodzin, Dz.U.2006.144.1043.

ności gospodarczej wizę Szengen 04). Takie osoby będą mieć różny status zależnie od tego na jakiej podstawie przebywają na terytorium naszego kraju. W pierwszej grupie znajdują się osoby, które spełniają przesłanki wskazane w art. 13 ust. 2 u.s.dz.g. czyli mają:

- a) zezwolenie na osiedlenie się,
- b) zezwolenie na pobyt rezydenta długoterminowego Wspólnot Europejskich,
- c) zezwolenie na zamieszkanie na czas oznaczony udzielone w związku z okolicznością, o której mowa w art. 53 ust. 1 pkt 7, 13, 14 lub 16 ustawy z dnia 13 czerwca 2003 r. o cudzoziemcach (Dz. U. z 2006 r. Nr 234, poz. 1694, z późn. zm.),
- d) zezwolenie na zamieszkanie na czas oznaczony udzielone, przybywającemu na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej lub przebywającemu na tym terytorium w celu połączenia z rodziną, członkowi rodziny w rozumieniu art. 53 ust. 2 i 3 ustawy z dnia 13 czerwca 2003 r. o cudzoziemcach, osób, o których mowa w lit. a, b, e i f,
- e) status uchodźcy,
- f) ochronę uzupełniającą,
- g) zgodę na pobyt tolerowany,
- h) zezwolenie na zamieszkanie na czas oznaczony i pozostają w związku małżeńskim, zawartym z obywatelem polskim zamieszkałym na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej,
- i) korzystają w Rzeczypospolitej Polskiej z ochrony czasowej,
- j) posiadają ważną Kartę Polaka,
- k) są członkami rodziny, w rozumieniu art. 2 pkt 4 ustawy z dnia 14 lipca 2006 r. o wjeździe na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, pobycie oraz wyjeździe z tego terytorium obywateli państw członkowskich Unii Europejskiej i członków ich rodzin (Dz. U. Nr 144, poz. 1043 oraz z 2007 r. Nr 120, poz. 818, z 2008 r. Nr 216, poz. 1367 oraz z 2010 r. Nr 81, poz. 531), dołączającymi do obywateli państw, o których mowa w ust. 1, lub przebywającymi z nimi.

Wówczas mogą podejmować i wykonywać działalność gospodarczą na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej na takich samych zasadach jak obywatele polscy.

Natomiast pozostałe osoby mogą prowadzić działalność gospodarczą na terytorium RP zgodnie z przepisami ustawy o cudzoziemcach na podstawie stosownej wizy pobytowej²¹.

Cudzoziemcy zaliczani do tej kategorii mają ograniczoną możliwość wyboru²² formy organizacyjno-prawnej prowadzenia działalności gospodarczej na terenie RP. Właściwy wybór formy jest istotny w z punktu widzenia dopuszczalności ubiegania się przez te osoby o zezwolenie na osiedlenie się lub o inne zezwolenie uprawniające do przebywania na terytorium Polski.

²¹ ROZPORZĄDZENIE RADY (WE) NR 1683/95 z dnia 29 maja 1995 r. ustanawiające jednolity formularz wizowy Dz.UrzUE.L.1995.164.1.

²² Wyrok WSA w Warszawie z dnia 11 marca 2010 r. sygn. Akt V SA/Wa 2002/09.

Uzyskanie więc odpowiedniego statusu przez cudzoziemca w jednym z państw członkowskich, pozwala na trwałe związanie się z życiem gospodarczym danego państwa, m.in. poprzez podjęcie i prowadzenia działalności gospodarczej, jest też warunkiem ubiegania się o środki europejskie w trybie zamówień publicznych. Konsekwencją legalnego pobytu jest w przyszłości możliwość ubiegania się o polskie obywatelstwo. A raz nadane obywatelstwo przez jedno państwo członkowskiego skutkuje uznaniem tego obywatela za obywatela Unii, (nawet w przypadku gdy dany obywatel ma ponadto obywatelstwo innego kraju trzeciego a więc spoza Unii). Szczególny wymiar zasada niedyskryminacji ma w odniesieniu do swobody przedsiębiorczości. „Przepisy prawodawstwa wspólnotowego w zakresie swobody przedsiębiorczości wykluczają odmowę Państwa Członkowskiego obywatelowi innego Państwa Członkowskiego posiadającego jednocześnie obywatelstwo państwa trzeciego korzystania z tej swobody ze względu na to, że ustawodawstwo Państwa przyjmującego uznaje go za obywatela państwa trzeciego.²³” Polska ustawa o cudzoziemcach w przypadku osób posiadających więcej niż jedno obywatelstwo stosuje zasadę że daną osobę uznaje się za obywatela tego państwa, którego dokument podróży stanowił podstawę wjazdu na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej (art. 5 u.o.c.).

3. ZASADA NIEDYSKRYMINACJI A KONKURENCJA

Stosowanie zasady niedyskryminacji w kontekście zamówień publicznych ma służyć urzeczywistnianiu zasady konkurencji. Obie zaś zasady mają się przyczyniać do realizowania idei wspólnego rynku. Powstaje więc pytanie o stosunek tych zasad do siebie. Pytanie to rodzi się wobec następującego dylematu: czy w imię konkurencji dopuszczać do udziału w postępowaniu o zamówienie publiczne także cudzoziemców i ich spółki tj. spółki założone wg prawa kraju trzeciego (np. Chin), czy też ograniczyć stosowanie zasady konkurencji do obywateli unijnych. Próbuąc rozwiązać ten dylemat należy odnieść się w pierwszej kolejności do hierarchii źródeł prawa. Jako akt najwyższej rangi należy wskazać Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej. Wobec czego wynikająca z niego zasada niedyskryminacji winna być respektowana nawet wówczas, gdy akty niższego rzędu np. dyrektywy wprost się do niej nie odnoszą. Dotyczy to także systemu zamówień publicznych. Kolejne pytanie to czy wymóg efektywności zamówień publicznych (wynikający też z ustawy o finansach publicznych) oznacza zderzenie zasady niedyskryminacji i zasady konkurencji, i prowadzi do dylematu kogo wybrać nie narażając się na zarzut naruszenia prawa. Problem ten ma swoje konkretne przełożenie w praktyce. Powstaje bowiem dylemat czy dopuścić do udziału w postępowaniu o zamówienie publiczne podmiot, który proponuje niższą cenę, ale jest przedsiębiorcą spoza UE, czy też dopuścić tylko podmioty z UE, albowiem zasada niedyskryminacji stosuje się wyłącznie do obywateli i spółek z UE. Innymi słowy czy można sformułować jako warunek wstępny ograniczenie, iż o zamówienie mogą się ubiegać przedsiębiorcy z UE i EOG którzy spełniają warunki ustawowe podmiotowe tj. nie podlegają wykluczeniu na mocy art. 24 oraz warunki przedmiotowe wskazane w SIWZ i ogłoszeniu. Dylemat ten rodzi kolejne czy można

²³ Sprawa C-369/90 Wyrok Trybunału Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich Mario Vicente Micheletti i inni przeciwko Delegación del Gobierno en Cantabria, LexPolonica nr 368740. Należy zaznaczyć, że każde państwo członkowskie z poszanowaniem prawa wspólnotowego określa warunki nabycia i utraty obywatelstwa.

uznawać kwalifikacje spoza UE oraz doświadczenie spoza UE, co związane jest z trudnością w uznawaniu standardów kwalifikacji z państw trzecich. W przypadku przedsiębiorców z UE i EOG stosujemy zasadę państwa pochodzenia i uznajemy doświadczenie i kwalifikacje uzyskane w innym państwie członkowskim. W przypadku, gdy kwalifikacje lub stosowne pozwolenie uprawniające do wykonywania działalności gospodarczej ma być podstawą do uznania kwalifikacji w innym państwie członkowskim wskazuje się, iż akty te mają charakter indywidualnych aktów administracyjnych transnarodowych, albowiem zasięg obowiązywania nie ogranicza się tylko do obszaru państwa macierzystego, w którym był wydany, ale rozciąga się na całą Unię²⁴, co wynika z obowiązującej w UE zasady kraju pochodzenia i zasady uznawania kwalifikacji. Zamawiający winien także uznać kwalifikacje uzyskane w państwie trzecim jeśli zostały one wcześniej uznane, w którymś z krajów członkowskich.

Problem ten dostrzegła Komisja Europejska, która opracowała projekt rozporządzenia mający na celu ustanowienie przejrzystych zasad dostępu do unijnego rynku zamówień publicznych dla dostaw, usług i wykonawców z państw trzecich, zarówno tych, z którymi UE zawarła umowy międzynarodowe w zakresie zamówień publicznych, jak i tych, z którymi takie umowy nie zostały zawarte. Projekt ma wprowadzić instrumenty prawne w celu zapewnienia symetrii w tym zakresie we wzajemnych relacjach z państwami trzecimi. Inicjatywa unijna służyć ma wyjaśnieniu sytuacji prawnej wykonawców z państw trzecich w zakresie dostępu do unijnego rynku zamówień publicznych, zwłaszcza tam gdzie nie obowiązuje w stosunku do europejskich przedsiębiorców zasada wzajemności w dostępie do zamówień publicznych (np. w Chinach) poprawić warunki, na których unijne przedsiębiorstwa mogą ubiegać się o zamówienia publiczne w państwach trzecich²⁵.

Rozporządzenie wprowadza nowe instrumenty mające m.in. ograniczyć dostęp do unijnego rynku zamówień publicznych w drodze decyzji KE podjętej w stosunku do wykonawców pochodzących z państwa trzeciego utrzymującego środki restrykcyjne wobec wykonawców z UE.

W art. 6 projektowanego rozporządzenia przewidziano następujący instrument:

Na wniosek instytucji zamawiającej/podmiotu zamawiającego, w przypadku zamówień o szacunkowej wartości na poziomie lub powyżej 5 000 000 EUR bez podatku od wartości dodanej (VAT), Komisja ocenia, czy wyrazić zgodę na wykluczenie z postępowania o udzielenie zamówienia oferty obejmującej towary lub usługi pochodzące spoza Unii, jeżeli wartość towarów lub usług nieobjętych zobowiązaniami przekracza 50% całkowitej wartości towarów lub usług uwzględnionych w ofercie, na warunkach określonych poniżej. 2. Jeżeli instytucja zamawiająca/podmiot zamawiający zamierza złożyć wniosek o wykluczenie z postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie ust. 1, wskazuje ten fakt w ogłoszeniu o zamówieniu, które publikuje zgodnie z art. 35 dyrektywy 2004/18/WE lub zgodnie z art. 42 dyrektywy 2004/17/WE lub art. 26 dyrektywy w sprawie

²⁴ Szerzej S. Biernat, Europejskie prawo administracyjne i europeizacja krajowego prawa administracyjnego (zarys problematyki), [w:] M. Seweryński, Z. Hajn, (red.) Studia prawno-europejskie, T. IV, Łódź 2002, s. 98–101.

²⁵ Tekst projektu rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie dostępu towarów i usług z państw trzecich do rynku wewnętrznego Unii w zakresie zamówień publicznych oraz procedur wspierających negocjacje dotyczące dostępu unijnych towarów i usług do rynków zamówień publicznych państw trzecich (COM(2012)124 final, Bruksela, dnia 21.3.2012 r. www.uzp.pl lub www.ec.europa.eu).

udzielania koncesji. Instytucje/podmioty zamawiające wymagają od oferentów przedstawienia informacji na temat pochodzenia towarów lub usług uwzględnionych w ofercie oraz ich wartości. (...) 3. Jeżeli instytucje/podmioty zamawiające otrzymują oferty spełniające warunki ust. 1, w odniesieniu do których zamierzają na tej podstawie złożyć wnioski o wykluczenie, przekazują powiadomienie do Komisji. W trakcie trwania procedury powiadomienia instytucja zamawiająca/podmiot zamawiający może kontynuować analizę ofert. Powiadomienie przesyła się za pomocą środków elektronicznych z wykorzystaniem standardowego formularza.

3. W odniesieniu do zamówień, o których mowa w ust. 1, Komisja przyjmuje akt wykonawczy dotyczący zgody na planowane wykluczenie w terminie dwóch miesięcy, licząc od pierwszego dnia roboczego następującego po dniu otrzymania przez Komisję powiadomienia. Akty wykonawcze przyjmuje się zgodnie z procedurą sprawdzającą, o której mowa w art. 17 ust. (...)

Jeżeli – do końca wspomnianego dwumiesięcznego terminu bądź do końca przedłużonego terminu – Komisja nie przyjmie decyzji zezwalającej lub niezezwalającej na wykluczenie, uznaje się, że Komisja nie wyraziła zgody na wykluczenie.

4. Przyjmując akty wykonawcze zgodnie z ust. 3, Komisja wyraża zgodę na planowane wykluczenie w następujących przypadkach:

(a) jeżeli umowa międzynarodowa dotycząca dostępu do rynku w dziedzinie zamówień publicznych pomiędzy Unią a państwem, z którego pochodzą dane towary lub usługi, zawiera – w odniesieniu do towarów lub usług, których dotyczy proponowane wykluczenie – wyraźne zastrzeżenia dostępu do rynku ze strony Unii;

(b) jeżeli umowa, o której mowa w lit. a), nie istnieje, a państwo trzecie utrzymuje środki restrykcyjne w udzielaniu zamówień prowadzące do braku znaczącej wzajemności w otwarciu rynku między Unią a danym państwem trzecim.

Dokonując oceny, czy występuje brak znaczącej wzajemności, Komisja bada następujące elementy:

(a) w jakim stopniu prawo zamówień publicznych danego państwa zapewnia przejrzystość zgodnie z międzynarodowymi standardami w dziedzinie zamówień publicznych oraz wyklucza możliwość dyskryminacji unijnych towarów, usług i wykonawców;

(b) w jakim stopniu organy publiczne lub poszczególni zamawiający utrzymują bądź przyjmują praktyki dyskryminujące towary, usługi i wykonawców z Unii.

Jak wskazuje KE dysproporcja pomiędzy wartością zamówień otwartych dla zagranicznych przedsiębiorców a nielicznymi zamówieniami w państwach trzecich dla europejskich przedsiębiorców kształtuje się bardzo niekorzystnie. Wartość zamówień dostępnych dla zagranicznych oferentów wynosi tylko 178 mld EUR w przypadku USA oraz 27 mld EUR w przypadku Japonii, natomiast jeśli chodzi o Chiny, dla przedsiębiorców z zagranicy otwarty jest jedynie ułamek rynku zamówień publicznych. Wartość zamówień publicznych w UE otwartych na oferentów z państw – stron porozumienia GPA (Porozumienia w sprawie zamówień rządu-

wych – GPA – w kontekście Światowej Organizacji Handlu) zawartego w ramach WTO wynosi ok. 352 mld EUR²⁶.

4. OBOWIĄZKI PUBLIKACYJNE – OGŁOSZENIE JAKO WARUNEK NIEDYSKRIMINACJI

Obowiązek stosowania zasady niedyskryminacji w konkretnych postępowaniach o zamówienie publiczne dotyczy różnych elementów tego postępowania. Wobec ograniczonych ram opracowania zostaną omówione niektóre z przypadków naruszenia tej zasady, istotne z punktu widzenia konieczności dokonania w konsekwencji ich naruszenia korekty finansowej zamówień publicznych z wykorzystaniem środków europejskich. Pierwszym z przypadków, gdzie może dochodzić do naruszenia zasady niedyskryminacji jest obowiązek publikacyjny.

Ustawodawca europejski przywiązuje dużą wagę do obowiązków publikacyjnych. Wypełnienie ich stanowi wyraz zastosowania przez zamawiającego wymogów wynikających m.in. z zasady niedyskryminacji. TS stwierdził, że zapewnienie rozwoju skutecznej konkurencji przy udzielaniu zamówień publicznych na roboty budowlane wymaga, by kryteria i warunki, od których zależy udzielenie zamówienia były w dostateczny sposób rozpowszechnione przez zamawiających. W tym celu, Dział III dyrektywy określa zasady dotyczące ogłaszania na terenie całej Wspólnoty postępowań o zamówienia publiczne organizowanych przez zamawiających w Krajach Członkowskich, tak aby wykonawcy na terenie Wspólnoty otrzymali stosowne informacje o przedmiocie zamówienia i związanych z nim warunkach, a tym samym mieli możliwość stwierdzić, czy proponowane zamówienia leżą w obszarze ich zainteresowania. Jednocześnie, dodatkowe informacje dotyczące zamawianych robót, muszą, zgodnie ze zwyczajem panującym w Krajach Członkowskich, być przedstawione w dokumentacji przetargowej do każdego zamówienia lub w dokumencie pełniącym równoważną rolę²⁷.

Ogłoszenie stwarza stan powszechnego poinformowania – stanowiąc wyraz przejrzystości działania organów zamawiających. O wadze tych obowiązków świadczy sankcja nieważności przewidziana w przypadku ich naruszenia w art. 146 Pzp: Umowa podlega unieważnieniu, jeżeli zamawiający nie zamieścił ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych albo nie przekazał ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich”.

W jednym z orzeczeń Trybunał wskazuje właśnie na zasadę niedyskryminacji w kontekście pomijania ogłaszania informacji o zamówieniu. „Zgodnie z orzecznictwem Trybunału zasada równego traktowania, (której szczególnym wyrazem są art. 43 WE i art. 49 WE), zakazuje nie tylko otwartej dyskryminacji ze względu na przynależność państwową, lecz także wszelkich ukrytych form dyskryminacji, które, poprzez stosowanie innych kryteriów odróżniających, prowadzą do tego samego rezultatu (wyroki Trybunału: z dnia 29 października 1980 r. w sprawie 22/80 Boussac Saint-Freres, Rec. 1980 r. str. 03427, pkt 7 i z dnia 5 grudnia 1989 r. w sprawie C-3/88 Komisja przeciwko Włochom, Rec. 1989 r. str. 04035, pkt 8). Brak stosownego ogłosze-

²⁶ *Ibidem*.

²⁷ Sprawa s. 31/87, www.curia.eu.

nia może stanowić przejaw ukrytej dyskryminacji, albowiem obowiązek ogłoszenia wprowadzono po to, by zamówienia publiczne w różnych państwach członkowskich były dostępne dla wszystkich przedsiębiorców we Wspólnocie. Z zasady niedyskryminacji wynika obowiązek zasady równego traktowania oferentów (wyrok Trybunału z dnia 22 czerwca 1993 r. w sprawie C-243/89 Komisja przeciwko Danii, Rec. 1993 r. str. I-03353, pkt 23 i ww. w pkt 111 wyrok w sprawie Komisja przeciwko Belgii, pkt 51).

5. NIEDYSKRYMINACYJNY OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA

Stosowanie zasady niedyskryminacji dotyczy także opisu przedmioty zamówienia, opis cech charakterystycznych produktu lub usługi w SIWZ nie powinien odnosić się do określonego *wyrobu lub źródła, szczególnych sposobów postępowania lub znaków towarowych, patentów, rodzajów lub specyficznego pochodzenia, chyba że takie odniesienie jest uzasadnione przedmiotem zamówienia i towarzyszą mu słowa „lub równoważne”*. „Zgodnie z orzecznictwem, w dziedzinie zamówień publicznych fakt niezamieszczenia wyrażenia „lub równoważny” po wskazaniu w SIWZ określonego produktu może nie tylko zniechęcić podmioty gospodarcze stosujące analogiczne do tego produktu systemy do złożenia oferty w przetargu, lecz również stanowi przeszkodę w przepływie przywozowym w ramach wewnątrzspółnotowej wymiany handlowej, w sposób niezgodny z art. 28 WE, poprzez zastrzeżenie zamówienia wyłącznie dla oferentów zamierzających zastosować konkretnie wskazany produkt (wyroki Trybunału: z dnia 22 września 1988 r. w sprawie 45/87 Komisja przeciwko Irlandii, Rec. 1988 r. str. 04929, pkt 22; z dnia 24 stycznia 1995 r. w sprawie C-359/93 Komisja przeciwko Niderlandom, Rec. 1995 r. str. I-00157, pkt 27; ww. w pkt 38 postanowienie w sprawie Vestergaard, pkt 24).”²⁸

W kontekście właściwego sformułowania SIWZ należy wskazać, iż niekiedy dopuszczalne jest wskazanie szczególnych cech, którymi będzie się musiał wykazać wykonawca ze względu na zamierzony cel, dla którego udziela się zamówienia publicznego. Tego rodzaju szczególnym kryterium jest wprowadzenie do SIWZ kryteriów społecznych (art. 22 ust. 2 Pzp). Kryteria społeczne w opisie przedmioty zamówienia stanowią szczególny przypadek dopuszczony na mocy dyrektyw, nie stanowiący przejawu dyskryminacji. Jak stwierdził TS w wyroku 31/87²⁹ „warunek związany z zatrudnieniem osób długo pozostających bez pracy jest zgodny z dyrektywą, jeśli nie dyskryminuje on bezpośrednio ani pośrednio oferentów z innych Krajów Członkowskich Wspólnoty. Specyficzne warunki tego rodzaju muszą zostać wymienione w ogłoszeniu o zamówieniu”.

6. TERMINY SKŁADANIA OFERT ORAZ WNIOSKÓW O DOPUSZCZENIE DO UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU POSTĘPOWANIA

Jednym z możliwych przejawów dyskryminacji stosowanych przez zamawiających może być zbyt krótki czas na złożenie oferty, nie uwzględniający czasu koniecznego, (zgodnie z art. 43

²⁸ Sprawa T-258/06, Pkt 114, www.curia.eu.

²⁹ Sprawa 31/87 Wyrok Trybunału Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich (Czwarta Izba) Gebroeders Beentjes BV przeciwko Niderlandom, www.curia.eu.

w zw. 38 Pzp), na przygotowanie oferty, w tym na pozyskanie stosownych zaświadczeń urzędowych np. zaświadczenia z urzędu skarbowego o niezaleganiu z podatkami czy obowiązkowymi składkami na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne. Organ administracyjny w Polsce ma czas 7 dni na wystawienie stosownego zaświadczenia, stąd domaganie się przez zamawiającego złożenia oferty w terminie 7 dni od dnia ogłoszenia jest terminem zbyt krótkim. Ponadto przypadku zbyt krótkiego terminu sam zamawiający naraża się na nieprzestrzeżenie warunków postępowania, albowiem w przypadku niezłożenia wymaganych dokumentów lub wątpliwości ze strony wykonawców, zamawiający jest zobowiązany do wezwania do uzupełnienia lub w drugim przypadku sam jest zobligowany do udzielenia wyjaśnień wykonawcy zgodnie z art. 38 Pzp³⁰.

Takie zachowanie przedsiębiorcy może wskazywać na to, iż jeden z uczestników postępowania został już wcześniej poinformowany o czasie kiedy przetarg będzie ogłoszony stąd zyskał już stosowane zaświadczenia.

7. NARUSZENIE ZASADY NIEDYSKRIMINACJI JAKO PRZESŁANKA ZASTOSOWANIA ŚRODKÓW KORYGUJĄCYCH

Jedną z przesłanek uprawniających wykonawcę do złożenia odwołania jest naruszenie przez zamawiającego zasady niedyskryminacji związanej z zasadą konkurencji, w związku z zastosowaniem przez niego przesłanek podmiotowych uzasadniających wykluczenie danego wykonawcy z udziału w postępowaniu.

Niezamieszczenie wymogów dotyczących kwalifikacji i wymaganych dokumentów lub nadmierny formalizm w zakresie obowiązku składania oświadczeń i wymaganych dokumentów może stanowić przejaw dyskryminacji w stosunku do innych przedsiębiorców z UE, jeżeli podstawą wykluczenia jest właśnie niedostarczenie stosownych zaświadczeń lub oświadczeń.

Problematyczne może okazać się stosowanie zasady niedyskryminacji w związku ze złożeniem oferty przez przedsiębiorców z innych krajów UE. Nie ma bowiem pełnej harmonizacji przepisów dotyczących rejestrów, zarówno obejmujących przedsiębiorców (analogiczne rejestry jak polski KRS czy CEIDG) jak i karnych (polski KRK). Na różnice wskazuje orzecznictwo KIO: np. w rejestrze niemieckim nie są wpisywane skazania za przestępstwa, za popełnienie których orzeczono kary poniżej dolnej granicy wskazanej w ustawie o federalnym rejestrze centralnym. Niewątpliwym jest więc, iż w Republice Federalnej Niemiec w „zaświadczeniu niekaralności” („*Führungszeugnis*”), w oparciu wyłącznie o zakres objęty polską ustawą o Krajowym Rejestrze Karnym w zestawieniu z niemiecką ustawą o federalnym rejestrze central-

³⁰ Zamawiający jest obowiązany udzielić wyjaśnień niezwłocznie, jednak nie później niż: 1) na 6 dni przed upływem terminu składania ofert; 2) na 4 dni przed upływem terminu składania ofert – w przetargu ograniczonym oraz negocjacjach z ogłoszeniem, jeżeli zachodzi pilna potrzeba udzielenia zamówienia; 3) na 2 dni przed upływem terminu składania ofert – jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, pod warunkiem że wniosek o wyjaśnienie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia wpłynął do zamawiającego nie później niż do końca dnia, w którym upływa połowa wyznaczonego terminu składania ofert.

nym, nie są ujawniane wszystkie skazania. Fakt, iż niemieckie „zaświadczenie niekaralności” nie obejmuje skazania za wszystkie przestępstwa już w tym zakresie czyni je różnym od informacji uzyskiwanej z Krajowego Rejestru Karnego (wyrok KIO z dnia 2 marca 2010 r. KIO/UZP 155/10, KIO/UZP 148/10 LexPolonica nr 2242645, podobnie też: wyrok KIO z dnia 19 marca 2010 r. KIO/UZP 244/09, KIO/UZP 257/09 LexPolonica nr 2251655)³¹.

Zgodnie z art. 45 ust. 3 Dyrektywy 2004/18/WE jeżeli dokumenty lub zaświadczenia wydane poza granicami Rzeczypospolitej Polskiej nie obejmują wszystkich przypadków określonych w ust. 1 oraz 2 lit. a, b i c dyrektywy, a tym samym zakresu art. 24 Pzp mogą być one zastąpione oświadczeniem złożonym przez daną osobę przed notariuszem lub właściwym organem. Niewątpliwie wykaz dokumentów, których może się domagać zamawiający zawiera art. 24 ust. 1 pkt 4–7 w przypadku osób fizycznych prowadzących działalność gospodarczą i ułomnych osób prawnych, oraz członków zarządu osób prawnych w pkt 8 i art. 24 ust. 1 pkt 9 w przypadku podmiotów zbiorowych łącznie z rozporządzeniem w sprawie dokumentów ma charakter wyczerpujący. Problem pojawia się w przypadku dokumentów wydawanych przez zagraniczne organy. Ze względu na węższy zakres informacji wynikający z zagranicznych zaświadczeń niekiedy, żąda się dodatkowo składać oświadczenie o spełnieniu przesłanek z art. 24.

Odmienne zakresy rejestrów w poszczególnych krajach członkowskich nie mogą być jednak podstawą uwzględnienia odwołania a w konsekwencji powtórzenia czynności oceny i wyboru oferty najkorzystniejszej, jeśli spełniają ustawowe wymagania, tj. pochodzą z analogicznych rejestrów w innych krajach członkowskich a przypadku ich braku takich rejestrów, złożono stosowne oświadczenia przez notariuszem.

Druga kwestia która budzi wątpliwości w praktyce, to krąg podmiotów zobowiązanych do składania oświadczeń lub zaświadczeń w przypadku ubiegania się o zamówienie przez podmiot zbiorowy lub osoby prawne. Na przykład, gdy o zamówienie ubiega się konsorcjum składające się ze spółki komandytowej i spółki z o.o., bądź też ubiega się spółka komandytowa, której komplementariusz to spółka z o.o. Zdarza się, że zamawiający wymagają składania oświadczeń nie tylko przez spółkę komandytową, ale także przez członków zarządu komplementariusza. Postępowanie takie jest niezasadne. Ustawa Pzp nie dopuszcza możliwości wykluczenia spółki komandytowej z uwagi na ewentualne skazanie członka zarządu jej komplementariusza (spółki z ograniczoną odpowiedzialnością), a rozporządzenie w sprawie dokumentów nie przewiduje obowiązku dostarczenia aktualnej informacji odnośnie karalności tej osoby fizycznej, żądanie zaś takiej informacji w formie zaświadczenia wykraczałoby poza zakres dokumentów wskazanych w rozporządzeniu w sprawie dokumentów oraz zamknięty katalog przyczyn, dla których może nastąpić wykluczenie. W wyroku KIO z dnia 25 marca 2011 r. KIO/UZP 514/11³², stwierdzono: „Izba stoi na stanowisku, że w świetle obowiązujących przepisów prawa, w sytuacji, kiedy urzędujący członek organu zarządzającego osoby prawnej ma miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, ale w kraju tym wydaje się zaświadczenia w przedmiocie karalności, wystarczającym jest złożenie zaświadczenia właściwego organu sądowego albo administracyjnego miejsca zamieszkania tej osoby

³¹ Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 maja 2011 r. KIO 854/11, LexPolonica nr 2551280.

³² (Informator Urzędu Zamówień Publicznych 2011/4).

w celu wykazania braku podstawy do wykluczenia z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia ustanowionej w art. 24 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp. Nie jest przy tym wymagane, aby zakres takiego zaświadczenia był identyczny z zaświadczeniami wydawanymi z polskiego Krajowego Rejestru Karnego. Oczywiście jest bowiem, że porządki prawne poszczególnych państw różnią się zarówno katalogiem czynów zabronionych, przesłanek popełnienia czynu, jak też wysokością kary. § 2 ust. 2 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane wskazuje wyraźnie, że podmiot w pierwszej kolejności zobowiązany jest przedłożyć zaświadczenie wydane przez właściwy organ. Tym samym, ustawodawca dał pierwszeństwo dokumentom urzędowym wystawianym w różnych państwach nie nakładając na zamawiających obowiązku badania ich pełnej zgodności z polskim rejestrem karnym. Należy zatem przyjąć, że ustawodawca uwzględnił różnice w systemach prawnych każdego z państw. Stanowisko takie zaprezentował również Sąd Okręgowy w Katowicach w wyroku z dnia 7 czerwca 2010 r. XIX Ga 225/2010. Powyższe stanowisko jest również zgodne z art. 45 ust. 3 lit. a 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, zgodnie z którym za wystarczający dowód niekaralności należy uznać wyciąg z rejestru sądowego.”

Zastąpienie zaświadczenia z właściwego rejestru oświadczeniem złożonym przed notariuszem, właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego jest dopuszczalne zgodnie § 4 ust. 3 rozporządzenia w sprawie dokumentów³³, jedynie wówczas gdy „dokumentu nie wydaje się”. Żądanie dodatkowych oświadczeń i wykluczenie wykonawców z powodu ich braku stanowiłoby nieuprawnione dyskryminowanie przedsiębiorców z innych krajów członkowskich.

8. SKUTKI NARUSZENIA ZASADY NIEDYSKRYMINACJI

Naruszenie zasady niedyskryminacji będące zazwyczaj także naruszeniem zasad konkurencji, może być podstawą odpowiedzialności na naruszenie dyscypliny finansów publicznych³⁴ a w przypadku zamówień związanych z wykorzystaniem środków europejskich może spo-

³³ Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, Dz. U. 2009 r. Nr 226 poz. 1817.

³⁴ Ze względu na ograniczone ramy opracowania kwestia ta nie będzie omawiana. Szerzej komentarz do art. 13 i 17 u.n.d.f.p L. Warzecha-Lipiec, Odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Komentarz., Warszawa 2012. Kom do art. 13: „Delikty określone w art. 13 obejmują odpowiedzialnością zarówno podmiot dysponujący środkami unijnymi lub zagranicznymi, jak również ich beneficjentów. Po stronie dysponentów nieprawidłowości dotyczą etapu wstępnego (przyznanie lub przekazanie środków), jak również postępowania związanego z rozliczeniem przyznanych lub przekazanych środków (niedokonanie rozliczenia środków, nieustalenie kwoty środków podlegających zwrotowi, ich niedochodzenie, dopuszczenie do przedawnienia itp.). Po stronie beneficjenta natomiast karalne nieprawidłowości dotyczą wadliwego wykorzystania środków oraz niedochowania obowiązków związanych z rozliczeniem się z otrzymanymi środkami”. Jednym z przypadków jest też unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z naruszeniem przepisów o zamówieniach publicznych, określających przesłanki upoważniające do unieważnienia tego postępowania (art. 93 ust 1 i 1a) Krytycznie co do możliwości unieważnienia przetargu na mocy art. 93 ust. 1a R. Szostak Zakaz udzielania zamówień publicznych bez dostatecznego pokrycia finansowego [w:] B. Gnella (red.) Ustawowe ograniczenia swobody umów. Zagadnienia wybrane. Warszawa 2010, s. 160.

wodować konieczność dokonania korekty finansowej³⁵. Korekta taka może być dokonywana poprzez metodę wskaźnikowa lub dyferencyjną³⁶.

W sytuacji gdy naruszenie zasad traktatowych jest łatwe do wskazania należy zastosować metodę dyferencyjną. Na przykład w sytuacji, gdy zamawiający bezzasadnie odrzuca najtańszą ofertę i, dopuszcza się naruszenia przepisów w zakresie prawa zamówień publicznych, dokonuje wyboru oferty droższej. Wówczas wysokość korekty finansowej odnosi się do różnicy pomiędzy ceną wybranej oferty, a ceną oferty odrzuconej. Przy czym uwzględnia się tylko różnicę powstałą w zakresie wydatkowania środków z funduszy UE, nie zaś globalną różnicę w wydatkowaniu środków na zamówienie. Naruszenie obowiązków publikacyjnych poprzez nie umieszczenie informacji w dzienniku urzędowym UE, które mogło spowodować mniejsze zainteresowanie ofertą ze strony potencjalnych wykonawców co w konsekwencji spowodowało, iż dokonano wyboru oferty droższej, jest traktowane jako naruszenie, które wymaga korekty finansowej przy pomocy metody wskaźnikowej³⁷.

Stosując tę metodę wysokość korekty oblicza się jako iloczyn wskaźnika procentowego nałożonej korekty, wskaźnika procentowego współfinansowania ze środków funduszy UE i wysokości faktycznych wydatków kwalifikowanych dla danego zamówienia, według wzoru:

$$Wk = W\% \times Wkw. \times W\acute{s}$$

gdzie:

Wk – wysokość korekty finansowej;

Wkw. – wysokość faktycznych wydatków kwalifikowanych dla danego zamówienia;

W \acute{s} – procentowa wysokość współfinansowania ze środków funduszy UE;

W% – wskaźnik procentowy nałożonej korekty.

„Metodą określenia finansowego wymiaru nieprawidłowości jest pomniejszenie wydatków kwalifikowalnych w ramach projektu lub kontraktu obciążonego nieprawidłowością o wartość procentową – wskaźnik. Pomniejszenie wydatków kwalifikowalnych skutkować powinno proporcjonalnym pomniejszeniem kwoty dofinansowania pochodzącego z funduszy UE. Otrzymana w wyniku przeprowadzenia powyższego działania kwota stanowi wartość korekty finansowej kompensującej domniemaną szkodę dla budżetu UE. Użyty w powyższym wzorze wskaźnik procentowy nałożonej korekty wyraża abstrakcyjny i uśredniony stopień „szkodliwości” określonego typu naruszenia”³⁸.

Podobnie naruszeniem skutkującym koniecznością dokonania korekty jest brak pełnej informacji o warunkach udziału w postępowaniu oraz kryteriach oceny ofert w przypadku przetargu

³⁵ Kwestie dotyczące obowiązku korekty finansowej zostaną omówione tylko w stosunku do wykazanych wcześniej przypadków naruszenia zasady niedyskryminacji, ze względu na rozmiary opracowania.

³⁶ Określenia zawarte w instrukcji dotyczącej dokonywania korekty finansowej zamówień publicznych udzielanych w związku z wydatkowanie środków europejskich http://www.fundusze-strukturalne.gov.pl/NR/rdonlyres/60F7203F-56F3-4C79-B087-8546B96C73E5/50106/Taryfikator_instrukcja_zmiana_04_2011.pdf.

³⁷ *Ibidem*.

³⁸ *Ibidem*.

nieograniczonego (naruszenie art. 36 ust. 1 pkt 5, 6 i 13 lub art. 41 pkt 7 i 9 Pzp), poprzez brak zamieszczenia w ogłoszeniu o zamówieniu przekazanym UOPWE i w SIWZ wykazu oświadczeń lub dokumentów, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu i/lub pełnej informacji o kryteriach oceny ofert i ich znaczeniu oraz sposobie oceny i/lub warunków udziału w postępowaniu oraz opisu sposobu oceny spełnienia tych warunków. W przypadku przetargu ograniczonego, negocjacji z ogłoszeniem i dialogu konkurencyjnego naruszony może być art. 36 ust. 1 pkt 5, 6 i 13 lub art. 48 ust. 2 pkt 6, 7 i 10 Pzp. Wówczas wskaźnik kwalifikuje się na poziomie 25%. W przypadku naruszenia art. 25 ust. 1 Pzp, poprzez żądanie od wykonawców oświadczeń lub dokumentów, które nie są niezbędne do przeprowadzenia postępowania wskaźnik wynosi 5% . Określenie dyskryminacyjnych warunków udziału w postępowaniu oraz kryteriów oceny ofert stanowiące naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez określenie warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, w sposób który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję oraz nie zapewnia równego traktowania wykonawców ustala się na poziomie 5–25%.

Kolejnym naruszeniem zasady niedyskryminacji skutkującym obowiązkiem dokonania korekty finansowej będzie ustalanie krótszych niż ustawowe terminów składania ofert oraz wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu postępowania, krótszych o co najmniej 10 dni – wskaźnik wynosi 13%.

9. PODSUMOWANIE

Przestrzeganie zasady niedyskryminacji w zamówieniach publicznych związanych z wykorzystaniem środków europejskich ma zapewnić efektywną konkurencję. Przestrzeganie tej zasady ma skłonić przedsiębiorców do uczestniczenia w postępowaniu o zamówienie publiczne, w konsekwencji większa liczba uczestników postępowania daje zamawiającemu większą szansę wyboru optymalnej oferty, pozwalającej na efektywne wykorzystanie środków europejskich. Jednocześnie regulacje dotyczące obowiązku dokonywania korekty finansowej w przypadku naruszenia reguł konkurencji poprzez dyskryminujące zachowania zamawiających pełnią rolę dyscyplinującą, powodująca konieczność dokonania zwrotu pozyskanych środków europejskich.

Wobec dyskryminujących zachowań państw trzecich ograniczających dostęp do zamówień publicznych przedsiębiorców europejskich i stosunkowo szeroko otwartym na przedsiębiorców spoza Unii rynku zamówień publicznych europejskich, za słuszne należy uznać inicjatywę KE mającą na celu wprowadzenie instrumentów pozwalających jej na oddziaływanie na kraje trzecie, tak by zachowana była w przypadku zamówień publicznych przeprowadzanych w tych państwach zasada wzajemności, choć można mieć wątpliwości co do faktycznej skuteczności przewidywanego instrumentu prawnego jakim jest decyzja o tymczasowym ograniczeniu dostępu towarów lub usług z tego państwa do unijnego rynku zamówień publicznych. Pojęta przez KE inicjatywa legislacyjna ustanawia kompleksową politykę zewnętrzną UE w zakresie zamówień publicznych, regulującą dostęp zagranicznych towarów do unijnego rynku zamówień publicznych zasługuje na aprobatę.

O NIEKTÓRYCH UWARUNKOWANIACH EFEKTYWNOŚCI ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH FINANSOWANYCH ZE ŚRODKÓW EUROPEJSKICH

Ryszard Szostak¹

1. WSTĘP

Realizacja celów funduszy europejskich wymaga przestrzegania obowiązujących zasad wydatkowania środków europejskich, przeznaczonych zwłaszcza na wspieranie wzrostu gospodarczego, rozwój infrastruktury publicznej, obszarów wiejskich i gospodarki morskiej, zwiększenie konkurencyjności i zatrudnienia, rozwój regionalny oraz współpracę transgraniczną. Efektywne wykorzystanie powierzonych środków to jeden z poważniejszych priorytetów narodowych. Tymczasem ciągle utrzymują się jeszcze różne bariery i mankamenty ograniczające nie tylko absorpcję, lecz także racjonalne wydatkowanie środków europejskich. Doniosłe znaczenie ma tu sprawne funkcjonowanie zamówień publicznych finansowanych z udziałem tych środków. Wiele trudności, zwłaszcza o charakterze organizacyjnym, zażegnano w ostatnich latach, niestety nadal utrzymują się rozmaite ograniczenia związane z planowaniem i przygotowaniem zamówień publicznych, a także zaburzenia towarzyszące ich udzielaniu, budzące uzasadniony niepokój po ponad dwudziestoletnim okresie wdrażania obowiązujących procedur. Całkowicie zaskakujące są – nasilające się ostatnio – rozmaite mankamenty realizacyjne dotyczące trudniejszych zamówień na usługi lub roboty budowlane, wynikające przede wszystkim z nieudolnego nadzoru wykonawczego ze strony instytucji zamawiających oraz słabej ochrony karnej interesów publicznych.

2. PRZYGOTOWANIE INWESTYCJI BUDOWLANYCH

W pierwszej kolejności jest ono uzależnione od dyspozycji planu miejscowego zagospodarowania przestrzennego. Niestety w większości wielkich miast, a także w niektórych innych miejscowościach, szczególnie uciążliwy jest brak planów miejscowych w odniesieniu do terenów, na których mają być lokalizowane inwestycje celu publicznego. Stan taki skazuje wielu zamawiających na długoterminowe wyczekiwanie na indywidualne decyzje ustalające warunki lokalizacji tego rodzaju inwestycji. W szczególności konieczne są specjalistyczne analizy, opinie oraz uzgodnienia, a na końcu projekt decyzji lokalizacyjnej sporządzony przez uprawnionego urbanistę². Sam wniosek powinien zawierać określenie planowanego zagospodarowania terenu wraz z przeznaczeniem i charakterystyką podstawowych parametrów technicznych inwestycji, a także danymi dotyczącymi jej oddziaływania na środowisko. Przynaglony potrzebami zamawiający nie zawsze jest dostatecznie przygotowany. Funkcjonowanie szczególnych rozwiązań ustawowych zorientowanych na przyspieszenie wydawania

¹ Prof. UEK, dr hab. Ryszard Szostak, Uniwersytet Ekonomiczny w Krakowie.

² Por. art. 50 i n. ustawy z 27 marca 2003 r. o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym (Dz. U. Nr 80, poz. 717 ze zm.).

decyzji lokalizacyjnych z zakresu inwestycji drogowych oraz kolejowych też nie jest w pełni zadowolające³. W takich warunkach istotne znaczenie ma wcześniejsze rozpoczęcie czynności przygotowawczych oraz rzetelne sporządzenie niezbędnych dokumentów, tak aby procedura decyzyjna przebiegała bez zakłóceń.

Niezależnie od powyższego w odniesieniu do niektórych przedsięwzięć konieczna jest urzędowa ocena oddziaływania inwestycji na środowisko, połączona z wydaniem przez organ gminy stosownej decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach, zgody na realizację przedsięwzięcia⁴. Chodzi w szczególności o budowę dróg o większym natężeniu ruchu, linii kolejowych, składowisk odpadów, zbiorników wodnych i stacji uzdatniających wodę, oczyszczalni ścieków, ciepłowni oraz elektrowni wraz z urządzeniami i liniami elektroenergetycznymi⁵. W tym zakresie spowolnienie w załatwianiu spraw ma przyczyny głównie biurokratyczne, choć sytuacja ulega już stopniowej poprawie po kilkuletnim okresie wdrażania nowych rozwiązań. Z uwagi na szczególne zasady gospodarowania na obszarach Natura 2000, których powierzchnia jest znaczna w Polsce obowiązują podwyższone wymagania ekologiczne oraz odrębne procedury wpływu inwestycji na te wyjątkowe tereny.

Utrzymujące się od dawna trudności w zakresie projektowania (nowe standardy środowiskowe i techniczne oraz wymagania bezpieczeństwa) a także gromadzenia dokumentacji niezbędnej do ubiegania się o pozwolenie na budowę próbowano pokonywać poprzez zastosowanie uproszczonej formuły zamówienia publicznego: „zaprojektuj i wybuduj”. Podstawą jego udzielenia jest program funkcjonalno użytkowy zawierający opis potrzeb i wymagań zamawiającego. W oparciu o ten program w ramach pierwszego etapu realizacji zamówienia sporządza się dokumentację projektową konieczną do uzyskania pozwolenia na budowę, która dopiero w drugim etapie przesądza wiążąco o sposobie prowadzenia robót budowlanych. Z uwagi na zagrożenia i towarzyszące im ryzyko formuła ta sprawdza się – niestety – tylko przy mało skomplikowanych zamówieniach. Brak bowiem rozwiniętego opisu przedmiotu zamówienia uniemożliwia często udzielenie zamówienia w trybie przetargowym, natomiast wysoki stopień ryzyka utrudniającego wszelkie formy kooperacji ogranicza poważnie prowadzenie sensownych negocjacji lub dialogu konkurencyjnego z zachowaniem wymagań ustawowych. Stąd liczne są przypadki zamknięcia postępowania o udzielenie zamówienia poprzez jego unieważnienie. Zamiast oczekiwanego przyspieszenia zawarcia umowy finalnej, zamawiający popada nierzadko w liczne tarapaty proceduralno-organizacyjne (vide: podział zamówienia na części w zakresie budowy autostrady A2). Poza tym z naturalnych względów wstępne oszacowanie wartości takiego zamówienia obciążone zostaje dużą tolerancją. Nie ułatwia to – rzecz jasna – ochrony interesów publicznych. Po wykonawcy stronie projektującego przedmiot zamówienia zachodzi zaś tendencja do stosowania różnego

³ Por. przepisy ustawy z 10 kwietnia 2003 r. o szczególnych zasadach przygotowania i realizacji inwestycji w zakresie dróg publicznych (Dz. U. z 2008 r., Nr 193, poz. 1194 ze zm.) oraz przepisy rozdz. 2b ustawy z 28 marca 2003 r. o transporcie kolejowym (Dz. U. z 2007 r., Nr 16, poz. 94, ze zm.).

⁴ Stosownie do wymagań ustawy z 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, ze zm.).

⁵ Por. przepisy rozporządzenia Rady Ministrów z 9 listopada 2010 r. w sprawie przedsięwzięć mogących znacząco oddziaływać na środowisko (Dz. U. Nr 213, poz. 1397).

rodzaju „oszczędności” realizacyjnych (nie zawsze w zgodzie z potrzebami zamawiającego oraz funkcjonalnością obiektu), skoro ma on z góry zagwarantowaną kwotę wynagrodzenia. Z tego powodu w krajach zachodnioeuropejskich ukształtowała się praktyka nadawania analizowanym zamówieniom charakteru warunkowego. Mianowicie warunkiem uruchomienia drugiego etapu zamówienia w postaci realizacji robót budowlanych, uzasadniających – skądinąd – ponad 90% zysku transakcyjnego, może być nie tylko odbiór dokumentacji projektowej, lecz skierowanie jej – w drodze specjalnego oświadczenia zamawiającego – do realizacji. Po stronie wykonawcy zachodzi zatem niebezpieczeństwo utraty zamówienia, pomimo wykonania prac projektowych, jeśli ich rezultat nie zostanie uznany przez zamawiającego za podstawę realizacji robót budowlanych.

Niełatwą sytuację w sferze zamówień budowlanych zaostrzają ciągle zdarzające się błędy w dokumentacji projektowej. Rażące defekty dotyczą nie tylko wymagań technicznych, lecz także prostych w ocenie wymagań związanych z bezpieczeństwem i ochroną środowiska, a nawet zdrowiem ludzi. Braki w opisie rozwiązań techniczno-budowlanych (rysunki i opisy robocze), mnożące się niezgodności projektowanych dyspozycji z rzeczywistą sytuacją w terenie, zwłaszcza co do warunków posadowienia obiektu⁶, a także rozmaite sprzeczności pomiędzy poszczególnymi składnikami dokumentacji – dopełniają negatywnego obrazu sytuacji. Na skutki uchybień popełnianych przez projektantów nakładają się jeszcze następstwa zaniedbań samych zamawiających, zwłaszcza z zakresu rozwiązań koncepcyjnych oraz założeń techniczno-ekonomicznych, współdziałania z projektantem w procesie opracowania dokumentacji, a przede wszystkim w zakresie rzetelnej weryfikacji dokumentacji odbieranej od wykonawcy. Na dodatek coraz bardziej nagminne usterki dokumentacyjne są ujawniane zbyt późno, zazwyczaj dopiero w fazie realizacji robót budowlanych, albo nawet w związku z reklamacją wad oddanego do użytku obiektu budowlanego, pośrednio wywołanych błędami projektowymi. Stanowi to wynik przede wszystkim niedopuszczalnych zaniedbań przy odbiorze dokumentacji: ilościowym (zakres) oraz jakościowym (ocena rozwiązań intelektualnych). Za wady obiektu spowodowane błędami projektowania w pierwszej kolejności odpowiada wykonawca robót budowlanych z tytułu absolutnej rękoi za wady obiektu, chyba że uprzedził on wcześniej zamawiającego o usterkach projektu (co jest rzadkością), choć także i wtedy nie wolno mu realizować robót w sprzeczności z przepisami i normami techniczno-budowlanymi, a także wbrew zasadom sztuki budowlanej. Sam zaś projektant odpowiada za przyczynienie się do szkody stanowiącej dalsze następstwo wadliwości robót, na podstawie łagodniejszego (przesłanka winy) reżimu kontraktowej odpowiedzialności odszkodowawczej (art. 471 kc)⁷. W rezultacie odpowiedzialność majątkowa projektanta ulega wyraźnej redukcji, zanika jej funkcja stymulacyjno-prewencyjna na niekorzyść interesu publicznego. Jego odpowiedzialność zawodowa, przy braku dostatecznej przejrzystości oraz sprawnego nadzoru administracyjnego staje się iluzoryczna. Przypadki odpowiedzialności karnej są natomiast sporadyczne. Pożądaną jest zatem objęcie projektanta odpowiedzialnością za naruszenie

⁶ Por. przepisy rozporządzenia Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z 24 września 1998 r. w sprawie ustalania geotechnicznych warunków posadawiania obiektów budowlanych (dz. U., Nr 126, poz. 839), które zostało ostatnio zastąpione nowym rozporządzeniem Ministra Transportu, Budownictwa i Gospodarki Morskiej z 25 kwietnia 2012 r., (Dz.U. poz. 463).

⁷ Więcej o tym J. Strzępka: *Prawo umów budowlanych*, Warszawa 1999, s. 259 i n.

dyscypliny finansów publicznych za uchybienia w opisie przedmiotu zamówienia rzutuujące na wynik postępowania o udzielenie zamówienia bądź zakłócające prawidłową realizację robót budowlanych. Następstwem błędów projektowych jest zazwyczaj udzielenie zamówienia dodatkowego z wolnej ręki, za którego dopuszczalność (art. 67 ust. 1 pkt 5 Pzp) odpowiada pod rygorem sankcji dyscyplinarnej kierownik lub inny urzędnik zamawiającego, a nie projektant. Interwencyjnego zamówienia dodatkowego można bowiem udzielić tylko w sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia, podczas gdy rzetelny odbiór prac projektowych od wykonawcy służy właśnie wykryciu usterek. Z drugiej strony jednak profesjonalny odbiór prac projektowych uzasadnia w razie konieczności udzielenie zamówienia dodatkowego, którego potrzeby nie dało się wcześniej przewidzieć.

Twórcze prace projektowe nadal zbyt często zamawia się w trybie przetargowym, niekiedy negocjacyjno-przetargowym, z pominięciem konkursu. Naraża to zamawiającego nie tylko na trudności proceduralne, lecz odbywa się także ze szkodą dla innowacyjności oraz innych walorów projektowanych rozwiązań. Tradycyjnie konkurs na koncepcję architektoniczną lub urbanistyczną stwarza zamawiającemu dogodną pozycję przy poszukiwaniu oryginalnych rozwiązań, w rozsądnym czasie, z zachowaniem stosunkowo niskich kosztów. Rywalizacja konkursowa w naturalny sposób pobudza pomysłowość, wymusza optymalizację projektowanych rozwiązań, a także racjonalizację nakładów na planowaną inwestycję, zapewniając wybór najlepszej koncepcji, a w dalszej perspektywie rozwiniętego projektu, przystającego do indywidualnych potrzeb zamawiającego. Zwalnia zamawiającego od trudności koncepcyjnych i innych niedogodności biurokratycznych. Alternatywna procedura przetargowa wymaga zaś gruntownego przygotowania, zwłaszcza co do opisu przedmiotu zamówienia, umożliwiającego sporządzenia porównywalnych ofert. Z punktu widzenia efektywnego zagospodarowania środków europejskich konkurs to idealna procedura do zapewnienia projektu rewitalizacji zaniedbanych obiektów lub terenów, uporządkowania zabudowy, założenia parku, czy wzniesienia oryginalnego gmachu użyteczności publicznej.

3. OGRANICZENIA FINANSOWE

Publiczny charakter środków europejskich wymusza poddanie ich zasadom jawności i przejrzystości oraz planowania finansowego. Stosownie do ustawy z 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych⁸, gromadzenie i wydatkowanie środków odbywa się w ramach wyodrębnionego budżetu środków europejskich (art. 184 i n. ufp). Stąd finansowanie zadań z udziałem tych środków odbywa się z poszanowaniem reżimu budżetowego i właściwej dla niego kontroli finansowej, pod rygorem osobistej odpowiedzialności karno-administracyjnej za uchybienia. Instytucje sektora finansów publicznych będące beneficjentami środków europejskich planują ich wydatkowanie bezpośrednio w swoich planach rzeczowo-finansowych. W ten sposób wzmacnia się gwarancję pokrycia finansowego na zamówienie publiczne. Także beneficjenci prywatni są zobligowani do wycinkowego planowania rzeczowo-finansowego w zakresie realizowanych projektów w formie stosownych preliminarzy wydatkowych. Do-

⁸ Dz. U. Nr 157, poz. 1240 ze zm., dalej: „ufp”.

datkowo funkcjonuje kontrola instytucji zarządzających oraz odpowiedzialność dyscyplinarna osób działających po stronie beneficjentów za niezgodne z przeznaczeniem wykorzystanie powierzonych środków. Z samym planowaniem pokrycia finansowego wiąże się kilka wymagań dotyczących przygotowania udzielenia zamówienia publicznego.

Po pierwsze, według zamierzonego wydatkowania środków publicznych ocenia się dopuszczalność wyłączenia reżimu prawa zamówień publicznych ze względu na drobny rozmiar wartości zamówienia. Wyznaczony na mocy art. 4 pkt 8 Pzp próg wyłączenia w kwocie 14 tys. euro nie odnosi się bynajmniej do jednostkowego wydatku, lecz musi być rozpatrywany sumarycznie, jako całkowity wydatek przewidywany w jednym rodzaju dostaw lub usług albo ponoszony na roboty budowlane w zakresie pojedynczego obiektu budowlanego. To samo dotyczy wynikającego z art. 32 ust. 2 Pzp zakazu tzw. dzielenia zamówienia na części w celu uniknięcia stosowania prawa zamówień publicznych, który trzeba odnosić do całkowitego, a nie jednostkowego wydatku. Z przepisów art. 31–34 Pzp wynika bowiem, że dostawy lub usługi identyfikuje się rodzajowo, natomiast roboty budowlane według obiektów stanowiących ich rezultaty. Konsekwencje uchylania się od obowiązujących wymagań proceduralnych przy udzielaniu zamówień finansowanych ze środków europejskich są szczególnie dotkliwe, ponieważ obok zwyczajnych sankcji (unieważnienie umowy, odpowiedzialność dyscyplinarna) w grę wchodzi jeszcze zastosowanie korekt finansowych. Niestety w bieżącej praktyce są one wymierzane zbyt często. Bezpośrednią przyczyną tego stanu rzeczy jest niezajomość prawa oraz chwiejna wykładnia powołanych wyżej przepisów.

Po drugie, weryfikacja pokrycia finansowego następuje w wyniku rzetelnego oszacowania wartości zamówienia w związku z wszczęciem postępowania o jego udzielenie. Ustalone w planie sumy wydatków nie muszą w pełni odpowiadać realnej wartości zamierzonych zamówień. Poszczególne wydatki ujmuje się bowiem rodzajowo, a nie indywidualnie, a ponadto nie przesądzają one o żadnej wartości, lecz stanowią jedynie nieprzekraczalny limit kwotowy (por. art. 52 ufp). Dlatego konieczne jest późniejsze zindywidualizowane oszacowanie wartości zamówienia oraz jej odniesienie do właściwej dyspozycji planu wydatków albo wprost do zasobów finansowych zamawiającego, nie podlegającego obowiązkowi planowania wydatków. Jeśli ujawni się brak dostatecznego pokrycia – wszczęcie postępowania o udzielenie zamówienia w zasadzie odpada. Wprawdzie do formalnej odmowy kontrasygnaty zobowiązania finansowego dochodzi dopiero w związku z zawarciem umowy finalnej, lecz wymuszone wcześniej unieważnienie postępowania z braku środków następuje zazwyczaj w okolicznościach leżących po stronie zamawiającego, co uzasadnia odpowiedzialność odszkodowawczą zamawiającego z art. 93 ust. 4 Pzp. Jedynie w zakresie zamówień finansowanych ze środków europejskich dopuszcza się możliwość zastrzeżenia unieważnienia postępowania wszczętego bez dostatecznego pokrycia finansowego, na warunkach art. 93 ust. 1a Pzp (zob. dalej).

Po trzecie, w praktyce niejasno przedstawia się ratio legis art. 86 ust. 3 Pzp, zgodnie z którym bezpośrednio przed otwarciem ofert zamawiający podaje kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Podstawowym celem tego przepisu jest zapobieganie nieuczciwym praktykom ze strony niektórych zamawiających, polegającym na unieważnianiu przetargów z powodu rzekomego braku środków. Przed otwarciem ofert zamawiający, nie znając

jeszcze poszczególnych propozycji ofertowych, nie może sugerować się wyliczeniami konkurentów, z drugiej zaś strony oferenci nie mogą też „dostosować się” ze swoimi propozycjami do zadeklarowanej przez zamawiającego wartości zamówienia. Deklarację zamawiającego rozpatrywać trzeba w kategoriach wiążącego oświadczenia woli, uzupełniającego specyfikację istotnych warunków zamówienia⁹. Jego praktyczny sens sprowadza się do tego, że jeśli cena (wynagrodzenie) zaproponowana w ofercie najkorzystniejszej nie przekroczy kwoty z góry zadeklarowanej przez zamawiającego, oferta ta podlega przyjęciu. Z uwagi na swoje doniosłe znaczenie formalne kwota, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, powinna wynikać z rzetelnego oszacowania wartości zamawianego świadczenia, z uwzględnieniem VAT i mieć pokrycie według planu finansowego jednostki zamawiającej. Zapatrywanie zmierzające do oderwania deklarowanej kwoty od realnej wartości zamówienia jako pozbawione sensu powinno być zwalczane, ponieważ prowadzi do przesunięcia tej ważnej kwestii na niepewny grunt zagadnień dyskusyjnych.

Po czwarte, stosownie do art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli cena oferty najkorzystniejszej lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, chyba że ją zwiększy do sumy oferty najkorzystniejszej. Już wtedy zatem, gdy okaże się, że oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę zadeklarowaną uprzednio przez zamawiającego unieważnia się postępowanie, z pominięciem pracochłonnej niekiedy oceny ofert. W wyniku ostatniej noweli tego przepisu dopuszczono wyraźne możliwość zwiększenia pokrycia finansowego w związku z wyborem oferty. Dawniej były co do tego niepewności interpretacyjne. Nie do przyjęcia jest jednak pogląd, że chodzi tu wyłącznie o weryfikację dyspozycji planu wydatków, w oderwaniu od szacunkowej wartości zamówienia¹⁰. Dyspozycja planistyczna nie ma przecież indywidualnego charakteru i nie wskazuje bezpośrednio na wartość przedmiotu zamówienia, lecz jedynie ma maksymalny limit wydatku. Wykluczyć trzeba zatem jakiegokolwiek swobodne zwiększenie zaplanowanego pokrycia, na dodatek automatycznie „do ceny najkorzystniejszej oferty”, tym bardziej, że w praktyce zdarzają się oferty z nadmiernie wygórowanymi cenami, a samo planowanie dotknięte bywa niekiedy błędami przewidywania. Dlatego bezpośrednią podstawą „zwiększenia kwoty do ceny najkorzystniejszej oferty” musi być zweryfikowana szacunkowa wartość zamówienia. Przeciwna wykładnia unormowania sprzyjałaby praktykom korupcyjnym połączonym z „ustawianiem” wyniku przetargu.

Po piąte, pewne wątpliwości w praktyce budzi nowy art. 93 ust. 1a Pzp zezwalający zamawiającemu na zastrzeżenie z góry w ogłoszeniu (zaproszeniu) możliwości unieważnienia przetargu lub innej procedury, jeżeli środki z budżetu UE lub z tytułu pomocy EFTA, które zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, nie zostały mu przyznane. W istocie dopuszcza on możliwość wszczęcia warunkowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego bez pokrycia finansowego. Trudno bowiem sobie wyobrazić, aby na pod-

⁹ Por. w tym zakresie J. Herman: VOB/A-Vergabe Und Vergabebesordung für Bauleistung-Kommentar, München 2004, s. 452 I n oraz J. Schramm, M. Ohler, N. Suttner: Bundesvergabegesetz-Kommentar, Wien-N. York 2004, s. 1268 i n.

¹⁰ Por. I. Skubiszak-Kalinowska: Zawarcie umowy o zamówienie publiczne pod warunkiem, „Zamówienia Publiczne – Doradca” 2005, Nr 11, s. 39-40.

stawie samego wniosku o dofinansowanie, przy braku choćby promesy, zamawiający mógł skutecznie wprowadzić wnioskowaną kwotę do swojego planu finansowego, skoro zgodnie z art. 52 ust. 1 ufp dochody planuje się według należytej prognozy ich wielkości. U podstaw tego rozwiązania leży zapewne względy związane z przyspieszeniem wyboru wykonawcy zamówienia dokonywanego „równolegle” z przeciągającą się w czasie procedurą konkursowego przydziału środków europejskich¹¹. Przypomina ono jednak niechlubne praktyki z przeszłości z wykorzystaniem dopuszczalności ogłoszenia przetargu z zastrzeżeniem możliwości jego unieważnienia „bez podawania przyczyn”. Stanowi to istotny wyjątek od zasady celowości przetargu (wyrażonej *expressis verbis* w art. 2 pkt 7a Pzp)¹², natomiast korzyści z tego rozwiązania dla interesów publicznych nie są zbyt wielkie a obciążone ryzykiem. Bardziej zasadne wydaje się usprawnienie i przyspieszenie procedur przyznawania środków europejskich beneficjentom¹³. Nie bez znaczenia jest także i taka niedogodność, że jeżeli wnioskowane przez zamawiającego dofinansowanie nie zostanie przyznane z przyczyn leżących po jego stronie (np. ze względu na odrzucenie wniosku), wszyscy oferenci, którzy złożyli prawidłowe oferty mogą żądać odszkodowań w granicach zwrotu uzasadnionych kosztów ubiegania się o zamówienie (art. 93 ust. 4 Pzp). Odszkodowawcza odpowiedzialność zamawiającego za unieważnienie postępowania to niezależna od winy odpowiedzialność na zasadzie ryzyka¹⁴. Dlatego zainteresowanie rozwiązaniem z art. art. 93 ust. 1a Pzp w praktyce jest znikome.

4. KONSTRUOWANIE WARUNKÓW ZAMÓWIENIA

Z proceduralnego punktu widzenia na efektywność zamówień finansowanych ze środków europejskich rzutują przede wszystkim warunki wymagane od wykonawców, kryteria wyboru oferty najkorzystniejszej oraz postanowienia, które zamierza się wprowadzić do umowy finalnej.

Odwieczny wymóg udzielenia zamówienia wyłącznie wiarygodnemu wykonawcy obecnie ma wymiar selekcyjny – niewiarygodni konkurenci podlegają wykluczeniu. Łatwo więc o wypadki dyskryminacyjnego lub choćby tylko protekcyjno faworyzującego ukształtowania warunków wymaganych od konkurentów. Według standardów prawa europejskiego kwalifikuje się je jako niezwykle szkodliwe dla mechanizmu konkurencji oraz zasady równego dostępu do zamówień finansowanych ze środków publicznych. Za szkodliwe uznaje się także wszelkie przejawy utrudniania lub fałszowania konkurencji, nawet z punktu widzenia wymagań dokumentacyjnych. Stąd w praktyce tak wiele korekt finansowych wymierzonych z tytułu tego

¹¹ Bariery mają jednak charakter organizacyjny, a nie prawny. Por. ustawę z 6 grudnia 2006 r. o zasadach prowadzenia polityki rozwoju (Dz. U. z 2009 r., Nr 84, poz. 712).

¹² W niektórych krajach UE wyklucza się wprost możliwość toczenia przetargu w innym celu niż wybór oferty najkorzystniejszej uwieńczony zawarciem umowy finalnej Por. zwłaszcza na gruncie prawa niemieckiego A. Boesen: *Vergaberecht Kommentar zum 4 Teil des GWB*, Köln 2000, a. 549 i n. oraz W. Daub, H. Eberstein: *Kommentar zur VOL/A, Vergaberecht – Rechtsschutz*, Düsseldorf 2000, s. 799–800.

¹³ Procedury konkursowe organizowane przez tzw. instytucje zarządzające środkami europejskimi niejednokrotnie toczą się przez okres ponad pół roku.

¹⁴ Więcej o tym R. Szostak: *Przetarg na zamówienie publiczne – zagadnienia konstrukcyjne*, Kraków 2005, s. 220 i n. oraz W. Łysakowski (w): *Prawo zamówień publicznych – Komentarz*, Warszawa 2007, s. 323.

rodzaju uchybień przez instytucje zarządzające programami operacyjnymi. Pod wpływem edukacji i korzystnych doświadczeń sytuacja ulega stopniowej poprawie, dalsze usprawnienia łączy się z planowaną nowelizacją prawa zamówień publicznych. Uzasadniony niepokój dotyczy jednak weryfikacji warunków podmiotowych w odniesieniu do osób wspólnie ubiegających się o zamówienie, zakresu dopuszczalnego powoływania się przez wykonawcę na zasoby osób trzecich, a także problem podwykonawstwa.

Wspólne ubieganie się o zamówienie, zwłaszcza w formie spółki cywilnej albo konsorcjum, stanowi rozwiązanie bardzo korzystne z uwagi na potrzebę stymulacji rozwoju drobnej przedsiębiorczości, poszerzania dostępu małych przedsiębiorców do zamówień publicznych oraz zwiększania konkurencyjności procedur ich udzielania¹⁵. Nadrzędna zasada prostego sumowania dorobku oraz potencjałów współpracujących przedsiębiorców przy ocenie ich wiarygodności doznaje wyłomu nie tylko co do warunków osobistych, wskazanych w art. 24 ust. 1 Pzp (każdy z osobna powinien je spełniać), lecz także co do warunków zawodowo-gospodarczych¹⁶, określonych w art. 22 ust. 1 Pzp. W ramach bowiem „odpowiedniego stosowania przepisów” dotyczących pojedynczego wykonawcy do wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie (art. 23 ust. 3 Pzp) jedne z nich znajdują zastosowanie wprost, inne z modyfikacjami, a niektóre w ogóle nie dadzą się wykorzystać. Przykładowo w zakresie uprawnień wynikających z koncesji lub zezwoleń – przepisy odrębne przesądzają ostatecznie o tym, czy i w jakim zakresie zamówienie wchodzące w status działalności reglamentowanej może być wykonywane przy udziale współwykonawców nieposiadających stosownych uprawnień. W praktyce najwięcej jednak trudności przysparza weryfikacja wiedzy i doświadczenia. Generalnie wystarcza, jeśli choćby jeden z uczestników grupy posiada niezbędną wiedzę i doświadczenie. Nie może być jednak mowy o łącznym spełnieniu warunku w przypadku sumowania częściowej wiedzy lub doświadczenia. W szczególności niepełnego doświadczenia wykonawcy w żadnym razie nie wolno poczytywać za jakiegokolwiek doświadczenie, które można by sumować z takim samym ze strony innego wykonawcy. Jeśli zatem dwaj współwykonawcy z osobna nie są w pełni doświadczeni w wymaganym zakresie – łącznie także nie są doświadczeni. Co innego, gdy doświadczenie rozpatruje się w dwu lub więcej profesjach, a mianowicie gdy do wykonania poszczególnych części zamówienia niezbędne jest odmienne (zróżnicowane) doświadczenie, mogą je zapewnić współwykonawcy w ten sposób, że każdy z nich „gwarantuje” doświadczenie w odrębnej branży robót, usług lub dostaw. W praktyce na ogół taki właśnie cel ma zawiązywane ad hoc konsorcjum. To samo dotyczy „sumowania” niezbędnej wiedzy. Powyższe ujęcie wynika z zasady realnego wykonania zamówienia publicznego, według której powinno się kształtować warunki wymagane od wykonawców w świetle art. 22 ust. 1 Pzp. W wyroku z 14 kwietnia 1994 r. ETS zastrzegł, że leader konsorcjum może powoływać się na spełnienie tylko takich warunków, w zakresie których zachodzi faktyczna (realna) dyspozycja odpowiednimi zasobami, gwarantująca na-

¹⁵ Więcej o tym K. Horubski, T. Kocowski: Konsorcjum jako instrument wsparcia małych i średnich przedsiębiorców w systemie zamówień publicznych [w:] nowe podejście do zamówień publicznych – zamówienia publiczne jako instrument zwiększania innowacyjności gospodarki i zrównoważonego rozwoju, doświadczenia polskie i zagraniczne (red. J. Niczyporuk, J. Sadowy, M. Urbanek), Warszawa 2011, s. 45 i n.

¹⁶ Por. wyrok KIO z 2010 r. w sprawie 1197/10.

leżyte wykonanie zamówienia¹⁷. Analogiczny pogląd wyraził Trybunał w wyroku z 2 grudnia 1999 r. odnośnie do podwykonawców, którzy także muszą mieć zdolności wystarczające do realnego wykonania zamówienia¹⁸.

Z kolei w zakresie możliwości odwoływania się do potencjału osób trzecich wątpliwości dotyczą braku ustawowych podstaw (art. 26 ust. 2b Pzp) do powołania się na cudze uprawnienia zawodowe, a także sposobu zaangażowania osoby trzeciej do realizacji zamówienia w sytuacji, gdy wykonawca zamierza skorzystać z jej wiedzy i doświadczenia. Pierwsza z tych kwestii ma być pozytywnie załatwiona w ramach planowanej nowelizacji ustawy, natomiast w odniesieniu do drugiej zasada realnego wykonania zamówienia wymusza wykładnię ostrożnościową, w świetle której sensowne wykorzystanie cudzej wiedzy, a tym bardziej doświadczenia może nastąpić jedynie w warunkach podwykonawstwa¹⁹. Inny bowiem rodzaj współpracy (zwłaszcza okolicznościowej) wykonawcy z osobą dysponującą szczególną wiedzą lub doświadczeniem nie gwarantuje zachowania dobrej jakości świadczenia spełnianego na rzecz zamawiającego. Przez rzetelną wiedzę rozumie się przecież posiadanie określonego zasobu wiadomości (informacji), na ogół o charakterze osobistym, a zatem ten kto dysponuje osobami z wiedzą (kwalifikowanym personelem) pośrednio ma dostęp do ich wiedzy. Rzadko zaś chodzi o „wiedzę opracowaną” w formie opisu patentowego, know-how, instrukcji serwisowej itp., którą można swobodnie transferować w oderwaniu od osobistego zaangażowania jej dysponenta²⁰. Jeszcze bardziej osobisty charakter ma doświadczenie, pojmowane w kategoriach umiejętności praktycznych, nabytych z upływem czasu, w wyniku faktycznego doskonalenia (treningu), warunkujących zdolność do prawidłowej realizacji zamówienia (niezawodność). Jest ono związane nie tyle z osobą wykonawcy, ile z jego przedsiębiorstwem i personelem²¹. Tak rozumiane doświadczenie „zbiorowe” trzeba jednak odgraniczyć od indywidualnego doświadczenia zawodowego pojedynczego człowieka (pracownika), które też może liczyć się w procesie ubiegania się o zamówienie publiczne. Nie da się zatem „przekazać” doświadczenia bez zaangażowania bezpośredniego w roli podwykonawcy.

Sam problem podwykonawstwa w zamówieniach publicznych też wymaga uporządkowania. W szczególności umocnić trzeba zasadę, że podwykonawca nie może być gorszy w swoich zdolnościach od samego wykonawcy. Ciągłe bowiem ujawniają się tendencje do wykorzystywania podwykonawstwa w charakterze swoistego kamuflażu ukrywającego braki w potencjale wykonawcy. Wymagania techniczno-wykonawcze stawiane wykonawcy bezwzględnie musi spełniać także jego podwykonawca, w zakresie w jakim podejmuje się on wyręczyć dłużnika głównego w realizacji zamówienia. Stąd zamawiający, zwłaszcza w zakresie zamówień bu-

¹⁷ Sprawa C-389/92, Balast I, ECR 1994, I-012289. Por. też wyrok Sądu Okręgowego w Gdańsku z 6 maja 2009 r. (XII/Ga-143/09), „Zamówienia Publiczne w Orzecznictwie – Zeszyty Orzecznicze” 2010, Nr 6, s. 21–22.

¹⁸ Sprawa C-176/98, Holst Italia, ECR 1999, I-08607.

¹⁹ J. Sadowy: Warunki udziału w postępowaniu, opis sposobu oceny spełniania warunków oraz dokumenty potwierdzające ich spełnianie (w:) *Prawo zamówień publicznych po zmianach z 2009 r.* Warszawa 2010, s. 13 oraz A. Sołtysińska, G. Wicik: *Dopuszczalność powołania się na zdolność innych podmiotów*, „Prawo Zamówień Publicznych” 2009, Nr 4, s. 18–19.

²⁰ Por. postanowienie Sądu Najwyższego z 7 października 2008 r. (III CZP-87/08), z aprobowaną glosą R. Szostaka, „Prawo Zamówień Publicznych” 2009, Nr 1, s. 73.

²¹ Tamże.

dowlanych, powinien być obciążony publiczno-prawnym obowiązkiem weryfikacji zdolności techniczno-wykonawczych podwykonawcy, stanowiącej warunek dopuszczenia podwykonawcy (zgoda) do realizacji zamówienia. Enigmatyczny przepis art. 36 ust. 4 Pzp powinien być zastąpiony bardziej konsekwentnym unormowaniem, wyraźnie modyfikującym rozwiązanie z art. 647¹ kc, w świetle którego nawet milcząca (dorozumiana) zgoda zamawiającego na dopuszczenie podwykonawcy wybranego (swobodnie) przez wykonawcę wystarczy do przypisania zamawiającemu odpowiedzialności za zapłatę wynagrodzenia należnego podwykonawcy. Realny wpływ zamawiającego na wybór podwykonawcy powinien usprawiedliwiać jego odpowiedzialność za zapłatę cudzego – skądinąd – długu, co niewątpliwie prowokuje zachowania prewencyjne, aby nie trzeba było ubolewać, że zamawiający finansuje obsługę cudzego długu z zabezpieczenia należytego wykonania umowy o zupełnie innym przeznaczeniu.

Jak wiadomo rzetelny wybór oferty najkorzystniejszej wymaga uprzedniej oceny wartościującej złożonych ofert w oparciu o zastrzeżone z góry kryteria. O ich doborze in casu przesądzają względy ekonomiczne, tak aby osiągnięty został najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia (art. 2 pkt 5 Pzp). W bieżącej praktyce – niestety – zbyt często poprzestaje się na zastosowaniu tylko jednego kryterium w postaci wysokości ceny (w ponad 90% procedur ofertowych). Stanowi to przyczynę licznych mankamentów, ponieważ wybór oferty najtańszej to nie zawsze rozstrzygnięcie racjonalne. Pośród przyczyn unikania kryteriów pozacenowych pierwszoplanowe znaczenie ma niewątpliwie brak dostatecznej wiedzy o ich doniosłości, a także obawa ujemnych konsekwencji ze strony organów kontroli, rzekomo napiętnujących przypadki wyboru nieco droższego wykonawcy. Pierwsza z przyczyn wymaga aktywnej polityki, natomiast odnośnie do drugiej wystarczają urzędowe działania wyjaśniająco-promocyjne. Posługiwanie się kryteriami pozacenowymi łączy się z naturą umowy dwustronnie zobowiązującej, w której świadczenie pieniężne stanowi odpowiednik świadczenia niepieniężnego. Stąd układ kryteriów powinien odpowiadać prostej zasadzie: lepszy przedmiot – wyższa cena. Wyklucza się zatem kryteria dotyczące właściwości wykonawcy, zwłaszcza jego wiarygodności ekonomicznej, technicznej lub finansowej. Przykładowe wyliczenie kryteriów z art. 91 ust. 2 Pzp wskazuje na właściwości przedmiotowe, ujęte rodzajowo. Każde z nich łączy się z inną wartością, związaną ekonomicznie z określoną powinnością wykonawcy. Dlatego np. jakość przedmiotu sama przez się nie nadaje się na kryterium, ale zastrzegając możliwość polepszenia wybranej właściwości jakościowej można stopniować korzyści na rzecz zamawiającego. To samo dotyczy terminu wykonania zamówienia, który podlega wyznaczeniu z góry w warunkach zamówienia, choć można dopuścić jego skrócenie tytułem dodatkowego kryterium oceny ofert. Z kolei w ramach „kosztów eksploatacyjnych” trzeba zdecydować się na punktację konkretnego nakładu (np. na zużywane paliwo lub energię), według zasady: im niższy koszt tym oferta korzystniejsza. Podobnie enigmatycznie określony „serwis” łączyć trzeba z warunkami odpowiedzialności za wady, zwłaszcza z wydłużeniem ustawowego okresu rękojmi (art. 568 kc). Praktyczne znaczenie tego ostatniego kryterium rośnie z uwagi na trudności związane z kryteriami jakościowymi. Przyrzeczenia bowiem podwyższonych walorów jakościowych coraz częściej nie można wyegzekwować in natura, w zwyczajny sposób, bez procesu sądowego. Z analogicznych powodów wzrasta zainteresowanie swoistym kryterium w postaci podwyższenia stawek kar umownych standardowo ustalonych w projekcie umowy, zwłaszcza za zwłokę w realizacji

zamówienia lub w usuwaniu wad w jego przedmiocie. Proporcje pomiędzy kryteriami powinny być odpowiednie, zależą one wprost od rzeczywistego znaczenia ekonomicznego każdego z nich, które powinno być rzetelnie wyliczone. W szczególności „nadreprezentacja” kryterium pozacenowego może przyczynić się do wyboru oferty z bezzasadnie zawyżoną ceną. Każde bowiem polepszenie warunków świadczenia pociąga dodatkowe koszty związane z podniesieniem jakości, skróceniem terminu zamówienia, wydłużeniem serwisu itd. Odniesienie tych dodatkowych kosztów do szacunkowej wartości zamówienia pozwala na rzetelne ustalenie znaczenia każdego z kryteriów pozacenowych. Na ogół kryterium cenowe jest wiodące, choć niekiedy przy transakcjach oderwanych od zasady ekwiwalentności świadczeń stron – wysokość ceny schodzi na dalszy plan (np. co do prowizji za sprawowanie obsługi bankowej), liczą się zaś inne korzyści (np. oprocentowanie depozytu albo stopa kredytu w rachunku bieżącym).

5. PROJEKTOWANIE UMOWY O ZAMÓWIENIE PUBLICZNE

Z mocy art. 36 ust. 1 pkt 16 Pzp zamawiającego obciąża obowiązek wiążącego zaprojektowania umowy. Zapowiedziane z góry warunki umowy stanowią integralną część warunków zamówienia. Do podstawowych należą takie klauzule jak: określenie przedmiotu zamówienia, terminu jego wykonania, podstawy obliczenia wynagrodzenia, współdziałania zamawiającego z wykonawcą, kary umownej itd. Z uwagi na europejskie zasady konkurencji oraz równego dostępu do zamówień finansowanych ze środków publicznych możliwe jest zaskarżanie do Krajowej Izby Odwoławczej klauzul naruszających bezwzględnie wiążące przepisy ustawy, a zwłaszcza sprzecznych z ustawową definicją zobowiązania z art. 353 kc, skutkujących niemożliwością świadczenia z art. 387 § 1 kc, przewidujących dłuższy niż 30 – dniowy termin zapłaty albo podwyższenie wynagrodzenia ryczałtowego z naruszeniem art. 632 kc, czy modyfikujących bieg terminu przedawnienia w sprzeczności z art. 119 kc. W pozostałym zakresie panuje swoboda kontraktowa. Nie można więc zasadnie kwestionować projektowanych przez zamawiającego kar umownych (art. 483 kc), krótkiego terminu wykonania zamówienia (art. 455 kc), czy zaostżenia odpowiedzialności z rękojmi za wady (art. 558 kc). Do koniecznych elementów umowy należy określenie przedmiotu zamówienia, wysokości ceny lub wynagrodzenia (przesądza o niej wynik postępowania) oraz terminu wykonania zamówienia. Stąd w celu przeciwdziałania (wywodzącym się jeszcze z poprzedniego okresu) praktykom wykraczania w umowie poza opis przedmiotu zamówienia ustalony w warunkach zamówienia przepis art. 140 ust. 1 Pzp stanowi, że zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy jest tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie.

Zgodnie z zasadą nominalizmu (art. 358¹ kc) wysokość należnej wykonawcy ceny (wynagrodzenia) musi być stabilna, wyklucza się zatem możliwość jej podnoszenia, na niekorzyść interesu publicznego. Udzielając zamówienia długoterminowego, zwłaszcza większej wartości, zamawiający powinien jednak z góry dopuścić stosowną indeksację ceny, zastrzegając w umowie wskaźnik (i) automatycznej korekty na wypadek zmiany siły nabywczej pieniądza²². Wynika

²² Ze względu na planowany charakter wydatków ze środków publicznych trzeba też wskazać maksymalną wartość zobowiązania pieniężnego.

jących z niej konsekwencji zamawiający nie może bowiem przerzucać na wykonawcę, który wobec niemożności żądania podwyżki należnego ekwiwalentu pieniężnego oraz w obliczu strat, zmuszony jest niekiedy porzucić zamówienie godząc się nawet na zapłatę mniej dotkliwych kar umownych, pozostawiając zamawiającego z trudnościami związanymi z niedokończonym zamówieniem. W sytuacjach szczególnych dopuszczalne jest powództwo o zmianę wysokości ceny (wynagrodzenia) lub o rozwiązanie umowy przez sąd na podstawie art. 357¹ kc²³. Mniej rygorystyczne powództwo z art. 358¹ § 3 kc na ogół odpada, ponieważ nie przysługuje przedsiębiorcom. Obok niebezpieczeństwa zmiany siły nabywczej pieniądza wykonanie zobowiązania niepieniężnego mogą utrudniać także nieprzewidziane koszty realizacyjne. Z tego punktu widzenia w sferze usług i robót budowlanych historycznie ukształtowały się dwie formy wynagrodzenia: ryczałtowe lub kosztorysowe. Wysokość wynagrodzenia w zakresie obu jego form ustala się na podstawie stosownej kalkulacji ofertowej, w ramach tzw. sposobu obliczenia ceny ofertowej. Różnice dotyczą wyłącznie dopuszczalnych korekt wysokości umówionego wynagrodzenia. Aktualny w sferze zamówień budowlanych, a także co do niektórych umów dotyczących usług, art. 632 kc wyklucza zmianę wysokości umówionego ryczałtu, nawet w wypadku, gdy w czasie zawarcia umowy nie można było przewidzieć rozmiaru lub kosztów prac. W rezultacie niedopuszczalna jest także jakakolwiek indeksacja wynagrodzenia. Ryczałt pociąga zatem ryzyko dla obu stron, w tym również dla zamawiającego, skoro może się okazać, że nawet oszczędności osiągnięte w trakcie realizacji zamówienia nie pozwalają na obniżkę ryczałtu. W polskiej praktyce zamawiający preferują – niestety – formę wynagrodzenia ryczałtowego, zazwyczaj z obawy przed wzrostem rzeczywistych kosztów zamówienia spowodowanych błędami w jego opisie. Formuła wynagrodzenia ryczałtowego pozwala na ograniczenie liczby zamówień dodatkowych oraz na przerzucenie kosztów niezbędnych korekt na wykonawcę, który z kolei zmuszony zostaje do poszukiwania nie całkiem zasadnych oszczędności, co w ostatecznym rozrachunku godzi w interesy publiczne. Poprawę sytuacji należy łączyć z koniecznym zdyscyplinowaniem zamawiania i odbioru prac projektowych. Z kolei bardziej sprawiedliwe wynagrodzenie kosztorysowe wymaga weryfikacji (przy odbiorze przedmiotu) co do rzeczywistych kosztów prac. Za nakłady nie poniesione – wynagrodzenie podlega obniżeniu, bez potrzeby zmiany umowy, co wynika wprost z zasady ekwiwalentności świadczeń. Wszelkie zaś czynności i inne nakłady dodatkowe, nawet jeśli nie prowadzą do zwiększenia zakresu przedmiotowego zamówienia, uzasadniają podwyższenie wynagrodzenia, pod warunkiem jednak udzielenia zamówienia dodatkowego, co w praktyce bywa uciążliwe, skoro nie zawsze są podstawy do zastosowania trybu z wolnej ręki. Naturalną cechą wynagrodzenia kosztorysowego jest możliwość jego indeksacji, nawet przy łącznym zastosowaniu wielu wskaźników co do poszczególnych jego składników.

Termin wykonania zamówienia to czas niezbędny na zrealizowanie świadczenia niepieniężnego obciążającego wykonawcę (art. 36 ust. 1 pkt 4 Pzp). Przy dostawach jedнокrotnych jest on na ogół krótki, ponieważ przygotowanie dostawy nie wchodzi w zakres zobowiązania wykonawcy. Liczy się tylko przeniesienie własności przedmiotu zamówienia i jego wydanie, na

²³ Jest to jednak zagadnienie dyskusyjne w piśmiennictwie. Por. zwłaszcza T. Wiśniewski: Komentarz do kodeksu cywilnego. Księga trzecia-zobowiązania, t. 1, Warszawa 2011, s. 47. Za jego zastosowaniem w zakresie żądania waloryzacji świadczenia pieniężnego opowiada się zwłaszcza W. Robaczyński: Sądowa zmiana umowy, Warszawa 1998, s. 180 i n.

co wystarcza chwila lub czas nieprzekraczający jednego dnia. Wyjątki dotyczą jednak dostaw sukcesywnych, produkcji na zamówienie (art. 605 kc), czy kontraktacji produktów rolnych (art. 613 kc). Zupełnie inaczej jest z robotami budowlanymi oraz większością usług, przy których zobowiązanie obejmuje cały proces czynnościowy, choćby przedmiotem odbioru był jedynie sam rezultat prac. Wykonawca staje się dłużnikiem już od momentu wymagalności czynności przygotowawczych. Dlatego zamawiający wyznacza termin zamówienia jako rozmiar czasu niezbędnego wykonawcy, z uwzględnieniem charakteru zamawianego świadczenia, jako termin „data” albo termin „okres”. Nie ma jednak przeszkód, aby rozpoczęcie biegu sztywnego terminu-okresu odpowiednio uwarunkować. np. od dnia podpisania umowy albo przekazania placu budowy.

Spośród klauzul dodatkowych w umowie o zamówienie finansowane ze środków europejskich doniosłe znaczenie ma zwłaszcza określenie: warunków zapłaty należności, warunków zaliczkowania wykonawcy, zasad współdziałania zamawiającego z wykonawcą przy realizacji zobowiązania niepieniężnego, kar umownych, wydłużonego terminu rękojmi za wady oraz ewentualnego zabezpieczenia należytego wykonania umowy.

Obowiązuje wymóg rozliczeń bezgotówkowych, dopuszczalne formy zapłaty wynikają z prawa bankowego (polecenie przelewu, czek rozrachunkowy, akredytywa itd.). Zgodnie zaś z art. 5 ustawy z 12 czerwca 2003 r. o terminach zapłaty w transakcjach handlowych²⁴, jeżeli w umowie zastrzeżono termin dłuższy niż 30 dni wykonawca może żądać od zamawiającego odsetek ustawowych, począwszy od 31 dnia po spełnieniu swojego świadczenia niepieniężnego i doręczeniu faktury. Zastrzeżenie przeciwne jest nieważne, wykonawcy należą się odsetki po 30 dniach. Wyraźny wyjątek dotyczy jednak zamówień finansowanych ze środków europejskich.

Podstawowe sfery współdziałania zamawiającego z wykonawcą (por. art. 384 §2 kc) powinny być z góry wyznaczone w umowie, zwłaszcza o usługi lub roboty budowlane. Jeśli bowiem do wykonania zobowiązania potrzebne jest współdziałanie zamawiającego, którego brak, wykonawca może wyznaczyć zamawiającemu odpowiedni termin z zagrożeniem, iż po bezskutecznym jego upływie odstąpi od umowy (art. 640 kc).

Kara umowna jako zryczałtowane odszkodowanie pieniężne, obok funkcji rekompensacyjnej pełni też rolę prewencyjną i dyscyplinującą (art. 483 kc). Należy ją zastrzegać na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego. Od wieków stanowi atrakcyjne remedium na niedostatki ustawowej odpowiedzialności odszkodowawczej, z licznymi przesłankami egzoneracyjnymi oraz wymogiem udowodnienia wysokości poniesionej szkody²⁵. Wprawdzie zależna od winy wykonawcy kara umowna została całkowicie oderwana od szkody i jej wysokości, ale jej celem jest właśnie naprawienie szkody²⁶. Ułatwia to dochodzenie pretensji, „ucina się” bowiem dyskusję co do wysokości ewentualnego uszczerbku po stronie zamawiającego²⁷. W razie sporu zasądzenie kary staje się nieuchronne, chyba że wy-

²⁴ Dz. U. Nr 139, poz. 1323, ze zm.

²⁵ Por. B. Wilczyńska: Kara umowna w zamówieniach publicznych, „Prawo Zamówień Publicznych” 2010, Nr 4, s. 27 i n.

²⁶ Por. uchwałę 7 sędziów SN z 6 listopada 2003 r. (III CZP-61/03), OSNC 2004, Nr 5, poz. 69.

²⁷ Więcej o przesłankach odpowiedzialności B. Wilczyńska: *op.cit.*, s. 32 i n.

konawca zasadnie wystąpi o obniżenie umówionej stawki, w trybie tzw. miarkowania kary (art. 484 § 2 kc). Jeśli w umowie nie postanowiono inaczej, żądanie odszkodowania przynoszącego wysokość zastrzeżonej kary (dodatkowego) nie jest dopuszczalne. Konstruując zatem klauzulę o karze trzeba dla każdej z nich wskazać: a) tytuł w postaci rodzaju nieprawidłowości, b) stawkę według spodziewanego uszczerbku majątkowego: kwotową, a przy braku możliwości jej ustalenia – procentową oraz konieczne w sferze zamówień publicznych c) zastrzeżenie, że zapłata kary nie pozbawi zamawiającego możliwości żądania odszkodowania uzupełniającego, jeśli kwota kary nie pokryje doznanego uszczerbku.

Zamawiający może dopuścić udzielenie wykonawcy zaliczki pieniężnej na poczet wykonania zamówienia, z góry w ogłoszeniu lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia (art. 151a Pzp). Wprawdzie zaliczka stanowi przedmiot umowy dodatkowej, ale nie ma przeszkód, aby była zastrzeżona w projekcie umowy podstawowej (z perspektywą dwu zobowiązań w jednym akcie)²⁸. Zaliczkowanie wykonawcy jest wyłączone w odniesieniu do zamówień udzielanych w trybie negocjacji bez ogłoszenia lub z wolnej ręki. Zamawiający spoza sektora finansów publicznych, a także działający w sferze samorządowej mogą udzielać zaliczek bez ograniczeń przedmiotowych, natomiast pozostali zamawiający (państwowi) tylko co do zamówień finansowanych ze środków europejskich albo gdy przedmiotem umowy mają być roboty budowlane. Zaliczka na wykonanie zamówienia finansowanego ze środków europejskich jest instrumentem niezwykle pozytywnym. Z jednej bowiem strony umożliwia samemu zamawiającemu sensowne ubieganie się o wcześniejszą wypłatę dofinansowania (akumulowanie środków europejskich na rachunku beneficjenta jest wykluczone)²⁹, a z drugiej strony zamówienie z zaliczką staje się atrakcyjniejsze, obniżeniu ulegają też koszty jego realizacji, skoro w znacznym zakresie odpada potrzeba zaciągania kredytu obrotowego. Tymczasem w praktyce, prawdopodobnie wskutek słabej promocji nowego art. 151a Pzp, zainteresowanie zamawiających udzieleniem zaliczek jest znikome (ok. 0.4% ogłoszeń o zamówieniu)³⁰. Nie bez znaczenia są także obawy przed konsekwencjami ewentualnego wyłudzenia zaliczki przez nieuczciwego wykonawcę. Podkreślić tu jednak trzeba, że każda zaliczka jest celowa. Może być udzielona tylko na sfinansowanie kosztów wykonania zamówienia, które trzeba dokładnie określić w umowie. Sprzeniewierzenie zaliczki lub jej wydatkowanie na inne cele jest karalne, a ponadto uzasadnia żądanie niezwłocznego zwrotu zaliczki. Rozliczenie zaliczki, zazwyczaj w trybie potrącenia wierzytelności, następuje w związku z odbiorem całkowitym lub częściowym przedmiotu zamówienia. W tym drugim wypadku udzielenie kolejnej transzy zaliczki jest dopuszczalne pod warunkiem wykazania przez wykonawcę, że prawidłowo wykonał zamówienie w zakresie wartości poprzednio wypłaconych kwot. Poza tym zwrot zaliczki należy z góry zabezpieczyć. Zabezpieczenie jest obligatoryjne, jeśli przewidywana wartość zaliczki przekracza 20% wysokości wynagrodzenia wykonawcy.

²⁸ O charakterze prawnym zaliczki R. Szostak: Zaliczka na poczet kosztów wykonania zamówienia, „Prawo Zamówień Publicznych” 2009, Nr 4, s. 63 i n.

²⁹ Zaliczkowe wypłaty środków europejskich na rzecz beneficjenta wymagają uprzedniego zastrzeżenia w umowie o dofinansowanie projektu. Por. rozporządzenie Ministra Rozwoju Regionalnego z 18 grudnia 2009 r. w sprawie trybu udzielania i rozliczania zaliczek oraz zakresu i terminów składania wniosków o płatność w ramach programów finansowanych z udziałem środków europejskich (Dz. U. Nr 223, poz. 1786).

³⁰ Por. sprawozdanie Prezesa UZP o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych w 2011 roku, Warszawa 2012, s. 37.

6. UCZCIWA KONKURENCJA – KWALIFIKACJA OFERT PRZETARGOWYCH

Zgodnie z art. 89 ust.1 Pzp oferta uchybiająca wymaganiom ustawowym lub sprzeczna z warunkami zamówienia, a także złożona z naruszeniem reguł uczciwej konkurencji podlega odrzuceniu. Z punktu widzenia zasad wydatkowania środków europejskich, przede wszystkim zasady równego dostępu do zamówień finansowanych z udziałem tych środków, podstawy odrzucenia oferty mają kluczowe znaczenie, skoro rzutują na wyniki postępowania. Tymczasem niektóre z nich w praktyce przysparzają trudności, zwłaszcza okoliczności odrzucenia oferty złożonej w warunkach nieuczciwej konkurencji, z rażąco niską ceną lub dotkniętą błędem w obliczeniu ceny.

W świetle art. 3 ustawy z 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji³¹ czynem nieuczciwej konkurencji jest każde zachowanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeśli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Wprawdzie stosunek konkurencji zachodzi wyłącznie między wykonawcami ubiegającymi się o zamówienie, a zamawiający z nikim nie konkuruje (korzysta z konkurencji), nie wolno mu jednak tolerować żadnych aktów naruszających reguły uczciwej konkurencji w relacjach między wykonawcami. Nie tylko sam zamawiający, lecz również działająca w trybie odwoławczym Krajowa Izba Odwoławcza samodzielnie dokonuje oceny znamion zarzucanej wykonawcy nieuczciwości. Pogląd przeciwny, zwłaszcza wskazujący na potrzebę uprzedniego rozstrzygnięcia sądowego nie znajduje dostatecznego oparcia w ustawie. Jednakże ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji dotyczy w zasadzie tylko zachowań związanych z działalnością gospodarczą, podczas gdy o zamówienie publiczne mogą ubiegać się także osoby nie będące przedsiębiorcami. Brak wyraźnych wskazówek ustawowych oraz wzgląd na podmiotowy element kwalifikacyjny nakazują ostrożność przy wykładni art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp. Poza nielicznymi wyjątkami (np. podburzanie pracowników lub klientów, rozpowszechnianie nieprawdziwych informacji albo naruszenie tajemnicy przedsiębiorstwa) czynu nieuczciwej konkurencji dopuścić się może wyłącznie przedsiębiorca³². W odniesieniu zaś do innych osób istnieje możliwość dyskwalifikacji oferty z powołaniem się na reżim odpowiedzialności deliktowej (niezgodność z ustawą). Za sprzeczne z prawem uważać należy czyny zakazane ustawą, umową międzynarodową, rozporządzeniem itd., prawem karnym, administracyjnym, a nawet cywilnym (np. z art. 358, 538, 809 kc), natomiast sprzeczność zachowania z dobrymi obyczajami łączyć trzeba z kolizją z normami etyczno-moralnymi i ustalonymi standardami postępowania w stosunkach zarobkowo-gospodarczych³³. Ubiegający się o zamówienie wykonawcy powinni rzeczywiście konkurować. Wykluczona jest zatem nie tylko wszelka przestępcza zмова przetargowa bądź inne uzgodnione stawianie do przetargu przez rzekomo konkurujących wykonawców (wspólników cywilnych, małżonków, podmiotów powiązanych kapitałowo), lecz także indy-

³¹ Dz. U. z 2003 r., Nr 153, poz. 1503 ze zm.

³² Więcej o tym W. Pyziół, A. Walaszek-Pyziół: Czyn nieuczciwej konkurencji (analiza pojęcia), „Przegląd Prawa Handlowego”, 1994, Nr 10, s. 6 i n., J. Szwaja: Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji – komentarz, Warszawa 2006, s. 3 i n. oraz B. Gadek: Generalna klauzula odpowiedzialności za czyn nieuczciwej konkurencji, Kraków 2003, s. 106 i n.

³³ Więcej o tym A. Krauss, F. Zoll: Polska ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji – komentarz, Poznań 1929, s. 171 i n, W. Fikentscher: O wspólnym rodowodzie konkurencji i umowy, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 1993, Nr 4, s. 487 oraz B. Gadek: *op.cit.*, s. 127 i n.

widualne zachowania utrudniające lub fałszujące mechanizm konkurencji bądź przejrzystość postępowania (np. deklarowanie wygórowanych parametrów jakościowych, naśladownictwo produktu, zastrzeżenie rzekomej tajemnicy przedsiębiorstwa³⁴).

Złożenie oferty z rażąco niską ceną w stosunku do przedmiotu zamówienia też jest aktem nieuczciwej konkurencji, ale o jego unormowaniu jako samodzielnej podstawy odrzucenia oferty (art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp) przesądziła, w ślad za dyrektywami europejskimi, wyrażna specyfika połączona z koniecznością przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego, o którym mowa w art. 90 Pzp. Jego szkodliwość dla interesu publicznego jest wyjątkowa, ponieważ pozbawia uczciwych konkurentów (rzetelnie kalkulujących proponowane ceny) jakichkolwiek szans na uzyskanie zamówienia, a ponadto pociąga jeszcze ujemne skutki dla samego zamawiającego. Wykonawca dążąc bowiem do ograniczenia straty transakcyjnej dopuszcza się zazwyczaj nadmiernych oszczędności, uszczuplając ilość i jakość przedmiotu zamówienia. Na tle art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp zbyt długo w praktyce utrzymują się niepewności co do pojęcia rażąco niskiej ceny. Niestety nie są one w pełni zasadne, zwłaszcza gdy formułuje się zarzut pod adresem ustawodawcy, że uchylił się od definicji rażąco niskiej ceny. Odwiecznym remedium na niezbyt jasne przepisy jest rzetelna ich wykładnia, zwłaszcza funkcjonalna. W sporach dotyczących art. 15 ust. 1 pkt 1 Pzp ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji pomiędzy indywidualnymi przedsiębiorcami co do analogicznego „prowadzenia sprzedaży lub świadczenia usług poniżej kosztów” nie ma większych trudności interpretacyjnych³⁵. Podobnie zresztą jak i na gruncie art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy z 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów³⁶, który zakazuje praktyk polegających na uzgadnianiu warunków składanych ofert przetargowych, zwłaszcza co do zakresu prac lub wysokości oferowanej ceny³⁷. W sferze zamówień publicznych zamawiający – jak się zdaje – zbyt łatwo ulegają różnym naciskom sytuacyjnym, potęgujących się w warunkach ogólnego pogorszenia koniunktury gospodarczej, zwłaszcza gdy jedynym kryterium udzielenia zamówienia jest wysokość oferowanej ceny. Nie bez znaczenia jest dostrzegalna w tej materii chwiejność orzecznictwa. Tymczasem art. 89 ujt. 1 pkt 4 Pzp wyraźnie łączy podstawę odrzucenia oferty z zaniżoną ceną względem wartości przedmiotu zamówienia, natomiast z art. 90 Pzp poświęconego wyjaśnieniom dotyczącym czynników cenotwórczych wprost wynika, że chodzi tu o koszty realizacji zamówienia. Uwzględniając powyższe oraz ogólny zakaz zaniżania cen w obrocie gospodarczym, a także sam cel odrzucenia oferty z tego powodu – nasuwa się oczywisty wniosek, że oferowana cena (brutto) jest rażąco niska, jeśli nie pokrywa ona w pełni kosztów realizacji zamówienia. Nie tylko nie gwarantuje ona wykonawcy jakiegokolwiek zysku transakcyjnego, lecz naraża na stratę. Zamawiający powinien zawczasu dysponować wiarygod-

³⁴ Wprawdzie w uchwale Sądu Najwyższego z 21 października 2005 r. (III CZP-74/05), OSNC 2006, Nr 7–8, poz. 122 wyrażono zapatrywanie, że zamawiający bada skuteczność dokonanego przez oferenta zastrzeżenia tajemnicy, ale w razie stwierdzenia bezskuteczności tego zastrzeżenia, wyłącza jedynie zakaz ujawniania informacji, powstrzymując się z odrzuceniem oferty. Trudno się z tym zgodzić, tym bardziej, że w sprawie Sąd oceniał dopuszczalność odrzucenia oferty jako niezgodnej z ustawą, podczas gdy posłużenie się zastrzeżeniem rzekomej tajemnicy to zachowanie naruszające dobre obyczaje. Więcej o tym R. Szostak: Zastrzeżenie tajemnicy przy składaniu oferty na przetarg o zamówienie publiczne, „Glosa” 2006, Nr 3, s. 119 i n.

³⁵ Por. T. Skoczny: Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji-komentarz (red. J. Szwaja), Warszawa 2006, s. 553 i n.

³⁶ Dz. U. Nr 50, poz. 331 ze zm.

³⁷ Por. B. Wilczyńska: Glosa do wyroku KIO z 27 września 2011 r., „Prawo Zamówień Publicznych” 2011, Nr 3, s. 115.

nym oszacowaniem wartości przedmiotu zamówienia, z wyodrębnionym w razie potrzeby zyskiem transakcyjnym (marżą), w oparciu o które decyduje się na wszczęcie postępowania wyjaśniającego. Praktyki oferowania świadczeń po rażąco niskich cenach muszą być rzetelnie weryfikowane i surowo zwalczane, bez zbędnych wahań orzecznictwa, które z założenia ma zapewniać dostateczne oparcie dla znajdujących się w trudnym położeniu zamawiających. Z kolei zamawiający muszą być zdolni do weryfikacji rzeczywistych kosztów realizacji zamówienia przez danego wykonawcę, ponieważ ostatecznie nie bierze się pod uwagę przeciętnych cen ustalonych w ramach oszacowania wartości zamówienia, lecz faktyczne rozmiary kosztów jego realizacji w odniesieniu do konkretnego wykonawcy.

Według art. 90 Pzp zamawiający w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwraca się do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty (tzw. czynników cenotwórczych) mających wpływ na wysokość ceny. Oceniając te wyjaśnienia bierze pod uwagę obiektywne czynniki, w szczególności oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy oraz wpływ pomocy publicznej legalnie udzielonej na podstawie odrębnych przepisów. W praktyce wykonawcy powołują się na ulgi fiskalne, niskie koszty materiałowe, dostęp do własnych surowców lub materiałów bądź ich nabycie z rabatem, niskie koszty pracy i t.d., Jednakże rabaty w sprzedaży otwartej mogą być udzielane tylko z zachowaniem zasady równości, a obniżanie kosztów pracy nie może prowadzić do naruszenia przepisów o minimalnej płacy, która na zasadzie argumentum a fortiori jest miarodajna także przy ocenie kosztów zatrudnienia na podstawie umowy zlecenia bądź innej umowy cywilnoprawnej. Ciężar dowodu w powyższym zakresie obciąża wykonawcę, co wynika wyraźnie z art. 90 ust. 3 Pzp. Zgodnie bowiem z tym przepisem zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Jeżeli wartość zamówienia sięga europejskiego progu kwotowego zamawiający zawiadamia Prezesa UZP oraz Komisję Europejską o odrzuceniu ofert, które według zamawiającego zawierały rażąco niską cenę z powodu udzielenia pomocy publicznej, a wykonawca, w terminie wyznaczonym przez zamawiającego nie udowodnił, że pomoc ta jest zgodna z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej.

Podstawa odrzucenia oferty z powodu błędów w obliczeniu ceny (art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp) krzyżuje się w znacznej mierze z dwiema innymi, a mianowicie w postaci „niezgodności z ustawą” lub „sprzecznością z wymaganiami warunków zamówienia”. W pozostałym zakresie, jako zbyt rygorystyczna, stwarza często okazję do „zaczepienia” oferty z błahaego powodu. Poza tym konkuruje z dopuszczalną korektą oczywistej omyłki rachunkowej, a nawet korektą nieistotnej omyłki. Stąd w praktyce od dawna postuluje się skreślenie art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp. Obecnie uzasadnia on właściwie tylko odrzucenie oferty ze względu na zastosowanie błędnej stawki VAT. Tymczasem problem ten budzi nieustające kontrowersje w orzecznictwie³⁸. Ostatnio jednak

³⁸ Por. zwłaszcza przegląd orzecznictwa dokonany przez S. Babiarsza: Prawo zamówień publicznych – komentarz, Warszawa 2011, s. 484–491.

Sąd Najwyższy w uchwale z 20 października 2011 r. (III CZP-52/11)³⁹ stwierdził, że zastosowanie nieprawidłowej stawki podatku od towarów i usług stanowi błąd w obliczeniu ceny, uzasadniający odrzucenie oferty, jeśli brak ustawowych przesłanek do jego skorygowania w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. O ile można jeszcze polemizować z poglądem o konieczności odrzucenia oferty z błędną stawką VAT, o tyle nie do przyjęcia jest zapatrywanie o możliwości skorygowania tej stawki z uwagi na znaczne skutki operacji. Nie można bowiem zakładać, że tego rodzaju korekta stanowi drobną ingerencję „niepowodującą istotnych zmian w treści oferty”, zwłaszcza jeśli doprowadzi do wyraźnego wzrostu ceny całkowitej za oferowane świadczenie. Szczęśliwie zamawiający rzadko w ramach „sposobu obliczenia ceny” przesądzą w warunkach zamówienia o stawce VAT. Stąd pogląd o dopuszczalnej korekcie stawki VAT nie ma dużego znaczenia praktycznego. O wiele częściej zaś zamawiający żądają określenia w ofercie ceny brutto z uwzględnieniem VAT, nie przesądzając z góry o stawce. Do niedawna niektórzy z nich odstępowali więc od weryfikacji stawki VAT. Kierując się bowiem ceną brutto, uznawali wysokość VAT za problem leżący wyłącznie po stronie wykonawcy, zgodnie z ogólną zasadą wynikającą z art. 5 ustawy z 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług⁴⁰. Tymczasem Sąd Najwyższy w powołanej uchwale stwierdził, że art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp w zakresie odrzucenia oferty z nieprawidłową stawką VAT stanowi *lex specialis* względem tej zasady. W rezultacie narzuca to *de lege lata* obowiązek jej weryfikacji.

7. ZASADA REALNEGO WYKONANIA ZAMÓWIENIA PUBLICZNEGO

W zamówieniach publicznych, udzielanych celem zapewnienia ciągłego zaspokajania potrzeb zbiorowych, odmiennie niż w stosunkach obrotu powszechnego, wzmocnieniu ulega zasada *pacta sunt servanda* (art. 354 kc). Zobowiązanie umowne musi być wykonane zgodnie z jego treścią i w sposób odpowiadający jego celowi, w zgodzie z regułami uczciwego obrotu oraz ewentualnymi zwyczajami. Brak więc podstaw do przedwczesnego rozwiązywania umów o takie zamówienia, a tym bardziej do ich wypowiedzania. O wyjątkach przesądza bezpośrednio ustawa. W szczególności niedopuszczalne jest zastrzeżenie prawa do odstąpienia lub wypowiedzenia umowy. Jest możliwe tylko w okolicznościach ustawowo przewidzianych (np. w art. 145 Pzp, art. 636–637 kc, art. 640 kc). Poza tym odbiór zamówionego świadczenia (ilościowy, jak i jakościowy) powinien być rzetelny i odpowiednio udokumentowany, z uwagi na jego aprobacyjną funkcję. Nie wolno przyjmować świadczenia z brakami ilościowymi, a także z wadami, pod rygorem odpowiedzialności prawnej, choć można w razie potrzeby zastosować odbiór częściowy na miarę sensownego wykorzystania prawidłowej części świadczenia. Nie ma zaś mowy o jakimkolwiek odbiorze warunkowym⁴¹. Rękojmia za wady jawne jest wyłączona, obejmuje jedynie tzw. wady ukryte, których przy dochowaniu należytej staranności nie dało się ujawnić przy odbiorze przedmiotu zamówienia. W związku z tym

³⁹ „Prawo Zamówień Publicznych” 2011, Nr 4, s. 129, z częściowo krytyczną glosą R. Szostaka.

⁴⁰ Dz. U., Nr 54, poz. 535 ze zm.

⁴¹ Por. okoliczności prawne sporu rozstrzygniętego wyrokiem Sądu Najwyższego z 24 lipca 2009 r. (II CSK-61709), z aprobującą glosą R. Szostaka, „Prawo Zamówień Publicznych” 2010, Nr 3, s. 78 i n.

obowiązują ustawowe zasady kontroli podstaw zapłaty (por. art. 54 ufp), a w odniesieniu do środków europejskich kontrola tzw. kwalifikowalności wydatku⁴².

Według art. 140 Pzp także zmiana umowy prowadząca do wykroczenia poza określenie przedmiotu zamówienia zawarte w warunkach zamówienia (rozszerzenie zakresu lub wprowadzenie rozwiązań zamiennych) jest niedozwolona. Podlega unieważnieniu, ponieważ zmierza do obejścia wyniku przetargu (innej procedury) w warunkach naruszenia zasad równości i uczciwej konkurencji. Rozszerzenie przedmiotu zamówienia stanowi w istocie udzielenie zamówienia dodatkowego poza wymaganiami ustawowymi. Nie ma zaś przeszkód w dopuszczeniu porozumienia ograniczającego przedmiotowy zakres zamówienia, na podstawie wniosko- wania a fortiori z art. 145 ust. 1 Pzp, w granicach nim przewidzianych. W konsekwencji, jeśli u zamawiającego wystąpiły zwiększone potrzeby świadczenia, powinien on rozważyć udzie- lenie dalszego zamówienia, natomiast gdy zamówienie podstawowe nie leży już w interesie publicznym, może on ograniczyć umówiony zakres umowy w oparciu o art. 145 ust. 1 Pzp, a następnie „wypełnić” zaistniałą lukę nowym zamówieniem, nawet udzielonym z wolnej ręki temu samemu wykonawcy, jeśli spełnione są przesłanki z art. 67 ust. 1 pkt 5 Pzp. Ponadto zmiana innych postanowień umowy podlega ograniczeniu z mocy art. 144 ust. 1 Pzp, wo- bec którego art. 140 ust. 3 Pzp stanowi *lex specialis*. Zakazuje się mianowicie, pod rygorem unieważnienia, istotnych zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba że zamawiający z góry przewidział możliwość dokonania takiej zmiany w ogłoszeniu lub warunkach zamówienia oraz określił jej przesłanki. Inne natomiast zmiany lub uzupełnienia (nieistotne) wolno wprowadzać do umowy w granicach swobody kontraktowej (art. 353¹ kc). Do zakazanych zmian istotnych zaliczyć trzeba w szczególności zmiany polegające na podwyższeniu ceny lub wynagrodze- nia należnego wykonawcy, prolongacie terminu wykonania zamówienia oraz dotyczące tych wszystkich postanowień, które stanowią wynik zastosowania kryteriów oceny ofert. Istotność tych zmian należy łączyć przede wszystkim z faktycznymi rozmiarami ich następstw. W konse- kwencji dopuszczalne zmiany nieistotne mogą dotyczyć tylko kwestii ubocznych, zwłaszcza niektórych elementów współdziałania zamawiającego z wykonawcą, a także wszelkich klau- zul pozbawionych funkcji regulacyjnych, zazwyczaj o charakterze deklaratywnym lub infor- macyjnym, np. wskazujących na kierownika budowy umocowanego w ramach odrębnego stosunku. Ograniczenie powyższe nie dotyczy jednak zamówień udzielanych z wolnej ręki.

Zastrzeżenie w warunkach zamówienia wyjątkowo dopuszczalnych zmian umowy, w oparciu o art. 144 ust. 1 *in fine* Pzp, nie ma większego praktycznego znaczenia, ponieważ ustawa wy- maga ich przewidzenia oraz określenia zakresu i trybu wprowadzenia (warunków), podczas gdy potrzeba zmian umowy podyktowana jest zazwyczaj okolicznościami nadzwyczajnymi. Od razu z tego wyłączyć trzeba zastrzeżenie indeksacji ceny lub wynagrodzenia, która nie wy- maga jakiegokolwiek zmiany umowy. Zobowiązanie pieniężne podlega bowiem samoczynnej korekcie na podstawie pierwotnej woli stron wyrażonej w umowie, a ewentualne późniejsze ich oświadczenia w tej sprawie nie są oświadczeniami woli, lecz co najwyżej wiedzy. Z ko-

⁴² Więcej o tym R. Szostak: Kontrola zamówień publicznych finansowanych ze środków europejskich – zagadnie- nia organizacyjne, „Samorząd Terytorialny” 2011, Nr 11, s. 70 i n.

lei zastrzeżenie możliwości przedłużenia terminu wykonania umowy także mija się z celem, skoro umowa nie wygasa w wyniku spóźnienia wykonawcy. Zamawiający zaś powinien się zająć rzetelnym rozliczeniem spóźnienia, tym bardziej, że zagraża mu odpowiedzialność za niedochodzenie roszczeń majątkowych.

8. ODPOWIEDZIALNOŚĆ ZA WADY PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA – KONTROLA TZW. TRWAŁOŚCI PROJEKTU

Zasadniczą formą odpowiedzialności za wady przedmiotu zamówienia ujawnione po odbiorze przedmiotu zamówienia jest ustawowa rękojmia (art. 565 kc). Jej reżim może być co najwyżej przez strony zastrzyżony, złagodzenie zaś odpada z uwagi na publicznoprawny obowiązek dochodzenia roszczeń oraz wymóg zachowania szczególnej staranności w zarządzaniu majątkiem publicznym. Podstawowe uprawnienia z rękojmi to odstąpienie od umowy (zwrot przedmiotu lub rozbiórka obiektu za zwrotem ceny), wymiana wadliwego przedmiotu na wolny od wad albo jego naprawa – o ile jest możliwa. W zamówieniach publicznych na margines schodzi zaś obniżka ceny przy zatrzymaniu przedmiotu niepełnowartościowego. Za szkody wywołane wadami należy się odszkodowanie. Można też zastrzec stosowną karę umowną, zwłaszcza na wypadek zwłoki w usuwaniu wad. Przewidziany na reklamowanie wad termin rękojmi wynosi jeden rok, a gdy chodzi o wady budynku – 3 lata (art. 568 kc). W odniesieniu do odpowiedzialności za wady obiektów budowlanych są to okresy niewystarczające (np. jeden rok w odniesieniu do budowy mostu)⁴³, skoro w świetle prawa innych krajów UE jest to okres co najmniej 5-letni⁴⁴. Do czasu usunięcia tego mankamentu legislacyjny regularnie zastrzegać trzeba przedłużenie termin ustawowej rękojmi co najmniej do 5 lat, na podstawie art. 558 §1 kc⁴⁵. W zakresie zamówień finansowanych ze środków europejskich ma to szczególne znaczenie z uwagi na wieloletni okres kontroli efektywności przedsięwzięcia.

Wydłużenie natomiast całkowitego okresu odpowiedzialności wykonawcy za wady przedmiotu poprzez żądanie udzielenia dodatkowej gwarancji jakości (art. 577 kc) stanowi obecnie przyczynę licznych nieporozumień. Gwarancja jakości jest teraz instytucją w pełni dobrowolną. Dlatego właśnie w 2009 roku skreślono w art. 147 ust. 2 Pzp zdanie 2, stanowiące podstawę do żądania odpowiedniego zabezpieczenia wynikających z niej roszczeń. Poza tym w warunkach obrotu rynkowego gwarancji jakości udzielają zazwyczaj wcześniejsze ogniwa obrotu: producenci lub importerzy, w celach promocyjnych⁴⁶, a nie bezpośredni wykonawcy zamówień publicznych. Wykonawca zamówienia publicznego przenosi jedynie na zamawiającego zobowiązanie gwarancyjne, zawarte w stosownym dokumencie, umożliwiając w ten

⁴³ Przewidziany w kodeksie zobowiązań termin 5-letni został w 1964 roku skrócony z uwagi na mającą pierwszeństwo przed rękojmią odpowiedzialność z gwarancji jakości. Zniesieniu tej zależności w 1996 r. nie towarzyszyła jednak stosowna zmiana art. 568 kc.

⁴⁴ Więcej o tym U. Walczak: O terminach dochodzenia roszczeń z tytułu wad fizycznych obiektu budowlanego, „Prawo Zamówień Publicznych” 2008, Nr 4, s. 52 i n.

⁴⁵ Problem ten wyjaśnił SN w wyroku z 5 sierpnia 2005 r. (II CK-28/05), z aprobującą glosą R. Szostaka, „Państwo i Prawo” 2006, Nr 6, s. 101 i n.

⁴⁶ O naturze prawnej gwarancji zob. zwłaszcza Cz. Żuławska: Komentarz do kodeksu cywilnego, Księga trzecia – zobowiązania, t. 2, Warszawa 2011, s. 107 i n.

sposób nawiązanie stosunku gwarancyjnego między odległymi ogniwami obrotu. Nie ma przeszkód, aby doszło do tego na zasadzie dobrowolności. Zgodnie z art. 579 kc, zamawiający może wykonywać uprawnienia z ustawowej rękojmi przeciwko wykonawcy, niezależnie od uprawnień gwarancyjnych wobec producenta (importera). Wykonawca ma zaś swoisty interes w „przeniesieniu” gwarancji, licząc że zamawiający skieruje swoje pretensje na drogę serwisu gwarancyjnego i nie będzie w ogóle zainteresowany równoległą działającą rękojmią.

W odniesieniu do zamówień finansowanych ze środków europejskich, z uwagi na długo-okresową kontrolę efektywności przedsięwzięcia, szerzej trzeba operować zabezpieczeniem należytego wykonania umowy, które obok roszczeń odszkodowawczych oraz z tytułu kar umownych obejmuje także roszczenia z rękojmi za wady (art. 147 Pzp). Zaspokojenie roszczeń zamawiającego z przedmiotu zabezpieczenia następuje bez potrzeby ingerencji sądowej, zazwyczaj w trybie potrącenia wierzytelności. Roszczenia zamawiającego są na ogół pieniężne (odszkodowanie, kara umowna, roszczenia zwrotne), a jedynie niektóre uprawnienia z rękojmi za wady mają niepieniężny charakter, a mianowicie żądanie naprawy lub wymiany wadliwego przedmiotu. Jeśli wykonawca nie spełni ich dobrowolnie – pozostaje wykonanie zastępcze, aby następnie zamawiający mógł zaspokoić swoją pretensję (już pieniężną) z przedmiotu zabezpieczenia, żądając zwrotu kosztów wykonania zastępczego. Z zasady wykonanie zastępcze, jako surogat świadczenia, wymaga upoważnienia sądowego (art. 480 § 1 kc). Wyklucza się jego samodzielne zastosowanie, ponieważ może powstać spór co do tego czy w ogóle zobowiązany popadł w zwłokę lub zbyt pochopnie naraził dłużnika na nadmierne koszty. Strony mogą jednak z góry porozumieć się co do warunków możliwego wykonania zastępczego czynności obciążających dłużnika, bez potrzeby uciekania się do upoważnienia sądowego. W zamówieniach publicznych oznacza to wprowadzenie zawczasu stosownego zastrzeżenia do warunków zamówienia. Istotne jest tu określenie przesłanek wykonania zastępczego (naprawy przedmiotu) oraz wskazanie podstaw ustalenia maksymalnych jego kosztów, nie ma tu przeszkód do odwołania się do cennika osoby trzeciej. Zamawiający uwalnia zabezpieczenie w terminie 30 dni od dnia wykonania zamówienia i uznania za należycie wykonane (art. 151 Pzp). Powinien więc w tym terminie uporać się z odbiorem przedmiotu umowy i z ewentualnymi roszczeniami limitowanymi aprobacyjnym jego przyjęciem. Jednakże zabezpieczenie roszczeń z rękojmi powinno się utrzymywać przez cały jej okres, choć wielkość zabezpieczenia zatrzymanego w tym celu nie może przekraczać 30% całkowitej wysokości zabezpieczenia. Jest ono uwalniane w ciągu 15 dni od upływu okresu rękojmi, co budzi zastrzeżenia, ponieważ wady są reklamowane często w ostatniej jego fazie, a roszczenia w związku z tym wymagalne przedawniają się o wiele później. Zbyt krótki, piętnastodniowy termin, na ich „rozliczenie” oraz ewentualne zaspokojenie wymaga zmiany.

EFEKTYWNOŚĆ WYDATKOWANIA ŚRODKÓW UNIJNYCH W TRYBIE ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH. GŁOS WYKONAWCÓW

Katarzyna Wińska-Rużewicz¹

„Każdy, kto proponuje drugiemu jakiś interes, postępuje w ten sposób. Daj mi to czego ja chcę, a otrzymasz to, czego ty chcesz: oto znaczenie każdej takiej propozycji, i to jest właśnie sposób, w jaki otrzymujemy nawzajem od siebie większą część usług których potrzebujemy. Nie od przychylności rzeźnika, piwowara czy piekarza oczekujemy naszego obiadu, lecz od ich dbałości o własny interes.”

Adam Smith, *Badania nad naturą i przyczynami bogactwa narodów*, tłum. G. Wolf, O. Einfeld, Z. Sadowski, wyd. 2 2007, s. 20.

1. WSTĘP

Jak wskazują dane statystyczne, wartość wniosków o płatność przekazanych przez stronę polską do Komisji Europejskiej od uruchomienia Strategii wykorzystania Funduszu Spójności do 31 maja 2012 r. wyniosła ponad 5,5 mld euro. Całkowita kwota płatności otrzymanych z KE do końca maja 2012 r. osiągnęła wartość 4,8 mld euro, co stanowi 85,3 proc. dostępnej alokacji w ramach Funduszu Spójności.² Dalece upraszczając można przyjąć, iż wydatkowanie ich odbywa się wg procedur określonych w Prawie zamówień publicznych, lub z zachowaniem zasady konkurencyjności. Każde z tych narzędzi ma służyć efektywnemu i racjonalnemu wydatkowaniu środków UE.

Efektywność – hasło znane, lecz czy rozumiane? Różne definicje efektywności można odnaleźć w literaturze, w zależności od płaszczyzny stanowiącej przedmiot opracowania. Jedno co wspólne – najlepszy efekt, optymalizacja. Nie sposób jednak rozpatrywać efektywności wydatkowania środków UE w trybie zamówień publicznych, pomijając stanowisko wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia. To właśnie ich opinie posłużyły do sformułowania niniejszego opracowania³.

2. DLACZEGO PYTAĆ O EFEKTYWNOŚĆ ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH?

Efektywność – jak już wspomniano we wstępie, można definiować w różny sposób – upraszczając – od wskazania, iż efektywność jest osiągnięciem zamierzonego rezultatu (notabene – bliższe prawnikom), aż po ekonomiczne ujęcie czyli osiągnięcie jak najlepszego rezultatu z jednoczesnym poniesieniem jak najniższych nakładów.

¹ Mgr Katarzyna Wińska-Rużewicz, doktorant Uniwersytetu Gdańskiego.

² Ministerstwo Rozwoju Regionalnego, Wykorzystanie środków UE w ramach Strategii wykorzystania Funduszu Spójności na lata 2004–2006 oraz Narodowych Strategicznych Ram Odniesienia 2007–2013, Informacja miesięczna maj 2012, http://www.funduszeuropejskie.gov.pl/ANALIZYRAPORTYPODSUMOWANIA/poziom/Strony/Wykorzystanie_Funduszy_Europejskich_stan_na_koniec_maja_2012.aspx, dn.: 2.07.2012.

³ Prowadzony sondaż nie posiada charakteru badań naukowych, a jedynie zbioru materiału pomocniczego.

Jak wskazał P. Trepte⁴, wobec rozwoju regulacji zamówień publicznych i obejmowania nią kolejnych płaszczyzn, nim rozpocznie się analizę procedur, należy zadać pytanie czemu one mają służyć, co jest celem regulacji systemu zamówień publicznych. Jak słusznie autor zauważył, regulacja zamówień, chociaż niekiedy różna na arenie międzynarodowej i krajowej, jak i w poszczególnych państwach, zawsze zawiera postulatory: efektywność, przejrzystość, równe traktowanie wykonawców/oferentów, zakaz dyskryminacji.⁵ Podkreślane jest również, iż zamówienia publiczne mają przede wszystkim ekonomiczny wymiar, zawierając ekonomiczne powiązania (relacje) pomiędzy zamawiającymi a wykonawcami / oferentami, determinowanymi przez przepisy prawa i rynek.⁶

Nawiązując do poprzedniej myśli, w literaturze jak i w orzecznictwie podnoszone jest iż celem wprowadzenia regulacji systemu zamówień publicznych jest racjonalne i efektywne wydatkowanie środków publicznych. Jeśli w trybie zamówień publicznych wydatkowane są środki publiczne, to ich alokacja i jej proces winien być oceniany przez pryzmat efektywności ekonomicznej oraz związanego z nią istnienia dostatecznych narzędzi umożliwiających jej osiągnięcie. Tym samym zamówienia publiczne to nie tylko pole działania prawników, urzędników, ale i ekonomistów. Ekonomicznej analizie wymagają przepisy prawa kształtujące system, w myśl twierdzenia R. Coase'a brzmiącego: patrząc z perspektywy ekonomicznej celem systemu prawa winno być tworzenie systemu norm, który przyczyniłby się do osiągnięcia ekonomicznej efektywności⁷.

Głębszej analizie, w tym ekonomicznej, wymaga nie tylko sfera istnienia lub nie przedmiotowych „proefektywnościowych” narzędzi, ale także istnienie ewentualnych przeszkód w ich powszechnym wykorzystywaniu, oraz tworzenie nowych instrumentów, być może zaczerpniętych ze „świata biznesu”, który przecież w zakresie zawierania kontraktów i pożądanej ich efektywności nie różni się co do istoty od świata zamówień publicznych. Dlatego też konieczne jest, by zamówienia publiczne nie były postrzegane jedynie jako wymagany prawem sposób wydatkowania środków publicznych, ale przede wszystkim stanowiły narzędzie zawierania korzystnych, efektywnych ekonomicznie kontraktów. Tym samym, postrzeganie systemu zamówień publicznych przez pryzmat znalezienia sposobu efektywnego wykorzystania ograniczonych zasobów wobec nieograniczonych potrzeb stanowi odzwierciedlenie, kwintesencję ekonomii i rządzących nią praw w zamówieniach publicznych.

3. ZAMÓWIENIA PUBLICZNE OZCZAMI WYKONAWCÓW

Bezspornym jest fakt, iż procedura wyłonienia wykonawcy zamówienia publicznego różni się od wyboru strony – ogólnie rzecz biorąc – kontraktu prywatnego. O różnicach pomiędzy

⁴ P. Trepte, *Regulating procurement. Understanding the ends and means of public procurement regulation*, Oxford University Press, 2004, preface.

⁵ *Ibidem*, s. 3.

⁶ Szerzej: *Ibidem*, s. 5 i n.

⁷ M. Oleander, *Law and Economics – ekonomiczna analiza prawa*, Edukacja Prawnicza, C.H. Beck, nr 4 (70), kwiecień 2005, s. 3-4.

kontraktami prywatnymi, a publicznymi traktuje również element publikacji O. Lissowskiego, który za opracowaniem Banku Światowego wskazuje, iż: kontrakty publiczne, w przeciwieństwie do prywatnych, charakteryzuje asekuranckie podejście do sprzedawcy, pełna zgodność z przepisami prawa jako cel nadrzędny procedury, uwzględnianiem celów politycznych i społecznych, preferowanie przetargów, szczegółowa i drobiazgową treść umów⁸. Wykonawcy – uczestnicy rynku zamówień publicznych zwracają uwagę na kwestie wskazane poniżej.

3.1. Brak możliwości negocjacji warunków umowy, opisu przedmiotu zamówienia

Wśród uwag pytanym wykonawców najczęściej wskazywany jest brak możliwości negocjacji warunków umowy, sposobu realizacji zamówienia. W miejscu tym warto wspomnieć o cywilistycznej zasadzie swobody umów stanowiącej kompetencję podmiotów prawa cywilnego do kształtowania ich stosunków w drodze dwu – lub wielostronnych oświadczeń woli⁹, obejmującej swobodę kształtowania treści umowy oraz swobodę kontraktowania – możliwość dokonania wyboru o zawarciu – lub nie umowy oraz wyboru kontrahenta¹⁰.

W przypadku udzielenia zamówienia publicznego i jego realizacji zasada swobody umów została ograniczona w zakresie m.in. wyboru kontrahenta, okresu umowy, zmiany treści umowy. Jak trafnie wskazał A. Panasiuk, również swoboda kontraktowania wykonawców ograniczana jest przez działania samych zamawiających, tj. poprzez określenie opisu spełniania warunków udziału w postępowaniu, opisu przedmiotu zamówienia, w sposób wykluczający z udziału w postępowaniu potencjalnych wykonawców.

Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych¹¹, w art. 87 wskazuje, iż niedozwolone jest prowadzenie negocjacji z wykonawcą po złożeniu oferty. Natomiast pytani wykonawcy, najczęściej wskazywali faktyczny brak możliwości zmiany wzoru umowy lub jej istotnych postanowień, przed terminem składania ofert. Wykonawcy podnoszą, iż w znacznej części postępowań opis przedmiotu zamówienia czy postanowienia umowy nie wskazują rozwiązań optymalnych, a takie które pozostają w granicach wiedzy zamawiającego. W miejscu tym wskazać należy, iż przedmiot zamówienia powinien być określony jednoznacznie i dokładnie, a zamawiający winien jest przygotować postępowanie z należytą starannością, co prowadzić powinno do korzystania z wiedzy specjalistów w danej dziedzinie. Niestety postulat ten często jest postulatem, a nie – standardem w zachowaniu zamawiających, co jest wypadkową jednego z wielu czynników, w tym – braku środków finansowych. Szerzej na ten temat w dalszej części opracowania.

Abstrahując od powodów niedostatecznie określonego przedmiotu zamówienia lub określenia w sposób generujący dodatkowe koszty wykonania zamówienia, wskazania wymaga szereg sytuacji w których wykonawcy, na etapie przygotowania ofert, zwracają uwagę zama-

⁸ Szerzej: O. Lissowski, *Zamówienia publiczne w Stanach Zjednoczonych i w Unii Europejskiej*, Publicus 2001, s. 14. [za:] World Bank Directive OD 11.03.-Annex B.

⁹ Z. Radwański, A. Olejniczak, *Zobowiązania – część ogólna*, Warszawa 2006, s. 125.

¹⁰ Art. 353. (zn1) kodeksu cywilnego kreuje zasadę swobody umów jak i określa jej granice: „Strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie lub zasadom współżycia społecznego”.

¹¹ tj. Dz.U. z 2010 r., nr 113, poz. 759, ze zm.

wiającym na racjonalność wprowadzenia zmian treści specyfikacji. Ze zdobytego doświadczenia i obserwacji wynika, iż zamawiający są skłonni zmienić treść specyfikacji w przypadkach gdy wykonawca wykaże, że jej treść jest niezgodna z zasadami systemu zamówień publicznych poprzez nieuzasadnione utrudnienie zachowania uczciwej konkurencji, w tym w sporach rozstrzyganych przez właściwe rzeczowo podmioty. W sytuacji gdy zmiana treści specyfikacji zdaje się być racjonalną z uwagi na wprowadzenie ułatwień w realizacji – wykonawcy wskazują, iż niemal niemożliwe jest skłonienie zamawiających do wprowadzenia takich zmian.

3.2. Najniższa cena jako kryterium wyboru oferty. Rażąco niska cena

W 88% udzielonych zamówień o wartościach poniżej progów unijnych, zamawiający dokonywali wyboru oferty najtańszej spośród wszystkich złożonych ofert. W 91% wszczętych postępowań o wartościach poniżej progów UE cena była jedynym kryterium wyboru oferty (w roku 2010 – także 91%).

Z ogłoszeń o udzieleniu zamówienia opublikowanych w roku 2011 w Biuletynie Zamówień Publicznych, wynika także, że średnio cena oferty wybranej stanowiła ok. 96% wartości, którą zamawiający oszacował wszczynając postępowanie. Cena oferty wybranej w postępowaniach na roboty budowlane średnio stanowiła 93% wartości szacunkowej, natomiast najmniej wartość zamówień na dostawy – cena oferty wybranej w przypadku dostaw średnio stanowiła 100% wartości szacunkowej. W przypadku usług, średnio cena oferty wybranej stanowiła 94% wartości szacunkowej zamówienia¹².

Najniższa cena jako kryterium wyboru oferty i problem rażąco niskiej ceny, obok uwagi wskazanej w poprzednim punkcie, to kwestie podkreślane przez każdego z wykonawców objętych zapytaniem. Oczywistym jest, iż treść Dyrektyw¹³, a za nimi – Prawo zamówień publicznych, wyraźnie wskazują, iż zamawiający wybiera ofertę z najniższą ceną lub ofertę najkorzystniejszą ekonomicznie. W przypadku gdy cena jest jedynym kryterium oceny ofert, zamawiający winien jest wybrać ofertę z najniższą ceną. Problem występowania rażąco niskich cen był i jest nadal kwestią dyskutowaną i poszukiwane są rozwiązania zmierzające do ograniczenia jej występowania, w tym tzw. metoda średniej ceny¹⁴.

Kwestię ceny jako kryterium wyboru oferty należy rozpatrywać w min. dwóch aspektach:

1. Najniższa cena jako kryterium oceny ofert. Cena zakupu a koszt zakupu

Jak wskazują eksperci, cena jako kryterium wyboru ofert jest postrzegana przez zamawiających zdecydowanie zbyt wąsko, tj. występuje zawężanie ceny jedynie do ceny zakupu – ceny, którą należy zapłacić w chwili nabycia danego dobra. Porównywanie przy wyborze oferty jedynie ceny zakupu, a nie – kosztu zakupu i użytkowania (ceny zakupu, kosztu eksploata-

¹² „Sprawozdanie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych w 2011 r.”, Urząd Zamówień Publicznych, <http://uzp.gov.pl/cmsws/page/?F;239>, dn.: 1.07.2012 r., s. 33.

¹³ Dyrektywa 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz.U. L 134 z 30.4.2004, str. 114).

¹⁴ Szerzej: G.L. Albano, M. Bianchi, G. Spagnolo, Bid Average Method In Procurement, [w:] [red:] G. Piga, Khi V. Thai, The economic of Public Procurement, Palgrave Macmillan, NY 2007, s. 39–58.

cji, likwidacji i pozostałych przedmiotowo istotnych czynników kosztotwórczych), często prowadzi do sytuacji, w których zamawiający wybiera oferty, które nie są najkorzystniejsze ekonomicznie spośród ofert złożonych¹⁵. Kwestia ta została podniesiona również przez wykonawców w kontekście braku możliwości negocjacji dotyczących przedmiotu zamówienia i zmian opisu przedmiotu zamówienia na etapie składania ofert, co zostało również omówione w niniejszym opracowaniu.

2. Najniższa cena jako jedyne kryterium oceny ofert

Postulaty, również wskazywane w ramach tzw. „nowego podejścia do zamówień publicznych” propagują stosowanie innych, obok ceny, kryteriów oceny ofert. Dyrektywy w swej treści stanowią, iż kryteriami oceny ofert mogą być m.in.: jakość, cena, wartość techniczna, właściwości estetyczne i funkcjonalne, aspekty środowiskowe, koszty użytkowania, rentowność, serwis posprzedażny oraz pomoc techniczna, termin dostarczenia lub realizacji.

Nie sposób oprzeć się twierdzeniu, iż zarówno przepisy prawa pozwalają na zastosowanie innych kryteriów. Co więcej – zarówno przytoczone zalecenia, jak i literatura przedmiotu wskazują stanowisko, iż zastosowanie innych kryteriów, obok ceny, może prowadzić do zwiększenia efektywności udzielania zamówień publicznych.

Warto zauważyć, że względy ekonomiczne nie muszą być wyłącznymi kryteriami oceny. Nie można ich jednak pomijać, szczególnie gdy wydatki mają charakter nabywczy, a po stronie potencjalnych wykonawców można pozyskiwać konkurencyjnych przedsiębiorców, którzy wykonują zamówienie z lepszym, w ujęciu bilansowym nakładów i korzyści, skutkiem.”¹⁶

Stosowanie ceny jako jedyne kryterium oceny ofert, Wykonawcy wiążą z:

- 1) niską jakością nabywanych dóbr i usług
- 2) koniecznością zaniechania uwzględniania kosztu ryzyka kontraktowego,
- 3) koniecznością szacowania zysku na bardzo niskim poziomie
- 4) oferowaniem realizacji zamówienia za rażąco niską cenę
- 5) wpływem w dużym stopniu na kontrakty z podwykonawcami i dostawcami, kształtując przy tym rynek

O ile wskazane pierwsze 4 elementy nie stanowią nic odkrywczego, o tyle ostatni element wymaga szerszej analizy. Wykonawcy, szacując cenę, uwzględniają często podwykonawstwo, zwłaszcza przy robotach budowlanych. Następnie po udzieleniu zamówienia, gdy cena oferty została wskazana na niskim poziomie, szukają podwykonawców, którzy zobowiążą się zrealizować powierzony im zakres za jeszcze niższe wynagrodzenie. Niska cena za realizację za-

¹⁵ Z. Kłoda, D. Koba, A. Panasiuk, M. Szymczak, Nowe podejście do zamówień publicznych – wybrane zagadnienia. Warszawa 2011, s. 32 i n.

¹⁶ H. Zalewski, system zamówień publicznych w Polsce, Gdańsk 2002, s. 35, za: A. Panasiuk, Prawno ekonomiczne aspekty systemu zamówień publicznych wpływające na ograniczenie swobody kontraktowania, Bydgoszcz-Warszawa 2005, s. 51.

mówienia wprost wymusza zaoferowanie niskiego wynagrodzenia podwykonawcom i ceny – dostawcom.

Problemy z właściwą realizacją pojawiają się nie tylko na płaszczyźnie zamawiający – wykonawca, ale już w relacjach: wykonawca – podwykonawca. Zamawiający często w specyfikacjach na roboty budowlane, kierując się chęcią ochrony interesu zamawiającego wskazują, iż wynagrodzenie wykonawcy zostanie uiszczzone dopiero po udokumentowaniu przez wykonawcę uregulowania należności na rzecz podwykonawcy, np. oświadczenie podwykonawcy. Rzecz w tym, iż w przypadku sporu pomiędzy podwykonawcą a wykonawcą np. w sytuacji gdy podwykonawca nie zrealizuje powierzonej mu części zgodnie z zawartą z wykonawcą umową, a wykonawca nie ma podstaw do wypłaty wynagrodzenia podwykonawcy, ci drudzy nie wystawiają wskazanych oświadczeń. Powstaje sytuacja, co można zaobserwować na rynku zamówień, w której zamawiający nie może wypłacić wynagrodzenia wykonawcy, gdyż ten nie przedstawił oświadczenia podwykonawcy, którego wynagrodzenie nie jest należne w wskazanej przez podwykonawcę wysokości. Faktem jest, iż bardziej niepokojącym jest proceder unikania należnych płatności podwykonawców przez wykonawców, jednakże należy również mieć na uwadze drugą stronę medalu, w której oświadczenia mogą stać się kartą przetargową w walce o nienależne wynagrodzenie podwykonawców.

3.3. Przerzucenie na wykonawcę całej odpowiedzialności związanej z realizacją zamówienia

Wynagrodzenie ryczałtowe

Niemal każdy z wykonawców poproszonych o opinię w sprawie zamówień publicznych, zwłaszcza ci zajmujący się robotami budowlanymi, podkreśli iż na etapie przygotowania oferty zobligowani są do przewidzenia każdego czynnika mającego wpływ na realizację umowy wraz z oszacowaniem ich wpływu. Nie sposób nie zgodzić się z twierdzeniem Z. Kłody, D. Koby, prof. dr hab A. Panausiuka, M. Szymczaka, iż Zamawiający starają się zabezpieczyć w najwyższym stopniu interes jednostki nabywającej i interes publiczny, jednakże w rzeczywistości może to przynieść odwrotny skutek¹⁷. Wykonawcy w takiej sytuacji winni są uwzględnić w cenie oferty wszelkie możliwe dodatkowe świadczenia. Autorzy przywołanej już publikacji słusznie wskazują, iż przeniesienie ciężaru ryzyka kontraktowego na jedną stronę – wykonawcę – skutkuje wzrostem ceny oferty, a w skrajnych przypadkach – brakiem ofert. Tym samym przeczy to zasadzie racjonalności wydatkowania środków. Natomiast wartym wskazania jest również głos wykonawców dot. powyższej kwestii, którzy wskazują, iż przygotowując ofertę na realizację zamówienia o dużym ryzyku kontraktowym, stają przed wyborem: podwyższyć cenę adekwatnie do ponoszonego ryzyka, czy nie uwzględnić wystąpienia czynników podnoszących kosztów wykonania zamówienia, zwiększając prawdopodobieństwo wygranej. Wykonawcy są skłonni oferować cenę niższą, ponosząc ryzyko niezrealizowania zamówienia, gdyż – jak wskazują niektórzy z zapytanych wykonawców, jest to jedyna szansa wyboru ich oferty. W miejscu tym powracamy do sytuacji omawianej przy analizie ceny jako jedyne kryterium oceny ofert i problemu nierealizowania lub nienależytego realizowania umów.

¹⁷ Z. Kłoda, D. Koba, a. Panasiuk, M. Szymczak, Nowe podejście ..., s. 32 i n.

3.4. Nadmierny formalizm wymagań stawianych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Żądanie dokumentów które nie są niezbędne do przeprowadzenia postępowania

Zapytani wykonawcy podkreślają iż, szczególnie w postępowaniach o udzielenie zamówienia o niewielkiej wartości, przygotowanie oferty wymaga poświęcenia takiej ilości czasu przez pracownika, iż koszt zatrudniania pracownika, lub odpowiednio – koszt alternatywny związany z niewykonywaniem innych czynności – przekracza zysk osiągany w przypadku udzielenia zamówienia. O ile w postępowaniach o znaczącej wartości, szczególnie skomplikowanym charakterze lub wykonawcy są skłonni przedstawić powyższe dokumenty, to pozostałych sytuacjach często rezygnują z złożenia oferty.

Wykonawcy wskazują ponadto, iż dodatkowym bodźcem do złożenia oferty, istniejącym w sytuacji gdy przedmiotem zamówienia są dobra nabywane głównie przez zamawiających, jest konieczność wykazania w prowadzonych w przyszłości postępowaniach, doświadczenia w realizacji zamówień o wskazanym charakterze. Z tego tytułu wykonawcy są skłonni złożyć ofertę i realizować zamówienie za cenę niższą niż ponoszone koszty jego wykonania.

3.5. Niejasny opis przedmiotu zamówienia. Brak uwzględnienia nowoczesnych i innowacyjnych rozwiązań, Brak specjalistów po stronie zamawiającego

Czwartą grupą uwag wykonawców były uwagi dot. opisu przedmiotu zamówienia, jego niedokładności lub niedoskonałości. Wykonawcy wskazują, iż zamawiający opisując przedmiot zamówienia nie uwzględniają wprowadzanych zmian technologii wykonania, innowacyjności czy nowoczesnych rozwiązań technologicznych, wymagając realizacji zamówienia w sposób odbiegający od przyjętych standardów.

4. PODSUMOWANIE

Bezspornym jest fakt, iż procedura wyłonienia wykonawcy zamówienia publicznego, w tym zamówień finansowanych z UE, różni się od wyboru strony – ogólnie rzecz biorąc – kontraktu prywatnego. Analizując powyższe uwagi wykonawców dotyczących czynników utrudniających złożenie oferty najkorzystniejszych ekonomicznie, wydawać by się mogło koniecznym zastanowienie, które z tych elementów determinowane są przepisami prawa, a które działaniem zamawiających. Dokonanie tej analizy, obok analizy regulacji systemu, zdaje się być nieodzownym elementem oceny efektywności systemu zamówień publicznych i formułowania postulatów dotyczących przyszłych zmian w przepisach prawa i świadomości uczestników rynku zamówień publicznych.

**ZAMÓWIENIA PUBLICZNE
W ŚWIETLE ZAGROŻEŃ
ZWIĄZANYCH Z WYDATKOWANIEM
ŚRODKÓW UNIJNYCH**

ZAGROŻENIA WYNIKAJĄCE ZE STOSOWANIA PROCEDUR, W KTÓRYCH BRAK JEST PUBLIKACJI OGŁOSZENIA O ZAMÓWIENIU – PRZYKŁADY NIEPRAWIDŁOWOŚCI WYKRYWANYCH W TOKU KONTROLI PRZEPROWADZANYCH PRZEZ NAJWYŻSZĄ IZBĘ KONTROLI

*Marian Cichosz¹
Andrzej Donigiewicz²
Marek Bierkowski³*

1. WSTĘP

Podstawowymi trybami udzielania zamówienia, zgodnie z art. 10 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych⁴ (dalej: ustawa Pzp) są przetarg nieograniczony oraz przetarg ograniczony. Stosowanie powyższych trybów nie jest uzależnione od żadnych dodatkowych przesłanek. Zamawiający może udzielić zamówienia w trybie negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego, negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki, zapytania o cenę albo licytacji elektronicznej tylko w przypadkach określonych w ustawie. Zatem ustawa Pzp stanowi zasadę, iż tryb przetargu nieograniczonego i ograniczonego można zastosować zawsze bez zajścia szczególnych okoliczności ich wyboru. Zapewniają one pełną konkurencyjność prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego poprzez wszczęcie postępowania umieszczeniem odpowiednich ogłoszeń oraz nie zezwalają na możliwość negocjowania warunków wykonania zamówienia w trakcie postępowania. Można stwierdzić, że skoro inne tryby nie gwarantują pełnej konkurencyjności, istnieje w nich większe ryzyko złamania podstawowych zasad ustawy Pzp. Ponadto należy zwrócić uwagę, iż ustawodawca zauważył także takie ryzyko również w art. 17 ust. 1b pkt 2 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o dyscyplinie finansów publicznych⁵ gdzie stwierdził, że naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest 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.

Prawo wspólnotowe w dziedzinie zamówień publicznych wynika z postanowień Traktatu Ustanawiającego Wspólnotę Europejską⁶, a także z dyrektyw oraz rozporządzeń i decyzji Komisji Europejskiej, w tym głównie z dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady Nr 2004/18/WE z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na

¹ *Dr Marian Cichosz, Wiceprezes Najwyższej Izby Kontroli.*

² *Mgr inż. Andrzej Donigiewicz, Dyrektor Delegatury NIK w Szczecinie.*

³ *Gen. bryg. Marek Bierkowski, Radca Prezesa NIK, p.o. Dyrektora Departamentu.*

⁴ Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.

⁵ Dz. U. z 2005 r. Nr 14, poz. 114 ze zm.

⁶ Traktat ustanawiający Wspólnotę Europejską (Dz. U.UE L. z 2003 r. Nr 236, s. 17) oraz traktat z Lizbony z dnia 17 grudnia 2007 r. zmieniający traktat o Unii Europejskiej i traktat ustanawiający wspólnotę europejską (Dz. U. UE C z 2007 r. Nr 306, s. 1).

roboty budowlane, dostawy i usługi⁷ oraz dyrektywy Nr 2004/17/WE z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych⁸. Najistotniejsze zasady wynikające z ww. przepisów dotyczą obowiązku zapewnienia uczciwej konkurencji, równego i niedyskryminacyjnego traktowania wykonawców oraz przejrzystości postępowania. Podstawowym założeniem wskazanych zasad jest wyeliminowanie ryzyka pojawienia się uprzywilejowanego traktowania danego podmiotu. Dlatego warto spojrzeć na zamówienia udzielane w trybach, które z zasady są trybami wyjątkowymi, gdzie nie przewiduje się ogłoszeń o zamówieniach, a poprzez co są obciążone pewnym ryzykiem, np. dyskryminacji wykonawców. W kontekście wydatków powiązanych z funduszami europejskimi narażone są poprzez to na ryzyko nieotrzymania lub konieczności zwrotu środków z uwagi na brak ich kwalifikowalności, tj. niespełnienie szczegółowych kryteriów określonych dla danego programu/działania funduszy UE.

2. ZAGROŻENIA ZWIĄZANE Z ZAMÓWIENIAMI DODATKOWYMI

Jednym z dużych zagrożeń związanych z udzielaniem zamówień publicznych jest niepisana zasada, która pokutuje wśród wykonawców robót budowlanych w Polsce, mówiąca iż tak naprawdę przetarg wygrywa się za najniższą z możliwych cen, a możliwe do osiągnięcia zyski odbiera się dopiero w przyszłych robotach dodatkowych. Zgodnie z tą zasadą jeszcze całkiem niedawno Zamawiający hojnie obdarowywali wykonawców robotami dodatkowymi, jednak organy kontrolne m.in. NIK bezwzględnie kwestionują takie praktyki. Zazwyczaj takie dodatkowe zamówienia są udzielania w trybie zamówienia z wolnej ręki, o której mowa w art. 67 ustawy Pzp. Wykonawca może otrzymać nawet do 50 proc. zamówienia podstawowego, bowiem zgodnie z art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp Zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki w przypadku udzielania dotychczasowemu wykonawcy usług lub robót budowlanych zamówień dodatkowych, nieobjętych zamówieniem podstawowym i nieprzekraczających łącznie 50 proc. wartości realizowanego zamówienia, niezbędnych do jego prawidłowego wykonania, których wykonanie stało się konieczne na skutek sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia, jeżeli:

- a) z przyczyn technicznych lub gospodarczych oddzielenie zamówienia dodatkowego od zamówienia podstawowego wymagałoby poniesienia niewspółmiernie wysokich kosztów lub
- b) wykonanie zamówienia podstawowego jest uzależnione od wykonania zamówienia dodatkowego.

Mimo że ww. przepis jest zgodny z dyrektywami unijnymi, a także ze zdrową logiką, iż człowiek nie jest w stanie przewidzieć wszystkich sytuacji, które mogą wystąpić przy realizacji zamówienia publicznego ponieważ nie ma wpływu na wszystkie potencjalne sytuacje i zjawiska, które mogą nastąpić, należy ostrożnie podchodzić do takich sytuacji. Zamówienie podsta-

⁷ Dz. U. UE L. z 2004 r. Nr 134, s. 144 ze zm.

⁸ Dz. U. UE L. z 2004 r. Nr 134, s. 114 ze zm.

wowe powiększone o 50 proc. stanowi dość dużą pokusę ewentualnych nadużyć zwłaszcza, gdy obraca się milionami lub miliardami złotych. Jak słusznie wskazał p.o. Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad (GDDKiA) Pan Lech Witecki⁹: „W Polsce mamy np. błędne przekonanie wykonawców, że rzeczywista wartość kontraktów jest wyższa o 7–15 proc. Wyobraźmy sobie, że GDDKiA ogłasza przetarg, mając zabezpieczoną kwotę 100. Przetarg rozstrzygamy na poziomie 70. (Dodajemy w zapasie 10 na wypadek, gdyby miały miejsce błędy projektowe). Ale wykonawca zakłada, że kontakt jest wart nawet 115. Bo wcześniej w łatwy sposób były akceptowane przez inwestora i inżyniera kontraktu zmiany do umów zwiększające wartość zamówienia. (...) Suma roszczeń o podwyższenie wartości kontraktów wynosi ponad 3 mld zł. To kwota rekordowa, ale nigdy dotąd nie było też na budowę dróg 90 mld zł w obrocie¹⁰”.

Najwyższa Izba Kontroli często stwierdza nieprawidłowości związane z ww. art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Można pokusić się o ocenę, iż ww. przepis jest najczęstszą niewłaściwie stosowaną przesłanką spośród wszystkich wymienionych w art. 67 wykrywanych w kontrolach NIK. Przykłady przedstawione poniżej nie zawsze są związane z udzielaniem zamówień publicznych współfinansowanych z UE, jednakże mają one na tyle uniwersalny, a zarazem edukacyjny charakter, iż warto o nich wspomnieć:

- w czasie kontroli Urzędu Gminy w S. w 2011 r. zbadano realizację przez Gminę zadań inwestycyjnych w zakresie infrastruktury wodno-ściekowej w latach 2007–2011 (I półrocze). Stwierdzono naruszenie art. 67 ust. 1 pkt 5 lit. b ustawy Pzp. Gmina na podstawie ww. przepisu udzieliła w trybie zamówienia z wolnej ręki wykonanie przyłączy energetycznych do 20 przepompowni ścieków za kwotę 311,0 tys. zł, mimo że potrzeba wykonania tych przyłączy znana była już na etapie przygotowania dokumentacji projektowej sieci. Kontrolerzy NIK ustalili, iż koszt budowy ww. przyłączy przez zakład energetyczny¹¹ (wg taryfy zatwierdzonej przez Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki) wyniósłby 100,5 tys. zł, tj. o 239,0 tys. zł mniej niż wydatkowano.
- kontrola NIK w ZOO w W., wykazała, iż udzielono zamówienia z wolnej ręki (art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp) na roboty dodatkowe o wartości 97,8 tys. zł polegające na wykonaniu remontu i wzmocnienia skarp w rejonie starego napływu wody oraz remontu i rekonstrukcji budynku starej pompowni pomimo braku przesłanek zastosowania tego trybu. NIK ustaliła, że wykonanie powyższych robót stało się konieczne na skutek sytuacji, która była wcześniej możliwa do przewidzenia. W dzienniku budowy nie dokonano wpisów o ww. robotach, natomiast dokonane wpisy dotyczą konieczności dodatkowego pompowania wody w związku z ciągłym napływem wody gruntowej powodującym ciągłe zalewania wysychającej części namułu. Taka ewentualność (napływ wody) została przewidziana w projekcie wykonawczym, który uwzględniał *prawdopodobieństwo*, że wykonanie rowów wstępnego odwodnienia nie spowoduje dostatecznego osuszenia dna stawu oraz konieczność wykonania dodatkowej sieci rowków osuszających. Ponadto, zdaniem NIK, wykonanie roboty

⁹ Gazeta Prawna, 2–3 maja 2011 r., nr 85 (3223), str. A11.

¹⁰ Łącznie z budowami koncesyjnymi na A1 i A2.

¹¹ Energa Operator S.A. Oddział w O.

dało się oddzielić od zamówienia podstawowego. Odbiór robót zamówienia dodatkowego dokonano 20 dni po odbiorze robót zamówienia podstawowego. Dodatkowo zamawiający nie wskazał elementów zamówienia podstawowego, których wykonanie uzależnione było od zamówienia dodatkowego.

- w Prokuraturze Apelacyjnej w B. kontrola NIK w 2012 r. stwierdziła naruszenie art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp przy dodatkowym zamówieniu publicznym na remont nawierzchni placu przed budynkiem Prokuratury na kwotę 63,6 tys. zł, który nie był niezbędny do prawidłowego wykonania zamówienia podstawowego. Zakres zamówienia podstawowego obejmował bowiem roboty budowlane w budynku (m.in. rozbiórkowe, murarskie stolarskie, wykończeniowe), roboty drogowe (m.in. wykonanie nawierzchni dojazdu, parkingu i chodników), wykonanie ogrodzenia, roboty sanitarne, elektryczne i teletechniczne, tj. zakres prac, na którego realizację nie miało wpływu wykonanie remontu nawierzchni placu zlokalizowanego w miejscu nieobjętym prowadzonymi robotami budowlanymi.
- w trakcie kontroli NIK w SPZOZ w H. stwierdzono, że udzielono zamówienia z wolnej ręki na zamówienia dodatkowe, tj. dostawę systemu dystrybucji i archiwizacji cyfrowych obrazów RTG, pomimo że nie zachodziły przesłanki do zastosowania trybu z art. 67 ust. 1 pkt 5 lit. b ustawy Pzp. Wykonanie powyższego zamówienia dodatkowego (odbiór nastąpił 12 listopada 2010 r.) nie było związane z zamówieniem podstawowym tj. dostawą i montażem aparatu RTG (zrealizowany 29 września 2010 r., a stwierdzone przy odbiorze usterki nie wymagały prac wykraczających poza zakres objęty SIWZ).
- w 2010 r. poddano kontroli budowę boiska Orlik w Urzędzie Gminy w K. Stwierdzono, że udzielono zamówienia publicznego na wykonanie robót o wartości 352,5 tys. zł w trybie z wolnej ręki, pomimo niezastnienia okoliczności określonych w art. 67 ust. 1 pkt 5 i 6 ustawy Pzp. Roboty dodatkowe polegały na ogrodzeniu i zagospodarowaniu terenu oraz na wykonaniu ciągu komunikacyjnego z kostki brukowej poza terenem kompleksu boisk. Zamówienie to było możliwe do wcześniejszego przewidzenia, a nadto nie było zgodne z przedmiotem zamówienia podstawowego (zakres inwestycji pn. budowa kompleksu boisk sportowych nie obejmował przedmiotowych robót).
- w Urzędzie Miasta K., w ramach wydatków finansowanych z Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego udzielono zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki, na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp dotyczącego wykonania robót dodatkowych o łącznej wartości 158,3 tys. zł, pomimo braku okoliczności uzasadniających zastosowanie tego trybu. Stwierdzono, że wykonawcy zlecono roboty dodatkowe polegające na wykonaniu, m. in.: instalacji sygnalizacji alarmowej p. poż. i włamaniowej, ścianek działowych z płyt gipsowo-kartonowych boksów szatniowych, ścian osłonowych śmietnika z cegły klinkierowej z chodnikiem, studzienek ściekowych z przykanalikami oraz dróg dojazdowych z płyt żelbetowych. W ocenie NIK, zamawiający nie wykazał przesłanki uzasadniającej zastosowanie trybu z wolnej ręki polegającej na zaistnieniu sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia, o czym świadczy charakter zleconych robót dodatkowych.

3. PROBLEMY Z ZAMÓWIENIAMI, KTÓRE MOGĄ BYĆ WYKONANE TYLKO PRZEZ JEDNEGO WYKONAWCĘ

Kolejnym zagrożeniem, na które warto zwrócić uwagę, to stosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki spełniającego przesłanki art. 67 ust. 1 ust. 1 lit. a i b. Powyższy przepis stanowi, iż zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli zachodzi co najmniej jedna z następujących okoliczności:

- 1) dostawy, usługi lub roboty budowlane mogą być świadczone tylko przez jednego wykonawcę:
 - a) z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze,
 - b) z przyczyn związanych z ochroną praw wyłącznych, wynikających z odrębnych przepisów,

Zamawiający często mają przeświadczenie, iż dane zamówienie publiczne może być wykonane przez jednego wykonawcę ponieważ, np. nie posiadają dostatecznego rozeznania rynku albo z subiektywnej oceny zamawiającego wynika, że występują przyczyny, które nie pozwalają kilku wykonawcom uczestniczyć w postępowaniu, a następnie wykonać dane zamówienie publiczne. Taka nieświadomość w żaden sposób nie usprawiedliwia stosowania mniej konkurencyjnych trybów niż przetarg nieograniczony lub ograniczony. Przykładowo można przywołać casus Operatora Publicznego – Poczty Polskiej S.A. w zakresie usług pocztowych do 50 gram. Niektórzy zamawiający mają przeświadczenie, iż można do takich usług stosować tryb zamówienia z wolnej ręki (art. 67 ust. 1 pkt b) powołując się przy tym na art. 47 ust. 1 i 4 ustawy z dnia 12 czerwca 2003 r. Prawo pocztowe¹² stanowiący, że operatorowi publicznemu przysługuje wyłączność na przesyłki do 50 gram, z zastrzeżeniem ust. 2. I właśnie problem w art. 47 ust. 2 ww. ustawy, który określa że: „ Nie narusza wyłączności świadczenia usług zastrzeżonych przyjmowanie, przemieszczanie i doręczanie przesyłek wymienionych w ust. 1, w obrocie krajowym lub zagranicznym, o masie nieprzekraczającej granicy wagowej, o której mowa w ust. 4, za pobraną przez operatora opłatą, nie niższą niż dwu i półkrotność opłaty za przyjęcie, przemieszczenie i doręczenie przesyłki listowej stanowiącej przesyłkę najniższego przedziału wagowego najszybszej kategorii określonej w cenniku powszechnych usług pocztowych operatora publicznego, o którym mowa w art. 51 ust. 4, obowiązującego w danym czasie odpowiednio w obrocie krajowym i zagranicznym.” Zatem teoretycznie konkurencyjna firma do Poczty Polskiej S.A. może startować w przetargu i przedstawić najkorzystniejszą ofertę na wykonanie zamówienia publicznego. Oczywiście tylko pod jednym warunkiem, iż cena nie będzie jedynym kryterium oceny ofert, ponieważ wtedy wynik postępowania byłby oczywisty. Powyższe potwierdza także orzecznictwo KIO¹³ po odwołaniach wniesionych przez konkurencyjne przedsiębiorstwo InPost Sp. z o.o.

Często kontrolerzy NIK przy ocenie poprawności stosowania przesłanek z art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a i b mają ułatwione zadanie. Wynika to z faktu, iż kontrole zamówień publicz-

¹² Dz. U. z 2008 Nr 189, poz. 1159 ze zm.

¹³ Sygn. akt: KIO 293/12 z dnia 23 lutego 2012 r. oraz KIO 476/12 z dnia 21 marca 2012 r.

nych dokonuje się w ramach kontroli następczej (ex post), która polega na sprawdzeniu i ocenie udzielonego już zamówienia i jego ewentualnych następstw. Pozwala to na całościowe spojrzenie na działania zamawiającego i dokonanie zarówno wnikliwej analizy, jak i oceny tego działania. Można zatem wyciągnąć pewne wnioski związane z zamówieniami publicznymi, które w trakcie kontroli są zazwyczaj wykonane i porównać skutki tych zamówień z zastosowanymi ww. przesłankami. W takim przypadku praca NIK sprowadza się w zasadzie do oceny, czy zamawiający mógł lub powinien wiedzieć, iż przesłanki z art. 67 ust. 1 pkt 1 w konkretnym zamówieniu publicznym nie mają zastosowania. W tym miejscu można podać dwa przykłady niewłaściwego zastosowania przesłanek, o których mowa powyżej:

- kontrola NIK w 2011 r. na Politechnice W. wykazała, że udzielono zamówienia publicznego na dostawę i wdrożenie systemu obsługi studenta (dalej: JSOS), w trybie z wolnej ręki, pomimo że nie zostały spełnione przesłanki określone w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a i b ustawy Pzp. Zastosowanie trybu z wolnej ręki w zamówieniu zostało poprzedzone zgodą Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych wyrażoną w decyzji z dnia 23 kwietnia 2004 r., gdzie uznano, że istnieją przyczyny techniczne o obiektywnym charakterze umożliwiające wykonanie zamówienia tylko przez jednego wykonawcę¹⁴. NIK jednak oceniła, że powyższa decyzja wydana została w oparciu o wnioski, w którym nierzetelnie zaprezentowano uwarunkowania techniczne dotyczące wdrożenia systemu. Według ww. wniosku system Promis.CL był podstawą dla JSOS, a zakup jakiegokolwiek modułu oprogramowania od innych producentów (cyt.) „nie pozwoli na pełną integrację, a ponadto istnieje uzasadniona obawa, że dla Uczelni takie rozwiązanie będzie droższe”. Tymczasem z ustaleń kontroli wynikało, że zapewnienie prawidłowego działania JSOS nie było powiązane z funkcjonowaniem systemu Promis.CL, ponieważ obecnie JSOS działa, choć wdrożenie mającego rzekomo stanowić jego podstawę systemu Promis.CL nie doszło do skutku (Politechnika odstąpiła od jego wdrożenia.). Kontrola NIK ustaliła także, iż JSOS mógł współdziałać z dowolnym systemem RP/ERP II (system zarządzania personelem i finansami uczelni) oraz istniejącym dotychczas systemem finansowo-księgowym, pod warunkiem utworzenia dodatkowych funkcji i struktur danych oraz wydłużenia etapu konwersji danych (dostawca JSOS zapewnił jego powiązanie z autorskimi systemami F-K Uczelni w ciągu 2 miesięcy).
- w 2007 r. kontrola NIK w Centrum Opieki Medycznej w J. stwierdziła, że dokonano wyboru dostawcy rezonansu magnetycznego w trybie zamówienia z wolnej ręki. Zamawiający uzasadniał wybór trybu przesłankami określonymi w art. 67 ust. 1 lit. a i b, a także art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp stanowiącym, iż można udzielić zamówienia z wolnej ręki ze względu na wyjątkową sytuację niewynikającą z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, której nie mógł on przewidzieć, wymagane jest natychmiastowe wykonanie zamówienia, a nie

¹⁴ Obowiązek uzyskiwania zgody Prezesa UZP istniał w ustawie Pzp, w art. 67 ust. 2, do dnia 25 maja 2006 r. Obecnie, jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich ogłoszeń o zamówieniach na dostawy lub usługi, zamawiający w terminie 3 dni od wszczęcia postępowania zawiadamia Prezesa Urzędu o jego wszczęciu, podając uzasadnienie faktyczne i prawne zastosowania trybu udzielenia zamówienia.

można zachować terminów określonych dla innych trybów udzielenia zamówienia. W ocenie NIK Zamawiający nie wykazał, iż powyższe przesłanki zaistniały. Zamawiający nie dokonał rzetelnej analizy rynku. Jak wynika z opinii Ministerstwa Zdrowia, w sporządzonej przez Centrum analizie ryzyka, uwypuklono nieistotne różnice parametrów wybranych modeli i aparatów oferowanych przez konkurencyjne firmy. NIK ustaliła, że określone jako istotne dla zamawianego urządzenia parametry były cechami konkretnego aparatu produkowanego przez firmę Siemens Sp. z o.o. Typ urządzenia, jakie miało zostać zakupione, Zamawiający ustalił przed wszczęciem postępowania, o czym świadczą m.in. pisma kierowane do Rady Społecznej Centrum i Starosty J., gdzie wymieniono konkretny model rezonansu magnetycznego. O wcześniejszym wyborze typu rezonansu i producenta świadczy również krótki okres realizacji zamówienia, który w przedmiotowej sprawie wynosił około miesiąca (czas od zakończenia negocjacji do zawarcia umowy). Jak ustalili kontrolerzy NIK, cykl tego typu zamówienia u innych producentów wynosi minimum 4–5 miesięcy. Ponadto ustalono, że Komisja powołana przez Dyrektora Centrum do ustalenia typu oraz parametrów technicznych urządzenia faktycznie nie obradowała i nie zapoznawała się z parametrami innych konkurencyjnych urządzeń.

4. ZAGROŻENIA ZWIĄZANE Z NATYCHMIASTOWĄ POTRZEBĄ UDZIELENIA ZAMÓWIENIA

W wyżej wymienionym przykładzie zastosowano obok art. 67 ust. 1 lit a i b, także art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Niestety stosowany czasem przez zamawiających w przypadku kiedy można było pewne okoliczności przewidzieć, a zamawiający miał wystarczająco dużo czasu na podjęcie prawidłowych działań, jednak w skutek braku tych działań nastąpiła konieczność natychmiastowego wykonania zamówienia. Jako dowód można wskazać następujący przykład:

- w trakcie kontroli NIK, w Szpitalu Powiatowym w B. stwierdzono, że Zamawiający udzielił zamówień publicznych o łącznej wartości 82,2 tys. zł netto, w trybie zamówienia z wolnej ręki na przygotowanie dwóch „sal zdjęć” do zainstalowania zakupionych aparatów RTG. Zamawiający zastosował ww. tryb uznając, iż wystąpiły przesłanki określone w art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Kontrolerzy NIK stwierdzili, że nie ma uzasadnienia dla zastosowania ww. trybu, ponieważ już ponad trzy miesiące wcześniej podpisano umowę na dostawę dwóch aparatów RTG i było oczywiste, że sale będą musiały zostać przygotowane do zainstalowania aparatów. W związku z tym zamawiający powinien był wcześniej podjąć kroki zmierzające do udzielenia zamówienia wraz z zamówieniem podstawowym.

Warto wspomnieć o innym przykładzie, w pewnym sensie podobnym do powyższego, jednakże, w którym nie stosowano trybu zamówienia z wolnej ręki, lecz udzielano zamówień w ogóle bez stosowania ustawy Pzp. Poniższy przykład wskazuje także jak istotna jest właściwa organizacja pracy jednostki i jak ważna jest rola kierownika jednostki w tzw. kontroli zarządczej. Jest to jeden z ważniejszych czynników ryzyka wystąpienia nieprawidłowości, ponieważ może powodować nawet przy wykonywaniu najprostszych zadań problemy, które będą źródłem nieprawidłowości:

Kontrola NIK w 2011 r. w SPZOZ w B. stwierdziła, że w okresie 2010–2011 (I półrocze) udzielono zamówień publicznych za kwotę 2 280 tys. zł bez stosowania ustawy Pzp. Zamówienia dotyczyły m.in. dostawy drobnego sprzętu jednorazowego użytku (762,5 tys. zł), materiałów szewnych (484,6 tys. zł), leków (278,3 tys. zł). NIK ustaliła, że powodem ww. nieprawidłowości było zbyt późne składanie przez kierowników komórek organizacyjnych Szpitala i niezgodne z uregulowaniami wewnętrznymi wniosków o wszczęcie postępowań (w stosunku do upływu terminów obowiązywania wcześniej zawartych umów) oraz opieszałe ogłaszanie postępowań przez Sekcję Zamówień Publicznych. I tak można wskazać, iż wniosek o wszczęcie postępowania na dostawę drobnego sprzętu jednorazowego użytku przedłożona pielęgniarek złożyła 13 września 2010 t., podczas gdy większość zawartych umów na dostawę tego sprzętu wygasła 30 lipca 2010 r.¹⁵. Przetarg ogłoszono dopiero 16 marca 2011 r. (sześć miesięcy po złożeniu wniosku) a rozstrzygnięto 12 sierpnia 2011 r. Wniosek o zorganizowanie postępowania na dostawę materiałów szewnych złożono 26 lipca 2010 r., ponieważ umowy wygasły 24 sierpnia i 13 września 2010 r., a przetarg ogłoszono dopiero 23 kwietnia 2011 r., a rozstrzygnięto 12 lipca 2011 r. (odpowiednio po dziewięciu i dwunastu miesiącach od złożenia wniosku). Natomiast 9 czerwca 2010 r. wyłoniony w przetargu dostawca wypowiedział umowę dostawy rękawic chirurgicznych i higienicznych, a dopiero 13 września 2010 r. złożono wniosek o wszczęcie nowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zamówienia udzielono 7 lutego 2011 r. tj. osiem miesięcy po wypowiedzeniu umowy.

5. PROBLEMY Z OKREŚLANIEM CZY DOSTAWY LUB USŁUGI SĄ ZAMÓWIENIAMI POWSZECHNIE DOSTĘPNYMI O USTALONYCH STANDARDACH JAKOŚCIOWYCH

Udzielanie zamówień publicznych w trybie art. 70 ustawy Pzp tj. zapytania o cenę, co prawda jest bardziej konkurencyjnym trybem niż wolna ręka, mimo to również nie jest trybem podstawowym. To zamawiający wybiera co najmniej pięciu potencjalnych wykonawców, do których wysyła zapytanie (art. 71 ustawy Pzp), zatem istnieje tutaj duże pole do nadużyć w tym zakresie. Można sobie wyobrazić sytuację, iż zamawiający chce zakupić konkretny model określonego urządzenia i wysyła zapytania tylko do przedstawicieli danego producenta urządzenia. Należy wtedy zadać pytanie, czy zapewniono tutaj zasady uczciwej konkurencji o której mowa w art. 7 ustawy Pzp, czy też nie. Na pewno każdą sprawę należy oceniać indywidualnie i nie można z góry stwierdzić jednoznacznie czy naruszono przepis. Innym ryzykiem związanym z tym trybem jest jego stosowanie do przedmiotów zamówienia, które nie powinny być objęte tym trybem, bowiem zgodnie z art. 70 zamawiający może udzielić zamówienia w trybie zapytania o cenę, jeżeli przedmiotem zamówienia są dostawy lub usługi powszechnie dostępne o ustalonych standardach jakościowych, a wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Kontrole NIK pokazują, że zamawiający czasami uznają za usługi lub dostawy powszechnie dostępne o ustalonych standardach jakościowych te, których dokładny opis (szczegóły techniczne) zajmują wiele stron specyfikacji istotnych warunków zamówienia. To już wstępnie sugeruje,

¹⁵ Wygasło wówczas 12 umów. Kolejne trzy wygasły 5 marca 2010 r., a jedna 6 sierpnia 2010 r.

iż być może wcale te standardy jakościowe nie są takimi standardami jakimi należałoby się spodziewać stosując ten tryb. Zdarza się również, że zamawiający określają, że przedmiot zamówienia jest powszechnie dostępny, mając zarazem problem w zaproszeniu do składania ofert co najmniej pięciu wykonawców. Zatem zamawiane usługi czy produkty powinny być typowe, gwarantujące możliwość porównania jedyne go kryterium oceny ofert, jakim jest cena. Zgodnie ze wskazaniem Głównej Komisji Orzekającej¹⁶ „(...) zamawiający formułując zapytanie o cenę, powinien na tyle jednoznacznie i ściśle określić przedmiot zamówienia oraz warunki jego realizacji, aby jedynym elementem odpowiedzi oferentów była cena. Dlatego też przedmiotem zamówienia w trybie zapytania o cenę winny być wyroby gotowe, a standardy przedmiotu zamówienia powszechnie znane, określone już w czasie rozpoczęcia postępowania o udzielenie zamówienia (...)”. Można tutaj wskazać kilka przykładów zastosowania niewłaściwego trybu zapytania o cenę:

- w trakcie kontroli w 2011 r. w jednostce budżetowej poddano badaniu zakup fabrycznie nowych motocykli ze specjalistycznym wyposażeniem w trybie zapytania o cenę. W ocenie NIK nie wystąpiły okoliczności uzasadniające zastosowanie tego trybu, ponieważ zakup ten nie był dostawą produktów powszechnie dostępnych o ustalonych standardach jakościowych. W wymaganym zestawie cech techniczno-użytkowych motocykli, stanowiącym element SIWZ podano m.in., że miały one posiadać: moc silnika min. 140 KM, pojemność skokową 1.100–1.400 cm³, a ich prędkość maksymalna wynosić miała min. 180 km/h. Wyposażone miały być dodatkowo w światła uprzywilejowania i syrenę, zestaw dwóch głośników, przełącznik do sterowania uprzywilejowaniem w ruchu, zestaw przełączników, maszt teleskopowy z umieszczoną na górze ostrzegawczą lampą błyskową stroboskopową lub typu led, gniazdo typu zapalniczka umożliwiające podłączenie wyposażenia specjalnego oraz mikrofon i zespolone urządzenie rozgłoszeniowo-alarmowe.
- kontrola, w 2011 r., w Miejskim Ogrodzie Zoologicznym w P. wykryła, iż nie spełniono przesłanki zastosowania trybu zapytania o cenę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego o wartości 343,5 tys. zł, dotyczącym dozoru i ochrony mienia. Zamawiający opracował SIWZ, określając 34 warunki do spełnienia przez oferentów (m.in.: posiadanie koncesji na prowadzenie działalności w zakresie ochrony ludzi i mienia oraz licencji przez pracowników). Zdaniem NIK, określenie ww. warunków wskazuje, iż nie była to usługa powszechnie dostępna o ustalonych standardach jakościowych.
- w Powiatowym Zarządzie Dróg w G., kontrola stwierdziła naruszenie art. 70 ustawy Pzp poprzez zastosowanie trybu zapytania o cenę na wykonywanie nadzoru inwestorskiego nad zadaniem o wartości 58,7 tys. zł. Usługa pełnienia funkcji inspektora nadzoru inwestorskiego nie jest, zdaniem NIK, usługą powszechnie dostępną o ustalonych standardach jakościowych, a ponadto nie może być realizowana przez dowolnego wykonawcę, lecz wyłącznie przez osoby lub podmioty zatrudniające osoby posiadające wymagane uprawnienia budowlane, w zakresie pełnienia funkcji nadzoru inwestorskiego w danej specjalności.

¹⁶ Orzeczenie z 26 lutego 2001 r., znak sprawy: DF/GKO/Odw.279/471-472/2000.

6. ZAGROŻENIA ZWIĄZANE Z UDZIELANIEM ZAMÓWIEŃ PONIŻEJ 14 TYS. EURO

Warto także wspomnieć o nieprawidłowościach, które wykrywa NIK w zamówieniach publicznych, które nie podlegają ustawie Prawo zamówień publicznych, ze względu na kwotę zamówienia niższą niż 14 tys. euro (art. 4 pkt 8 ustawy Pzp), a które mają lub mogą mieć wpływ na kwalifikowalność wydatków ponoszonych z Funduszy Europejskich, z uwagi na niewłaściwe stosowanie procedur określonych w umowach o dofinansowanie. W tym celu pomocny będzie przykład wyników kontroli przeprowadzonej w 2011 r. pt. „Kwalifikowalność wydatków ponoszonych przez jednostki samorządu terytorialnego na realizację projektów współfinansowanych ze środków funduszy strukturalnych w ramach działania 3.1 – „Infrastruktura drogowa” Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Mazowieckiego”:

- w Starostwie Powiatowym w P. zlecono zamówienie na wykonanie dokumentacji przebudowy drogi (na kwotę 3,0 tys. zł), a w Urzędzie Miasta Ł. zlecono wykonanie dwóch tablic pamiątkowych (na kwotę 5,8 tys. zł) wykonawcom bez rozeznania rynku, odstępując od wysłania zapytania ofertowego do trzech potencjalnych wykonawców. Było to niezgodne z umową o dofinansowanie Projektu. Tym samym mogło to mieć wpływ na zachowanie zasady uczciwej konkurencji, tj. warunku kwalifikowalności wydatków określonego w umowach.
- w Urzędzie Miasta Mieście P. zlecono wykonanie badań archeologicznych (na kwotę 65,5 tys. zł), a w Zarządzie Miejskich Inwestycji Drogowych w W. zlecono wykonanie i montaż dwóch tablic informacyjnych o realizowanym projekcie (9,1 tys. zł), nie informując potencjalnych wykonawców o zamówieniu poprzez publiczne ogłoszenie na stronie internetowej oraz w swojej siedzibie, co było niezgodne z umowami o dofinansowanie.

Powyższe nieprawidłowości zostały wykryte w połowie zbadanych jednostek w ramach ww. kontroli, tj. w czterech jednostkach na osiem. Wskazuje to na poważny problem w ramach udzielenia zamówień poniżej 14 tys. euro. Niestety panuje jeszcze przekonanie, że nie stosując ustawy Pzp można dowolnie dokonywać wyboru wykonawców. W powyższych przykładach zakończyło się to korektą finansową określoną przez instytucję zarządzającą (Mazowiecką Jednostkę Wdrażania Programów Unijnych) i koniecznością zwrotu określonych środków unijnych. Jednakże i bez umów o dofinansowanie ze środków unijnych lub innych norm¹⁷, które nakładają na beneficjentów określone obowiązki w zamówieniach publicznych poniżej 14 000 euro, warto pamiętać o art. 44 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych¹⁸. Powyższy przepis stanowi, że 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;
- 2) w sposób umożliwiający terminową realizację zadań;
- 3) w wysokości i terminach wynikających z wcześniej zaciągniętych zobowiązań.

¹⁷ Przykładowo można wskazać komunikat wyjaśniający Komisji nr 2006/C 179/02 z dnia 1 sierpnia 2006 r. dotyczący prawa wspólnotowego obowiązującego w dziedzinie udzielania zamówień, które nie są lub są jedynie częściowo objęte dyrektywami w sprawie zamówień publicznych.

¹⁸ Dz. U. Nr 157, poz. 1240 ze zm.

7. ZAGROŻENIA NIE STOSOWANIA USTAWY PZP – NIEDOZWOLONY PODZIAŁ ZAMÓWIENIA

Na koniec warto także zwrócić uwagę na udzielanie zamówień publicznych, które na pierwszy rzut oka nie podlegają rygorom ustawy Pzp. Zatem nie muszą także nigdzie być upubliczniane, a wykonawców wybiera się w zasadzie dowolnie stosując przepisy wewnętrzne oraz ww. ogólne zapisy ustawy o finansach publicznych. Jednak po wnikliwej analizie kontrolerów NIK okazuje się, że czasem można dopatrzeć się pewnej systematyki, która wskazuje, że zamówienie powinno być objęte przepisami ustawy Pzp i niekoniecznie przy tym trybem uproszczonym. Chodzi tutaj o działania służące obejściu przepisów stosowania ustawy Pzp, a w szczególności związane z niedozwoloną podziałem zamówienia na części, o którym mowa w art. 32 ust. 2 ustawy Pzp stanowiącym, że zamawiający nie może w celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy dzielić zamówienia na części lub zaniżać jego wartości:

- w Powiatowym Urzędzie Pracy w K., dokonano podziału zamówienia na części zawierając 29 umów na organizację kursów prawa jazdy o łącznej wartości 122,4 tys. zł. NIK zwrócił uwagę, że szkolenia dotyczyły uprawnień na pojazdy różnych kategorii, to jednak są one tożsame co do rodzaju i wykonalne przez jeden podmiot (instytucję szkolącą), co umożliwiło przeprowadzenie jednego postępowania o udzielenie zamówienia.
- w Wojewódzkim Ośrodku Ruchu Drogowego w P. stwierdzono podział zamówienia na zakup prędkościomierza kontrolnego wideorejestratora wraz z modułem PIP, komputera PC i tablicy tekstowej LED. Zamawiający dokonał podziału w ten sposób, że w dniu 12 maja 2008 r. zakupił prędkościomierz za kwotę netto 43,0 tys. zł, a siedem dni później od tego samego wykonawcy dokonał zakupu urządzenia do jego rozbudowy za kwotę netto 15,9 tys. zł.
- w Miejskim Przedsiębiorstwie Gospodarki Mieszaniowej Sp. z o.o. w Z. (dalej: MPGM) kontrola wykazała, że MPGM w latach 2006–2009 udzielało zamówień publicznych na dostawę stolarki okiennej bez stosowania ustawy Pzp. Wartość zakupionej stolarki wyniosła łącznie 659,8 tys. zł netto, w tym, m.in. w 2007 r. 259,5 tys. zł netto, w 2008 r. 213,8 tys. zł netto. Prezes MPGM podając przyczyny niestosowania ustawy Pzp wyjaśnił, że na przeszkodzie stały trudności z ustaleniem przedmiotu zamówienia spowodowane m.in. tym, że plan remontów w zakresie stolarki okienek jest sporządzany przez miasto Z. jedynie w wykazie finansowym, a lista lokali zakwalifikowanych do wymiany okien jest tworzona przez MPGM na bieżąco w ciągu całego roku. Ponadto, jak wyjaśnił Prezes, może wystąpić sytuacja braku środków finansowych w budżecie miasta Z., a także trudności z ustaleniem ile okien najemcy wymienią we własnym zakresie. W ocenie NIK, powyższe przyczyny nie stanowią podstaw do odstąpienia od przestrzegania obowiązujących w zakresie udzielania zamówień publicznych procedur. Ustalono w trakcie kontroli, że w planach nakładów na remonty Urząd Miasta Z. wykazywał kwotę nakładów na wymianę okien w danym roku, a MPGM sporządzał w styczniu każdego roku plany rzeczowe wymiany okien, obejmujące, m.in. adres lokalu, liczbę okien do wymiany, ich obmiar i powierzchnię. Kontrolerzy NIK stwierdzili także, iż dostawa okien w ww. okresie była wykonywana tylko przez jednego wykonawcę, jednak wartość poszczególnych zamówień nie przekraczała kwoty, poniżej której nie stosuje się ustawy Pzp.

8. PODSUMOWANIE

Podsumowując rozważania dotyczące różnych zagrożeń przy stosowaniu procedur ustawy Prawo zamówień publicznych, w których brak jest publikacji ogłoszenia o zamówieniu należy stwierdzić, że to na zamawiającym spoczywa obowiązek dokonywania wyboru trybu, w którym będzie przeprowadzał postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego. W przypadku wyboru trybu niekonkurencyjnego, zamawiający musi rzetelnie i obiektywnie udowodnić spełnienie wszystkich przesłanek uzasadniających wybór innego trybu niż podstawowy. Zwłaszcza w przypadku korzystania z funduszy UE, należy bardzo ostrożnie wręcz sceptycznie podchodzić do każdego trybu, który mógłby z zasady ograniczać konkurencyjność, ponieważ zasada ta w powiązaniu z zachowaniem uczciwej konkurencji jest dobitnie powielana w każdym programie unijnym i w każdej umowie o dofinansowanie. Skutkiem niedochowania ww. zasad może być zwrot unijnej dotacji obok kary wymierzonej w postępowaniu o naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Dotyczy to także wydatków, gdy nie stosuje się ustawy Pzp, a wykonawców trzeba wybrać w określonym trybie gwarantującym pewne elementy konkurencyjności. Najwyższa Izba Kontroli w trakcie badania wydatków unijnych w zakresie dokonywania wyboru wykonawców zwraca szczególną uwagę na zachowanie zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców jako jednej z naczelných zasad systemu zamówień publicznych.

KARA UMOWNA JAKO INSTRUMENT STYMULUJĄCY REALNE WYKONANIE ZOBOWIĄZAŃ W SYSTEMIE ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

Zdzisław Gordon¹

1. Realne wykonanie zobowiązania umownego to wykonanie zobowiązania zgodnie z jego treścią, a więc w szczególności dopełnienie przez dłużnika wszelkich obowiązków, które przyjął na siebie w umowie². Podkreślić przy tym trzeba, że tylko takie właśnie wykonanie umowy warunkuje osiągnięcie jej celu. Jeśli więc cel ten finansowany jest ze środków unijnych, to realne wykonanie zobowiązania umownego ma zasadnicze znaczenie dla racjonalności wykorzystania tych środków. W tym kontekście należy zatem postrzegać wszelkie instrumenty prawne stymulujące realne wykonywanie zobowiązań umownych, do których zalicza się m.in. kary umowne. Skoro zaś wykonawcy zadań finansowanych ze środków unijnych wyłaniani są – przynajmniej co do zasady – w oparciu o przepisy o zamówieniach publicznych, a ich więź prawną z zamawiającym, będącym dysponentem środków, kształtuje umowa zawierana w trybie tych przepisów, to jurydyczna analiza instytucji kar umownych w systemie zamówień publicznych wydaje się ważna i uzasadniona.

2. Pojęcie kary umownej definiuje przepis art. 483 § 1 k.c. Zgodnie z jego treścią kara umowna to ustalona w umowie kwota, którą dłużnik zobowiązuje się zapłacić wierzycielowi na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego.

Tak rozumianą karę umowną doktryna zazwyczaj plasuje w kręgu tzw. dodatkowych zastrzeżeń umownych³, co oznacza, że źródłem obowiązku jej zapłaty może być tylko umowa⁴ i że klauzule jej dotyczące wprowadza się do treści stosunku zobowiązaniowego w celu zabezpieczenia interesu jednej lub obu stron kontraktu⁵. Nie ma przy tym wątpliwości, że klauzule o karach umownych mogą być wprowadzone do każdej umowy, w ramach której występuje zobowiązanie o niepieniężnym charakterze, bo klauzule te przynależą do kategorii elementów podmiotowo istotnych (*accidentalialia negotii*), nie zaś do kategorii elementów przedmiotowo istotnych (*essentialialia negotii*), zatem nie indywidualizują typu umowy, a więc nie są immanentnie związane z żadnym takim typem.

¹ Dr Zdzisław Gordon, Uniwersytet Mikołaja Kopernika w Toruniu.

² Nt. realnego wykonania zobowiązań zob. zwłaszcza W. Warkało: Ogólne zasady wykonywania zobowiązań, *Studia Prawnicze* 1973, z. 37, s. 53 i nast. oraz W. Siuda: Treść zasady realnego wykonania zobowiązań w obrocie społecznym, *Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny* 1974, z. III, s. 223 i nast.

³ Zob. np. P. Drapała (w.): System prawa prywatnego. Tom 5. Prawo zobowiązań – część ogólna, Warszawa 2006, s. 955 i nast., J. Jastrzębski: Kara umowna, Warszawa 2006, s. 58 i nast.

⁴ Odrębną od kar umownych instytucją prawną, do której z mocy art. 485 k.c. stosuje się przepisy o tych karach, są bowiem tzw. kary ustawowe, w przypadku których obowiązek zapłaty określonej kwoty pieniężnej powstaje *ex lege*. Szerzej na ten temat zob. Z. Gordon: Glosa do wyroku SN z dnia 11 października 1973 r., III CRN 215/73, *Państwo i Prawo* 1975, z. 11, s. 162–166.

⁵ J. Olejniczak (w.): System..., Tom. 5, s. 908.

W doktrynie podkreśla się także akcesoryjny charakter kary umownej⁶, wiążąc jej byt prawny z bytem prawnym zobowiązania głównego w myśl zasady *accessorium sequitur principale*, choć granice tej współzależności mogą być już dyskusyjne. O ile bowiem ważność klauzul o karze umownej, ich wzruszalność i bezskuteczność zawieszona na pewno zależy od ważności, wzruszalności i bezskuteczności zawieszzonej zobowiązania głównego, to już np. w kwestii przedawnienia roszczeń można wątpić, czy przedawnienie roszczeń z tytułu zobowiązania głównego pociąga za sobą przedawnienie roszczeń o zapłatę kary umownej, zwłaszcza wówczas, gdy kara została zastrzeżona na wypadek zwłoki w spełnieniu świadczenia⁷.

3. Powszechnie przyjmuje się, że podstawową funkcją kary umownej jest funkcja kompensacyjna, która wyraża się w tym, że kara stanowi dla wierzyciela surogat odszkodowania, pokrywając poniesioną przez niego szkodę wskutek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania. Wskazuje na to literalne brzmienie art. 483 § 1 k.c., który wprost stanowi o naprawieniu szkody poprzez zapłatę kary. W związku z tym wielu autorów traktowało szkodę jako przesłankę roszczenia o zapłatę kary umownej i twierdziło, że dłużnik może uwolnić się od obowiązku jej zapłaty wykazując brak szkody po stronie wierzyciela⁸, choć prezentowany był też pogląd przeciwny, zgodnie z którym kara należy się wierzycielowi w zastrzeżonej wysokości bez względu na to, czy wierzyciel poniósł szkodę, czy też nie⁹. Stanowisko judykatury w tej kwestii także nie było jednolite¹⁰. Ostatecznie, przynajmniej dla potrzeb praktyki, kwestię przesądził Sąd Najwyższy w poszerzonym składzie formułując zasadę prawną, że „*zastrzeżenie kary umownej na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania nie zwalnia dłużnika z obowiązku jej zapłaty w razie wykazania, że wierzyciel nie poniósł szkody*”¹¹. Bez względu na ocenę stanowiska Sądu Najwyższego jedno wydaje się pewne: wprowadzenie nie podważa ono kompensacyjnej funkcji kary, to jednak prowadzi do istotnego wzmocnienia jej funkcji stymulacyjnej. Kara umowna bowiem w większym niż dotąd stopniu staje się bodźcem do realnego wykonania zobowiązania, bo tylko wykonanie zobowiązania *in natura* pozwala dłużnikowi uniknąć tej sankcji majątkowej i to sankcji oderwanej od jakiegokolwiek szkody po stronie wierzyciela.

Stymulacyjne znaczenie kary umownej ujawnia się też w dwóch innych, wartych odnotowania, aspektach. Po pierwsze – jakkolwiek co do zasady zakres odpowiedzialności z tytułu kary umownej pokrywa się z zakresem wyznaczonym przepisem art. 471 k.c., zatem także odpowiedzialność z tytułu kary umownej wchodzi w grę, gdy niewykonanie lub nienależyte

⁶ Por. np. P. Drapała: *op.cit.*, s. 961–962, J. Jastrzębski: *op.cit.*, s. 178 i nast.

⁷ Zasadnie zwraca na to uwagę J. Jastrzębski: *op.cit.*, s. 234.

⁸ Tak w nowszej literaturze m.in. P. Drapała: Kara umowna (art. 483 k.c.) a odszkodowanie na zasadach ogólnych (art. 471 k.c.), Państwo i Prawo 2003, z. 6, s. 60 i nast., E. Skowrońska-Bocian: Kara umowna – kompensacja czy represja? Zeszyty Prawnicze Uniwersytetu Kardynała Stefana Wyszyńskiego, Warszawa 2003, z. 3.2., s. 179–193

⁹ Tak wcześniej J. Szwaja: Kara umowna według kodeksu cywilnego, Warszawa 1967, s. 89 i nast., a nowszym piśmiennictwie np. K. Falkiewicz, M. Wyrynkiewicz: Kara umowna w obrocie gospodarczym, Warszawa 2001, s. 47 oraz J. Jastrzębski: *op.cit.*, s. 250 i nast.

¹⁰ Za pierwszym stanowiskiem SN wypowiedział się m. In. w orz. Z dnia 14 lipca 1976 r., I CR 221/76, OSN-CP 1977, z. 4, poz. 76 oraz w niepublikowanym orz. z dnia 20 lutego 2003 r., II CKN 1158/00, zaś za drugim np. w orz. z dnia 2 czerwca 1970 r., II CR 167/70, OSN-CP 1970, z. 11, poz. 214 oraz w orz. z dnia 7 lutego 1975 r., III CRN 406/74, OSN-CP 1976, z. 2, poz. 34.

¹¹ Uchwała Składu Siedmiu Sędziów SN z dnia 6 listopada 2003 r., III CZP 61/03, OSN-IC 2004, z. 5, poz. 69.

wykonanie zobowiązania nastąpiło z przyczyn obciążających dłużnika¹², to jednak nie ma przeszkód po temu, by umowa przewidywała karę z powodu okoliczności niezawinionych przez dłużnika¹³, co zdecydowanie wzmacnia stymulacyjne oddziaływanie kary. Po drugie – wierzyciel może wykorzystać kary jako instrument bezpośredniego oddziaływania na dłużnika, np. zapewniając rezygnację z dochodzenia całości lub części kary pod warunkiem, że dłużnik usunie skutki nienależytego wykonania zobowiązania w określonym terminie. Typową może tu być sytuacja, w której wierzyciel oświadczy będącemu w zwłoce dłużnikowi, że zaniecha dochodzenia kar, o ile zobowiązanie zostanie wykonane we wskazanym terminie dodatkowym. Tego typu oddziaływanie na dłużnika możliwe jest także w sferze zamówień publicznych. Jakkolwiek bowiem przepisy o finansach publicznych nakładają na jednostki sektora publicznego obowiązek ustalania przypadających im należności pieniężnych, w tym należności cywilnoprawnych, i obowiązek terminowego podejmowania w stosunku do zobowiązanych czynności zmierzających do wykonania zobowiązań¹⁴, to jednak – co do należności cywilnoprawnych – przy spełnieniu określonych przesłanek dopuszczają ich umorzenie w całości lub w części, a także ich rozłożenie na raty lub odroczenie ich spłaty¹⁵.

4. Wkraczając na grunt zamówień publicznych w pierwszej kolejności trzeba odnotować, że poprzednio obowiązujące przepisy zawierały wzmiankę o karach umownych stanowiąc, iż w specyfikacji istotnych warunków zamówienia należy wskazać – obok innych istotnych postanowień umowy, która ma być zawarta – także wysokość tych kar¹⁶. Przepisy obecnie obowiązujące¹⁷ rozwiązania tego nie recypowały i w ich treści brak jest jakichkolwiek unormowań o karach. Jedyne wnioski z tego wynika to jednak ten tylko, że w aktualnym stanie prawnym ewentualne zastrzeżenie kar umownych ustawodawca pozostawił zamawiającemu i wykonawcom, ale wprowadzanie klauzul o karach umownych do umów zawieranych w trybie przepisów o zamówieniach publicznych oczywiście w dalszym ciągu jest prawnie dopuszczalne. Żaden przepis Pzp nie wyłącza bowiem takiej możliwości, zaś zgodnie z art. 139 ust. 1 Pzp, do umów w sprawach zamówień publicznych – jeżeli przepisy Pzp nie stanowią inaczej – stosuje się przepisy kodeksu cywilnego, zatem także przepisy tego kodeksu o karach umownych. Uznać przy tym należy, że klauzule o karach są nie tylko dopuszczalne, ale i pożądane z uwagi na wskazaną wcześniej ich funkcję stymulacyjną. Dotyczy to zwłaszcza tych przypadków, w których zamówienie publiczne jest finansowane ze środków unijnych, bo wzmacniając tzw. dyscyplinę umowną kary mogą przynajmniej do pewnego stopnia chronić przed obowiązkiem zwrotu tych środków.

¹² Zamiast wielu zob. np. P. Drapała (w:) System... Tom 5, s. 963.

¹³ Tak trafnie SN w niepublikowanym orz. z dnia 17 marca 2004 r., IV CKN 300/04 oraz SA w Katowicach w orz. z dnia 28 września 2010 r., V ACa 267/10, LEX nr 785490.

¹⁴ Zob. art. 42 ust. 1 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. nr 157, poz. 1240 ze zm.).

¹⁵ Zob. art. 55–59 ustawy powołanej w poprzednim przypisie.

¹⁶ Zob. art. 35 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 10 czerwca 1994 r. o mówieniach publicznych (Dz. U. z 2002 r. nr 72, poz. 664 ze zm.).

¹⁷ Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2010, nr 5 113, poz. 759 ze zm.), określana dalej jako Pzp.

5. Z formuły art. 483 § 1 k.c. wynika, że kara umowna może być zastrzeżona tylko na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązań niepieniężnych. Wprawdzie w orzecznictwie prezentowany był też pogląd odmienny¹⁸, to jednak jest on wątpliwy, bo kłóci się z literalnym brzmieniem przywołanego na wstępie przepisu. Dlatego aktualnie zarówno judykatura¹⁹, jak i doktryna²⁰ wyraźnie odcinają się od tego poglądu. W konsekwencji przyjęć trzeba, że klauzula umowna przewidująca kary na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania pieniężnego – jako sprzeczna z prawem – byłaby na mocy art. 58 § 1 k.c. bezwzględnie nieważna

Pomimo wskazanego zawężenia zakresu stosowania konstrukcji kary umownej i tak zakres ten pozostaje rozległy, jako że rozciąga się na wszelkie świadczenia niepieniężne, a więc zarówno takie, które polegają na czynieniu (świadczenia typu *dare* i typu *facere*), jak i na świadczenia polegające na nieczynieniu (świadczenia typu *non facere* i typu *pati*)²¹. Nie ma też znaczenia to, czy chodzi o świadczenia niepieniężne z umów nazwanych, nienazwanych lub mieszanych, jak też to, czy chodzi o świadczenia niepieniężne z tzw. umów rezultatu lub tzw. umów starannego działania²². W związku z tym można zaryzykować tezę, że w praktyce właściwie nieomal we wszelkich umowach zawieranych w trybie przepisów o zamówieniach publicznych dopuszczalne jest zastrzeżenie kar umownych, a w każdym razie dopuszczalne jest zastrzeżenie tych kar na rzecz zamawiającego, bo po stronie wykonawcy nieomal zawsze występują obowiązki niepieniężne, uchybienie którym może być obwarowane karą. Powyższe nie oznacza, aby nie była możliwa sytuacja odwrotna i nie wchodziło w grę zastrzeżenie kar od zamawiającego na rzecz wykonawcy. Na zamawiającym – obok obowiązku zapłaty, a więc świadczenia pieniężnego – mogą bowiem spoczywać też obowiązki świadczeń niepieniężnych, jak np. w przypadku umowy o roboty budowlane – obowiązek dostarczenia dokumentacji projektowej czy obowiązek przekazania terenu budowy (art. 647 k.c.). Warto przy tym odnotować, że także kary „przypisane” zamawiającemu mogą w istotny sposób wpływać na osiągnięcie celu umowy, a co za tym idzie – na racjonalne wykorzystanie środków unijnych. Powszechnie znana niechęć zamawiających do akceptacji takich kar nie sprzyja więc temu celowi.

6. W myśl art. 484 § 1 k.c. kara umowna należy się wierzycielowi w zastrzeżonej wysokości bez względu na wysokość poniesionej szkody, a żądanie odszkodowania przenoszącego wysokość zastrzeżonej w umowie kary nie jest dopuszczalne. W ten sposób ustawodawca przyjmuje jako zasadę konstrukcję kary, którą określa się mianem kary wyłącznej. Przywołany przepis sankcjonujący tę zasadę ma jednak charakter dyspozytywny. Wobec powyższego strony mogą w umowie inaczej określić relację między karą umowną a odszkodowaniem ustalonym na zasadach ogólnych. Daje to podstawę do wyróżnienia – obok wspomnianej kary wyłącznej – także innych jej postaci, w tym kary zaliczanej, kary alternatywnej oraz kary kumulatywnej²³. Kara za-

¹⁸ Zob. motywy orz. SN z dnia 6 listopada 2003 r., III CZP 61/03, OSN-IC 2004, z. 5, poz. 69 oraz niepublikowane orz. SN z dnia 10 października 2003 r., II CK 120/02.

¹⁹ Zob. np. orz. SN z dnia 24 lipca 2009 r., II CNP 16/09, LEX nr 603757.

²⁰ Zamiast wielu zob. np. P. Drapała (w:) System... Tom 5, s. 959.

²¹ *Ibidem*, s. 959.

²² Zob. orz. SN z dnia 12 grudnia 2007 r., V CSK 333/07, OSN-IC 2009, z. 2, poz. 30.

²³ Zamiast wielu zob. np. P. Drapała (w:) System... Tom 5, s. 966-968 oraz J. Jastrzębski: *op.cit.*, s. 279-283.

liczana polega na tym, że wierzyciel ma prawo dochodzenia kary, a nadto odszkodowania na zasadach ogólnych w takiej wysokości, w jakiej kara nie pokryła poniesionej przez niego szkody. W ten sposób karę niejako „zalicza się” na poczet należnego wierzycielowi odszkodowania i stąd bierze się nazwa tej konstrukcji kary. Z kolei kara alternatywna polega na tym, że wierzycielowi przysługuje prawo wyboru między dochodzeniem kary umownej albo dochodzeniem odszkodowania na zasadach ogólnych, przy czym wybór kary wyłącza możliwość dochodzenia odszkodowania i odwrotnie. Istota kary kumulatywnej (łącznej), będącej przeciwieństwem kary wyłącznej, sprowadza się natomiast do tego, że wierzyciel może dochodzić zarówno kary umownej, jak i odszkodowania na zasadach ogólnych w pełnej wysokości, odpowiadającej rozmiarowi szkody podlegającej naprawieniu.

Wobec braku unormowań szczególnych trzeba przyjąć, że kodeksowa regulacja w omawianym zakresie zachowuje aktualność także na gruncie prawa zamówień publicznych. W tym kontekście wypada odnotować, że w doktrynie nie ma wątpliwości, że co do tego, że z woli stron kodeksowa konstrukcja kary wyłącznej może być „zastąpiona” konstrukcją kary zaliczanej i kary alternatywnej. Sporna jest natomiast dopuszczalność konstrukcji kary kumulatywnej²⁴. Ramy opracowania nie pozwalają na wyczerpującą analizę problemu, należy zatem poprzestać na stwierdzeniu, że względnie na zasadę wolności umów i na istotne znaczenie funkcji stymulacyjnej kar skłania ku stanowisku, zgodnie z którym także kara kumulatywna jest dopuszczalna.

7. W praktyce zastrzeżenie kar umownych zazwyczaj następuje w umowie kreującej zobowiązanie główne. W cywilistyce nie ma jednak wątpliwości, że może to nastąpić także w odrębnym porozumieniu²⁵. Przyjmuje się przy tym, że może to być porozumienie poprzedzające zawarcie umowy głównej zawarte pod warunkiem zawieszającym, że umowa główna dojdzie do skutku²⁶, jak i że może to być porozumienie „uzupełniające” umowę główną, dochodzące do skutku po jej zawarciu. Wobec powyższego powstaje pytanie, czy wskazane rozwiązania są dopuszczalne także w systemie umów zawieranych w ramach zamówień publicznych. Wydaje się, że odpowiedź na to pytanie powinna być negatywna. W przepisach Pzp ustawodawca ustanawia bowiem określoną sekwencję czynności prowadzących do zawarcia umowy, a w efekcie do ukształtowania treści stosunku prawnego, którego umowa ta dotyczy, a uprzednie lub następcze porozumienie w sprawie kary umownej naruszałoby tę sekwencję. Jakkolwiek więc uprzednie lub następcze porozumienie w sprawie kary umownej formalnie należy traktować jako odrębną umowę (czynność prawną), to merytorycznie byłaby to umowa kształtująca treść stosunku głównego, podnosząca klauzulę o karach do rangi dodatkowego zastrzeżenia umownego w ramach umowy głównej. To zaś uzasadniałoby ocenę analizowanych porozumień przez pryzmat wymagań dla umowy głównej. Jeśli

²⁴ Przeciwno dopuszczalności tej konstrukcji wypowiedział się dawniej J. Szwaja: *op.cit.*, s. 126, a w nowszym piśmiennictwie m. In. P. Drapała: *Kara umowna...*, s. 64 E. Skowrońska-Bocian: *op.cit.*, s. 191 oraz M. Bączyk: *Przy czynieniu się wierzyciela do powstania szkody a wysokość kary umownej (w): Ars et Usus. Księga pamiątkowa ku czci Sędziego Stanisława Rudnickiego*, Warszawa 2009, s. 51. Konstrukcję tej kary dopuszczają natomiast Z. Gordon (w:) Z. Gordon, Z. Kwaśniewski, J. Łopuski, J. Winiarz: *Prawo obrotu gospodarczego*, Warszawa 1987, s. 155, a nowszym piśmiennictwie np. W. J. Katner (w:) *System prawa handlowego. Tom 5. Prawo umów handlowych*, Warszawa 2011, s. 519-520 oraz J. Jastrzębski: *op.cit.*, s. 289–290.

²⁵ Zamiast wielu zob. np. P. Drapała (w:) *System...* Tom 5, s. 960.

²⁶ *Ibidem*, s. 960.

tak, to porozumienie uprzednie należałoby uznać za dokonane z naruszeniem przepisu 94 ust. 1 Pzp o terminach zawarcia umowy w ramach zamówień publicznych (tzw. *standstill period*), zaś porozumienie następcze – za dokonane z naruszeniem przepisu art. 144 ust. 1 Pzp o zmianach umowy w ramach zamówień publicznych w zakresie istotnych jej postanowień. W obu przypadkach ustawodawca przewidział sankcję nieważności względnej, przyznając Prezesowi UZP legitymację do wystąpienia do sądu o unieważnienie umowy albo jej zmian²⁷.

8. Przepisy Pzp zawierają szczególną regulację, dotyczącą kształtowania treści umowy zawieranej w ich trybie. Regulacja ta ma ważne znaczenie także w odniesieniu do kar umownych.

Za punkt wyjścia do rozważań w tej kwestii trzeba przyjąć unormowanie z art. 36 ust. 1 pkt 16 Pzp, zgodnie z którym specyfikacja istotnych warunków zamówienia musi zawierać m. in. istotne dla stron postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści umowy, ogólne warunki umowy albo wzór umowy, jeżeli zamawiający wymaga od wykonawcy, aby zawarł z nim umowę na takich warunkach. Z tym unormowaniem skorelowany jest przepis art. 82 ust. 3 Pzp, który stanowi, że treść oferty musi odpowiadać treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Podkreślenia wymaga przy tym to, że na gruncie zamówień publicznych istotę oferty należy postrzegać tak samo, jak w klasycznej cywilistyce²⁸. Wniosek taki uzasadnia nie tylko formuła art. 14 Pzp, ale także przyjęta w teorii wykładni prawa dyrektywa konsekwencji terminologicznej, zgodnie z którą tym samym zwrotom należy nadawać to samo znaczenie²⁹. Pod pojęciem oferty trzeba zatem rozumieć złożone drugiej stronie oświadczenie woli zawarcia umowy, określające istotne postanowienia tej umowy (art. 66 § 1 k.c.). Jeśli tak, to wymagana przepisem art. 82 ust. 3 Pzp zbieżność oferty ze specyfikacją oznacza w szczególności zbieżność co do istotnych warunków umowy, która ma być zawarta.

W rozważaniach na temat oferty w dawniejszej literaturze cywilistycznej przyjmowano, że „istotne warunki umowy” to tzw. elementy przedmiotowo istotne (*essentialia negotii*) umowy określonego typu³⁰. Pogląd ten został przejęty w piśmiennictwie z zakresu zamówień publicznych³¹. Jest to jednak pogląd wątpliwy przede wszystkim dlatego, że o elementach przedmiotowo istotnych umowy można mówić tylko w odniesieniu do umów nazwanych³², czyli umów stypizowanych w obowiązującym prawie poprzez sformułowanie ich ustawowej definicji wskazującej te elementy i ustanowienie odrębnej regulacji

²⁷ Zob. odpowiedni art. 146 ust. 1 pkt 3 i art. 144a ust. 1 pkt 2 Pzp

²⁸ A. Sowiński: Jeszcze o zamówieniach z wolnej ręki, *Zamówienia Publiczne – Doradca* 2008, z. 6, s. 34 oraz Z. Gordon: Problem obowiązku zawarcia umowy w systemie zamówień publicznych (w:) *Nowe podejście do zamówień publicznych – zamówienia publiczne jako instrument zwiększania innowacyjności gospodarki i zrównoważonego rozwoju. Doświadczenia polskie i zagraniczne. Artykuły na IV Konferencję Naukową*. Kazimierz Dolny 2011, s. 41.

²⁹ L. Morawski: *Zasady wykładni prawa*, Toruń 2006, s. 104–105

³⁰ Zob. np. A. Wolter: *Prawo cywilne. Zarys części ogólnej*, Warszawa 1979, s. 269, S. Grzybowski: *Prawo cywilne. Zarys części ogólnej*, Warszawa 1974, s. 222.

³¹ Zob. np. T. Czajkowski (red.): *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2007, s. 175 oraz P. Granecki: *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2009, s. 179.

³² Z. Radwański: *Teoria umów*, Warszawa 1977, s. 252–253. Zob. także M. Jasiakiewicz: *Zawarcie umowy obrotu handlowym*, Toruń 1995, s. 22.

prawnej, tyczącej tylko tych umów. Jeśli więc termin „istotne warunki umowy” utożsamiać z elementami przedmiotowo istotnymi danego typu umowy, to nie byłoby możliwe sprecyzowanie istotnych warunków umów nienazwanych i mieszanych, zatem – pozostając tylko w obrębie unormowań Pzp, choć kwestia ma szerszy wymiar – w odniesieniu do tych umów w ogóle nie można byłoby stosować przepisu art. 36 ust. 1 pkt 16 Pzp, jak i wszelkich przepisów Pzp stanowiących o ofercie. Byłaby to jednak wykładnia prowadząca do nie nadających się do zaakceptowania wniosków, a taka wykładnia (wykładnia *ad absurdum*) jest oczywiście niedopuszczalna³³. Wobec tego należy wyraźnie stwierdzić, że kategoria elementów przedmiotowo istotnych służy wyłącznie przypisaniu umowy realnie zawartej w obrocie do danego typu umowy nazwanej względnie poczynieniu konstatacji, że przypisanie takie nie jest możliwe, a zatem że realnie zawarta umowa jest umową nienazwaną względnie mieszaną i w żadnym razie nie może być utożsamiana z pojęciem istotnych warunków umowy³⁴. Jest tak tym bardziej, że w każdej umowie – aby można było mówić, że doszła ona do skutku – strony muszą zindywidualizować swoje prawa i obowiązki choćby co do przedmiotu świadczenia, a to już do *essentialiarum negotii* nie należy. Zgodzić się zatem trzeba z poglądem, że „istotne postanowienia umowy” to nie jej elementy przedmiotowo istotne, ale co najmniej elementy konieczne konsensu (czyli elementy, jakie muszą być objęte konsensem, aby umowa doszła do skutku), które mogą być uzupełnione do dalsze elementy podniesione do rangi istotnych z woli stron, tradycyjnie określane mianem elementów podmiotowo istotnych (*accidentalium negotii*)³⁵. Nie ulega wątpliwości, że do elementów podmiotowo istotnych umowy należą w szczególności dodatkowe zastrzeżenia umowne, a więc m.in. klauzule dotyczące kar umownych. Tym samym klauzule te plasują się w kręgu istotnych postanowień umowy, o których stanowi art. 36 ust. 1 pkt 16 Pzp

9. Usytuowanie klauzul o karach umownych w kręgu istotnych postanowień umowy wskazanych w treści SIWZ ma kapitalne znaczenie praktyczne z uwagi na naturę prawną specyfikacji.

Przede wszystkim nie powinno budzić wątpliwości, że opublikowanie i udostępnienie specyfikacji stanowi fakt (zdarzenie) prawne. Istotą faktu prawnego jest to, że w jego wyniku dochodzi do powstania, zmiany lub ustania stosunku prawnego³⁶. W tym kontekście trzeba bowiem dostrzec, że w wyniku ogłoszenia o zamówieniu i specyfikacji dochodzi do powstania takiego stosunku, określanego mianem stosunku przedprzetargowego³⁷ albo przedkontraktowego³⁸, a SIWZ jest zasadniczym elementem kształtującym jego treść. Spośród faktów prawnych tylko czynność prawna może być postrzegana jako ten, który kreuje stosunek przedkontraktowy i kształtuje jego treść, bowiem u podstaw tego stosunku tkwi oświadczenie woli zamawiającego zawarte w ogłoszeniu o postępowaniu i w SIWZ, zaś oświadczenie woli jest

³³ L. Morawski: *op.cit.*, s. 150–151.

³⁴ Zob. prace przywołane w przypisie 31.

³⁵ Z. Radwański: *op.cit.*, s. 251 i nast.

³⁶ Zob. np. A. Wolter: *op.cit.*, s. 105 i nast.

³⁷ Tak R. Szostak: *Przetarg nieograniczony na zamówienia publiczne – zagadnienia konstrukcyjne*, Kraków 2005, s. 52 i nast.

³⁸ Tak np. Z. Radwański (w:) *System...*, Tom 2. Prawo cywilne – część ogólna, Warszawa 2008, s. 354 i nast.

zasadniczym czynnikiem wyznaczającym istotę czynności prawnej³⁹. W konsekwencji SIWZ należy uznać za jednostronną czynność prawną zamawiającego⁴⁰

Jądrem stosunku przedkontraktowego kreowanego przez SIWZ jest z jednej strony wiążący zamawiającego wobec innych uczestników postępowania o zamówienie publiczne wybór trybu udzielenia zamówienia oraz jego zobowiązanie do przeprowadzenia procedury udzielenia zamówienia według określonych zasad i warunków, w tym przede wszystkim co do wskazanych kryteriów oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej z nich, z drugiej zaś – zobowiązanie zamawiającego co do tego, że jeżeli dojdzie do zawierania umowy z wybranym oferentem, to umowa zostanie zawarta zgodnie ze wskazanymi w SIWZ jej istotnymi warunkami.

Kwalifikacja specyfikacji istotnych warunków zamówienia jako jednostronnej czynności prawnej ma poważne konsekwencje. Sprawia bowiem, że skutki prawne SIWZ trzeba oceniać przez pryzmat ogólnych przepisów o czynnościach prawnych, w tym zwłaszcza art. 56, art. 58 i art. 65 k.c., a także przez pryzmat przepisów sankcjonujących odpowiedzialność z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązań wynikających z czynności prawnych. Z punktu widzenia prowadzonych tu rozważań szczególne znaczenie ma konieczność zastosowania art. 56 k.c., który stanowi, że czynność prawna wywołuje skutki nie tylko w niej wyrażone, ale także skutki, które wynikają z ustawy, zasad współżycia społecznego i ustalonych zwyczajów. Pociąga to bowiem za sobą m. in. tę konsekwencję, że ewentualne „luki” w treści specyfikacji, i to zarówno „luki” co do warunków stosunku przedkontraktowego, jak i co do treści umowy, której zawarcia oczekuje zamawiający, należy wypełniać dyspozycjami wynikającymi z względnie stosowalnych przepisów prawa. Jeśli więc wśród istotnych postanowień umowy wyszczególnionych w SIWZ nie znajdzie się klauzula o karach umownych, to przyjąć trzeba, że zamawiający założył, iż kontraktowa odpowiedzialność odszkodowawcza będzie realizowana poprzez zapłatę odszkodowania na zasadach ogólnych.

W świetle poczynionych uwag nasuwa się wniosek, że umowy zawierane w trybie przepisów o zamówieniach publicznych mogą zawierać postanowienia o karach umownych tylko wówczas, gdy takie postanowienia zostały przewidziane w SIWZ wśród istotnych postanowień, które zostaną wprowadzone do treści umowy albo gdy postanowienia o karach zostały przewidziane we wzorze umowy objętym treścią SIWZ albo wreszcie gdy klauzule o karach zawierają ogólne warunki umów, do których SIWZ odsyła. Zarazem, jeśli w grę miałyby wchodzić inna konstrukcja kary niż przewidziana art. 484 § 1 k.c. kara wyłączna, SIWZ, wzór umowy lub ogólne warunki musiałby na to wyraźnie wskazywać, bo brak tak takiego – stosownie do treści art. 56 k.c. – wskazania nakazywałby przyjęcie konstrukcji kary wyłącznej z art. 484 § 1 k.c. W związku z tym – z uwagi na treść art. 82 ust. 3 Pzp – należy wykluczyć możliwość wprowadzenia

³⁹ *Ibidem*, s. 33–35 i cyt. tam literatura.

⁴⁰ Tak zwłaszcza Z. Gordon: Charakter prawny specyfikacji istotnych warunków zamówienia w systemie zamówień publicznych (w:) *Prawo handlowe po przystąpieniu Polski do Unii Europejskiej*, Warszawa 2010, s. 411 i nast. Tak samo W. Dzierżanowski, J. Jurzykowski, M. Stachowiak: *Prawo zamówień publicznych*, LEX 2007 oraz – jak się wydaje – R. Szostak: *Przetarg*: *op.cit.* 45 i nast. Odmiennie Z. Czajkowski (red.): *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2004, s. 129, ale w nowszym wydaniu tej pracy, przywołanej w przypisie 30, autorzy poglądu tego już nie powtórzyli.

dzenia do oferty klauzul o karach, jeżeli takie klauzule w ogóle nie były przewidziane w SIWZ. Tak samo należy wykluczyć możliwość wprowadzenie do oferty klauzul o karach zaliczanych, alternatywnych lub kumulatywnych, jeżeli SIWZ nie przewidywałaby wyraźnie którejkolwiek z tych konstrukcji kary. Co więcej – w każdym z tych przypadków należałoby przyjąć, że treść oferty nie odpowiada treści SIWZ, a wobec tego oferta powinna być odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp

Możliwe natomiast wydaje się rozwiązanie polegające na tym, że zamawiający wskaże w SIWZ, iż odpowiedzialność kontraktowa będzie realizowana poprzez zapłatę kar umownych i jednocześnie pozostawi wykonawcom przedstawienie w ofercie szczegółowych propozycji w tym zakresie, zwłaszcza propozycji co do tytułów uzasadniających zapłatę kar oraz ich wysokości. Na marginesie warto zaznaczyć, że takie rozwiązanie nie dawałoby jednak podstaw do potraktowania tych propozycji jako jednego z kryteriów oceny oferty, jako że nie dotyczy bezpośrednio przedmiotu zamówienia (art. 91 Pzp). Natomiast jego zaletą jest to, że dzięki niemu wykonawcy uzyskaliby realny wpływ na klauzule o karach, w innych przypadkach możliwy tylko w razie zamówień z wolnej ręki. Zapewne odpowiadałoby to oczekiwaniom wykonawców, którzy często podnoszą, że klauzule o karach umownych proponowane przez zamawiającego zazwyczaj charakteryzują się swoistą asymetrią i uwzględniają wyłącznie interes zamawiającego albo jego interes wyraźnie preferują. Skądinąd trudno się z tym nie zgodzić, zwłaszcza wówczas, gdy SIWZ przewiduje kary obciążające jedynie wykonawcę albo w zawartych w SIWZ klauzulach zachodzi rażąca dysproporcja między karami obciążającymi wykonawcę i karami obciążającymi zamawiającego.

10. W doktrynie wskazuje się, że zastrzeżenie kary umownej można odnieść do niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania w ogólności, jak też można powiązać karę umowną z poszczególnymi przejawami niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, np. ze zwłoką w spełnieniu świadczenia czy wadliwością jego przedmiotu⁴¹. W umowach zawieranych w ramach zamówień publicznych obydwa wskazane rozwiązania są możliwe, bo żaden przepis prawa nie ogranicza stron w tym zakresie. W grę wchodzi jedno tylko zastrzeżenie: zgodnie z wcześniejszymi uwagami kwestia musi być rozstrzygnięta już w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Dlatego twórcy specyfikacji muszą mieć świadomość, że pierwsze rozwiązanie może w praktyce okazać się dla obu stron kłopotliwe i ryzykowne. Jeśli bowiem kara zostanie zastrzeżona w ogólności na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania bez precyzowania jego przejawów, z którymi strony zwiążą obowiązek zapłaty kary, to powstaje zasadnicza wątpliwość co do zakresu zaspokojenia interesu wierzyciela poprzez jej zapłatę. W szczególności chodzi np. o to, czy w przypadku, w którym dłużnik spełnił świadczenie ze zwłoką i jednocześnie dostarczył przedmiot świadczenia dotknięty wadami, kara będzie się należała wierzycielowi jednokrotnie czy dwukrotnie. Problem tzw. zwielokrotnienia kary⁴² dotyczy wszelkich umów, ale ma szczególny ciężar gatunkowy w przypadku umów o świadczenia ciągłe i o świadczenia okresowe,

⁴¹ Zob. zwłaszcza P. Drapała (w:) System... Tom 5, s. 959 oraz J. Jastrzębski: *op.cit.*, s. 190 i nast.

⁴² Por. J. Jastrzębski: *op.cit.*, s. 249.

bo w ich przypadku nasila się ryzyko powtarzalności jednostkowych naruszeń umowy i to w różnych ich przejawach. Doktryna zasadnie zaleca rozstrzygnięcie omawianego problemu na płaszczyźnie wykładni oświadczeń woli⁴³. Reguły tej wykładni określa przepis art. 65 k.c., a w razie sporu między stronami dokonuje jej sąd. Wynik wykładni jest więc dla stron w gruncie rzeczy nieprzewidywalny, przy czym w skrajnych przypadkach nie można wykluczyć, że sąd dojdzie do przekonania, iż w istocie między stronami w kwestii kar w ogóle nie doszło do konsensu, co będzie miało ten skutek, że przynajmniej klauzule o karach trzeba będzie uznać za nieistniejące. Mając powyższe na względzie należy zdecydowanie opowiedzieć się za szczegółowym redagowaniem klauzul o karach i precyzyjnym wskazywaniem w ich treści okoliczności z zaistnieniem których związany jest obowiązek zapłaty kary. Na marginesie należy też odnotować, że postulowana redakcja klauzul o karach ma istotne znaczenie dla rozstrzygnięć dotyczących kwestii zbiegu roszczenia o karę umowną z innymi roszczeniami *ex contractu*, a zwłaszcza z roszczeniem o wykonanie zobowiązania głównego⁴⁴ i dlatego także z tego względu jest pożądana.

11. W przypadku, gdy umowa wiąże karę z poszczególnymi przejawami niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania powstaje problem tzw. kumulacji kar, tj. możliwości jednoczesnego dochodzenia kar należnych z różnych tytułów. Zauważalne jest tu podobieństwo do wspomnianej wcześniej konstrukcji zwielokrotnienia kary, ale rozstrzygnięcie problemu opiera się na innych zasadach. O ile bowiem dla dopuszczalności zwielokrotnienia kary decydujące znaczenie ma wykładnia umowy, o tyle kumulacja kar jest – przynajmniej co do zasady – dopuszczalna *ex lege*⁴⁵. Jak się wydaje jedyny wyjątek od tej zasady zachodzi wówczas, gdy zapłata kary zastrzeżonej z jednego tytułu zaspokaja interes wierzyciela chroniony karą z innego tytułu. Jako przykład można tu wskazać na sytuację, w której umowa przewiduje karę na wypadek zwłoki dłużnika w spełnieniu świadczenia oraz karę na wypadek odstąpienia od umowy przez wierzyciela wskutek zwłoki dłużnika. W takim przypadku bowiem kara z tytułu odstąpienia zaspokaja interes wierzyciela naruszony zwłoką dłużnika, a zatem „konsumuje” karę z tytułu zwłoki. W innych przypadkach kary z różnych tytułów mogą być kumulowane. Dopuszczalne jest jednak zastrzeżenie umowne, że suma skumulowanych kar nie będzie mogła przekraczać określonej kwoty.

12. Bez względu na to, czy kary zostaną związane z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zobowiązania w ogólności, czy też z indywidualnie oznaczonymi przejawami naruszenia zobowiązania, umowna klauzula o karach musi wskazywać ich wysokość, bowiem w ujęciu art. 483 § 1 k.c. kara stanowi zawsze określoną sumę pieniężną. Wymogowi wskazania wysokości kar czyni zadość nie tylko kwotowe ich określenie, ale także wskazanie podstaw do ich ustalenia⁴⁶. W doktrynie wskazuje się na różne rozwiązania w tym względzie⁴⁷. W szczególności możliwe jest ustalenie wysokości kary jako ułamka wartości ceny albo wynagrodzenia, jak też – w przypadku kar za zwłokę albo za opóźnienie – poprzez wskazanie dziennej stawki

⁴³ *Ibidem*, s. 194 i s. 249.

⁴⁴ *Ibidem*, s. 266 i nast.

⁴⁵ Z. Gordon (w:) *Prawo obrotu gospodarczego...*, s. 155.

⁴⁶ J. Jastrzębski: *op.cit.*, s. 195.

⁴⁷ *Ibidem*, s. 195.

kary albo podstawy do ustalenia tej stawki. Nie jest natomiast możliwe pozostawienie wysokości kary do tzw. następczego ustalenia czy to przez strony, czy to przez osobę trzecią czy wreszcie przez sąd państwowy albo polubowny⁴⁸. Jeśli więc umowa nie określa wysokości kar, to klauzulę umowną o karach należy uznać za bezskuteczną.

13. Jak była o tym mowa, w praktyce wykonawcy często kwestionują propozycje zamawiających w zakresie kar, zarzucając tym propozycjom jednostronność i wygórowanie stawek kar. Sprawy tego typu niejednokrotnie były przedmiotem rozstrzygnięć sądowych oraz rozstrzygnięć Krajowej Izby Odwoławczej. Stanowisko orzecznictwa w tej kwestii jest jednolite: zarówno sądy, jak i KIO nie znajdują podstaw do ingerencji w treść specyfikacji i umów w zakresie stawek kar⁴⁹. W uzasadnieniu tego stanowiska zwraca się uwagę przede wszystkim na to, że ustawodawca ustalenie stawek kar pozostawia stronom i w żaden sposób ich w tym zakresie nie limituje, skoro zaś prawo zna instytucję miarkowania kar m. in. z powodu ich rażącego wygórowania, to nawet kary rażąco wygórowane są dopuszczalne. Podnosi się także, że prawo nie daje podstaw do przyjęcia, aby dodatkowe zastrzeżenia umowne, w tym zwłaszcza kary, musiały być ułożone symetrycznie. Wskazuje się wreszcie, że znaczące stawki kar mają istotne znaczenie z punktu widzenia jej funkcji stymulacyjnej czy prewencyjno-wychowawczej. Jakkolwiek trudno się z tymi twierdzeniami nie zgodzić, to jednak wydaje się, że przy ocenie stawek kar organy orzecznicze gubią z pola widzenia jeden jeszcze istotny element. Chodzi mianowicie o to, że wygórowane stawki kar obciążających wykonawców zwiększają skalę ponoszonego przez nich ryzyka, zaś przejmowanie zwiększonego ryzyka związanego z realizacją zamówienia publicznego zazwyczaj rzutuje na kalkulację oferowanej ceny, czyli najważniejszego kryterium wyboru najkorzystniejszej oferty. W ten sposób propozycje dotyczące znaczenia wygórowanych kar mogą przekładać się na konkurencyjność ofert, zatem – jak się wydaje – powinny być one oceniane także z tego punktu widzenia, za-tem chyba nie do końca „wymykają się” spod kontroli KIO i sądów.

⁴⁸ *Ibidem*, s. 196.

⁴⁹ Zob. np. orz. SO we Wrocławiu z dnia 14 kwietnia 2008 r., X Ga 67/08 (w:) Zamówienia publiczne w orzecznictwie, z. 4., poz. 182, a także orz. KIO z dnia 29 maja 2008 r., KIO/UZP 468/08 i KIO/UZP 480/08 (w:) Zamówienia publiczne w orzecznictwie, z. 2., poz. 117, z dnia 19 maja 2009 r., KIO/UZP 565/09 (w:) Zamówienia publiczne w orzecznictwie, z. 5., poz. 101, z dnia 23 października 2009 r., KIO/UZP 1467/09 (w:) Zamówienia publiczne w orzecznictwie, z. 5., poz. 104 oraz 29 listopada 2009 r., KIO/UZP 1547/09 (w:) Zamówienia publiczne w orzecznictwie, z. 5., poz. 217.

Z PROBLEMATYKI USTALANIA WARTOŚCI ZAMÓWIENIA PUBLICZNEGO – NADUŻYCIA GODZĄCE W INTERES PUBLICZNY W DOSTAWACH I USŁUGACH INFORMATYCZNYCH

Franciszek Łapecki¹

1. WSTĘP

Ustalenie wartości przedmiotu zamówienia jest jedną z czynności przygotowawczych postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Z tego też powodu ma zasadnicze znaczenie dla prawidłowości procedury.

Istotne jest wskazanie obszarów, w których dochodzi do nadużyć oraz wskazanie działań zamawiającego gwarantujących prawidłowość czynności w zakresie szacowania wartości zamówienia.

Podstawową kwestią wymagającą rozstrzygnięcia jest zbadanie, w jaki sposób nadużycia stwierdzone w procesie kontroli wpływają na cele postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Istotne dla problematyki artykułu jest także określenie, jaka jest specyfika zamówień na usługi dostawy informatyczne. Ważne jest także pytanie o zasady finansowania ze środków Unii Europejskiej tych zamówień. Określenia wymagają także rodzaj, waga i skala stwierdzanych uchybień i ich konsekwencje.

2. FUNKCJE CZYNNOŚCI USTALANIA WARTOŚCI ZAMÓWIENIA PUBLICZNEGO

Ustalanie wartości zamówienia publicznego spełnia trzy podstawowe funkcje. Funkcja programująca (normatywna) umożliwia określenie obowiązków uczestników postępowania, w zależności od wartości przedmiotu zamówienia. Jej źródłem są przepisy prawa powszechnie obowiązującego, zarówno unijnego jak i krajowego. W zależności od wartości przedmiotu zamówienia, zamawiający będzie zobowiązany do stosowania odpowiednich przepisów. Wartość przedmiotu zamówienia wpływa także na sytuację prawną wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego. Determinuje bowiem m.in. możliwość korzystania przez wykonawcę ze środków ochrony prawnej.

Funkcja kontrolna (weryfikacyjna) szacowania wartości zamówienia służy określeniu zdolności finansowych zamawiającego w kontekście postępowania o udzielenie zamówienia, którego wszczęcie zostało zaplanowane. Zamawiający przed wszczęciem procedury dokonuje szeregu czynności przygotowawczych, co znajduje odzwierciedlenie wprost w przepisach prawa. W pierwszej kolejności podejmuje decyzję o politycznym charakterze i wyznacza obszary funkcjonowania oraz kierunki rozwoju. Następnie dokonuje ogólnej analizy finansowej i podejmuje decyzję o zaplanowaniu określonych działań, a także o zabezpieczeniu środków

¹ *Mgr Franciszek Łapecki, doktorant na Wydziale Prawa Uniwersytetu Ekonomicznego w Krakowie.*

na realizację wyznaczonych celów. Następnie podejmuje decyzję o rozpoczęciu przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, dokonuje opisu przedmiotu zamówienia oraz ustala wartość zamówienia w odniesieniu do tego konkretnego przedmiotu. Na tym etapie zamawiający ma obowiązek weryfikacji swoich planów i szczegółowych ustaleń związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego. Jeśli okaże się, że zabezpieczył on odpowiednie środki na sfinansowanie zamówienia, może podjąć decyzję o wszczęciu postępowania. Jeśli natomiast okaże się, że nie dysponuje odpowiednimi środkami, może odstąpić od wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego lub zmienić swoje plany, to jest albo zdecydować się na inny wariant zamówienia albo podjąć decyzję o zmianie planu finansowego lub budżetu.

Kilku słów komentarza wymaga sytuacja, w której zamawiający przystępuje do programu lub projektu, w ramach którego instytucja zewnętrzna finansuje część lub całość zamówienia, a instytucja występująca w roli zamawiającego zobligowana jest do przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i w konsekwencji zawarcia umowy w przedmiocie zamówienia publicznego.

W tym miejscu wypada wskazać przepis z art. 93 ust. 1a Pzp. Zgodnie z normami z tego przepisu zamawiający może unieważnić postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jeżeli środki pochodzące z budżetu Unii Europejskiej oraz bezzwrotne środki z pomocy udzielonej przez państwa członków EFTA, które zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia w całości lub części nie zostały mu przyznane. Uprawnienie do skorzystania z powołanego przepisu jest uzależnione od tego, czy zamawiający przewidział możliwość unieważnienia postępowania w opisanej sytuacji już na etapie wszczęcia postępowania, tj. w ogłoszeniu o zamówieniu albo w zaproszeniu do negocjacji, ewentualnie w zaproszeniu do składania ofert.

Ustawodawca przewidział możliwość wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego mimo, że zamawiający nie dysponuje środkami niezbędnymi do sfinansowania tego zamówienia. Przepis ten należy traktować jako wyjątek od reguły. W mojej ocenie wszczęcie postępowania mimo nie zabezpieczenia środków niezbędnych do sfinansowania zamówienia jest możliwe tylko wówczas, gdy proces przyznawania dofinansowania jest na tyle zaawansowany, że zamawiający z bardzo dużym prawdopodobieństwem może przypuszczać, że otrzyma środki, o które wnioskuje. W szczególności wszczęcie postępowania w opisanej sytuacji może nastąpić gdy zamawiający dysponuje promesą dofinansowania lub procedura dotycząca przyznania dofinansowania projektu zamawiającego jest na końcowym etapie tak, że z dużym prawdopodobieństwem można stwierdzić, że zamawiający dofinansowanie otrzyma. Jednocześnie wszczęcie postępowania w opisanych okolicznościach dopuszczalne jest tylko wówczas, gdy założenia projektu dotyczącego finansowania zamówienia lub przedmiotu zamówienia, uzależniają jego powodzenie lub realizację celów od podjęcia czynności jeszcze przed wiążącą decyzją w zakresie finansowania.

Z funkcją weryfikacyjną związany jest także przepis z art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp. Przepis ten nakazuje zamawiającemu unieważnić postępowanie w sytuacji, gdy cena najkorzystniejszej oferty przekracza kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, chyba, że zdecyduje on zwiększyć tę kwotę do ceny najkorzystniejszej oferty.

Trzecia funkcja ustalania wartości zamówienia ma za zadanie chronić przed przestępstwem, czynem nieuczciwej konkurencji lub niegospodarnością. Stąd nazwano ją funkcją ochronną.

Prawidłowe oszacowanie wartości zamówienia ma na celu zabezpieczenie celu postępowania, tj. wyboru oferty najkorzystniejszej oraz interesów zamawiającego. Upraszczając, ochronny charakter ustalania wartości zamówienia publicznego przejawia się w maksymalnym zbliżeniu założeń postępowania do realiów rynkowych. Prawidłowo ustalona wartość zamówienia uchroni zamawiającego zarówno przed znową przetargową, próbą udaremnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak i przed wyzyskiem. Szczególnie duże niebezpieczeństwo naruszenia lub narażenia interesu zamawiającego występuje w trybach wyłączających lub znacząco ograniczających konkurencję. Nie ma w tym przypadku możliwości zewnętrznej, bieżącej kontroli działania zamawiającego przez wykonawców.

Prawidłowe ustalenie wartości zamówienia w znaczący sposób ułatwi działania zamawiającego związane z weryfikacją, czy oferta zawiera rażąco niską cenę. Oczywiście należy zauważyć, że w sytuacji, gdy zamawiający podejrzewa, że cena oferty jest rażąco niska, zobligowany jest do podjęcia szeregu określonych przepisami prawa działań, mających na celu wyjaśnienie tej kwestii. Jednak prawidłowe ustalenie wartości zamówienia jest podstawową czynnością, do której należy się odwołać w opisanej sytuacji.

Podobnie rzecz ma się w odniesieniu do wyzysku. W ujęciu cywilistycznym łączy się on z umowami wzajemnymi, w których zaburzona zostaje ekwiwalentność świadczeń w związku z niedoświetwem, niedoświadzczeniem albo przymusowym położeniem jednej ze stron stosunku prawnego. Zamówienia publiczne jako umowy wzajemne mogą wiązać się z niebezpieczeństwem wyzysku. Prawidłowe ustalenie wartości zamówienia może to niebezpieczeństwo ograniczyć poprzez odniesienie do realnej rynkowej wartości przedmiotu zamówienia.

Podobnie rzecz ma się w przypadku przestępstwa znowy przetargowej z art. 305 kk. Występek ten polega na naruszeniu reguł przetargu publicznego i w efekcie udaremnieniu jego celu. Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego ma na celu wybór oferty najkorzystniejszej. Wybór ten dokonuje się z poszanowaniem reguł gospodarki wolnorynkowej. Jakikolwiek zaburzenie tych reguł, a więc także wypaczenie np. zasad konkurencji, prowadzi do udaremnienia celu procedury. Przestępstwo z art. 305 kk jest przestępstwem powszechnym, którego sprawcą może być zarówno wykonawca jak i osoba działająca w imieniu zamawiającego. Może mieć ono wiele znamion, tj. udaremnienie przetargu, utrudnienie przetargu, wejście w porozumienie z inną osobą, rozpowszechnienie informacji, które mają istotne znaczenie dla przedmiotu przetargu oraz przemilczenie (zatajenie) okoliczności mających znaczenie dla przetargu. Prawidłowe określenie wartości zamówienia może znacząco ułatwić ustalenie, czy w konkretnym przypadku zachodzi niebezpieczeństwo udaremnienia lub szeroko rozumianego utrudnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności gdy ceny w postępowaniu rażąco odbiegają od rzetelnie ustalonych cen podczas przygotowania postępowania.

3. ZAMÓWIENIA NA USŁUGI I DOSTAWY INFORMATYCZNE

Zamówienia na usługi i dostawy informatyczne odbiegają od innego rodzaju zamówień. Można wyodrębnić kilka cech, które pozwalają na poparcie powyższej tezy.

Po pierwsze są to zamówienia, które w większości przypadków mają indywidualny charakter. Spostrzeżenie to odnosi się zarówno do dostaw sprzętu, jak i usług polegających na wykonaniu określonego zadania lub opracowaniu programu komputerowego.

Ponieważ rynek urządzeń informatycznych jest bardzo zróżnicowany i skomplikowany, istnieje praktycznie nieograniczona możliwość zestawiania wariantów sprzętowych i akcesoriów. Jednocześnie należy zauważyć, że określone podzespoły mogą wydajniej pracować w konkretnych konfiguracjach. Prowadzi to do sytuacji, w której wybór jednego rozwiązania determinuje dobór innych elementów zamówienia. Stąd jedynym rozsądnym działaniem wydaje się być opisanie przedmiotu zamówienia poprzez odwołanie się do jego parametrów funkcjonalnych.

Podobnie rzecz ma się z programami. W przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający powinien bezwzględnie odwoływać się do określonych funkcjonalności, które są przedmiotem postępowania, unikając jednocześnie wskazywania konkretnych produktów czy rozwiązań charakterystycznych dla jednego wykonawcy. Odmiennie postępowanie może prowadzić do naruszenia zasad uczciwej konkurencji.

Opis przedmiotu zamówienia przez precyzyjne i wyczerpujące określenie wymagań powinien dotyczyć w szczególności programów komputerowych tworzonych na zamówienie.

Niestety należy zauważyć, że w większości przypadków wybór rozwiązania danego wykonawcy, przy zastrzeżeniu spełniania wymagań przedmiotowych określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, powoduje trwałe uzależnienie się zamawiającego od tego wykonawcy. Każdorazowa rozbudowa oprogramowania, dodanie nowych funkcjonalności lub połączenie z innym systemem skutkuje koniecznością korzystania z usług konkretnego podmiotu, który jest właścicielem praw autorskich związanych z programem komputerowym. Zamawiający wszczynając po raz pierwszy postępowanie o udzielenie zamówienia powinien wziąć to pod uwagę i rozważyć możliwości zabezpieczenia swoich interesów w przyszłości.

Nieco mniej skomplikowana jest kwestia wyboru sprzętu określonego wykonawcy (np. zestawów komputerowych lub urządzeń sieciowych). Większość z nich korzysta bowiem z ogólnodostępnych rozwiązań, technologii czy protokołów sieciowych. Jednak i tym razem w trakcie realizacji zamówienia mogą wyniknąć problemy związane z uzależnieniem od jednego producenta i kompatybilnością podzespołów. Okazać się może, że wybór wykonawcy oferującego np. serwer implikuje konieczność dokupienia szeregu urządzeń współpracujących określonego typu (np. macierze dyskowe, dyski sieciowe etc.).

Podczas dokonywania opisu przedmiotu zamówienia koniecznie trzeba wziąć pod uwagę zasady związane z gwarancją producenta oraz wyłączenia z tej gwarancji. Może się bowiem

zdarzyć, że producent w gwarancji, zgodnej z wymaganiami zamawiającego a nawet dodatkowo punktowanej, wyłączył usterki czy zaburzenia w funkcjonowaniu gdy infrastruktura informatyczna zawiera elementy pochodzące od różnych producentów. Oczywiście w takiej sytuacji za każdym razem należy rozważyć zasadność postanowień gwarancji i ich uzasadnienie techniczne. Jednak gdy zamawiający wymaga niezawodnego działania i szybkiej reakcji serwisu, nieporozumienia mogą trwale zdezorganizować jego pracę.

Bardzo ważne jest także prawidłowe określenie wymagań podmiotowych co do wykonawcy. Wymagania te przekładają się wprost proporcjonalnie na wartość zamówienia. Określenie wymagań w sposób ograniczający konkurencję lub ją wyłączający prowadzą do wadliwości postępowania. Wymagania co do potencjału technicznego, kadrowego, a także finansowego oraz wiedzy i doświadczenia powinny być tak określone przez zamawiającego, by ściśle wiązały się z konkretnym zamówieniem. Postawienie wygórowanych wymagań skutkuje nie możliwością osiągnięcia celu polegającego na wyborze oferty rzeczywiście najkorzystniejszej.

Dla zamówień których przedmiotem są usługi i dostawy informatyczne bardzo istotne są także kwestie szeroko rozumianego bezpieczeństwa – od bezpieczeństwa strategicznego, tzn. zapewnienia technologicznych zabezpieczeń na odpowiednim poziomie, przez bezpieczeństwo danych aż po bezpieczeństwo polegające na zapewnieniu ciągłego i niezakłóconego działania. Zamawiający powinien za każdym razem przygotowując postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego brać pod uwagę bezpieczeństwo projektu. Jednocześnie określając swoje wymagania w tym zakresie powinien odwoływać się do właściwości podmiotowych wykonawcy, w szczególności jego doświadczenia i wiedzy. Bardzo istotny jest także potencjał ekonomiczny, rozumiany również jako gwarancja wypłacalności na wypadek zaistnienia konieczności naprawienia szkody wywołanej przez przedmiot umowy. W szczególności należy mieć tu na myśli ryzyko związane z przełamaniem zabezpieczeń przez niepowołane osoby wynikające z luki w zabezpieczeniach albo wyciek danych, w tym również danych osobowych.

Podczas ustalania wartości zamówienia zamawiający koniecznie powinien rozważyć możliwość dalszego rozwoju projektu. Z jednej strony podejmując decyzję o wszczęciu zamówienia musi mieć wiedzę o możliwych kierunkach rozwoju. Z drugiej strony musi wziąć pod uwagę konieczność udzielenia zamówień uzupełniających, ewentualnie w drodze wyjątku – zamówień dodatkowych. O ile te drugie ze swej natury nie mogą być oszacowane w momencie wszczęcia postępowania, o tyle zamówienia uzupełniające, zgodnie z art. 32 ust. 3 Pzp muszą być uwzględnione w szacunkowej wartości zamówienia podstawowego.

Przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem są w szczególności usługi informatyczne, musi wiązać się ze świadomością konieczności zapewnienia nadzoru autorskiego nad programem. Z tego też powodu zamawiający powinien rozważyć możliwość włączenia w zakres zamówienia nadzoru autorskiego nad utworem. Jak to już wcześniej zauważono, koszty związane z obsługą zamówienia informatycznego mogą stanowić duże obciążenie dla zamawiającego i generować znaczne, dodatkowe koszty. Wydaje się, że – podobnie jak w przypadku nadzoru autorskiego nad projektem architektonicznym – zamawiający może rozważyć zasadność włączenia nadzoru autorskiego nad zamówieniem

do treści zobowiązania podstawowego. Dzięki temu zamawiający dokonując wyboru oferty najkorzystniejszej może istotnie wybrać ofertę, która ma charakter zupełny i gwarantuje zamawiającemu przewidywalność finansowania zamówienia i związanych z nim działań.

4. OCENA POTENCJALNYCH ZAGROŻEŃ ZWIĄZANYCH Z ZAMÓWIENIAMI NA USŁUGI I DOSTAWY INFORMATYCZNE

Z faktu, że zamówienia na usługi i dostawy informatyczne są wysoce spersonalizowane, wynika konieczność bardzo dokładnego określenia oczekiwań zamawiającego wobec potencjalnych wykonawców. Zamawiający w odniesieniu do przedmiotu zamówienia, który powinien z jednej strony spełniać jego oczekiwania w maksymalnym stopniu, w drugim powinien gwarantować zachowanie zasad uczciwej konkurencji, musi dołożyć wszelkiej staranności dokonując opisu przedmiotu zamówienia.

Pierwszym zidentyfikowanym zagrożeniem mogącym wpłynąć na realizację celu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest zatem dokonanie opisu przedmiotu zamówienia zgodnie z przepisami prawa przy uwzględnieniu specyfiki zamówienia. Oznacza to, że zamawiający dokonując tego opisu powinien realizować wszystkie ustawowe dyrektywy, a więc w szczególności opisywać przedmiot zamówienia precyzyjnie, jasno, przy użyciu takich sformułowań i norm, które gwarantują zachowanie uczciwej konkurencji. Ponadto zamawiający powinien odnosić się do konkretnych wymagań funkcjonalnych, parametrów, technologii czy powszechnie uznawanych standardów.

Błędy w opisie przedmiotu zamówienia przekładają się na wadę czynności ustalenia wartości zamówienia. Jeśli zamawiający odwoła się do dostaw lub usług, które mogą być świadczone przez wskazane podmioty, nie uda mu się ustalić właściwej rynkowej ceny tychże. Jeśli natomiast zamawiający, który świadomie odwołał się do ściśle ograniczonej liczby przedmiotów podczas szacowania wartości zamówienia weźmie pod uwagę zbyt wiele danych, może nie zabezpieczyć odpowiednich środków. Z tego powodu czynności polegające na ustaleniu wartości zamówienia muszą być wyczerpujące i zupełne, odnosić się do wszystkich danych istotnych, a zamawiający powinien działać w sposób wyważony, to jest pracować na możliwie najbardziej reprezentatywnej grupie przy uwzględnieniu specyfiki zamówienia.

Potencjalnym zagrożeniem w odniesieniu do analizowanych zamówień może być także czyn nieuczciwej konkurencji. Czyn taki niekoniecznie musi wiązać się z dumpingiem albo niedozwoloną praktyką czy zmową. Może być także sprzeczny z dobrymi obyczajami. Prawdopodobnie ustalona wartość zamówienia w takiej sytuacji umożliwi zamawiającemu odniesienie cen i warunków zaproponowanych w postępowaniu przez wykonawców do poczynionych przed wszczęciem zamówienia założeń.

Właściwe przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia umożliwia zamawiającemu ochronę przed przestępstwem z art. 305 kk. Świadomy zamawiający analizując oferty złożone w postępowaniu będzie potrafił ocenić ich wiarygodność oraz to, czy podlegają one realiom

rynku, czy też budzą uzasadnione wątpliwości w tym zakresie. Prawidłowe oszacowanie wartości zamówienia umożliwia wykrycie zmywy cenowej, próby udaremnienia przetargu czy próbę wyłudzenia zamówienia. Czynność ta może także znacząco przyczynić się do ochrony przed korupcją. W sytuacji powzięcia podejrzenia o popełnieniu przestępstwa zamawiający ma prawny obowiązek poinformowania o swoich wątpliwościach odpowiednich organów.

Dokonanie z należytą starannością czynności przygotowawczych przed wszczęciem postępowania umożliwia zamawiającemu ochronę przed licznymi niebezpieczeństwami związanymi z realizacją usług i dostaw. Uwzględnienie przy przygotowywaniu zamówienia czynników takich jak gwarancja, zamówienia uzupełniające, konieczność nadzoru autorskiego, rozbudowa i poszerzanie funkcjonalności, może uchronić zamawiającego przed wyzyskiem. Jeśli zamawiający, który zrealizował część większego, bardziej skomplikowanego zamówienia, zechce w przyszłości je modyfikować lub rozbudować, a nie uwzględni wszystkich zmiennych na wstępie, może popaść w całkowite uzależnienie od podmiotu, który wygrał pierwsze postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego. To zaś sprowadza na zamawiającego realną groźbę stania się ofiarą wyzysku.

5. WYBRANE PROJEKTY INFORMATYCZNE WSPÓŁFINANSOWANE ZE ŚRODKÓW UNII EUROPEJSKIEJ

Polskie instytucje rządowe i samorządowe bardzo chętnie korzystają z dobrodziejstw współfinansowania rozmaitych inicjatyw ze środków Unii Europejskiej. Umożliwiają to liczne projekty i programy skierowane do różnorodnych grup beneficjentów.

Zamówienia na usługi i dostawy informatyczne wiążą się z wieloma inicjatywami. Wśród najważniejszych należy wskazać przede wszystkim Program Operacyjny Innowacyjna Gospodarka oraz Program Operacyjny Infrastruktura i Środowisko. Programy te, w kilku priorytetach, umożliwiają realizację innowacyjnych projektów informatycznych. Przykładem może być Platforma Usług Elektronicznych ZUS (PUE). Jest to pierwszy w Polsce *e-urząd*, który powstał dzięki dofinansowaniu z VII Priorytetu *Społeczeństwo informacyjne – budowa elektronicznej administracji*. Przykładem innego dużego projektu jest Centrum Przetwarzania Danych Ministerstwa Finansów. Celem tego przedsięwzięcia jest wprowadzenie nowoczesnych rozwiązań w zakresie udostępnienia usług publicznych i rozwoju ich zaplecza informatycznego.

Inną egzemplifikacją projektów informatycznych obejmujących budowę systemów oraz zakup kompletnego wyposażenia związanego z ich wdrożeniem są przedsięwzięcia realizowane przez Centrum Projektów Informatycznych. Wśród najważniejszych można wskazać PL.ID, który zakłada m.in. przygotowanie nowoczesnego dowodu osobistego łączącego w sobie wiele elementów, m.in. dokument tożsamości i podpis elektroniczny oraz opracowanie i budowę nowych rejestrów. Godnym odnotowania jest także projekt *ePUAP*, czyli Elektroniczna Platforma Usług Administracji Publicznej, która ma służyć udostępnianiu obywatelom oraz instytucjom publicznym usług administracyjnych drogą elektroniczną.

Na uwagę zasługują także projekty realizowane przez Centrum Systemów Informacyjnych Ochrony Zdrowia. Centrum realizuje projekt P1 – *Elektroniczna Platforma Gromadzenia, Analizy i Udostępniania zasobów cyfrowych o Zdarzeniach Medycznych*, który ma umożliwić organom administracji publicznej i obywatelom gromadzenie, analizę i udostępnianie zasobów cyfrowych o zdarzeniach medycznych. Z kolei projekt P2 to *Platforma udostępniania on-line przedsiębiorcom usług i zasobów cyfrowych rejestrów medycznych*. Centrum realizuje ponadto m.in. projekt *e-recepta*.

Przedstawione powyżej projekty mają przykładowy charakter. Warto jednak zauważyć, że sumy przeznaczone na ich sfinansowanie sięgają miliardów złotych. Rodzi to poważne konsekwencje związane z koniecznością przeprowadzenia bardzo skomplikowanych i doskonale przygotowanych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego.

6. NIEPRAWIDŁOŚCI STWIERDZANE W TRAKCIE KONTROLI PROJEKTÓW I ICH KONSEKWENCJE W ZAKRESIE FINANSOWANIA

Realizacja projektów finansowanych lub współfinansowanych ze środków Unii Europejskiej wiąże się z koniecznością stosowania przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. Mimo sformalizowania procedur, organy kontrolujące i służby odpowiedzialne za ściganie przestępstw stwierdzają stale liczne nieprawidłowości. Można dowiedzieć się o nich głównie z mediów. W większości przypadków kontrole nadal trwają i z tego powodu nie można w niniejszym opracowaniu przytoczyć ich wyników.

Największym zagrożeniem dla omówionych powyżej krótko projektów jest korupcja. W związku z projektami realizowanymi przez Centrum Projektów Informatycznych, Centralne Biuro Antykorupcyjne zatrzymało i postawiło zarzuty osobom odpowiedzialnym za przygotowanie i przeprowadzenie procedur z zakresu zamówień publicznych. W związku z prowadzonymi śledztwami trudno określić skalę nieprawidłowości. Z doniesień prasowych wynika jednak, że zatrzymania dotyczyły osób kierujących zespołami odpowiedzialnymi za przeprowadzenie postępowań o udzielenie zamówienia publicznego i dyrektorów handlowych oraz członków zarządu firm informatycznych biorących udział w tych postępowaniach. Korzyści majątkowe miały sięgać kilku milionów złotych.

Innymi nieprawidłowościami stwierdzonymi w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego na projekty informatyczne jest zмова przetargowa. Problem ten ujawnił się w zamówieniu w ramach projektu *P1* realizowanego przez Centrum Systemów Informacyjnych Ochrony Zdrowia. Prezes Urzędu Zamówień Publicznych w trakcie kontroli ujawnił, że kilkanaście firm składających oferty w przetargu ogłoszonym w ramach tego projektu udostępniło sobie nawzajem referencje. Wykonawcy powoływali się na tych samych wykonawców i zgłaszali uczestnictwo w tym samych projektach. Podejrzenia nieprawidłowości potwierdzały dodatkowo uchybienia formalne dokumentów składanych przez różnych wykonawców, które zawierały te same treści i te same błędy. Jak donosiły media, opisywana zмова przetargowa miała na celu podzielenie się zamówieniami wchodzącymi w skład projektu i wyeliminowanie konkurencji. Wykonawca wniósł zastrzeżenia do wniosków z kontroli Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych. Krajowa Izba

Odwoławcza w uchwale z dnia 4 maja 2012 r. uwzględniła zastrzeżenia zamawiającego i stwierdziła, że nie zaistniały przesłanki do odrzucenia ofert, co do których Prezes Urzędu Zamówień Publicznych zgłosił podejrzenia czynu nieuczciwej konkurencji.

Kolejnym stosunkowo powszechnym naruszeniem przepisów odnoszących się do zamówień publicznych jest udzielanie zamówień publicznych w trybach niekonkurencyjnych pomimo niespełnienia ustawowych przesłanek. Nieprawidłowości w większości przypadków odnoszą się do trybu zamówienia z wolnej ręki, który jest powszechnie stosowany w zamówieniach na usługi informatyczne. Tryby niekonkurencyjne są wyjątkiem od zasady statuowanej w art. 10 ust. 1 i 2 Pzp. Przesłanki ich stosowania należy interpretować wąsko.

W zakresie projektów obejmujących dostawy i usługi informatyczne Najwyższa Izba Kontroli wskazała ponadto szereg naruszeń związanych z niecelowością, nierzetelnością i niegospodarnością. We wnioskach pokontrolnych Izba wskazywała na uchybienia od fazy przygotowania projektu, poprzez jego realizację aż po niezadowalające efekty lub wręcz ich brak. Z powyższego płynie więc wniosek, że zamówienia na dostawy i usługi informatyczne wymagają od zamawiającego szczególnej staranności na etapie przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Nieprawidłowości stwierdzone w trakcie kontroli, w szczególności przeprowadzanych przez instytucje unijne, mogą skutkować bardzo daleko idącymi konsekwencjami. Najpoważniejszą z nich jest wstrzymanie dofinansowania projektu. Komisja Europejska wstrzymuje dofinansowanie w szczególności gdy stwierdzi, że przy udzielaniu zamówienia publicznego objętego finansowaniem Unii Europejskiej zostało popełnione przestępstwo. Innym problemem jest możliwość zastosowania wobec beneficjenta korekt finansowych oraz kar umownych w związku ze stwierdzonymi uchybieniami. Nie można przemilczeć odpowiedzialności odszkodowawczej zamawiającego w przypadku unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z winy zamawiającego. Odpowiedzialność tę można stosować na podstawie przepisów ogólnych Kodeksu cywilnego.

7. PROPONOWANE DZIAŁANIA MAJĄCE NA CELU UNIKNIĘCIE NIEPRAWIDŁOWOŚCI

Z powyższego wynika, że najpoważniejsze skutki mają uchybienia dokonane na etapie przygotowania postępowania. Oczywiście część uchybień można usunąć jeszcze przed wszczęciem postępowania, inne już po jego wszczęciu, jednak w każdym wypadku nieprawidłowości mogą ujemnie wpływać na postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego.

Szczególnie dużo uwagi należy poświęcić czynnościom związanym z opisem przedmiotu zamówienia. Już na tym etapie powinny być jasno sprecyzowane wymagania i oczekiwania zamawiającego co do przedmiotu zamówienia. Powinien on zgromadzić wszelkie niezbędne informacje o możliwościach technicznych. Musi także wyczerpująco i precyzyjnie opisać treść zobowiązania objętego planowanym postępowaniem.

W celu uniknięcia wad postępowania już na tak wczesnym etapie sensowne wydaje się powołanie biegłych, którzy będą stanowili specjalistyczne wsparcie zamawiającego. Bardzo często okazuje się bowiem, że zamawiający mimo tego, że potrafi sprecyzować swoje wymagania co do funkcjonalności przedmiotu zamówienia, nie dysponuje odpowiednio rozległą wiedzą co do technologii i metod wykonania zamówienia.

Podczas dokonywania opisu przedmiotu zamówienia zamawiający szczególnie wiele uwagi powinien poświęcić zapewnieniu konkurencji. Jak to już wcześniej stwierdzono, uchybienia przy dokonywaniu opisu przedmiotu zamówienia mogą skutecznie udaremnić cel postępowania, poprzez znaczące ograniczenie lub wyłączenie możliwości ubiegania się o zamówienie większej liczby wykonawców.

Równie istotne jest prawidłowe ustalenie wartości szacunkowej zamówienia. W odniesieniu do usług informatycznych może być ono szczególnie trudne. Każde zamówienie jest bowiem odmienne, wymaga różnego zaangażowania wykonawców oraz różnego poziomu wiedzy i doświadczenia, którymi muszą się wykazać. Stąd konieczność zindywidualizowania założeń przed przystąpieniem do czynności ustalenia wartości zamówienia.

Podobnie rzecz ma się w przypadku zamówień obejmujących dostawę sprzętu informatycznego. I w tym wypadku zamawiający dokonując oszacowania wartości zamówienia musi bezwzględnie wziąć pod uwagę wszystkie indywidualne cechy przedmiotu zamówienia wpływające na jego cenę, w tym w szczególności termin wykonania, sposób dostawy, warunki gwarancji i inne.

Równie ważny jest dobór metody szacowania wartości zamówienia. Przede wszystkim w trakcie ustalania wartości zamówienia zamawiający bezwzględnie powinien odwoływać się do analizy rynku. Spora część zamówień na dostawy i usługi informatyczne wyceniana jest przez wykonawców w oparciu o standaryzowane cenniki publikowane przez potencjalnych wykonawców. Naturalnie zamawiający za każdym razem powinien podjąć czynności mające na celu korektę uzyskanych danych dokonaną w oparciu o właściwości przedmiotu zamówienia.

Analiza cen rynkowych może być również wykorzystana podczas ustalania wartości zamówień na bardziej skomplikowane zamówienia. Zamawiający jest w stanie w miarę precyzyjnie określić nakłady pracy, które wykonawca musi ponieść by wykonać przedmiot zamówienia. W szczególności biorąc pod uwagę rozmiar zamówienia i stopień jego skomplikowania może ocenić, ilu specjalistów i na jak długi czas będzie musiał zaangażować potencjalny wykonawca.

Aby czynność ustalenia szacunkowej wartości zamówienia była dokonana prawidłowo, niezbędne jest także odwołanie się do zamówień realizowanych poza granicami kraju. W większości przypadków opracowanie skomplikowanych projektów informatycznych lub wykonanie dużej dostawy wiąże się z koniecznością zaangażowania przez wykonawców dużych sił i środków. Nierzadko sięgają oni do kontaktów biznesowych z firmami funkcjonującymi na rynku międzynarodowym. Stąd też należy – po ustaleniu indywidualnych cech zamówienia i ich uwzględnieniu – odwołać się do zamówień tożsamyh lub podobnych dokonywanych przez instytucje z sektora publicznego i prywatnego w innych krajach.

Zamawiający powinien przede wszystkim dokonywać badania rynku metodą zbliżoną do sondażu, w której kieruje zapytania o ofertę cenową do wybranej grupy podmiotów, i następnie weryfikuje otrzymane odpowiedzi przy użyciu metod wskazanych wcześniej i własnego doświadczenia.

Bardzo istotny dla ustalenia wartości zamówienia jest także przyjęty przez zamawiającego sposób finansowania zamówienia. Jest to czynnik, który zamawiający musi bezwzględnie wziąć pod uwagę szacując wartość zamówienia publicznego. Podobnie rzecz ma się z wymaganiami podmiotowymi postawionymi wykonawcom ubiegającym się o zamówienie.

Wartość zamówienia publicznego powinna być bezwzględnie przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego ponownie zweryfikowana. Spostrzeżenie to dotyczy w szczególności zamówień dużych i skomplikowanych, w odniesieniu do których ustalenie wartości zamówienia zostało dokonane z odpowiednim wyprzedzeniem.

8. WNIOSKI

Zamówienia na usługi i dostawy informatyczne są związane z powszechnym trendem zmierzającym do zwiększania innowacyjności w sektorze publicznym. W związku z koniecznością nadrobienia zaległości związanych z wdrażaniem rozwiązań właściwych dla nowoczesnej administracji w ciągu ostatnich lat rozpoczęto wiele projektów współfinansowanych ze środków Unii Europejskiej, które obejmują opracowanie i wdrożenie programów informatycznych oraz wykonanie dostaw sprzętu komputerowego.

Zamówienia na usługi i dostawy informatyczne realizowane w ostatnich latach osiągnęły bardzo dużą wartość. Sam tylko projekt PL.ID w fazie wstępnej warty jest ponad 300 mln zł, a docelowo ma kosztować kilka miliardów złotych. Z tego powodu konieczne jest stosowanie procedur dających pewność prawidłowości wydatkowania środków przeznaczonych na sfinansowanie tych przedsięwzięć.

W ciągu zaledwie kilku ostatnich miesięcy pojawiły się doniesienia prasowe informujące o zatrzymaniu osób podejrzanych o korupcję oraz nieprawidłowościach w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonych w związku z wielkimi projektami informatycznymi.

Dla prawidłowości postępowania najważniejsze jest właściwe jego przygotowanie, to jest wykonanie czynności przygotowawczych z należytą starannością. W zakres tych czynności wchodzi przede wszystkim dokonanie opisu przedmiotu zamówienia oraz prawidłowe ustalenie wartości przedmiotu zamówienia.

W związku z tym, że przygotowanie postępowania, którego przedmiotem jest zamówienie na usługę lub dostawę o wysoko specjalistycznym charakterze, wymaga wiedzy fachowej, rozsądnym wydaje się być zalecenie korzystania z pomocy biegłych.

Przeprowadzenie procedury zgodnie z zasadami określonymi w przepisach prawa umożliwia osiągnięcie podstawowego celu postępowania i otrzymanie dofinansowania ze środków Unii Europejskiej w pełnej wysokości.

PROBLEMATYKA STOSOWANIA KOREKT FINANSOWYCH Z TYTUŁU NIEPRAWIDŁOWOŚCI WYDATKOWANIA ŚRODKÓW EUROPEJSKICH

Anna Łojewska-Pyka¹

1. WSTĘP

Niniejsze opracowanie ma na celu przybliżenie problematyki stosowania korekt finansowych w związku z nieprawidłowościami wydatkowania środków pochodzących z budżetu Unii Europejskiej.

Beneficjenci, którzy otrzymują pieniądze pochodzące ze środków europejskich zobowiązani są do przestrzegania zasad wynikających z przepisów prawa wspólnotowego oraz krajowego, a wydatkowanie środków europejskich podlega ścisłej kontroli. Za występujące naruszenia podczas wydatkowania środków europejskich naliczane są korekty finansowe, które polegają na anulowaniu w całości lub w części wkładu publicznego przyznanego beneficjentowi w ramach danego programu operacyjnego. Analiza będzie oparta na wybranych problemach związanych ze stosowaniem korekt finansowych.

2. POJĘCIE, PODSTAWA PRAWNA ORAZ ZASADY WYMIERZANIA KOREKTY FINANSOWEJ

Zgodnie z art. 12 rozporządzenia 1260/1999/WE² oraz art. 9 ust. 5 rozporządzenia 1083/2006/WE³ gospodarowanie środkami pochodzącymi z funduszy europejskich musi być zgodne z postanowieniami Traktatu, z dokumentami przygotowanymi i przyjętymi na ich podstawie oraz politykami wspólnotowymi w tym w szczególności w zakresie udzielania zamówień publicznych. Ścisłe przestrzeganie przepisów Unii Europejskiej jest obligatoryjnej niezależnie od tego czy przepisy te zostały odpowiednio wprowadzone do systemu prawnego państwa członkowskiego. Europejski Trybunał Sprawiedliwości stwierdził, że w sytuacji gdy zapisy prawa krajowego sprzeczne są z zasadami prawa Unii Europejskiej, kraje członkowskie są zobowiązane do stosowania wprost prawa wspólnotowego i ochrony praw, które są przyznane jednostce.⁴

Z art. 98 ust. 1 Rozporządzenia Rady Nr 1083/2006 wynika, że: „państwa członkowskie w pierwszej kolejności ponoszą odpowiedzialność za śledzenie nieprawidłowości, działając na podstawie dowodów świadczących o wszelkich większych zmianach mających wpływ na charakter lub

¹ Anna Łojewska-Pyka, Urząd Marszałkowski Województwa Śląskiego.

² Rozporządzenie Rady 1260/1999/WE z dnia 21 czerwca 1999 r. ustanawiające przepisy ogólne w sprawie funduszy strukturalnych.

³ Rozporządzenie Rady 1083/2006/WE z dnia 11 lipca 2006 r. ustanawiające przepisy ogólne dotyczące Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego oraz Funduszu Spójności i uchylające rozporządzenie (WE) nr 1260/1999.

⁴ Wyrok ETS z 16 grudnia 1993 r. Wagner Miret v. Fondo De Garantia Salarial, C-334/92.

warunki realizacji lub kontroli operacji lub programów operacyjnych oraz dokonując wymaganych korekt finansowych”

Podstawą dofinansowania projektu stanowi umowa o dofinansowanie projektu (art. 30 ustawy o zasadach prowadzenia polityki rozwoju⁵) zawarta z beneficjentem przez instytucję zarządzającą albo działającą w jej imieniu instytucję pośredniczącą lub instytucję wdrażającą.

Jeżeli instytucja zarządzająca lub instytucja pośrednicząca jest jednocześnie beneficjentem, podstawę dofinansowania projektu stanowi umowa o dofinansowanie projektu lub decyzja podjęta przez instytucję zarządzającą lub instytucję pośredniczącą, zgodnie z przyjętym systemem realizacji dla danego programu operacyjnego. Gdy instytucją zarządzającą lub pośredniczącą jest samorząd województwa decyzja podejmowana jest w formie uchwały zarządu województwa (art. 28 ustawy o zasadach prowadzenia polityki rozwoju).

Stosunek prawny nawiązujący się między instytucją zarządzającą (pośredniczącą), a beneficjentem nie jest jasny. Jej publiczno-prawna rola wskazuje na umowę administracyjną, ale brak regulacji tego rodzaju porozumienia w prawie polskim uzasadnia pogląd o jego cywilnoprawnym charakterze⁶. Charakter umowy pośrednio wpływa na sposób wykonania umowy o dofinansowanie projektu oraz wykonanie zobowiązania stron, a w konsekwencji na sposób realizacji ewentualnych roszczeń, zatem umowa powinna zawierać wszystkie niezbędne elementy zabezpieczające interesy beneficjenta. Jednak w praktyce projekty takich umów nie są szczegółowo analizowane.

W oparciu o art. 206 ust. 2 ustawy o finansach publicznych⁷ umowa powinna zawierać m.in. warunki i terminy zwrotu środków nieprawidłowo wydatkowanych, kryteria oceny naruszeń oraz charakter prawny informacji o korekcie finansowej (czy jest wypowiedzenie zmieniające umowę o dofinansowanie czy też zmiana decyzji instytucji zarządzającej w przypadku, gdy dofinansowanie nastąpiło w drodze decyzji). Beneficjent nie powinien pozwolić na wprowadzenie do umowy o dofinansowanie projektu przez instytucję zarządzającą lub działającą w jej imieniu instytucję pośredniczącą/wdrażającą jako obowiązujących wytycznych Ministerstwa Rozwoju Regionalnego w zakresie występujących nieprawidłowości oraz wysokości korekt finansowych. Wytyczne nie są źródłem prawa, ale wprowadzenie ich do zapisów umowy powoduje, że stają się one wiążące dla beneficjenta.

Państwo członkowskie w związku ze stwierdzonymi indywidualnymi lub systemowymi nieprawidłowościami w operacjach lub programach operacyjnych dokonuje wymaganych korekt finansowych (art. 98 ust 2 Rozporządzenia Rady Nr 1083/2006/WE). Uwolnione w ten sposób fundusze wspólnotowe mogą zostać ponownie wykorzystane przez państwo członkowskie na pomoc w innym projekcie. Jeżeli korekta dotyczy nieprawidłowości systemowej wykluczone jest jego przeznaczenie na inny projekt przynależny do osi priorytetowej, w której nastąpiła dana nieprawidłowość systemowa.

⁵ Dz. U. z 2009 r. Nr 84, poz. 712 z późn. zm.

⁶ R. Szostak, Charakter prawny korekt finansowych, Doradca 10/2011, str. 9

⁷ Dz. U z 2009 r. Nr 157, poz. 1240 z późn. zm. zwanej dalej ustawą o finansach publicznych.

Przepisy art. 98 rozporządzenia 1083/2006/WE oraz przepisy krajowe nie wskazują na charakter prawny korekty finansowej oraz na sposób i zasady jej wymierzania. Związek nakładanych korekt z nieprawidłowościami pozwala na wyciągnięcie wniosku, że są one związane z umową lub decyzją o dofinansowanie projektu. Pomniejszenie kwoty przyznanego dofinansowania stanowi jednostronną zmianę jego wysokości. Takie wypowiedzenie zmieniające warunki umowy ma swoje bezpośrednie umocowanie w art. 98 rozporządzenia 1083/2006/WE tym samym nie musi być uprzednio zastrzeżone w umowie.⁸

Korekty finansowe stanowią bezpośredni efektem prowadzonej kontroli wydatkowania środków europejskich, przepisy prawa unijnego określają szczegółowo, jakie podmioty i kiedy są zobowiązane do kontroli prawidłowości wydatkowania środków europejskich.

W celu zapewnienia prawidłowości wydatkowania środków finansowych pochodzących z Unii Europejskiej wprowadzono szereg mechanizmów opartych na procedurach ochronnych i kontrolnych, zapewniających możliwość zwalczania nadużyć finansowych.

Dla zapewnienia skutecznego systemu kontroli i nadzoru prawidłowości wydatkowania środków europejskich państwa członkowskie zobowiązane są zgodnie z art. 58 rozporządzenia 1083/2006/WE do ustanowienia systemów zarządzania i kontroli programów operacyjnych zapewniających m.in.:

- procedury dla zapewnienia zasadności i prawidłowości wydatków zadeklarowanych w ramach programu operacyjnego,
- wiarygodne, skomputeryzowane systemy rachunkowości i księgowości, monitorowania i sprawozdawczości finansowej,
- system sprawozdawczości i monitorowania, w przypadku gdy podmiot odpowiedzialny powierza wykonanie zadań innemu podmiotowi,
- ustalenia dotyczące audytu funkcjonowania systemów,
- procedury sprawozdawczości i monitorowania nieprawidłowości oraz odzyskiwania kwot nienależnie wypłaconych.

Uprawnienia do wymierzania korekt finansowych zostały przypisane także Komisji Europejskiej, na podstawie art. 99 rozporządzenia 1083/2006/WE Komisja Europejska może dokonywać korekt finansowych w drodze anulowania całości lub części wkładu wspólnotowego na rzecz programu operacyjnego, jeżeli w wyniku niezbędnego badania stwierdzi, że:

- w systemie zarządzania i kontroli programu istnieje poważna wada stanowiąca zagrożenie dla już wypłaconego wkładu Wspólnoty na rzecz programu,
- wydatek ujęty w poświadczonej deklaracji wydatków jest nieprawidłowy i nie został skorygowany przez państwo członkowskie przed wszczęciem procedury korekty,
- państwo członkowskie nie przestrzega innych obowiązków dotyczących procedury korekty m.in. unikają kontroli wszystkich, których mogą dotyczyć nieprawidłowości systemowe.

⁸ R. Szostak, Charakter prawny korekt finansowych, Doradca 10/2011, str. 12.

Odpowiedzialność za nakładanie korekt ponoszą instytucje zarządzające programami operacyjnymi, które mogą przekazać część swoich zadań instytucji pośredniczącej lub wdrażającej. Nałożenie korekty finansowej musi być poprzedzone zaistnieniem nieprawidłowości ujawnionych najczęściej podczas prowadzonej kontroli. Dla przejrzystości postępowania konieczne jest poinformowanie beneficjenta w formie pisemnej o wysokości korekty wraz z uzasadnieniem, taka forma umożliwi beneficjentowi złożenie stosownych wyjaśnień w zakresie zmiany dofinansowania.

W kwestiach spornych w sytuacji kiedy dofinansowania udzielono w drodze decyzji, albo gdy mamy do czynienia z odzyskiwaniem środków, beneficjentowi przysługuje droga sądowo-administracyjna wynikająca z zasad ogólnych.

W przypadku, gdy beneficjentowi udzielono dofinansowania projektu w formie umowy korekta stanowi wypowiedzenie zmieniające zawartej uprzednio umowy, co wskazuje na brak roszczenia i możliwości powództwa do sądu powszechnego o uchylenie korekty czy też obniżenia jej wartości. Istnieje wtedy możliwość roszczenia w zakresie podstaw skuteczności dokonanego wypowiedzenia umowy o dofinansowanie. Za wyrządzoną szkodę tj. bezpodstawne zastosowanie korekty finansowej beneficjentowi przysługuje również roszczenie odszkodowawcze w drodze procesu cywilnego.

3. KOREKTY FINANSOWE ZWIĄZANE Z NIEPRAWIDŁOWOŚCIAMI ZWIĄZANYMI Z WYDATKOWANIEM ŚRODKÓW EUROPEJSKICH

Celem korekt finansowych jest doprowadzenie do sytuacji, w której 100% wydatków objętych wnioskiem o współfinansowanie z funduszy europejskich będzie zgodne z regulacjami wspólnotowymi i krajowymi. Dotychczasowa praktyka związana z realizacją projektów współfinansowanych ze środków europejskich pokazuje, iż obszarem szczególnie narażonym na występowanie nieprawidłowości są zamówienia publiczne, co znalazło odzwierciedlenie w zaleceniu Trybunału Obrachunkowego, w którym postulowano o wzmocnienie kontroli realizacji zamówień publicznych, a w przypadku występowania nieprawidłowości do wymierzania korekt finansowych.

Dlatego też należy analizować znaczenie i charakter naruszeń przepisów dotyczących udzielania zamówień publicznych oraz wytycznych Komisji Europejskiej, w szczególności naruszeń dotyczących podstawowych zasad powadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego: zasady równego traktowania, uczciwej konkurencji, bezstronności i przejrzystości. Korekty finansowe polegają na anulowaniu całości lub w części wkładu publicznego przyznanego beneficjentowi z budżetu Unii Europejskiej, w ramach określonego programu europejskiego. Pomniejszenie to nie powinno być jednak utożsamiane z uznaniem określonej części wydatków poniesionych w ramach dofinansowanego projektu jako niekwalifikowalne. Skutek uznania wydatku za niekwalifikowany oraz wymierzenie korekty finansowej jest taki sam, bowiem beneficjent otrzymuje zmniejszoną ilość środków na sfinansowanie zamówienia, różne są jednak źródła takiego pomniejszenia oraz moment wykrycia nieprawidłowości.

Nieprawidłowością w rozumieniu rozporządzenia 1083/2006/WE jest jakiegokolwiek naruszenie prawa wspólnotowego będące wynikiem działania lub zaniechania podmiotu gospodarczego, które powoduje lub mogłoby spowodować szkodę w budżecie ogólnym Unii Europejskiej w drodze finansowania nieuzasadnionego wydatku z budżetu ogólnego. Warunkiem nałożenia korekty finansowej jest wykryta nieprawidłowość, dla stwierdzenia nieprawidłowości niezbędne jest wystąpienie łącznie 3 przesłanek:

- naruszenie przepisów prawnych obowiązujących beneficjenta na gruncie regulacji wspólnotowych i krajowych,
- działanie lub zaniechanie podmiotu gospodarczego, czyli zachowanie beneficjenta inicjującego i realizującego projekt oraz każdego podmiotu gospodarczego, który ubiega się o wsparcie finansowe pochodzące z Unii Europejskiej, polegające na działaniu wbrew przepisom lub zaniechanie czynności, do których był zobowiązany na podstawie obowiązujących przepisów,
- wywołanie choćby potencjalnej szkody finansowej w budżecie ogólnym Unii Europejskiej.

Nieprawidłowości najczęściej wykrywane są wykrywane w trakcie prowadzonych kontroli przez instytucje czuwające nad prawidłowością wydatkowania środków europejskich m.in. instytucję pośredniczącą, instytucję zarządzającą. Zgodnie z zaleceniami Ministerstwa Rozwoju Regionalnego należy również analizować wyniki kontroli prowadzonych pod kątem wykrycia nieprawidłowości wypełniające przesłanki określone w art. 2 pkt. 7 rozporządzenia 1083/2006/WE przez inne organy kontrolne w szczególności przez Najwyższą Izbę Kontroli, Regionalną Izbę Obrachunkową, Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych itp.

Rzetelna kontrola konieczna jest na każdym etapie realizacji projektu, wykrycie nieprawidłowości przed podpisaniem umowy o dofinansowanie z beneficjentem, umożliwi obniżenie wartości maksymalnego dofinansowania projektu, kwota ta będzie mogła być wykorzystana na dofinansowanie innego projektu w ramach danego programu operacyjnego, dopiero ujawnienie nieprawidłowości po rozliczeniu poniesionych wydatków prowadzi do korekty finansowej tj. do pomniejszenia maksymalnej kwoty dofinansowania.

Następuje wtedy uruchomienie procedury zgodnie z art. 207 ust. 1 ustawy o finansach publicznych oraz 98 ust. 2 i 3 rozporządzenia 1083/2006/WE mającej na celu odzyskania nieprawidłowo wydatkowanej kwoty. Środki przeznaczone na realizację programów finansowanych z udziałem środków europejskich będą wykorzystane niezgodnie z przeznaczeniem, wykorzystane z naruszeniem procedur, pobrane nienależnie lub w nadmiernej wysokości podlegają zwrotowi przez beneficjenta wraz z odsetkami w wysokości określonej jak dla zaległości podatkowych, liczonymi od dnia przekazania środków, w terminie 14 dni od dnia doręczenia decyzji przez instytucję zarządzającą lub upoważnioną instytucję pośredniczącą. Decyzja ta jest decyzją finansową.

Od decyzji wydanej na podstawie ww. przepisów beneficjent może złożyć odwołanie do właściwej instytucji zarządzającej. Jeżeli decyzja w pierwszej instancji była wydana przez instytucję zarządzającą beneficjent może się zwrócić z wnioskiem o ponowne rozpatrzenie sprawy. Dla

państwowych jednostek budżetowych przepisów art. 207 ust. 1–9 ustawy o finansach publicznych nie stosuje się, sposób postępowania w przypadku wystąpienia nieprawidłowości skutkujących korektą zazwyczaj reguluje umowa o dofinansowanie projektu.

Powyższe przepisy odzyskiwania kwot wydatkowane nieprawidłowo nie dotyczą Wspólnej Polityki Rolnej, która jest finansowana zgodnie z odrębnymi ustawami.

W oparciu o wytyczne odnośnie „wymierzania korekt finansowych dla wydatków współfinansowanych z funduszy strukturalnych i Funduszu Spójności z tytułu naruszenia przepisów dotyczących zamówień publicznych” (COCOF 07/0037/03-PI) Ministerstwo Rozwoju Regionalnego wydało zalecenia dotyczące *wymierzania korekt finansowych za naruszenia zamówień publicznych związane z realizacją projektów współfinansowanych ze środków funduszy Unii Europejskiej*.

Ustalenie wysokości korekty finansowej może następować poprzez zastosowanie metody dyferencyjnej i wskaźnikowej. W metodzie dyferencyjnej wysokość korekty finansowej powinna odpowiadać wysokości szkody, dlatego istotne jest ustalenie czy szkoda występuje i jaką ma wielkość. W praktyce jest to bardzo utrudnione, ustala się różnice pomiędzy wysokością rzeczywistych wydatków ze środków europejskich po wystąpieniu naruszenia, a hipotetyczną wysokością takich wydatków, gdyby naruszenie nie wystąpiło. Jeżeli nie jest możliwe dokładne określenie wysokości szkody, bo skutki nieprawidłowości są pośrednie i trudne do oszacowania, za wielkość „niekwalifikowaną” przyjmuje się kwotę odpowiednią do wagi naruszenia. Podstawą do zastosowania korekty wg tej metody są ww. zalecenia Ministerstwa Rozwoju Regionalnego, w ramach których opracowano taryfikator zawierający katalog naruszeń. Mechanizm oparty na wskazanych wyżej wytycznych zawiera wyrażoną w procentach wielkość korekt finansowych przypisanych konkretnym naruszeniom w zakresie zamówień publicznych i służy ujednoczeniu procedur w przypadku wykrycia nieprawidłowości.

Należy jednak pamiętać, że poszczególne wskaźniki mają charakter pomocniczy, bowiem nie zawierają zamkniętego katalogu nieprawidłowości stanowiących naruszenie prawa wspólnotowego. Zgodnie z zaleceniami, jeżeli nie ma możliwości ustalenia wysokości korekty finansowej metodą dyferencyjną, a nieprawidłowość nie zawiera się w tabelach taryfikatora należy przyjąć wskaźnik procentowy najbardziej odpowiadający kategorii naruszenia. Wskaźnik procentowy zawiera maksymalne stawki, które w uzasadnionych przypadkach ulegają obniżeniu.

Ministerstwa Rozwoju Regionalnego stoi na stanowisku, że beneficjent który mimo kontroli i podejmowania działań następczych ponownie dopuszcza się wystąpienia tego samego rodzaju naruszeń należy rozważyć maksymalne stawki korekt finansowych wynikających z taryfikatora z możliwością uznania środków w całości za niekwalifikowane.⁹

W trakcie prowadzonych kontroli dochodzi również do wykrycia błędów i nieprawidłowości o charakterze formalnym np. nieudokumentowanie publikacji ogłoszenia, błędnego kodu

⁹ http://www.pois.gov.pl/Dokumenty/Wzorydokumentow/Documents/20101124_Zalecenia_11_pismo_IZPOIS.pdf

CPV itp, naruszenia te są konsekwencją niezgodności z prawem, ale nie stanowią nieprawidłowości skutkującej korektą finansową.

Z opracowania zawierającego przegląd wyników audytów przeprowadzonych w Polsce przez Komisję Europejską oraz Europejski Trybunał Obrachunkowy na przełomie dwu perspektywy finansowych 2000–2006 i 2007–2013, dotyczącego korekt finansowych związanych z naruszeniami Prawa zamówień publicznych¹⁰ wynika, że korekty najczęściej dotyczyły:

- nieprawidłowości w zakresie zmiany informacji w treści ogłoszenia bez publikacji sprostowania ogłoszenia Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w przypadku zmiany terminu składania ofert. Zgodnie z taryfikatorem korekta winna wynosić 25% Komisja Europejska uzależniła wysokość korekty od liczby dni przedłużenia terminu składania ofert, w konsekwencji doszło do obniżenia korekt odpowiednio do 5% lub 10%,
- nieprawidłowości zastosowania trybu z wolnej ręki pomimo braku przesłanek ustawowych oraz braku publikacji ogłoszenia o zamówieniu. Korekta wynosiła 100% Europejski Trybunał Obrachunkowy nie zastosował obniżenia wskaźnika korekty,
- nieprawidłowości związane z podziałem zamówienia na części w celu uniknięcia stosowania dyrektyw wspólnotowych. Korekta winna wynosić 25%, ale jej wysokość uzależniona była od tego czy dana umowa podlegała dyrektywom wspólnotowym w części czy w całości oraz od stopnia naruszenia,
- nieprawidłowości w zakresie warunków udziału w postępowaniu w tym: *Ograniczenia możliwości podwykonawstwa*, zgodnie z taryfikatorem korekta winna wynosić 10%, Komisja Europejska wyjątkowo zaakceptowała ograniczenie podwykonawstwa w odniesieniu do znaczącej części zamówienia i w konsekwencji obniżyła wartość korekty do 5%. *Ograniczenia możliwości tworzenia konsorcjów oraz możliwości spełnienia niektórych kryteriów wyboru łącznie przez wszystkich członków konsorcjum*. Wg taryfikatora korekta wynosiła 25%, w wyniku negocjacji Komisja Europejska nałożyła korektę 10%. *Ograniczenia związane z posiadaniem doświadczenia w realizacji projektów w Polsce*, została naliczona korekta w wysokości 25%. Ograniczający wymóg wcześniejszego posiadania doświadczenia w realizacji projektów współfinansowanych ze środków UE, korekta wg taryfikatora wynosi 25%, zastosowano 10% korektę z uwagi na to, że postępowanie było wszczęte przed terminem wprowadzenia taryfikatora. *Ograniczenie dotyczące dysponowania sprzętem niezbędnym do wykonania zamówienia na etapie składania ofert*, taryfikator przewidywała korektę 10%, Komisja Europejska na tego typu uchybienia zastosowała obniżenie korekty do 5%,
- nieprawidłowość po udzieleniu zamówienia polegająca na zmianie kluczowych pracowników na personel o niższych kwalifikacjach niż wymagane w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Wg Komisji Europejskiej czyn ten stanowi naruszenie zasady uczciwej konkurencji, zastosowano korektę 25%.

¹⁰ <http://www.mrr.gov.pl/szukaj/Strony/Results.aspx?k=korekty&s=www.mrr.gov.pl>

Zasadniczo korekty finansowe dotyczące nieprawidłowości w obszarze zamówień publicznych wynikały z braku dostosowania prawa polskiego do regulacji wspólnotowych np. brak publikacji w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej sprostowania ogłoszenia w przypadku zmiany terminu składania ofert, żądanie posiadania potencjału technicznego i kadrowego na dzień składania ofert lub wniosków, ograniczenie zakresu podwykonawstwa.

Znaczną część ww. korekt finansowych stanowią korekty za czynności niezawinione przez beneficjentów (nieprawidłowości niezawinione), jako konsekwencja braku dostosowania krajowych przepisów do prawa wspólnotowego.

Zgodnie z opinią Ministerstwa Rozwoju Regionalnego beneficjent nie powinien ponosić konsekwencji błędów przez siebie niezawinionych, co oznacza, że powinien otrzymać całość należnego dofinansowania, mimo że nie zostanie ono w całości zrefundowane przez Komisję Europejską. Tym samym koszty będące konsekwencją występujących nieprawidłowości i zaistniałych błędów legislacyjnych powinny być poniesione przez budżet państwa.

Zgodnie ze stanowiskiem Ministerstwa Rozwoju Regionalnego nieprawidłowości systemowe w rozumieniu rozporządzenia 1083/2006/WE nie są nieprawidłowościami, za które odpowiada Skarb Państwa.

Występują również nieprawidłowości indywidualne, które związane są z konkretnym postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego i mogą dotyczyć np. wyboru trybu udzielenia zamówienia z wolnej ręki bez przesłanek ustawowych, dyskryminacyjnego opisu przedmiotu zamówienia wskazującego na konkretną markę produktu bez dopuszczenia możliwości składania ofert równoważnych.

Analiza wyników powyższego audytu potwierdza, że brak jednoznacznych przepisów oraz jasnych procedur związanych z poszczególnymi kategoriami nieprawidłowościami prowadzi do ich arbitralnej oceny. Praktyka pokazuje, że rozstrzygnięcie wątpliwości interpretacyjnych dotyczących zaistniałych nieprawidłowości jest bardzo trudne, wymaga niejednokrotnie wiedzy specjalistycznej, opinii eksperta w danej dziedzinie. Wątpliwości dotyczą głównie warunków udziału w postępowaniu, opisu przedmiotu zamówienia, wyboru trybu udzielenia zamówienia. Zachowawcza postawa organów kontrolnych, skupiona jest na prawidłowości wydatkowania środków europejskich i bezpieczeństwie podejmowanych decyzji, co prowadzi często do asekuracyjnych rozwiązań. Nierzadko w wątpliwych sytuacjach uznaje się, że wystąpiła nieprawidłowość, bez głębszej refleksji nad zasadnością co do skali naruszenia. Dlatego beneficjent powinien składać zastrzeżenia do wyników kontroli, a w sytuacjach wadliwych rozstrzygnięć dotyczących kwalifikacji poszczególnych nieprawidłowości powinien składać sprzeciw. Na tym etapie istnieje jeszcze możliwość rozstrzygnięcia zaistniałych nieporozumień w zakresie wykazanych naruszeń.

Nieprawidłowości w zakresie udzielania zamówień publicznych występują na każdym etapie postępowania tj. przygotowania, prowadzenia oraz realizacji, natomiast kontrola następuje najczęściej już po udzieleniu zamówienia. Ze względu na to, że nieprawidłowości dotyczą

najczęściej fazy przygotowawczej m.in. wyboru trybu udzielenia zamówienia, doboru warunków udziału w postępowaniu, opisu przedmiotu zamówienia, kryteriów oceny ofert istotne jest wzmocnienie kontroli w fazie przygotowania postępowania. Rzetelna kontrola na tym etapie umożliwiłaby wyeliminowanie nieprawidłowości rzutuujących na przebieg postępowania, jego realizację oraz prawidłowość wydatkowania środków europejskich.

4. PODSUMOWANIE

Bez wątpienia obecny stan prawny dopuszcza możliwość arbitralnych rozstrzygnięć w zakresie nakładania korekt finansowych tym samym nie chroni beneficjenta przed błędami w zakresie kwalifikowania nieprawidłowości, a w konsekwencji również wysokości korekt finansowych. Zarówno przepisy wspólnotowe jak i krajowe oraz wytyczne w zakresie korekt finansowych nie określają jednoznacznych procedur i zasad ich naliczania. Brak jest również wyczerpujących mechanizmów metodologicznych umożliwiających naliczenie adekwatnych korekt finansowych do wagi występujących nieprawidłowości.

Zgodnie z zaleceniami Ministerstwa Rozwoju Regionalnego wskazane w taryfikatorze poziomy korekt powinny mieć zastosowanie jedynie w przypadkach naruszeń prawa zamówień publicznych, w której nie ma możliwości oszacowania nieprawidłowo oszacowanej kwoty. Praktyka pokazuje, że metoda ta jest najczęściej stosowana, co w konsekwencji prowadzi do niejednoznacznych i wątpliwych rozstrzygnięć.

Zmiany przepisów prawnych powinny zmierzać w kierunku określenia systemu kontroli opartego na jednolitych mechanizmach i procedurach na każdym etapie postępowania. W sytuacji spornej obecny tryb korekty finansowej – wypowiedzenie zmieniające umowy o dofinansowanie kosztów projektu zamyka beneficjentowi drogę sądowo-administracyjną. Rozwiązanie to wymaga zmian legislacyjnych.

W obecnym stanie prawnym na prawidłowe wydatkowanie środków publicznych w tym na wysokość korekt finansowych mają wpływ m.in.: rzetelnie sporządzona umowa o dofinansowanie kosztów projektu, znajomość i przestrzeganie obowiązujących przepisów wspólnotowych i krajowych, bieżąca analiza występujących nieprawidłowości oraz skuteczna kontrola na każdym etapie postępowania.

KONTROLA UPRZEDNIA REALIZOWANA PRZEZ PREZESA URZĘDU ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

Henryk Nowicki¹

1. WSTĘP

Prowadząc rozważania w zakresie kontroli realizowanej przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, a właściwie jednego jej rodzaju, należy pokrótce odnieść się do kilku kwestii ogólnoteoretycznych. W pierwszej kolejności należy zwrócić uwagę na poglądy doktryny dotyczące kontroli, które powinny być uwzględniane w trakcie tworzenia poszczególnych regulacji prawnych, jak i w trakcie ich stosowania. Doktryna prawa administracyjnego wypracowała nie tylko pojęcie kontroli, ale co jest szczególnie ważne, określiła również problemy odnoszące się do prawnych warunków tworzenia systemu kontroli i jego funkcjonowania.

Posługując się pojęciem „kontrola zamówień publicznych” można je ujmować w dwóch znaczeniach, jako „funkcja lub też jako swego rodzaju system organizacyjny”². Analiza kontroli realizowana przez Prezesa UZP, dla potrzeb niniejszego opracowania, będzie głównie prowadzona w ujęciu funkcjonalnym. Bardzo prostego i zrozumiałego określenia kontroli³ dokonał Jerzy Starościak, który pod tym pojęciem rozumie „obserwowanie, ustalanie czy wykrywanie stanu faktycznego, porównywanie rzeczywistości z zamierzeniami, występowanie przeciw zjawiskom niekorzystnym i sygnalizowanie jednostkom kompetentnym o dokonanych spostrzeżeniach – bez decydowania jednak o zmianie kierunku działania jednostki skontrolowanej”⁴. Podobnie Jan Szreniawski pod pojęciem kontroli rozumie „a) obserwowanie i analizowanie działań jednostek kontrolowanych, b) porównywanie wyników działalności z poleceniami i wzorcami, c) wyciąganie wniosków, d) dawanie propozycji organowi nadrzędnemu nad jednostką kontrolowaną”⁵. Natomiast Jacek Jagielski określa kontrolę „jako funkcję polegającą na obserwowaniu i rozpoznawaniu określonej działalności lub stanu, dokonywaniu oceny ich prawidłowości (z perspektywy założeń wyjściowych i oczekiwanych pożądanych efektów), stawianiu diagnozy w zakresie przyczyn nieprawidłowości oraz formułowaniu wniosków co do tej działalności lub stanu w przyszłości”⁶. Tak ukształtowane pojęcie kontroli będzie najbardziej przydatnym dla dalszych rozważań odnoszących się do kontroli udzielania zamówień publicznych. Należy jednocześnie mieć na uwadze, że w przypadku kontroli organ kontrolujący posiada, co do zasady, uprawnienie (bądź też obowiązek) do przeprowadzenia kontroli, lecz nie posiada

¹ Dr Henryk Nowicki, Uniwersytet Mikołaja Kopernika w Toruniu.

² J. Jagielski: *Kontrola administracji publicznej*, Warszawa 1999, s. 7.

³ Według Słownika Języka Polskiego termin „kontrola oznacza porównywanie stanu faktycznego ze stanem wymaganym, rozpatrywanie czegoś; dochodzenie czegoś, wnikanie, wgląd w coś; nadzór nad czymś” Słownik języka polskiego, PWN Warszawa 1988, tom I, s. 1001.

⁴ J. Starościak: *Zarys nauki administracji*, PWN Warszawa 1971, s. 356.

⁵ J. Szreniawski: *Prawo administracyjne, część ogólna*, UMCS Lublin 1994, s. 146.

⁶ J. Jagielski: *Kontrola ... op.cit.*, s. 9.

uprawnień władczych w zakresie oddziaływania na podmiot kontrolowany. W doktrynie prawa administracyjnego przyjęto, że organ uprawniony do wykonywania kontroli nie jest uprawniony do oddziaływań o charakterze władczym na podmiot poddany jego kontroli w zakresie jego działania (np. nakazanie określonego działania). Natomiast zakres władztwa organu kontrolującego (władztwo kontrolerskie) w zakresie prowadzonej kontroli może być różnie ukształtowany w odniesieniu do poszczególnych organów kontroli. Przejawem takiego władztwa jest prawo do przeprowadzenia kontroli, obowiązek poddania się kontroli, obowiązek przekazania dokumentów, obowiązek złożenia wyjaśnień itp.

W przypadku kontroli połączonej z prawną możliwością oddziaływań władczych skierowanych na działalność kontrolowanego mamy do czynienia z instytucją nadzoru, której kontrola jest częścią. Jan Szreniawski, prowadząc rozważania na temat kontroli administracji, zwraca uwagę, że „zadaniem kontroli jest podnoszenie jakości działań jednostek kontrolowanych, ale także i kontrolnych”⁷. Zatem analizując problematykę kontroli zamówień publicznych należy zwracać uwagę nie tylko na kontrolę zamawiającego i wpływanie przez kontrolującego na poprawę działania kontrolowanego. Ważnym będzie również podnoszenie jakości wykonywanej kontroli zamówień publicznych przez organy do tego powołane. W konsekwencji zaś takiego podejścia do kontroli zamówień publicznych realizowanej przez Prezesa UZP, można być pewnym, że te kontrole i ich wyniki będą wpływały na dalsze kształtowanie prawnego systemu zamówień publicznych. Do kompetencji i zadań Prezesa UZP należy nie tylko kontrola, ale również przygotowywanie regulacji prawnych z zakresu zamówień publicznych. Wskazując na organy uprawnione do kontroli zamówień publicznych należy mieć świadomość, że można już mówić o systemie organów realizujących kontrolę zamówień publicznych. W systemie tym będą występowały wszystkie organy uprawnione do wykonywania kontroli zamówień publicznych. Oznaczać to będzie również, że przedmiotem takiej kontroli będzie zarówno samo udzielanie zamówień publicznych, jak i ich wykonywanie (realizacja umowy).

2. WPROWADZENIE KONTROLI DO ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

Prawodawca w ustawie o zamówieniach publicznych wskazał jako zakres jej regulacji *zasady, formy i tryb udzielania zamówień publicznych, organ właściwy w sprawach o zamówienia publiczne, a także rozpatrywanie protestów i odwołań złożonych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego*⁸. Określając zakres regulacji ustawodawca wskazał, co jest ważne z uwagi na prowadzone rozważania, na *organy właściwe w sprawach o zamówienia publiczne*. Taka treść przepisu zawartego w art. 1 wskazywała, że właściwymi w sprawach zamówień publicznych będą wszystkie organy, którym przepisy szczególnie będą taka właściwość wskazywały. Takimi organami stały się organy wymienione w ustawie, którym przepisy nadawały określone uprawnienia i zadania. Uprawnienia i zadania zostały również przypisane Prezesowi UZP. Ustawa w swej pierwotnej treści nie artykułowała w sposób bezpośredni problematyki kontroli zamówień publicznych, nie wskazywała

⁷ J. Szreniawski: *Prawo ... op.cit.*, s. 146.

⁸ Art. 1 ustawy z dnia 10 czerwca 1994 r. o zamówieniach publicznych (tekst pierwotny Dz. U. nr 76, poz. 344) (zwana dalej „Ustawą”).

również wprost Prezesa Urzędu jako organu uprawnionego do kontroli zamówień publicznych, jednak z poszczególnych przepisów ustawy można było takie uprawnienia wywnioskować⁹. Jedynym przepisem wskazującym wprost na uprawnienia kontrolne Prezesa UZP była możliwość *żądania od zamawiającego informacji o przebiegu procesu udzielania zamówień publicznych i ich realizacji oraz udostępniania dokumentacji dotyczącej zamówienia publicznego*¹⁰. Wskazując na uprawnienia kontrolne Prezesa, w początkowym okresie funkcjonowania tego organu, musimy jednak uwzględnić fakt wyposażenia Prezesa w prawo do wydawania szeregu aktów administracyjnych. Przy wydawaniu aktów administracyjnych Prezes¹¹, jako centralny organ administracji rządowej, stosuje przepisy kodeksu postępowania administracyjnego¹². Wartym wskazania jest przyznanie Prezesowi możliwości: *w przypadku stwierdzenia naruszenia przepisów ustawy zawiadomienia właściwego organu orzekającego o naruszeniu dyscypliny budżetowej*¹³.

Wartym zwrócenia jest fakt, że ustawa obejmowała zakresem swej regulacji rozpatrywanie protestów i odwołań jako środków odwoławczych przysługującym dostawcom lub wykonawcom. Przesłanką wniesienia środka odwoławczego było wykazanie doznania uszczerbku interesu prawnego będącego następstwem naruszeń przez zamawiającego zasad określonych przepisami ustawy¹⁴. Uprawnienia przysługujące dostawcom i wykonawcom były (i są nadal) klasycznymi przykładami uprawnień kontrolnych, tyle tylko że przysługującym uczestnikom procesu udzielania zamówień publicznych wobec czynności podjętych przez zamawiającego. Co prawda protest rozpatrywał zamawiający, ale już odwołanie wniesione na rozstrzygnięcie protestu lub brak jego rozpatrzenia było wnoszone do Prezesa Urzędu¹⁵. Odwołanie rozpatrywał zespół trzech arbitrów, a rozpatrzenie odwołania kończyło procedurę zaskarżania działań zamawiającego. Wejście w życie ustawy o zamówieniach publicznych poszerzyło również zadania innych organów, w tym organów kontroli. Do organów kontrolujących zamówienia publiczne zostały powołane, między innymi, regionalne izby obrachunkowe. Ustawa przepisem artkułu 93 dodała, do zadań realizowanych przez regionalne izby obrachunkowe, do kontroli gospodarki finansowej również kontrolę zamówień publicznych gmin, związków międzygminnych, innych komunalnych osób prawnych i sejmików samorządowych. Regionalne izby obrachunkowe zostały również zobowiązane do przekazywania informacji o negatywnych opiniach dotyczących sprawozdań, jednostek podanych ich kontroli, Prezesowi Urzędu Zamówień

⁹ Zob. H. Nowicki, Kontrola zamówień publicznych, Prokurator nr 4/2004, s. 23 i nast.

¹⁰ Art. 10 ust. 2 pkt 2) Ustawy.

¹¹ Zob. H. Nowicki, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych – zakres zadań i prawne formy ich realizacji (w:) Podmioty administracji publicznej i prawne formy ich działania. Studia i materiały z konferencji jubileuszowej Profesora Eugeniusza Ochendowskiego, Toruń 2005, s. 387.

¹² Stosując ustawę z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (obecnie tj. Dz. U. z 2000 r. nr 98, poz. 1071 z zm.) Prezes UZP będzie prowadził postępowanie w sposób zapewniający dokładne wyjaśnienie stanu faktycznego, tym samym może żądać niezbędnych informacji od podmiotu wnioskującego (tj. zamawiającego).

¹³ Art. 1 pkt 6 lit b) ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. o zmianie ustawy o zamówieniach publicznych (Dz. U. nr 123, poz. 778).

¹⁴ Art. 79 Ustawy.

¹⁵ Ustawą z dnia 6 lipca 1995 r. o zmianie ustawy o zamówieniach publicznych jako podstawę odwołania dodano *odrzućenie protestu* (Dz. U. nr 99, poz. 488 – art. 1 pkt 14 lit a).

Publicznych¹⁶. Wprowadzając przepisy dotyczące zamówień publicznych dokonano również zmiany podstawowego aktu regulującego gospodarkę budżetową państwa i gmin, poprzez wykreślenie proponowanego wcześniej uregulowania problematyki zamówień publicznych w drodze rozporządzenia Rady Ministrów¹⁷. Natomiast znowelizowany art. 57 ustawy Prawo budżetowe wprowadził przepis, na mocy którego naruszenie niektórych norm ustawy o zamówieniach pociągało odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych^{18, 19}.

Kontrolę zamówień publicznych w roku 1997 poszerzono o sądową kontrolę, wprowadzając możliwość zaskarżania rozstrzygnięć arbitrów do sądu powszechnego²⁰. W przypadku kontroli sądowej prawo do wniesienia skargi przyznano również zamawiającemu. Tym samym sądy powszechne²¹, tak jak wcześniej komisje orzekające o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, stały się właściwymi do orzekania w przedmiocie naruszenia przepisów ustawy o zamówieniach publicznych. Nowelizacją z 2001 roku wskazano na Sąd Okręgowy w Warszawie jako właściwy do wnoszenia skargi²², zaś podmiotem uprawnionym do wniesienia skargi stał się również Prezes UZP, który skargę mógł wnieść w terminie 21 dni od dnia ogłoszenia wyroku arbitrów²³. Tą też nowelizacją wprowadzono przepis wyłączający stosowanie przepisów o kasacji do Sądu Najwyższego w stosunku do wyroku Sądu Okręgowego²⁴. Istotną regulacją związaną z poszerzeniem podmiotów uprawnionych do kontroli zamówień publicznych było wprowadzenie przepisu²⁵ dotyczącego jawności umów i udostępnianiu ich na zasadach określonych przepisami o dostępie do informacji publicznej²⁶.

¹⁶ Zmieniony art. 21 ust. 2 ustawy o regionalnych izbach obrachunkowych: o *negatywnej opinii wydanej w sprawach określonych w art. 13 pkt 4 i 5 izba informuje właściwego wojewodę oraz Ministra Finansów i Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych*.

¹⁷ Ustawą z dnia 1 sierpnia 1992 r. o zamianie ustawy – Prawo budżetowe (Dz. U. nr 64, poz. 322) do art. 42 ust. 1 dodano pkt 5 w brzmieniu: *składanie zamówień i dokonywanie wydatków na zakup towarów, wykonywanie usług i robót budowlano-montażowych odbywa się w trybie określonym na podstawie ust. 3, oraz dodano ust. 3 w brzmieniu: 3. Rada Ministrów określa, w drodze rozporządzenia, tryb składania zamówień i dokonywania wydatków na dostawy towarów, wykonywanie usług i robót budowlano-montażowych na rzecz Skarbu Państwa oraz samorządów terytorialnych*.

¹⁸ Dokonano tego zmieniając art. 57 w ust. 1 pkt 14 ustawy Prawo budżetowe: *14) naruszenie zasad, formy i trybu postępowania przy udzielaniu zamówień publicznych, ustalonych ustawą z dnia 10 czerwca 1994 r. o zamówieniach publicznych (Dz. U. Nr 76, poz. 344)*.

¹⁹ Art. 2 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. o zmianie ustawy o zamówieniach publicznych (Dz. U. nr 123, poz. 778) zmieniono treść art. 57 ust. 1 pkt 14 ustawy Prawo budżetowe, w konsekwencji której to zmiany jako naruszenie dyscypliny finansów publicznych zostało zakwalifikowane każde naruszenie przepisów ustawy o zamówieniach publicznych.

²⁰ Art. 1 pkt 57 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. o zmianie ustawy o zamówieniach publicznych (Dz. U. nr 123, poz. 778), skarga mogła być wnoszona na zasadach określonych w Kodeksie postępowania cywilnego.

²¹ Ustawa z dnia 22 czerwca 2001 r. o zmianie ustawy o zamówieniach publicznych (Dz. U. nr 76, poz. 813) jako właściwy sąd do wnoszenia skarg na wyrok zespołu arbitrów wskazała Sąd Okręgowy w Warszawie – art. 1 pkt. 53.

²² Art. 1 pkt 53 ustawy z dnia 22 czerwca 2001 r. o zmianie ustawy o zamówieniach publicznych (Dz. U. nr 76, poz. 813), z odpowiednim zastosowaniem przepisów Kodeksu postępowania cywilnego dotyczących apelacji.

²³ Do czynności podejmowany przez Prezesa Urzędu stosowało się odpowiednio przepisy Kodeksu postępowania cywilnego o prokuratorze (art. 92b ust. 2).

²⁴ Wprowadzał to dodany art. 92h.

²⁵ Art. 1 ustawy z dnia 22 listopada 2002 r. o zmianie ustawy o zamówieniach publicznych – dodano do Ustawy art. 74a (Dz. U. nr 2, poz. 16).

²⁶ Ustawa z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej (Dz. U. nr 112, poz. 1198 z zm.), zgodnie z brzmieniem art. 2 ust. 1 prawo dostępu do informacji publicznej przysługuje każdemu, ograniczeniem jest, między innymi, dostęp do informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorcy – art. 5 ust. 2.

3. KONTROLA UDZIELANIA ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH W USTAWIE Z 29 STYCZNIA 2004 R. PRAWO ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

Nowa regulacja prawna zamówień publicznych z 2004 roku objęła swym zakresem *zasady i tryby udzielania zamówień publicznych, środki ochrony prawnej, kontrolę udzielania zamówień publicznych oraz organy właściwe w sprawach uregulowanych w ustawie*²⁷. Prezesowi UZP przyznano uprawnienia do przeprowadzania kontroli udzielania zamówień, z wykorzystaniem kryterium legalności (art. 161 ust. 2). Określając zakres kontroli Prezesa należy podkreślić przepis stanowiący, że *Prezes Urzędu przeprowadza **kontrolę udzielania zamówień***. Co prawda ustawa w swym pierwotnym brzmieniu nie zawierała legalnej definicji *udzielania zamówienia publicznego*, zawierała natomiast definicję **zamówienia publicznego**, rozumianego przez ustawodawcę jako *umowy odpłatne zawierane między zamawiającym a wykonawcą, których przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane* (art. 2 pkt 13). Zatem ustawodawca jednoznacznie wskazał na kontrolę przestrzegania przez zamawiającego procedur udzielania zamówień, określonych Ustawą, prowadzących do zawarcia umowy udzielenia zamówienia publicznego. Kontrolą Prezesa zostały również objęte umowy w sprawach zamówień publicznych, ale tylko w tym zakresie w jakim mają do tych umów zastosowanie przepisy Ustawy.

Szczególnie ważnymi dla kontroli zamówień publicznych były kolejne nowelizacje ustawy, jedna z roku 2007²⁸, druga z 2008 roku²⁹. Pierwsza nowelizacja miała charakter systemowy, gdyż w miejsce rozpatrujących odwołania arbitrów została powołana Krajowa Izba Odwoławcza. Drugą nowelizacją zaś dokonano całkowitej zmiany treści, w dziale V, rozdziału 3 dotyczącego kontroli udzielania zamówień. Dokonując analizy uprawnień kontrolnych Prezesa Urzędu należy zwrócić również uwagę na nowelizację ustawy z 2009 roku³⁰, której część postanowień dotyczyła bezpośrednio kontroli, głównie Krajowej Izby Odwoławczej i środków ochrony prawnej, to jednak szczególnej uwagi wymaga wprowadzenie do słowniczka ustawy definicji *postępowania o udzielenie zamówienia*.

Zakres przedmiotowy ustawy (art. 1) wskazuje na kontrolę udzielania zamówień publicznych i organy właściwe w sprawach uregulowanych w ustawie. Kolejne przepisy ustawy wskazują Prezesa, jako organ czuwający nad przestrzeganiem zasad systemu zamówień poprzez, między innymi, dokonywanie kontroli procesu udzielania zamówień publicznych (art. 154 pkt 11). Wspomniany przepis jednoznacznie stanowi, że kontrola ta realizowana jest w zakresie przewidzianym ustawą, czemu poświęcony jest rozdział 3 zatytułowany „Kontrola udzielania zamówień”.

²⁷ Art. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst pierwotny Dz. U. nr 19, poz. 177) (dalej podawane w teście numery artykułów będą oznaczy artykuły tej Ustawy).

²⁸ Ustawa z dnia 13 kwietnia 2007 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. nr 82, poz. 560).

²⁹ Ustawa z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. nr 171, poz. 1058)

³⁰ Ustawa z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. nr 223, poz. 1778).

4. KONTROLA UPRZEDNIA ZAMÓWIEŃ WSPÓLFINANSOWANYCH ZE ŚRODKÓW UNII EUROPEJSKIEJ³¹

Kontrola realizowana przez Prezesa jest tzw. kontrolą kameralną, prowadzoną w siedzibie urzędu i może mieć charakter postępowania wyjaśniającego, kontroli doraźnej lub kontroli uprzedniej. Wszczęcie postępowania wyjaśniającego jak i kontroli doraźnej może być realizowane z urzędu lub na wniosek podmiotu trzeciego. Kontrola z urzędu (kontrola oficjalna) podejmowana jest głównie ze względu na ochronę szeroko rozumianego interesu publicznego. Tak też należy ocenić uprawnienia kontrolne Prezesa, których głównym celem jest ochrona prawidłowego funkcjonowania systemu zamówień publicznych. W przypadku kontroli zamówień publicznych musimy również uwzględnić, że większość podmiotów wnioskujących o przeprowadzenie kontroli przez Prezesa, będzie działała w interesie publicznym. Nie należy jednak dyskredytować tych podmiotów, które wnioskuje do Prezesa będą działały w interesie indywidualnym, gdyż w tym przypadku kontrola prowadzona z wykorzystaniem kryterium legalności będzie kontrola realizująca konstytucyjną zasadę praworządności (działania zgodnego z prawem). Ustawodawca nie określa ani nie ogranicza podmiotów uprawnionych do występowania z takim wnioskiem do Prezesa. Co do zasady wszczęcie postępowania wyjaśniającego lub kontroli doraźnej przez Prezesa ma charakter fakultatywny. Wyjątkiem jest kontrola realizowana na wniosek instytucji zarządzającej³², o której mowa w innych ustawach³³. Wszczęcie tej kontroli jest obligatoryjne, gdyż przepis stanowi *Prezes Urzędu wszczyną kontrolę doraźną na wniosek instytucji zarządzającej (...) jeżeli z uzasadnienia wniosku instytucji wynika, że zachodzi uzasadnione przypuszczenie, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia doszło do naruszenia przepisów ustawy, które mogło mieć wpływ na jego wynik* (art. 165 ust. 4). Dyspozycja tego przepisu wprowadza jednak element oceny, będący uprawnieniem Prezesa, dotyczący zachodzenia uzasadnionego przypuszczenia naruszenia prawa. Prezes zatem będzie, przed wszczęciem kontroli, ocenia sam wniosek, jego treść i uzasadnienie. Drugą kontrolą obligatoryjną, prowadzoną przez Prezesa, jest kontrola zamówień lub umów ramowych współfinansowanych ze środków Unii Europejskiej. Z tym jednak zastrzeżeniem, że nie jest to kontrola podejmowana z urzędu, lecz na wniosek zamawiającego (art. 170 ust. 1). Taka dyspozycja przepisu ustawy oznacza, że dopiero z chwilą złożenia wniosku Prezes jest zobowiązany do jej przeprowadzenia. Stąd ustawodawca określa tę kontrolę jako kontrolę uprzednią i obligatoryjną (art. 169 ust. 2). Należy podkreślić, że kontrola doraźna realizowana przez Prezesa to tzw. kontrola faktyczna. Zgodnie z poglądami doktryny kontrola faktyczna to kontrola realizowana w trakcie działania, w tym przypadku działaniem jest prowadzone postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, zarówno w trakcie tego postępowania jak i w trakcie

³¹ Należy mieć na uwadze, że środki pochodzące z UE, które są wydatkowane poprzez system zamówień publicznych podlegają wszystkim kontrolom prowadzonym przez Prezesa, natomiast ich wielkość będzie decydował czy może to być kontrola doraźna, czy też kontrola uprzednia.

³² Pierwszy przepis w tym zakresie pojawił się w art. 1 pkt 70 ustawy 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).

³³ Ustawa z dnia 20 kwietnia 2004 r. o Narodowym Planie Rozwoju (Dz. U. nr 116, poz. 1206 z zm.), ustawa z dnia 6 grudnia 2006 r. o zasadach prowadzenia polityki rozwoju (tj. Dz. U. z 2009 r. nr 84, poz. 712 z zm.) oraz ustawa z dnia 7 marca 2007 r. o wspieraniu obszarów wiejskich z udziałem środków Europejskiego Funduszu Rolnego na rzecz Rozwoju Obszarów Wiejskich (Dz. U. nr 64, poz. 427 z zm.).

realizacji umowy. Natomiast kontrola następcza, to kontrola, której przedmiotem jest postępowanie już zakończone. W przypadku zamówień publicznych *de facto* działaniem zakończonym jest zrealizowana umowa, której przedmiotem było wykonanie zamówienia publicznego. Prawo zamówień publicznych posługuje się pojęciem *kontrola doraźna* na określenie kontroli wszczynanej w *przypadku uzasadnionego przypuszczenia, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia doszło do naruszenia przepisów ustawy, które mogło mieć wpływ na jego wynik* (art. 165 ust. 1). Przepis ten jednoznacznie wskazuje, że jest to kontrola nakierowana na postępowanie toczące się lub postępowanie już zakończone. W przypadku kontroli doraźnej ustawodawca wprowadził przepis, który stanowił, że jej przeprowadzenie jest możliwe w terminie 4 lat od dnia udzielenia danego zamówienia publicznego (art. 165 ust. 2). Tym samym postępowanie wyjaśniające może być wszczęte też tylko w tym terminie, gdyż jak stanowi ustawa postępowanie to może poprzedzać wszczęcie kontroli. Przepisy ustawy, jak zaznaczyłem wyżej, jednoznacznie wskazują, że w zakresie właściwości kontrolnych Prezesa znajduje się kontrola postępowania o udzielenie zamówienia, a więc procedur prowadzących do zawarcia umowy na realizację zamówienia publicznego.

Wracając do kontroli uprzedniej, kontrola ta miała (we wcześniejszych przepisach ustawy) w zdecydowanej większości, charakter kontroli fakultatywnej, o czym stanowił przepis wskazujący, że *Prezes Urzędu może przeprowadzić kontrolę*. Obecnie kontrola ta występuje w odniesieniu do zamówień publicznych lub umów ramowych o określonej wartości³⁴, a przeprowadzenie tej kontroli dla Prezesa miało i ma charakter obligatoryjny, przepis ustawy stanowi, że *Prezes Urzędu przeprowadza*, co oznacza obowiązek jej przeprowadzenia. Kontrola ta ma charakter kontroli następczej, gdyż odnosi się do postępowania *przed zawarciem umowy*. Zgodnie z definicją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, postępowanie to kończy się wyborem *oferty wykonawcy, z którym zostanie zawarta umowa (...)*. Określenie tej kontroli jako kontroli uprzedniej, z doktrynalnego punktu widzenia, budzi wątpliwości, gdyż kontrola uprzednia to kontrola zamiaru działania. W tym przypadku kontroli poddajemy działanie już zakończone, którym jest przeprowadzone postępowanie o udzielenie zamówienia. Uprzedniość tej kontroli można jedynie tłumaczyć faktem, że jest ona przeprowadzona przed zawarciem umowy, a więc jeszcze przed realizacją zamówienia lub realizacją umowy ramowej. Mamy więc, w tym przypadku, do czynienia z ujęciem terminu *uprzednia* w jego znaczeniu potocznym, lub też celowościowym gdyż ma zapobiegać niezgodnemu z prawem wydatkowaniu środków poprzez zawarcie umowy z wykonawcą wyłonionym z naruszeniem przepisów ustawy. Wskazując na obligatoryjność tej kontroli należy zwrócić uwagę na uprawnienie przyznane instytucji zarządzającej (wcześniej przywołanej), na której wniosek Prezes może odstąpić od przeprowadzenia kontroli uprzedniej, jeżeli w ocenie tej instytucji postępowanie zostało przeprowadzone w sposób zgodny z przepisami ustawy (art. 169 ust. 4).

Z systemowego punktu widzenia (systemu zamówień publicznych) przepis ten wskazuje, moim zdaniem, na naruszenie spójności tego systemu. Ustawodawca określając zadania

³⁴ Ustawą 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) zmieniono (podniesiono) wartość zamówienia albo umowy ramowej dla których przeprowadza się kontrolę uprzednią.

Prezesa wskazał, że jest on organem czuwającym nad przestrzeganiem zasad systemu zamówień publicznych poprzez dążenie do zapewnienia jednolitego stosowania przepisów o zamówieniach. Przywołany powyżej przepis wskazuje, że to instytucje zarządzające kontrolując udzielanie zamówień publicznych „wyręczają i zastępują” Prezesa Urzędu w zakresie jego ustawowych obowiązków. Oczywiście Prezes *może odstąpić*, co oznacza, że nie musi odstąpić i może tę kontrolę przeprowadzić. Jednak z punktu widzenia zamawiającego i jego pewności dla swych działań, takie mnożenie organów kontrolujących (mogących wnioskować o odstąpienie od kontroli) może budzić wątpliwości. Jednym z ważnych założeń doktrynalnych związanych z funkcjonowaniem organów kontroli jest ich współdziałanie. Można mieć wątpliwości, czy funkcjonujące obecnie organy kontrolujące zamówienia publiczne współdziałają ze sobą. Tak można by odczytać przepisy dotyczące współdziałania instytucji zarządzających i Prezesa UZP. Jeżeli przyjmiemy, za słuszne, takie uprawnienie instytucji zarządzających, to powstaje pytanie, czy te instytucje (szerzej inne organy kontroli) uwzględniają wyniki kontroli Prezesa Urzędu. Trudno jednak takie współdziałanie wywieść z obowiązujących te podmioty przepisów prawa, z uwagi na cele jakie są stawiane przed poszczególnymi organami realizującymi cele wyznaczone w ustawach je kreujących.

Mankamentem regulacji dotyczącej kontroli uprzedniej jest fakt, że to zamawiający poddaje się tej kontroli przekazując Prezesowi kopię dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia. Ustawa wprowadza bardzo ważny przepis stanowiący, że do czasu zakończenia kontroli uprzedniej nie można zawrzeć umowy (art. 171 ust. 1 i ust. 4). Wprowadzenie przedmiotowego zakazu przez ustawodawcę nie skutkuje dalszymi przepisami zawierającym, w sposób bezpośredni, sankcje wobec zamawiającego naruszającego ten zakaz (zawarł umowę bez poddania się kontroli). W konsekwencji, z praktycznego punktu widzenia, przepisy dotycząc całej procedury kontrolnej uprzedniej będą wiązały tych zamawiających, którzy takiej kontroli się poddali. Pewnym zagrożeniem dla zamawiających, którzy takiej kontroli się nie poddali, jest prawo Prezesa Urzędu wystąpienia *do sądu o unieważnienie umowy w przypadku dokonania przez zamawiającego czynności lub zaniechania dokonania czynności z naruszeniem przepisu ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania* (art. 146 ust. 6). Z tym jednak zastrzeżeniem, że o nieważności umowy, po wystąpieniu przez Prezesa, będzie orzekał sąd. Naruszenie obowiązku poddania się kontroli przez zamawiającego może również stanowić przesłankę zastosowania sankcji (art. 168 pkt 2), przez Prezesa UZP, w trybie przepisów art. 200 i art. 201 Ustawy. Zgodnie z dyspozycją art. 200 ust 1 pkt 1 lit. c) można stwierdzić, że niepoddanie się kontroli obowiązkowej przez zamawiającego jest, w tym przypadku, niestosowaniem ustawy. Zatem przesłanka ta może stanowić podstawę nałożenia na zamawiającego kary pieniężnej. Podobnie można odwołać się do przepisu zawartego w art. 200 ust. 2 pkt 7, który stanowi, że karze pieniężnej podlega również zamawiający dokonujący wyboru najkorzystniejszej oferty z naruszeniem przepisów ustawy. Jednak zgodnie z dyspozycją przepisów ustawy, w tym przypadku, naruszenie to musi mieć wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Oczywiście zastosowanie ewentualnych sankcji przez Prezesa będzie musiało być poprzedzone przeprowadzeniem kontroli doraźnej, w wyniku której zostaną sformułowane wnioski pokontrolne zawierające przesłanki wskazujące na nieważność umowy lub też wskazujące na naruszenie mające wpływ na wynik postępowania.

Kontrola uprzednia realizowana przez Prezesa Urzędu ma bardzo ważne znaczenie nie tylko dla prawidłowego (legalnego) funkcjonowania systemu zamówień publicznych. Ma również bardzo istotne znaczenie dla właściwego dysponowania środkami, w tym środkami pochodzącymi z UE. Naruszenie prawa w przypadku finansowania ze środków UE grozi, przede wszystkim, sankcjami finansowymi stosowanymi przez instytucje zarządzającą. Może również skutkować sankcjami zastosowanymi przez Komisję Europejską. Realizowane kontrole uprzednie przez Prezesa wskazują na szeroką „różnorodność” naruszeń ustawy przez zamawiających³⁵, a zarzuty stawiane wobec zamawiających bardzo często są potwierdzane orzeczeniami KIO³⁶. Dlatego tak ważną jest poprawna konstrukcja formalno-prawna tej kontroli.

Ważnym z punktu widzenia poprawności funkcjonowania organów kontroli są określone prawem procedury kontrolne. Doktryna prawa wskazuje, że „sposób, forma i tryb wypełniania funkcji kontroli muszą mieć swoje wyraźne oparcie w obowiązującym prawie i powinny być w miarę precyzyjnie ukształtowane przez przepisy prawne”³⁷. Prawne ukształtowanie procedur kontrolnych wynika z konstytucyjnej zasady praworządności. A ich prawne określenie będzie miało wpływ na sprawność i efektywność realizowanych kontroli. W przypadku kontroli uprzedniej może budzić wątpliwości element proceduralny związany z jej wszczęciem (z urzędu a *de facto* na wniosek samego kontrolowanego). Ustawa mało precyzyjnie określa terminy wszczęcia kontroli, w przypadku postępowania wyjaśniającego takiego terminu ustawodawca nie wskazuje. Wszczęcie kontroli doraźnej następuje w terminie nieznanym zamawiającemu, o jej wszczęciu zamawiający będzie poinformowany dopiero wtedy, gdy Prezes zażąda kopii dokumentów związanych z postępowaniem. Tylko podmiot wnioskujący o przeprowadzenie kontroli doraźnej jest informowany, przez Prezesa, o wszczęciu lub odmowie wszczęcia postępowania kontrolnego. Ustawodawca jednoznacznie termin wszczęcia kontroli określił tylko w przypadku kontroli uprzedniej. Wszczęcie tej kontroli następuje, zgodnie z ustawą, poprzez doręczenie kopii dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia. Odwoływanie się do przekazania dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wskazuje na materiały, w oparciu o które będzie prowadzona kontrola. Zgodnie z dyspozycją art. 163 ustawy, kontrolę Prezes przeprowadza w oparciu o kopie dokumentów związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia, pisemne wyjaśnienia kierownika i pracowników zamawiającego oraz innych podmiotów (art. 163 ust. 1 pkt. 2). Prezes może również zasięgać opinii biegłych, jeżeli jest to uzasadnione potrzebą zasięgnięcia wiedzy specjalistycznej (art. 163 ust. 1 pkt 3). Na podstawie tak szeroko zebranego materiału dokonuje się ustalenia stanu faktycznego odnoszącego się do kontrolowanego zamówienia publicznego. Wątpliwości może budzić użyte w art. 163 ust. 1 pkt 2 i ust. 3 sformułowanie „innych podmiotów”. Wprowadzenia tak nieostrego i „pojemnego” określenia dają możliwość do jego rozszerzenia w toku prowadzonych czynności kontrolnych. Należałoby rozważyć czy pod pojęciem „innych podmiotów” ustawodawca rozumie np. pełnomocników zamawiającego, wykonawców i ich pełnomocników oraz inne organy uprawnione do kontroli zamówień

³⁵ Zob. informacje Prezesa UZP o wynikach kontroli, uzp.gov.pl

³⁶ Zob. uchwały KIO do nieuwzględnienie przez Prezesa zastrzeżeń zamawiającego do wyniku kontroli.

³⁷ J. Jagielski, Z problematyki procedur kontrolnych, Kontrola Państwowa Nr 1/2002, s. 6, zob. również na ten temat R. Padrak: Zasada kontrydiktoryjności w postępowaniu kontrolnym, Kontrola Państwowa Nr 2/2001 s. 10 i nast.

publicznych. Szerokie rozumienie pojęcia „innych podmiotów” wydaje się być celowe, gdyż postępowanie kontrolne ma służyć obiektywnemu wyjaśnieniu stanu faktycznego. Rozumienie pod pojęciem „innych podmiotów”, również innych organów uprawnionych do kontroli zamówień publicznych służy spełnieniu jednego z podstawowych doktrynalnych warunków funkcjonowania kontroli jakim jest współdziałanie organów kontroli ze sobą w trakcie realizacji swych zadań kontrolerskich. Zgodnie z dyspozycją zawartą w ustawie³⁸, w przypadku kontroli uprzedniej, tym „innym podmiotem” może być również podmiot uprawniony do wniesienia środków ochrony prawnej. Prowadząc kontrolę, należy pamiętać, że organ kontrolujący dokonujący oceny podejmowanych czynności, w tym przygotowywanych dokumentów, przez zamawiającego i wykonawców będzie działał w oparciu o kryteria które zostały mu przyznane przez ustawodawcę. W przypadku kontroli realizowanej przez Prezesa podstawowym i jedynym kryterium kontroli jest kryterium legalności (art. 161 ust. 2). Należy jednak mieć na uwadze, że inne organy powołane do kontroli zamówień publicznych, mogą posługiwać się, obok kryterium legalności, innymi kryteriami /im przyznanymi przez ustawy/, np. gospodarności, rzetelności i celowości³⁹, ⁴⁰. Warto mieć świadomość, że kryteria stosowane w toku kontroli nie zależą od woli lub uznania organu kontrolującego, lecz są ściśle przypisane organowi wolą prawodawcy. Biorąc pod uwagę kryteria kontroli, jakimi mogą posługiwać się inne organy kontroli, należy mieć świadomość, że wyniki kontroli tego samego postępowania mogą się różnić i wynikiem zastosowania właśnie innych kryteriów (np. działanie legalne może być działaniem niecelowym). W przypadku prowadzenia postępowania kontrolnego ważnym jest określenie również ram czasowych trwania kontroli. Tylko w przypadku kontroli uprzedniej ustawodawca wskazał te terminy poprzez określenie maksymalnego czasu ich trwania⁴¹.

Ustawodawca precyzyjnie wskazuje na etap zakończenia kontroli, którym jest w przypadku kontroli uprzedniej, doręczenie zamawiającemu informacji o wyniku kontroli (art. 171 ust. 1). Wynik tej kontroli zawiera, między innymi, informacje o stwierdzonych naruszeniach i może również zawierać zalecenia pokontrolne jeżeli zasadne jest unieważnienie postępowania lub usunięcie stwierdzonych naruszeń. Wynik kontroli jest zatem oceną działań zamawiającego ze wskazaniem naruszeń przepisów ustawy i oczekiwanych działaniach zamawiającego zmierzających do wyeliminowania stwierdzonych naruszeń prawa. Zalecenia pokontrolne, ich treść, będzie uzależniona od stwierdzonych naruszeń przepisów ustawy. Jeżeli, w wyniku przeprowadzonej kontroli Prezes stwierdzi wystąpienie przesłanek uzasadniających unieważnienie postępowania, określone w art. 93 ust. 1, lub w art. 146 ust. 1, winien on w zaleceniach pokontrolnych wskazać na unieważnienie postępowania. Należy podkreślić bezwzględny charakter przesłanek wskazanych w art. 146 ust. 1, w przypadku wystąpienia których Prezes winien zobowiązać zamawiającego do unieważnienia postępowania. W przypadku innych naruszeń ustawy, mających lub mogących mieć wpływ na wynik postępowania, Prezes może nakazać zamawiającemu dokonania określonych czynności, których nie wykonał lub których wykonanie budzi wątpliwości, ich prze-

³⁸ Zamawiający niezwłocznie informuje Prezesa Urzędu o wniesieniu odwołania lub skargi – art. 170 ust. 2 Ustawy.

³⁹ Zob. art. 5 ustawy z dnia 23 grudnia 1994 r. o Najwyższej Izbie Kontroli (tj. Dz. U. z 2012 r., poz. 82).

⁴⁰ Zob. art. 2 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 28 września 1991 r. o kontroli skarbowej (tj. Dz. U. z 2011 r. nr 41, poz. 214 z zm.).

⁴¹ Art. 171 ust. 3–14 dni od dnia doręczenia materiałów, w przypadku sprawa szczególnie skomplikowanych nie później niż 30 dni.

prowadzenia lub powtórzenia. Dyspozycja art. 171 ust. pkt 3 koresponduje, w tym przypadku, z treścią art. 146 ust. 6. Termin zakończenia kontroli uprzedniej, zgodnie z dyspozycją art. 171 ust. 2, w przypadku wniesienia umotywowanych zastrzeżeń przez zamawiającego do wyniku kontroli, podlega wydłużeniu do czasu ostatecznego rozpatrzenia zastrzeżeń. W postępowaniu związanym z wniesieniem zastrzeżeń ustawodawca wprowadził kilka istotnych terminów, termin na wniesienie umotywowanych zastrzeżeń – 7 dni od dnia doręczenia informacji o wyniku kontroli, – 15 dni na rozpatrzenie zastrzeżeń przez Prezesa, – 15 dni dla KIO na wyrażenie opinii w sprawie nieuwzględnienia zastrzeżeń przez Prezesa. Ustawodawca nie przewidział przepisów dających określone uprawnienia zamawiającemu w przypadku naruszenia, przez organy prowadzące lub uczestniczące w tym postępowaniu uczestniczące, terminów określonych ustawą.

W przypadku kontroli uprzedniej Prezes może, oczywiście w przypadku stwierdzonych naruszeń, wnioskować do zamawiającego o przekazanie pisemnie informacji o sposobie wykonania zaleceń pokontrolnych (art. 171 ust. 5). Dyspozycja tego przepisu wskazuje na uprawnienie Prezesa (wnioskowania) w tym zakresie. W odniesieniu do zamawiającego przepis ten nie wprowadza obowiązku informowania, tylko ustawa zawiera sformułowanie *informuje*. Ustawa również w tym przypadku nie wprowadza sankcji, wobec zamawiającego, za brak *pisemnego poinformowania*. Prezes, w przypadku braku odpowiedzi, o sposobie wykonania zaleceń pokontrolnych, będzie mógł wystąpić do sądu o unieważnienie umowy w całości lub części zawartej w tym postępowaniu.

Wartym zastanowienia się jest charakter prawny zaleceń pokontrolnych. Oczywiście jest, że nie należy nadawać im charakteru władczego, nie mniej jednak należy rozważyć wprowadzenie bezpośrednich sankcji związanych z niepoddaniem się kontroli obligatoryjnej.

Należy również, moim zdaniem, uporządkować przepisy związane z uprawnieniami Prezesa i część z nich bezpośrednio związać z prowadzonymi kontrolami. Przykładem niech będzie tylko przepis art. 146 ust. 6, wskazujący na możliwość wystąpienia do sądu o unieważnienie umowy, przepis w swej treści słuszny, tylko powstaje pytanie czy nie powinien on występować łącznie z innymi zadaniami Prezesa. W tym zadaniami związanymi z prowadzoną kontrolą i działaniami Prezesa bezpośrednio wynikającymi z tej kontroli. Wartym, w przypadku tego przepisu, skonfrontowanie jego treści z przepisami art. 168, szczególnie z punktem 3 tego artykułu.

Obecne przepisy dotyczące kontroli udzielania zamówień publicznych, realizowanej przez Prezesa Urzędu, należy ocenić pozytywnie w stosunku do poprzednio obowiązujących. Nie zmienia to faktu, że należy rozważyć możliwość ich „poprawienia” i „uporządkowania”. Warto również odwołać się w tym przypadku do rozważań doktryny z tego zakresu, gdyż postępowanie kontrolne jest oparte na przepisach prawa administracyjnego i warto ten fakt uwzględnić w celu większego doprecyzowania tych przepisów. Należy również dążyć, w rozwiązaniach systemowych, do spełnienia podstawowego wymogu funkcjonowania systemu organów kontrolujących jaki jest i powinno być ich współdziałanie. Niewątpliwie spełnienie tego wymogu będzie służyło poprawie funkcjonowania systemu zamówień publicznych, jego sprawności. Tym samym będzie służyło racjonalizacji wydatkowania środków z wykorzystaniem zamówień publicznych.

WPŁYW NOWELIZACJI USTAWY O ODPOWIEDZIALNOŚCI ZA NARUSZENIE DYSCYPLINY FINANSÓW PUBLICZNYCH NA ZAPEWNIENIE PRAWIDŁOWOŚCI STOSOWANIA PRZEPISÓW PRAWA ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH PRZY WYKONYWANIU ZADAŃ FINANSOWANYCH ZE ŚRODKÓW BUDŻETOWYCH I UNIJNYCH

Mateusz Winiarz¹

1. WPROWADZENIE

Ustawą Prawo zamówień publicznych² (dalej Pzp) ukonstytuowano w polskim prawodawstwie system udzielania zamówień publicznych. Najogólniej rzecz ujmując uprawnione jest twierdzenie, że istotą tych regulacji jest ograniczenie swobody kontraktowej gwarantowanej przez przepisy Kodeksu cywilnego³ stronom stosunku prawnego, w szczególności oczywiście w zakresie wyboru partnera kontraktowego przez zamawiającego. Ograniczenie to ma na celu nie tyle zabezpieczenie pojedynczego podmiotu, ale przede wszystkim ogółu obywateli lub państwa. Dla realizacji tego celu niezbędne jest rygorystyczne przestrzeganie norm ustawowych, przede wszystkim przez zamawiających.

System niezależnych od siebie sankcji na naruszenie przepisów regulujących udzielanie zamówień publicznych zawiera sama ustawa Prawo zamówień publicznych ale również inne akty normatywne polskie i unijne. Do najistotniejszych uregulowań dotyczących odpowiedzialności za niezastosowanie lub nieprawidłowe zastosowanie przepisów Pzp, tworzących oddzielny system odpowiedzialności, należą przepisy ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych⁴ (dalej również: ustawa o odpowiedzialności). Ustawa ta w gruncie rzeczy ma charakter kompleksowy i reguluje zarówno zasady, jak i zakres tej odpowiedzialności, organy właściwe oraz postępowanie w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Zawiera ona cały szereg norm sankcjonujących prawidłowość nie tylko realizowania gospodarki finansowej jednostek sektora finansów publicznych, czy gospodarowania środkami publicznymi, ale również przygotowania i prowadzenia postępowania, udzielania zamówień publicznych, czy zawierania umów objętych rygiem Pzp. Natomiast normy sankcjonowane, wskazane przepisami ustawy o odpowie-

¹ Mateusz Winiarz, Przewodniczący Regionalnej Komisji Orzekającej w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy RIO w Krakowie, Zastępca Prezesa RIO w Krakowie.

² t.j. Dz. U. z 2010 nr 113, poz. 759 ze zm.

³ Por art. 353¹ kc, zgodnie z treścią którego strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego. Zgodnie z art. 14 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 (Dz. U. Nr 16, poz. 93, z późn. zm.), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej, a zgodnie z art. 139 ust. 1 Pzp, do umów w sprawach zamówień publicznych, zwanych dalej „umowami”, stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej.

⁴ Dz. U. z 2005 r. nr 14, poz. 114 ze zm.

działności, w zakresie dotyczącym zamówień publicznych zawarte są w przepisach Pzp. Zatem podstawowym czynnikiem skutkującym przypisaniem odpowiedzialności jest naruszenie określonych przepisów Pzp.

Niezależnie od represyjnego charakteru przepisów ustawy o odpowiedzialności, należy mocno podkreślić cele zapobiegawcze i dyscyplinujące⁵ tego systemu⁶. Istotą jest tu zatem możliwie maksymalna eliminacja nieprawidłowości w zakresie stosowania przepisów Pzp. Chodzi nie tylko o zagrożenie odpowiedzialną represją, ale również o dokonywanie interpretacji przepisów oraz ocenę sposobu i zakresu ich zastosowania w konkretnych stanach faktycznych.

Odnosząc się do przedmiotu odpowiedzialności, to jest prawidłowości stosowania przepisów Pzp, należy mieć na uwadze charakter tej odpowiedzialności. W szczególności istotne jest, że odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych przypisywana jest nie zamawiającemu, tylko osobom działającym w imieniu zamawiającego, jak np. kierownikowi zamawiającego, pracownikom, czy podmiotom działającym jako pełnomocnicy zamawiającego. Z tym z kolei wiąże się czynnik winy, której przypisanie warunkuje dopiero zastosowanie odpowiednich sankcji.

Dyscyplina finansów publicznych spełnia więc bardzo istotną rolę w zapewnieniu legalności udzielania zamówień publicznych, zarówno poprzez system represji, jak i wskazywania prawidłowego sposobu stosowania przepisów Pzp. W zakresie zamówień publicznych szczególnie istotna jest ostatnia nowelizacja ustawy o odpowiedzialności dokonana ustawą z dnia 19 sierpnia 2011 r. o zmianie ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych oraz niektórych innych ustaw⁷, która weszła w życie dnia 11 lutego 2012 roku. Znowelizowano zarówno zakres podmiotowy, jak i przedmiot odpowiedzialności w szczególności obejmując sankcjami inne niż wcześniej czynności w postępowaniu lub na etapie przygotowanie postępowania.

Artykuł niniejszy jest kontynuacją myśli przedstawionych w artykule⁸ na IV Konferencję Naukową „Nowe podejście do zamówień publicznych – zamówienia publiczne jako instrument zwiększania innowacyjności gospodarki i zrównoważonego rozwoju. Doświadczenia polskie i zagraniczne.”, która odbyła się w Kazimierzu Dolnym w czerwcu 2011 r. W artykule tym została przedstawiona krytyczna analiza stanu prawnego w zakresie odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych w zakresie zamówień publicznych. Zapowiadana wtedy nowelizacja ustawy o odpowiedzialności⁹, jak wspomniano wyżej weszła w życie i są już pierwsze doświadczenia w stosowaniu przepisów znowelizowanych, z których to doświadczeń już można wysnuć wnioski istotne dla funkcjonowania systemu odpowiedzialności.

⁵ Por. art. 33 ust. 1 ustawy o odpowiedzialności.

⁶ por. uzasadnienie do projektu ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, Druk Sejmowy IV Kadencja, nr 1958.

⁷ Dz. U. nr 240, poz. 1429.

⁸ M. Winiarz, *Dyscyplina finansów publicznych jako instrument egzekwowania legalności postępowań o udzielenie zamówienia publicznego. Próba oceny systemu*, w: J. Niczyporuk, J. Sadowy, M. Urbanek, *Nowe podejście do zamówień publicznych – zamówienia publiczne jako instrument zwiększania innowacyjności gospodarki i zrównoważonego rozwoju. Doświadczenia polskie i zagraniczne*, Warszawa 2011, s. 225 i n.

⁹ Rozważania dotyczące nowelizacji ustawy prowadzone były w oparciu o „Projekt założeń do projektu ustawy o zmianie ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych oraz innych ustaw z dnia 7 lutego 2011 r.”

2. ZMIANA ZAKRESU PODMIOTOWEGO ODPOWIEDZIALNOŚCI W ZAKRESIE ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

Odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych nie ma charakteru powszechnego. Oznacza to, że nie każdej osobie, która popełniła czyn stanowiący naruszenie tej dyscypliny możliwe będzie przypisanie odpowiedzialności, a tym samym nie każdy, kto dopuścił się określonego naruszenia będzie mógł być poddany sankcjom.

Kategorie osób podlegających odpowiedzialności wymienia enumeratywnie przepis art. 4 i 4a ustawy o odpowiedzialności. Katalog ten ma charakter zamknięty i nie może zostać rozszerzony. Niezależnie więc od zamierzeń ustawodawcy i znowelizowanego opisu typów czynów zabronionych dla przyjęcia odpowiedzialności konkretnej osoby, nawet jeżeli wykonuje ona czynności wskazane z opisie czynu, konieczne jest aby osoba ta była wskazana w katalogu podmiotowym. Przypisanie odpowiedzialności w rozumieniu ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych innej osobie niż wskazana w katalogu osób podlegających odpowiedzialności nie jest możliwe.

Po znowelizowaniu art. 4 ustawy o odpowiedzialności otrzymał brzmienie: „1. Odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych podlegają, z zastrzeżeniem art. 4a:

- 1) osoby wchodzące w skład organu wykonującego budżet lub plan finansowy jednostki sektora finansów publicznych albo organu zarządzającego podmiotu niezaliczanego do sektora finansów publicznych, któremu przekazano do wykorzystania lub dysponowania środki publiczne, lub zarządzającego mieniem tych jednostek lub podmiotów,
- 2) kierownicy jednostek sektora finansów publicznych,
- 3) pracownicy jednostek sektora finansów publicznych lub inne osoby, którym odrębną ustawą lub na jej podstawie powierzono wykonywanie obowiązków w takiej jednostce, których niewykonanie lub nienależyte wykonanie stanowi czyn naruszający dyscyplinę finansów publicznych, z zastrzeżeniem ust. 2,
- 4) osoby wykonujące w imieniu podmiotu niezaliczanego do sektora finansów publicznych, któremu przekazano do wykorzystania lub dysponowania środki publiczne, czynności związane z wykorzystaniem tych środków lub dysponowaniem tymi środkami.

2. W przypadku naruszenia dyscypliny finansów publicznych określonego w art. 17 osoba niebędąca pracownikiem jednostki sektora finansów publicznych, której na podstawie przepisów o zamówieniach publicznych zamawiający powierzył przygotowanie lub przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, działająca jako pełnomocnik zamawiającego, podlega odpowiedzialności za to naruszenie, jeżeli zamawiający jest jednostką sektora finansów publicznych lub udzielane zamówienie publiczne jest finansowane ze środków publicznych.”

Analizując brzmienie przytoczonego przepisu w pierwszej kolejności należy zauważyć, że poza regulacją przepisu art. 4 ustawy pozostają osoby wskazane w art. 4a ustawy. Przepis ten odnosi się do zakresu podmiotowego odpowiedzialności wynikającej z art. 13 ustawy regulującego odpowiedzialność związaną z gospodarowaniem środkami „unijnymi lub zagranicznymi”¹⁰.

Kategorię osób, które bezwarunkowo podlegają odpowiedzialności w zakresie zamówień publicznych tworzą kierownicy jednostek sektora finansów publicznych. Należy zwrócić uwagę, że w przypadku odpowiedzialności obejmującej zamówienia publiczne pojęcie „kierownik jednostki” należy utożsamiać z pojęciem „kierownik zamawiającego”. Zgodnie bowiem z przepisami Pzp każda jednostka sektora finansów publicznych posiada status zamawiającego (wn. z art. 3 ust. 1 pkt 1 Pzp).

Należy zauważyć, że kierownicy jednostek sektora finansów publicznych podlegali odpowiedzialności zarówno w stanie prawnym przed nowelizacją, podlegają również obecnie.

Wydawać by się mogło, że najdalej idąca zmiana dotyczy zakresu odpowiedzialności osób wykonujących czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, w szczególności pracowników jednostek sektora finansów publicznych.

Odpowiedzialności podlegają bowiem:

– pracownicy jednostek sektora finansów publicznych, którym odrębną ustawą lub na jej podstawie powierzono wykonywanie obowiązków w takiej jednostce, których niewykonanie lub nienależyte wykonanie stanowi czyn naruszający dyscyplinę finansów publicznych,

lub

– inne osoby, którym odrębną ustawą lub na jej podstawie powierzono wykonywanie obowiązków w takiej jednostce, których niewykonanie lub nienależyte wykonanie stanowi czyn naruszający dyscyplinę finansów publicznych,

z zastrzeżeniem ust. 2.

W druku sejmowym dotyczącym nowelizacji¹¹ oczekiwania wobec powyższej zmiany wyrażono w sposób następujący: „W konsekwencji projektowanej zmiany, w zakresie sektora finansów publicznych odpowiedzialności podlegać będą pracownicy i inne osoby, których obowiązki wynikają wprost z przepisów ustawy lub którym powierzono obowiązki na podstawie obowiązujących przepisów”.

Przed wszystkim zwraca uwagę, że ustawodawca określając zakres podmiotowy odpowiedzialności zdecydował się na odejście od terminologii, jaką posługuje się Prawo zamówień publicznych określając odpowiedzialność za przygotowanie i przeprowadzenie postępo-

¹⁰ Odpowiedzialność za gospodarowanie środkami unijnymi zostanie omówiona w kolejnej części niniejszego opracowania.

¹¹ Druk nr 4465, źródło www.sejm.gov.pl

wania. Domniemywać należy, że pod pojęciem „obowiązków” ustawodawca nadal rozumie „czynności w postępowaniu oraz czynności związane z przygotowaniem postępowania” skoro przepis dotyczący odpowiedzialności w Pzp pozostał niezmieniony.

Przepis art. 4 ust 1 pkt 3 ustawy o odpowiedzialności nie zawiera też regulacji wskazujących na podstawy, zakres czy formę powierzenia obowiązków dotyczących zamówień publicznych. Potwierdza to tylko fakt, że w tym zakresie należy stosować art. 18 Pzp, który określa odpowiedzialność za prawidłowość procedury udzielania zamówień publicznych.

Zgodnie z przepisem art. 18 ust. 1 Pzp, 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 niezbędne, ale i wystarczającą podstawą do ponoszenia odpowiedzialności za prawidłowe stosowanie ustawy.

Zgodnie z przepisem art. 18 ust. 2 Pzp zdanie 1, za przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia odpowiadają także inne osoby w zakresie, w jakim powierzono im czynności w postępowaniu oraz czynności związane z przygotowaniem postępowania. Użycie zwrotu „także” sugeruje objęcie zakresem odpowiedzialności zarówno kierownika zamawiającego, jak i osoby, którym owe czynności powierzono. Kierownik, który w określonym zakresie powierza obowiązki innemu pracownikowi, nie traci przez to uprawnień do działania w powierzonym zakresie, jak również nie uwalnia się od odpowiedzialności.

Zgodnie z art. 18 ust. 2 Pzp zdanie 2, kierownik zamawiającego może powierzyć wykonywanie zastrzeżonych dla niego czynności, określonych w niniejszym rozdziale, pracownikom zamawiającego. Ustawodawca wskazuje zatem, że nie każda czynność może zostać w tym trybie powierzona. Może to dotyczyć jedynie takiej czynności, która jest zastrzeżona dla kierownika zamawiającego. *A contrario* należy zauważyć, że istnieją czynności w ramach przygotowania lub przeprowadzenia postępowania, które dla kierownika nie są zastrzeżone. Użycie sformułowania „określonych w niniejszym rozdziale” prowadzi do wniosku, że chodzi o czynności wymienione w rozdziale 1 („Zamawiający i wykonawcy”) działu II Prawa zamówień publicznych („Postępowanie o udzielenie zamówienia”)¹².

Z treści omawianego przepisu wynikają jeszcze inne granice przedmiotowe odpowiedzialności. Odpowiedzialność ponosić można bowiem „za przygotowanie i przeprowadzenie postępowania”. Zasada ta oznacza, że odpowiedzialności nie ponosi się za wykonanie, czy zaniechanie czynności przed przygotowaniem i po przeprowadzeniu postępowania, niezależnie od ich związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego, czy też wpływu na to postępowanie. Istotne zatem z punktu widzenia odpowiedzialności jest określenie, stosowania których obowiązków, czynności, czy zakazów odpowiedzialność dotyczy.

¹² Wśród tych czynności można wymienić przykładowo: powołanie komisji przetargowej, wykluczenie wykonawcy, odrzucenie ofert, wybór oferty najkorzystniejszej, unieważnienie postępowania.

Ustawa nie zawiera definicji pojęć „przygotowanie postępowania”, czy też „przeprowadzenie postępowania”, chociaż używa je w kilku przypadkach, nie tylko przy okazji zakreślenia odpowiedzialności, ale na przykład również przy ustalaniu zasad udzielania zamówień. Bez wątplenia należy je odnieść do definicji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, która określa czynności stanowiące wszczęcie tego postępowania oraz jego cel.

Przepis art. 18 Pzp reguluje również formę powierzenia pracownikom czynności w ramach przygotowania i prowadzenia postępowania, przesądzając jedynie, 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.

Podkreślenia wymaga fakt, że ustawodawca określając w art. 18 Pzp zakres odpowiedzialności za zamówienia publiczne wyznaczył jej granice poprzez odniesienie do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, zarówno dla samego kierownika zamawiającego, jak również uprawniając kierownika do powierzenia czynności w tych samych granicach.

Niezależnie od znowelizowania zakresu podmiotowego odpowiedzialności, przepis Pzp nadal uprawnia kierownika do powierzenia czynności wyłącznie pracownikom zamawiającego. Przy innym rozumieniu tego przepisu norma art. 18 ust. 2 zd. 2 pozostawałaby pusta, a takie twierdzenie godzi w racjonalność ustawodawcy.

Określając przesłanki podlegania pracowników zamawiającego odpowiedzialności za zamówienia publiczne nie można pominąć faktu, że z samych przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych nie wynika powierzenie obowiązków jakiegokolwiek innej osobie (w szczególności pracownikowi) poza kierownikiem jednostki¹³.

Podsumowując wskazać należy, że pracownicy jednostek sektora finansów publicznych, co do zasady, będą podlegać odpowiedzialności z tytułu powierzenia im obowiązków „na podstawie ustawy”, w tym przypadku Pzp.

W przypadku osób innych niż pracownicy, ustawodawca odsyła do uregulowań art. 4 ust. 2 ustawy. Z tego przepisu z kolei wynika, że w przypadku naruszenia dyscypliny finansów publicznych określonego w art. 17 ustawy, osoba niebędąca pracownikiem jednostki sektora finansów publicznych, której na podstawie przepisów o zamówieniach publicznych zamawiający powierzył przygotowanie lub przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, działająca jako pełnomocnik zamawiającego, podlega odpowiedzialności za to naruszenie, jeżeli zamawiający jest jednostką sektora finansów publicznych lub udzielane

¹³ W uzasadnieniu projektu nowelizacji wskazano, że chodziło o osoby „formalnie niemające statusu kierownika jednostki sektora finansów publicznych, natomiast wykonujące faktycznie obowiązki i zadania kierownika w zakresie gospodarki finansowej jednostki (dyrektorzy generalni, dyrektorzy finansowi sądów), którym obowiązki w zakresie gospodarki finansowej przypisuje ustawa (odpowiednio ustawa o służbie cywilnej i ustawa – Prawo o ustroju sądów powszechnych)”.

zamówienie publiczne jest finansowane ze środków publicznych. Zatem rozszerzenie kręgu osób podlegających odpowiedzialności o podmioty niebędące pracownikami zamawiającego wymagało odrębnego uregulowania.

W uzasadnieniu rządowym stwierdzono, że wprowadzenie regulacji art. 4 ust 2 ustawy o odpowiedzialności „ma na celu uwzględnienie określonej w art. 15 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych możliwości powierzenia przez zamawiającego przygotowania lub przeprowadzenia postępowania w sprawie zamówienia publicznego własnej jednostce organizacyjnej lub osobie trzeciej”. W przepisie art. 15 Pzp jest mowa o „*własnej jednostce organizacyjnej lub osobie trzeciej*”. Oznacza to, że czynności mogą być powierzone osobie fizycznej, osobie prawnej lub jednostce organizacyjnej nieposiadającej osobowości prawnej. O ile znowelizowany zakres podmiotowy usprawiedliwiłby przypisanie odpowiedzialności osobie fizycznej, o tyle przypisanie jej w sytuacji, gdyby chodziło o osobę prawną lub jednostkę organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej byłoby już problematyczne.

Podkreślenia wymaga, że spośród podmiotów wykonujących czynności na etapie przygotowania lub przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia, a niebędących pracownikami zamawiającego, odpowiedzialności podlegać będą wyłącznie te, które działają jako pełnomocnicy zamawiającego.

Po znowelizowaniu przepisów, do kręgu podmiotów podlegających odpowiedzialności należą również osoby spoza sektora finansów publicznych. W tym przypadku dokonana zmiana brzmienia przepisu zdaje się potwierdzać stanowiska wypracowane wcześniej przez orzecznictwo¹⁴. Odpowiedzialności podlegając więc:

- 1) osoby wchodzące w skład organu zarządzającego podmiotu niezaliczanego do sektora finansów publicznych, któremu przekazano do wykorzystania lub dysponowania środki publiczne, lub zarządzającego mieniem tych jednostek lub podmiotów,
- 2) osoby wykonujące w imieniu podmiotu niezaliczanego do sektora finansów publicznych, któremu przekazano do wykorzystania lub dysponowania środki publiczne, czynności związane z wykorzystaniem tych środków lub dysponowaniem tymi środkami.

Celem ustawodawcy było zatem 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. Ustawodawca powiązał odpowiedzialność za gospodarowanie finansami mającymi charakter środków publicznych w momencie przekazywania jednostkom niezaliczanym do sektora finansów publicznych przez jednostki sektora finansów publicznych.

¹⁴ Por. np. Orzeczenie GKO z dnia 19 stycznia 2006 r., DF/GKO/Odw.-85/112/RN-27/2005/716.

3. PENALIZACJA NARUSZEŃ PRZEPISÓW PZP PO ZNOWELIZOWANIU USTAWY O ODPOWIEDZIALNOŚCI

Przepis art. 17 ustawy o odpowiedzialności, konstytuujący czyny stanowiące naruszenie dyscypliny finansów publicznych w zakresie zamówień publicznych, został istotnie zmieniony nowelizacją ustawy, która weszła w życie 11 lutego 2012 roku.

Ustawodawca zrezygnował z zasady, zgodnie z którą odpowiedzialność dyscyplinarna była dochodzona przede wszystkim wobec osób, które udzieliły zamówienia publicznego. Istota nowelizacji w tym zakresie polegała na objęciu odpowiedzialnością osób dokonujących czynności na etapie przygotowania i przeprowadzenia postępowania¹⁵. Zatem, po nowelizacji ustawy, naruszeniem dyscypliny finansów publicznych nie jest już udzielenie zamówienia publicznego:

- a) z naruszeniem przepisów o zamówieniach publicznych dotyczących:
 - obowiązku przekazania lub zamieszczenia ogłoszenia w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego,
 - obowiązku zawiadomienia Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych,
- b) którego przedmiot lub warunki zostały określone w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji.

Natomiast, znowelizowanym art. 17 ust. 1 ustawy o odpowiedzialności wprowadzono nowe, nieznane ustawie do tej pory czyny, polegające na nieprawidłowej realizacji postanowień ustawy Prawo zamówień publicznych. Zatem naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest niezgodne z przepisami o zamówieniach publicznych:

- 1) opisanie przedmiotu zamówienia publicznego w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję;
- 2) ustalenie wartości zamówienia publicznego lub jego części, jeżeli miało to wpływ na obowiązek stosowania przepisów o zamówieniach publicznych albo na zastosowanie przepisów dotyczących zamówienia publicznego o niższej wartości;
- 3) opisanie sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w sposób niezwiązany z przedmiotem zamówienia lub nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia;
- 4) określenie kryteriów oceny ofert;
- 5) nieprzekazanie do ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej lub niezamieszczenie w Biuletynie Zamówień Publicznych ogłoszenia o zamówieniu, ogłoszenia o zmianie ogłoszenia o zamówieniu lub ogłoszenia o udzieleniu zamówienia;
- 6) niezawiadomienie w terminie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o wszczęciu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

¹⁵ Szerzej uzasadnienie projektu ustawy.

W zakresie odpowiedzialności za opis przedmiotu zamówienia należy w pierwszym rzędzie zwrócić uwagę, że istota tego czynu polega na naruszeniu uczciwej konkurencji.

Art. 7 ust. 1 Pzp nakłada na zamawiającego obowiązek przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie oferentów. Rozwinięcie tej zasady znaleźć można w szczególności w art. 29 ust. 2 Pzp, zgodnie z którym zabroniono opisywania przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudnić uczciwą konkurencję.

Warto zauważyć, że dyscyplina finansów publicznych obejmuje naruszenie zasady uczciwej konkurencji bezpośrednio tylko w zakresie odnoszącym się do opisu przedmiotu zamówienia. Każde inne złamanie zasady uczciwej konkurencji stanowi oczywiście naruszenie przepisów Pzp, jednak nie podlega penalizacji w zakresie dyscypliny finansów publicznych, chyba że złamanie tej zasady prowadzi do naruszenia określonego w art. 17 ust. 1c ustawy, to jest miało wpływ na wynik postępowania.

Najogólniej rzecz ujmując, do naruszenia dyscypliny finansów publicznych dojdzie wtedy, kiedy zasada uczciwej konkurencji zostanie naruszona poprzez niezachowanie dyspozycji art. 29, 30 i 31 Pzp.

Ponadto należy podkreślić, że dla wypełnienia znamion czynu nie będzie potrzeby wykazania rzeczywistego naruszenia uczciwej konkurencji. Wystarczające będzie uprawdopodobnienie, że poprzez nielegalne dokonanie lub zaniechanie określonej czynności do naruszenia tej zasady mogłoby dojść.

Naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest niezgodne z przepisami o zamówieniach publicznych ustalenie wartości zamówienia publicznego lub jego części, jednak pod warunkiem, że nieprawidłowość ta miała wpływ na obowiązek stosowania przepisów o zamówieniach publicznych albo na zastosowanie przepisów dotyczących zamówienia publicznego o niższej wartości. Oznacza to, że dla przypisania odpowiedzialności niezbędne jest wykazanie, że w sytuacji, gdyby zamawiający ustalił wartość zamówienia zgodnie z przepisami Pzp, konieczne byłoby odpowiednio zastosowanie ustawy lub stosowanie jej rygorów właściwych dla zamówienia o wyższej wartości.

Pzp nie definiuje pojęcia „wartość zamówienia”, wskazujące jedynie podstawę do jej ustalenia. Zgodnie z art. 32 ust. 1 Pzp, podstawą ustalenia wartości zamówienia jest całkowite szacunkowe wynagrodzenie wykonawcy, bez podatku od towarów i usług, ustalone przez zamawiającego z należytą starannością.

Powołany wyżej przepis art. 32 ust. 1 ustanawia ogólną normę w zakresie ustalenia wartości zamówienia. Dla niektórych rodzajów zamówień stworzono zaś szczegółowe normy postępowania. Dotyczy to w szczególności zamówień:

- na roboty budowlane,
- na usługi lub dostawy powtarzające się okresowo,

- na specyficzny rodzaj usług, jakim są usługi bankowe i finansowe,
- na usługi lub dostawy z prawem opcji,

a także obowiązku uwzględnienia – przy obliczaniu wartości zamówienia – wartości zamówień uzupełniających, czy dostaw związanych z wykonywaniem określonych robót budowlanych oddanych przez zamawiającego do dyspozycji wykonawcy.

Na podstawie przepisów wprowadzonych ostatnią nowelizacją, naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest niezgodne z przepisami o zamówieniach publicznych opisanie sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w sposób niezwiązany z przedmiotem zamówienia lub nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Czyn ten należy rozpatrywać w związku z art. 22 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, o udzielenie zamówienia publicznego mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące:

- 1) posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania,
- 2) posiadania wiedzy i doświadczenia,
- 3) dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia,
- 4) sytuacji ekonomicznej i finansowej.

Jednocześnie, jak wynika z treści kolejnych jednostek redakcyjnych art. 22 Pzp zamawiający, jest obowiązany do sporządzenia opisu sposobu dokonania oceny spełniania tych warunków w ogłoszeniu o zamówieniu albo w zaproszeniu do negocjacji, z tym, że opis ten powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia.

Redakcja przepisu art. 22 ust. 3 i 4 oraz art. 26 ust. 2b Pzp prowadzi do wniosku, iż wyrażenie „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”, 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 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 warunków¹⁶.

¹⁶ Pismo UZP z dnia 26 listopada 2010 r. nr UZP/DP/O-MSZ/37898/18744/10 niepubl.

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 Pzp, mają charakter abstrakcyjny i blankietowy i wymagają na gruncie każdego postępowania o udzielenie zamówienia publicznej konkretyzacji – wypełnienia treścią przez zamawiającego ram określonych ustawą poprzez odniesienie do przedmiotu zamówienia. Taka konkretyzacja jest – stosownie do art. 22 ust. 3 Pzp dokonywana poprzez sporządzenie opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu – 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 konkurencji¹⁷. Zgodnie bowiem z art. 22 ust. 4, opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków, o których mowa w ust. 1, powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia.

Odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych poprzez niezgodne z przepisami o zamówieniach publicznych określenie kryteriów oceny ofert, odnosi się przede wszystkim do uregulowań art. 91 Pzp. Zgodnie z art. 91 ust. 1 ustawy, zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Kryteria oceny ofert to mierniki umożliwiające zarówno sprawiedliwe porównanie ofert jak i gwarantujące wybór rzeczywiście najkorzystniejszej oferty. Kryteria muszą cechować się zdolnościami pomiarowymi, umożliwiającymi wartościowanie poszczególnych propozycji umownych. Zamawiający powinien dostatecznie skonkretyzować każde z przyjętych kryteriów, wyostrzając zdolności pomiarowe, co uchroni go przed zarzutem uznaniowości lub zgoła tendencyjności przy ocenie ofert¹⁸. W piśmiennictwie wskazuje się ponadto, że wybór kryteriów nie może być dowolny i zależny od uznania zamawiającego – muszą one mieć charakter obiektywny, nienaruszający zasady równego traktowania wszystkich przedsiębiorców i winny być stosowane w ten sam sposób wobec wszystkich ofert¹⁹. Przede wszystkim należy zauważyć, że przy ocenie ofert można stosować jedynie kryteria określone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. 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 (art. 91 ust. 2 ustawy). Cena jest obowiązkowym kryterium oceny ofert. Ważne jest aby pamiętać o tym, iż zgodnie z art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy o cenach, jest to wartość wyrażona w jednostkach pieniężnych, którą zamawiający jest obowiązany zapłacić przedsiębiorcy za dostawę lub usługę. Takie pojęcie ceny uwzględnia podatek od towarów i usług i podatek

¹⁷ Tamże.

¹⁸ Ryszard Szostak „Kryteria oceny ofert”, *Zamówienia publiczne* DORADCA Nr 9/2003.

¹⁹ Aleksandra Sołtysińska „Zamówienia publiczne w Unii Europejskiej” Kraków, 2004, s. 226.

akcyzowy, jeżeli na podstawie odrębnych przepisów sprzedaż towaru lub usługi podlega obciążeniu podatkiem od towarów i usług oraz podatkiem akcyzowym. W przypadku, gdy cena jest jedynym kryterium oceny ofert, właściwie nie dochodzi do czynności oceny ofert, rozumianej jako przyporządkowanie każdej z ofert odpowiedniej liczby punktów. Zamawiający ustala jedynie, która oferta jest najtańsza i ona zostaje uznana za najkorzystniejszą. W przypadku, gdy oprócz ceny istnieją jeszcze inne kryteria oceny ofert, zamawiający winien ustalić, która oferta otrzymała największą ilość punktów i owa oferta zostaje uznana za najkorzystniejszą. Wśród wymienionych wyżej kryteriów możemy wyróżnić te, które są kryteriami ze swej natury bardziej mierzalnymi i te, które takimi nie są. Wśród tych pierwszych należy wymienić przede wszystkim cenę, parametry techniczne, koszty eksploatacji, serwis oraz termin wykonania. Wśród tych drugich zwracają przede wszystkim uwagę kryteria jakości i funkcjonalności. Nie wdając się w szczegółowe rozważania, należy stwierdzić jedynie, że w przypadku tej drugiej grupy kryteriów (jakość, funkcjonalność oraz inne niewymienione tutaj kryteria o charakterze niemierzalnym), zamawiający – aby uniknąć zbyt szerokiego marginesu uznaniowości w zakresie oceny ofert – winien maksymalnie rozbudować opis sposobu oceny tych kryteriów. Katalog kryteriów określony przez ustawodawcę nie jest zamknięty i zamawiający mogą określać inne kryteria. Warunkiem jest aby kryteria oceny ofert nie dotyczyły właściwości wykonawcy (poza zamówieniem na usługi niepriorytetowe), a w szczególności jego wiarygodności ekonomicznej, technicznej lub finansowej. Zdaniem komisji orzekających kryteria oceny ofert powinny być przeliczalne, czyli tak skonstruowane, aby maksymalnie ograniczały subiektywne odczucia i osobiste preferencje zamawiającego. W szczególności kryterium oceny ofert odnoszące się do właściwości oferenta stanowi naruszenie zasady uczciwej konkurencji a w konsekwencji może skutkować celową eliminacją wykonawców nie spełniających tych kryteriów²⁰. Tym bardziej, że Pzp w art. 91 pkt 3 zawiera wyraźny zakaz stosowania do oceny ofert kryteriów odnoszących się do właściwości wykonawcy²¹.

Należy zwrócić uwagę, że na podstawie art. 91 ust. 8 Pzp Prezes Rady Ministrów został upoważniony do określenia, w drodze rozporządzenia, innych niż cena obowiązkowych kryteriów oceny ofert w odniesieniu do niektórych rodzajów zamówień publicznych, „kierując się potrzebą wdrożenia przepisów prawa Unii Europejskiej oraz mając na względzie szczególny charakter lub cel zamówienia publicznego”. Na tej podstawie Prezes Rady Ministrów określił²² inne niż cena obowiązkowe kryteria oceny ofert w odniesieniu do zamówień publicznych na zakup pojazdów samochodowych kategorii M i N, o których mowa w załączniku nr 1 do rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 24 października 2005 r. w sprawie homologacji typu pojazdów samochodowych i przyczep²³, niebędących pojazdami specjalnymi, zwanych dalej „pojazdami samochodowymi kategorii M i N”. Zachowanie przepisów tego rozporządzenia podlega również odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych w omawianym zakresie.

²⁰ Orzeczenie Regionalnej Komisji Orzekającej w Poznaniu z dnia 16 maja 2008 r. 0965-DB/47/08.

²¹ Orzeczenie Głównej Komisji Orzekającej z dnia 10 września 2007 r. DF/GKO-4900-32/36/RN-14/07/1617.

²² Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 10 maja 2011 r. w sprawie innych niż cena obowiązkowych kryteriów oceny ofert w odniesieniu do niektórych rodzajów zamówień publicznych (Dz.U.2011.96.559).

²³ Dz. U. Nr 238, poz. 2010, z 2006 r. Nr 205, poz. 1512 oraz z 2008 r. Nr 29, poz. 166.

Wprowadzając nowe określenie czynu stanowiącego naruszenie dyscypliny finansów publicznych w zakresie obowiązku ogłoszeniowego, ustawodawca zdecydował się na wyliczenie ogłoszeń, w stosunku do których nielegalność działań lub zaniechań może być karalna. Są to:

- ogłoszenia o zamówieniu,
- ogłoszenia o zmianie ogłoszenia o zamówieniu,
- ogłoszenia o udzieleniu zamówienia.

Zasady zamieszczania ogłoszeń zostały określone w rozdziale 3 działu I ustawy Pzp. Zgodnie z art. 11 ust. 1 Pzp, ogłoszenia, o których mowa w ustawie zamieszcza się w Biuletynie Zamówień Publicznych udostępnianym na stronach portalu internetowego Urzędu Zamówień Publicznych lub publikuje się w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, jeżeli są przekazywane Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich.

Naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest też niezgodne z przepisami o zamówieniach publicznych niezawiadomienie w terminie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o wszczęciu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

W pierwszym rzędzie zauważyć należy, że penalizacji podlega niewykonanie obowiązku zawiadomienia Prezesa UZP tylko w przypadku, gdy obowiązek ten dotyczy zawiadomienia o wszczęciu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Ustawa Pzp przewiduje dwa takie przypadki – zastosowanie trybów negocjacji bez ogłoszenia i zamówienia z wolnej ręki (odpowiednio art. 62 ust 2 i art. 67 ust 2 Pzp). Jeżeli więc w tych trybach wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich ogłoszeń o zamówieniach na dostawy lub usługi, zamawiający w terminie 3 dni od wszczęcia postępowania zawiadamia Prezesa Urzędu o jego wszczęciu, podając uzasadnienie faktyczne i prawne zastosowania trybu udzielenia zamówienia.

Omówione wyżej działania lub zaniechania wypełniające znamiona czynów stanowiących naruszenie dyscypliny finansów publicznych w zakresie:

- opisu przedmiotu zamówienia,
- ustalenia wartości zamówienia,
- opisanie sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu,
- określenia kryteriów oceny ofert,
- obowiązku ogłoszeniowego,
- obowiązku zawiadomienia Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych.

nie stanowią, zgodnie z art. 17 ust. 1b ustawy o odpowiedzialności, naruszenia dyscypliny finansów publicznych, jeżeli zostały skorygowane w sposób zapewniający zgodność danej czynności i toku postępowania z przepisami o zamówieniach publicznych albo nie doszło do udzielenia zamówienia publicznego.

Odpowiedzialność osób dokonujących czynności w toku przygotowania i przeprowadzenia postępowania będzie zatem dotyczyć wyłącznie przypadku, gdy doszło do udzielenia zamówienia (podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego). Naruszenie dyscypliny finansów publicznych związane z przygotowaniem lub przeprowadzeniem postępowania w sprawie zamówienia publicznego należy odróżnić od naruszenia dyscypliny finansów publicznych związanego z udzieleniem zamówienia, które z zasady będzie następowało w innym czasie. Ponadto do naruszenia dyscypliny finansów publicznych nie dojdzie, jeżeli naruszenie przepisów o zamówieniach publicznych zostanie skorygowane zgodnie z przepisami o zamówieniach publicznych, np. poprzez zastosowanie przewidzianych w ustawie środków ochrony prawnej. W art. 17 ust. 1a zawarto zatem okoliczności wyłączające karalność za działania lub zaniechania wypełniające znamiona czynu karalnego stojące nadal w sprzeczności z przepisami Pzp²⁴.

Po nowelizacji przepisów ustawy o odpowiedzialności, w grupie czynów stanowiących naruszenie dyscypliny finansów publicznych w zakresie zamówień publicznych pozostały dwa czyny polegające na udzieleniu zamówienia w sytuacji, gdy dopuszczono do naruszenia przesłanek udzielania zamówień publicznych. Naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest zatem udzielenie zamówienia publicznego:

- 1) wykonawcy, który nie został wybrany w trybie określonym w przepisach o zamówieniach publicznych,
- 2) z naruszeniem przepisów o zamówieniach publicznych dotyczących przesłanek stosowania trybów udzielenia zamówienia publicznego: negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki lub zapytania o cenę.

Rozważając odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych polegające na niezastosowaniu przepisów ustawy Pzp do wyboru wykonawcy w pierwszym rzędzie należy wskazać, że znamiona tego czynu pozostały niezmienione przez nowelizację. Dlatego też zachowują aktualność wszelkie tezy i argumenty wypracowane do tej pory przez piśmiennictwo i orzecznictwo w zakresie dyscypliny finansów publicznych²⁵.

Jedną z podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych stanowi, że zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy (art. 7 ust. 3 Pzp). Obowiązek ten ma zarówno wymiar podmiotowy, jak i przedmiotowy. Chodzi tu o zobowiązanie określonych podmiotów do stosowania ustawy (zamawiający) w przypadku udzielania zamówień publicznych, to jest zawierania umów spełniających określone w ustawie cechy

²⁴ Inne stanowisko przedstawiono w Uzasadnieniu do projektu ustawy nowelizującej. Stwierdzono, że jeżeli do udzielenia zamówienia nie dojdzie, to nie zostanie wypełnione jedno ze znamion opisanych wyżej czynów i nie będzie można przypisać odpowiedzialności. Uznanie takiego poglądu oznaczałoby w szczególności przyjęcie, że do znamion czynu zabronionego należy działanie lub zaniechanie podejmowane w innym czasie i bardzo często przez inne osoby, niż działanie lub zaniechanie naruszające przepisy Pzp i jednocześnie wypełniające znamiona naruszenia dyscypliny finansów publicznych. Należy zauważyć, że w przepisach nie ma – i nie może być – określenia związku przyczynowo-skutkowego pomiędzy wskazanym naruszeniem Pzp a udzieleniem zamówienia, jak to przewidziano np. w art. 16 ustawy o odpowiedzialności.

²⁵ Szerzej na temat odpowiedzialności za udzielanie zamówień publicznych np. M. Winiarz, *Prawo zamówień publicznych*. Orzecznictwo w zakresie dyscypliny finansów publicznych, Oficyna Wolters Kluwer business, Warszawa, 2009.

(2 pkt 13 Pzp). Wyjątki od tej zasady zebrane zostały w art. 4 ustawy i jako takie powinny być interpretowane ściśle. Można zatem pokusić się o kolokwialne stwierdzenie, że stosowanie ustawy w tych przypadkach polegać może na niestosowaniu jej przepisów do udzielenia konkretnego zamówienia. W szczególności chodzi również o zamówienia, których wartość nie przekracza wyrażonej w złotych równowartości kwoty 14 000 euro.

Obowiązek udzielania zamówienia wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy będzie naruszony przede wszystkim w sytuacji, gdy:

- udzielono zamówienia z całkowitym pominięciem procedur przewidzianych ustawą,
- przy udzieleniu zamówienia stosowano jedynie część przepisów tejże ustawy,
- udzielono zamówienia przy zastosowaniu trybu nieznanego ustawie²⁶.

Bez wątplenia więc naruszenie przepisów Pzp następuje, gdy zamawiający nie podejmuje żadnych czynności przewidywanych przywołaną wyżej ustawą, w szczególności nie określa przedmiotu zamówienia i nie ustala jego wartości, i ostatecznie udziela zamówienia z pominięciem wyłonienia wykonawców w jednym z trybów, o których mowa w Pzp²⁷.

Przepis art. 10 ust. 1 Pzp stanowi, że podstawowymi trybami udzielania zamówienia są przetarg nieograniczony oraz przetarg ograniczony. Ustęp 2 powołanego artykułu dodaje, że zamawiający może udzielić zamówienia w trybie negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego, negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki, zapytania o cenę albo licytacji elektronicznej tylko w przypadkach określonych w ustawie. Czyn stanowiący naruszenie dyscypliny finansów publicznych obejmuje naruszenie przesłanek stosowania trybów negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki oraz zapytania o cenę. Naruszeniem dyscypliny finansów publicznych będzie zatem udzielenie zamówienia z naruszeniem:

- art. 62 ust. 1 Pzp (przesłanki zastosowania negocjacji bez ogłoszenia),
- art. 67 ust. 1 Pzp (przesłanki zastosowania zamówienia z wolnej ręki),
- art. 70 Pzp (przesłanki zastosowania zapytania o cenę),

przez co należy rozumieć zastosowanie któregośkolwiek z wymienionych trybów pomimo braku podstaw do takiego zastosowania.

Do naruszeń dyscypliny finansów publicznych zaliczono również naruszenie przepisów o zamówieniach publicznych w inny sposób niż omówione wyżej, jeżeli miało ono wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, chyba że nie doszło do udzielenia zamówienia publicznego.

Naruszeniem dyscypliny nie będzie każde naruszenie przepisów ustawy Pzp, ale tylko takie, które wpłynęło na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Należy przez to rozumieć

²⁶ Por. orzeczenie GKO z dnia 4 listopada 2002 r., DF/GKO/Odw.-90/121/2002.

²⁷ Por. orzeczenie RKO w Łodzi z dnia 10 czerwca 2008 r., NDB-5000/Ł/18/2008.

w szczególności wybranie jako najkorzystniejszej oferty innej, niż miałyby to miejsce przy przeprowadzeniu postępowania zgodnie z obowiązującymi przepisami np. poprzez zaniechanie wykluczenia (czy odrzucenia oferty) wykonawcy, którego oferta została następnie uznana za najkorzystniejszą, czy zastosowanie niewłaściwych kryteriów oceny ofert, jak również doprowadzenie do unieważnienia postępowania, czy zaniechanie unieważnienia w sytuacji spełnienia którejkolwiek z przesłanek uzasadniających unieważnienie. Wobec brzmienia wskazanego przepisu stwierdzić należy, że nie wystarczy uprawdopodobnienie, iż stwierdzone naruszenie mogło wpłynąć na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Dla pociągnięcia do odpowiedzialności z powołaniem się na tę przesłankę niezbędne jest wykazanie w sposób nie budzący wątpliwości, że istnieje związek przyczynowo-skutkowy pomiędzy naruszeniem a zmianą wyniku postępowania²⁸. Hipotetyczne twierdzenie, że tak określone warunki „mogły mieć wpływ nie stanowi dowodu, iż wpływ taki istniał²⁹. Jeśli istnienia takiego związku wykazać się nie da, to nie można mówić o naruszeniu dyscypliny finansów publicznych, również bez względu na wagę naruszonego przepisu Pzp.

Ustawa nie uzależnia odpowiedzialności od istotności popełnionego naruszenia przepisów Pzp. Naruszenie to może być oceniane jako mało znaczące, wystarczy jednak, że wpłynęło na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, by można było mówić o naruszeniu dyscypliny finansów publicznych. Nawet nieznaczące uchybienia, z punktu widzenia zamawiającego, mogą okazać się ważącymi dla wyniku postępowania³⁰.

Zauważyć należy, że do przypisania odpowiedzialności nie dojdzie mimo nawet najistotniejszego naruszenia przepisów ustawy Pzp, jeśli zamówienie publiczne nie zostanie udzielone. Jednakże naruszeniem dyscypliny finansów publicznych nie jest, tak jak przed nowelizacją, udzielenie zamówienia publicznego obciążone mającym wpływ na wynik postępowania naruszeniem Pzp, ale samo to naruszenie³¹. Na potwierdzenie tego stanowiska warto również zwrócić uwagę przykładowo, że w przypadku stwierdzenia w jednym postępowaniu kilku naruszeń Pzp mających wpływ na wynik postępowania przed nowelizacją można było przypisać odpowiedzialność za jedno naruszenie dyscypliny finansów publicznych – udzielenie zamówienia. Po nowelizacji naruszeń dyscypliny będzie tyle ile naruszeń Pzp, „chyba że nie doszło do udzielenia zamówienia”.

Nowelizacją objęto również art. 17 ust 4 ustawy, w którym za naruszenie dyscypliny finansów publicznych uznano niezłożenie przez członka komisji przetargowej lub inną osobę wykonującą czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego po stronie zamawiającego oświadczenia o braku lub istnieniu okoliczności powodujących wyłączenie z tego postępowania. Jednakże w tym przypadku nowelizacją doprowadzono do tożsamości terminologicznej tej regulacji z przepisami Pzp zmieniając pojęcie „osoba występująca w postępowaniu” na „osoba wykonująca czynności w postępowaniu”.

²⁸ Por. np. Orzeczenia Głównej Komisji Orzekającej z dnia 20 października 2005 r., sygn. akt DF/GKO/Odw.-47/63/RN-17/2005/4, z dnia 3 listopada 2005 r., sygn. akt DF/GKO/Odw.-49/65/2005/443.

²⁹ Orzeczenie Głównej Komisji Orzekającej z dnia 17 października 2005 r. DF/GKO/Odw.-45/61/2005/361.

³⁰ Orzeczenie Głównej Komisji Orzekającej z dnia 13 lutego 2003 r. sygn. akt DF/GKO/Odw.-134/170-171/2002.

³¹ Por. przyp. 23.

Pozostałe czyny stanowiące naruszenie dyscypliny finansów publicznych dotyczące zamówień publicznych nie zostały znowelizowane. Brzmienie przed nowelizacją zachowały:

- 1) czyny związane z zawarciem umowy o zamówienie publiczne z naruszeniem ustawy Pzp obejmujące zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego:
 - a) bez zachowania formy pisemnej,
 - b) na czas dłuższy niż określony w przepisach o zamówieniach publicznych lub na czas nieoznaczony, z wyłączeniem przypadków dopuszczonych w przepisach o zamówieniach publicznych,
 - c) przed ogłoszeniem orzeczenia przez Krajową Izbę Odwoławczą, z naruszeniem przepisów o zamówieniach publicznych,
- 2) czyn polegający na unieważnieniu postępowania pomimo braku przesłanek ustawowych,
- 3) czyn obejmujący niewyłączenie z postępowania o udzielenie zamówienia osób, w stosunku do których zaistniała choćby jedna z wymienionych powyżej okoliczności,
- 4) naruszenie dyscypliny finansów publicznych poprzez zmianę umowy w sprawie zamówienia publicznego z naruszeniem przepisów o zamówieniach publicznych.

4. SPECYFIKA ODPOWIEDZIALNOŚCI ZA ZAMÓWIENIA PUBLICZNE W PROGRAMACH LUB PROJEKTACH FINANSOWANYCH Z UDZIAŁEM ŚRODKÓW UNIJNYCH LUB ZAGRANICZNYCH

Jednym z najistotniejszych skutków nowelizacji ustawy o odpowiedzialności jest odrębne uregulowanie zakresu odpowiedzialności za gospodarowanie środkami unijnymi lub zagranicznymi. Pod pojęciem „środki unijne lub zagraniczne” należy rozumieć środki pochodzące z budżetu Unii Europejskiej, niepodlegające zwrotowi środki z pomocy udzielanej przez państwa członkowskie Europejskiego Porozumienia o Wolnym Handlu (EFTA) lub inne środki pochodzące ze źródeł zagranicznych niepodlegające zwrotowi.

W wyniku nowelizacji odrębnie uregulowano zarówno zakres podmiotowy, jak i przedmiotowy odpowiedzialności za naruszenia przepisów związanych z gospodarowaniem tymi środkami. Zatem, w tym zakresie odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych podlegają:

- 1) osoby zobowiązane lub upoważnione do działania w imieniu podmiotu, któremu odrębną ustawą lub na jej podstawie albo na podstawie umowy lub w drodze porozumienia powierzono określone zadania związane z realizacją programu finansowanego z udziałem środków unijnych lub zagranicznych,
- 2) osoby zobowiązane do realizacji projektu finansowanego z udziałem środków unijnych lub zagranicznych, którym przekazano środki publiczne przeznaczone na realizację tego projektu lub które wykorzystują takie środki,

- 3) osoby zobowiązane lub upoważnione do działania w imieniu podmiotu zobowiązanego do realizacji projektu finansowanego z udziałem środków unijnych lub zagranicznych, któremu przekazano środki publiczne przeznaczone na realizację tego projektu lub który wykorzystuje takie środki.

Jak wskazuje R. Szostak, „*Art. 4a stanowi lex specialis względem zasadniczego unormowania zakresu podmiotowego odpowiedzialności, zawartego w art. 4 ustawy o odpowiedzialności. Na taką właśnie rolę art. 4a wskazuje dodatkowo zastrzeżenie, że do kręgu osób w nim wskazanych odnoszą się wyłącznie uchybienia wymienione w art. 13 ustawy*”³². Zatem w przypadku naruszeń popełnionych w ramach programów lub projektów finansowanych z udziałem środków unijnych nie będzie stosowany reżim podmiotowy przewidziany w art. 4. Z tym, że ustawodawca nie uzależnił stosowania przepisu art. 4a od wielkości udziału środków unijnych lub zagranicznych w finansowaniu programu lub projektu. Wydaje się, że wystarczy choćby minimalny udział tych środków, aby zastosować regulacje podmiotowe właściwe dla art. 13 ustawy o odpowiedzialności.

Należy zwrócić uwagę, że ustawodawca nie wskazuje konkretnego tytułu prawnego, z którego wynikałoby podleganie odpowiedzialności, wymaga jedynie aby stosunek prawny miał charakter odpowiednio zobowiązania lub upoważnienia. Nie jest również przewidziana forma tego zobowiązania lub upoważnienia. Wydaje się, że granicę dowolności formy stanowić będzie obowiązek udowodnienia, że konkretna osoba podlega odpowiedzialności.

Przepis art. 13 ustawy o odpowiedzialności zawiera katalog uchybień stanowiących naruszenia dyscypliny finansów publicznych w zakresie gospodarowania środkami unijnymi. Wśród nich, w pkt 6, jako naruszenie dyscypliny finansów publicznych określono wykorzystanie środków publicznych lub środków przekazanych ze środków publicznych, związanych z realizacją programów lub projektów finansowanych z udziałem środków unijnych lub zagranicznych, niezgodnie z przeznaczeniem lub z naruszeniem procedur obowiązujących przy ich wykorzystaniu, w tym:

- a) procedur określonych przepisami o zamówieniach publicznych – wyłącznie w zakresie określonym w art. 17,
- b) procedur określonych przepisami o koncesji na roboty budowlane lub usługi – wyłącznie w zakresie określonym w art. 17a.

W pierwszej kolejności zwraca uwagę umiejscowienie obowiązku stosowania ustawowych regulacji Pzp w jednym rzędzie z bliżej nie określonymi „procedurami”. W tym kontekście wydaje się, że ograniczenie tej odpowiedzialności do „zakresu określonego w art. 17” nie tyle zawęży odpowiedzialność do wskazanych elementów „procedur określonych przepisami o zamówieniach publicznych”, ile wskazuje, które to czynności ustawodawca uważa za elementy tej procedury, jednocześnie penalizując uchybienia ich dotyczące. W Pzp używa się pojęcia „procedury”, jednakże w różnym rozumieniu. Pojęcie to nie jest w szczególności utożsamiane ani z postępowaniem o udzielenie zamówienia, ani z trybem udzielenia zamówienia.

³² R. Szostak, Zaostrzenie odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych w zakresie gospodarowania środkami europejskimi, *Finanse Komunalne* 4/2012, s. 11.

Mając na uwadze jednak, że podstawą przypisania odpowiedzialności może być wyłącznie zaistnienie materialnej podstawy sankcjonowanego naruszenia, stwierdzić należy, że przypisanie odpowiedzialności za naruszenia „procedur określonych przepisami o zamówieniach publicznych w zakresie określonym w art. 17” i tak możliwe będzie dopiero wtedy, kiedy podmiot gospodarujący środkami unijnymi będzie zobowiązany do stosowania przepisów Pzp. Stąd też w przedmiocie odpowiedzialności za udzielanie zamówień publicznych z udziałem środków unijnych zachowują aktualność przedstawione wcześniej uwagi odnośnie regulacji art. 17 ustawy o odpowiedzialności.

5. ZAKOŃCZENIE – WNIOSKI DE LEGE FERENDA

System odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych spełnia istotną rolę w zakresie zapewnienia prawidłowości stosowania przepisów Pzp. Wynika to w dużej mierze z jego represyjnej funkcji, to jest zagrożenia karą za określone ustawą nieprawidłowości w wykonywaniu obowiązków wynikających z Pzp. Z tym, że błędne jest twierdzenie, że stopień wypełnienia tej funkcji jest uzależniony wyłącznie od stopnia dolegliwości wymierzonej w postępowaniu kary. Skuteczne jest, zwłaszcza w mniejszych środowiskach, samo napiętnowanie nielegalnego zachowania. Pamiętać trzeba bowiem, że zadaniem tego systemu jest zapewnienie legalności nie tylko niewielkiej liczby postępowań, które zwracają uwagę poprzez specyficzny, medialny lub istotny dla szerokiej grupy podmiotów przedmiot zamówienia, czy też wysoka wartość zamówienia, ale również wielu postępowań o niskiej jednostkowej wartości, które dopiero w sumie stanowią istotny element rynku zamówień publicznych.

Jednakże najistotniejsza rola jaką spełnia odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych dotyczy działań zapobiegawczych i dyscyplinujących. W praktyce weryfikowane one są w szczególności poprzez analizę i wykorzystywanie tez i argumentów zawartych w orzecznictwie organów orzekających, co z kolei potwierdza wzrastająca liczba wniosków o udostępnienie stosownych orzeczeń, zwłaszcza jeśli nie podlegają publikacji. I to nie tylko ze strony osób występujących po stronie zamawiających – bezpośrednio zainteresowanych zasadami odpowiedzialności.

Jak wspominałem już wcześniej³³, istnieje jednak szereg barier ograniczających możliwość realizacji wskazanych funkcji odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych w zakresie zamówień publicznych. Wydaje się, że nowelizacja ustawy przyniosła pewną poprawę sytuacji, jednak w stopniu o wiele węższym niż zapowiadany i spodziewany.

Wydaje się, że podstawowe trudności w zakresie tworzenia i wykonywania przepisów dotyczących odpowiedzialności za prawidłowość realizacji zamówień publicznych wynika z konieczności wysokiego poziomu interdyscyplinarności podmiotów funkcjonujących w tym systemie. Prawidłowe zastosowanie przepisów o odpowiedzialności wymaga uwzględnienia regulacji trzech ustaw: o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych,

³³ M. Winiarz, *Dyscyplina...*, s. 234 i n.

Prawo zamówień publicznych, o finansach publicznych, z których każda prezentuje odmienny reżim prawny i własną procedurę. Niezbędne jest również uwzględnienie ekonomiki funkcjonowania jednostek w których doszło do naruszenia, choćby w kontekście konieczności ustalenia poziomu szkodliwości ewentualnego naruszenia dla finansów publicznych.

Wprowadzone nowelizacją przepisy również przysparzają trudności w praktycznym zastosowaniu. Noweli tej przyświecał słuszny cel przypisania odpowiedzialności osobom, które wykonują określone czynności w postępowaniu czy na etapie przygotowania postępowania, a nie tylko *de facto* kierownikowi jednostki ze względu na umocowanie do reprezentowania jednostki, w tym również do udzielania zamówień publicznych. Jednakże problemy z zastosowaniem tych uregulowań mogą w istotny sposób ograniczyć wykonywanie założonych funkcji systemu odpowiedzialności.

Konstytucyjna zasada określoności czynu zabronionego wymaga nie tylko precyzyjnego wskazania przesłanek przesądzających, że określone naruszenie Pzp stanowi również naruszenie dyscypliny finansów publicznych, ale również wskazania precyzyjnej podstawy materialnej czynu, to jest zakazu lub nakazu, którego złamanie podlega przewidzianej sankcji. W tym zakresie problemy pojawiają się odnośnie zarówno przepisów ustawy o odpowiedzialności, jak i Pzp³⁴.

Uregulowanie zakresu podmiotowego odpowiedzialności wymaga jednoznacznego sprecyzowania, szczególnie w odniesieniu do pracowników jednostek sektora finansów publicznych oraz innych osób wykonujących czynności w postępowaniu. Trudności przysparza rozbieżność terminologiczna w zakresie powierzeń wykonywania pracownikom odpowiednich „elementów postępowania”. Jak już wskazano wyżej, Pzp upoważnia kierownika do powierzenia pracownikom „czynności w postępowaniu”, podczas gdy ustawa o odpowiedzialności do kręgu podmiotów podlegających odpowiedzialności zalicza pracowników, którym powierzono obowiązki. Wykazanie, że dana osoba podlega odpowiedzialności wymaga *de facto* wykazania tożsamości pojęć „czynność” i „obowiązek”, co nie zawsze wydaje się możliwe. Np. wykonanie czynności w postępowaniu może nastąpić poprzez zrealizowanie obowiązków przez kilku pracowników. Jeżeli uwzględnimy, że na podstawie omawianych przepisów nie wskazuje się jeszcze osoby odpowiedzialnej, tylko osobę podlegającą odpowiedzialności, warto rozważyć, czy może jako osobę podlegającą odpowiedzialności wystarczyłoby wskazać pracownika jednostki sektora finansów publicznych lub szerzej – osobę wykonującą określoną czynność w postępowaniu. Trudno przecież podważyć skuteczność czynności wykonywanych bez powierzenia określonego przepisem art. 18 Pzp. Dodatkowo, poważne wątpliwości budzi możliwość przypisania odpowiedzialności członkom komisji przetargowej, w szczególności ze względu na odrębną podstawę powierzenia obowiązków skierowanych do komisji przetargowej jako podmiotu kolegialnego, a nie do poszczególnych jej członków³⁵.

³⁴ O postulatach dotyczących konieczności zachowania zasady określoności czynu zabronionego też: R. Szostak, Zaostrzenie..., s 5 i n.

³⁵ Szerzej: M. Winiarz, Odpowiedzialność członków komisji przetargowej za naruszenie dyscypliny finansów publicznych w zakresie zamówień publicznych w kontekście nowelizacji ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, w: M. Smaga, M. Winiarz red., Dyscyplina finansów publicznych – stan obecny i kierunki zmian, Kraków 2011, s 196 i n.

Problematyczna będzie również możliwość przypisania odpowiedzialności osobom wykonującym czynności w postępowaniu, a nie będącym pracownikami zamawiającego publicznego. Dotyczy to w szczególności podmiotów dokonujących określenia wartości zamówienia (np. kosztorysy) czy opisu przedmiotu zamówienia (np. dokumentacja robót budowlanych). Wynika to z zawężenia zakresu podmiotowego do osób fizycznych (bo tylko takie mogą odpowiadać za naruszenie dyscypliny finansów publicznych), z którymi zamawiający nawiązał stosunek prawny na podstawie art. 15 Pzp, co w praktyce jest bardzo rzadkie. W przeciwieństwie do sytuacji, gdzie poszczególne czynności w określonym postępowaniu wykonują osoby spoza grona pracowników zamawiającego.

Odrębna grupa trudności wiąże się z możliwością wykazania osoby wykonującej określoną czynność oraz daty wykonania tej czynności, co z kolei jest niezbędne do prawidłowego sformułowania wniosku o ukaranie. Problemy te mają swe źródło w specyfice uregulowań Pzp, gdzie wiele pojęć, czy czynności definiuje się w sposób dorozumiany, skupiając się na prawidłowości ich efektu. Organy orzekające będą zatem musiały odpowiedzieć, przykładowo, na pytania:

- czy przedmiot zamówienia opisał ten, kto zestawił parametry techniczne przedmiotu (np. wskazujące na konkretnego producenta) czy też ten, kto włączył ten element do specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub ogłoszenia o zamówieniu?
- czy, jeżeli do obowiązków kilku pracowników należy sporządzenie wartości zamówienia, to czynność ustalenia wartości została dokonana przez osobę sumującą, czy też przez każdego z tych pracowników?

Przytoczone przykłady wskazują, że samo określenie czynu zabronionego, właściwie we wszystkich przypadkach wymienionych w art. 17 ust 1 i 1c będzie musiało być przedmiotem rozstrzygnięcia organu orzekającego, co może naruszać zasadę określoności czynu zabronionego.

Wprawdzie w protokole postępowania o udzielenie zamówienia publicznego³⁶ zamawiający jest zobowiązany wskazać osoby wykonujące określone czynności, jednakże zapis w protokole nie może stanowić wystarczającej podstawy do przypisania odpowiedzialności. Zapisem w protokole zamawiający nie może też takiej odpowiedzialności ukonstytuować. Niezbędne będzie obiektywne wykazanie i udowodnienie popełnienia zarzucanego naruszenia.

Trzecią grupę trudności w realizacji funkcji systemu odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych stanowią istotne naruszenia Pzp, które nie zostały objęte penalizacją. W szczególności dotyczy nieprawidłowości mających skutki podobne do zawartych w katalogu czynów. Należą do nich:

- znaczenie (wagi) kryteriów oceny ofert ustalone w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji,

³⁶ Por. Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 26 października 2010 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (Dz. U. nr 223, poz. 1458).

- sposób przyznawania ocen spełniania warunków udziału w postępowaniu (znaczenie, wagi) w przetargu ograniczonym, negocjacjach z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnym,
- ustalenie warunków udziału w postępowaniu innych niż wynikające z art. 22 ust 1 lub art. 24 Pzp.

Na skutek braku wyraźnie sprecyzowanego obowiązku w Pzp, penalizacji nie podlega również zaniechanie wyłączenia z postępowania osoby wykonującej czynności w postępowaniu w wyniku niezłożenia tzw. oświadczenia o bezstronności.

Czyn stanowiący naruszenie dyscypliny finansów publicznych obejmuje naruszenie przesłanek stosowania trybów negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki oraz zapytania o cenę. Trudno również znaleźć racjonalne argumenty, dla których naruszenie przesłanek stosowania pozostałych trybów zostało wyłączone spod sankcji dyscyplinarnej przy identycznej konstrukcji prawnej ich stosowania.

Warto poddać dyskusji również wyłączenie odpowiedzialności w sytuacji, gdy nie doszło do udzielenia zamówienia. Faktem jest, że trudno w takim przypadku wskazać wymierne szkody dla sektora finansów publicznych, z drugiej strony poza penalizacją pozostają tak istotne naruszenia Pzp, że aż skutkujące unieważnieniem postępowania.

Należy podkreślić, że przytoczone powyżej sugestie i wnioski dotyczące stosowania ustawy o odpowiedzialności oraz Pzp mają swe źródło w praktyce orzeczniczej organów orzekających w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Organy te, rozpatrując sprawy są zobowiązane w szczególności do zajęcia konkretnych stanowisk w konkretnych stanach faktycznych i prawnych, również w przypadku zaistnienia omawianych mankamentów w konstrukcji przepisów. Pamiętać trzeba, że charakter przepisów ustawy o odpowiedzialności zobowiązuje do ścisłej ich interpretacji, co niejednokrotnie uniemożliwia przypisanie odpowiedzialności wbrew przesłankom racjonalnym, co z kolei wpływa negatywnie na realizację funkcji systemu dyscypliny finansów publicznych w zakresie legalności udzielania zamówień publicznych.

**DOŚWIADCZENIA
Z WYDATKOWANIA ŚRODKÓW UNIJNYCH**

1. WSTĘP

Inspiracją do podjęcia problemu, o którym mowa w niniejszym artykule był tytuł konferencji naukowej „Zamówienia publiczne jako instrument sprawnego wykorzystania środków unijnych”. Na kanwie tego tytułu autorzy artykułu postawili sobie proste pytanie: co może być uznane jako przekonujący kwantyfikatory pozwalający, chociażby w ograniczonym zakresie i w przybliżeniu ustalić, czy system zamówień publicznych (szp) jest czy też nie jest instrumentem sprawnego wykorzystania środków unijnych. Odpowiedź na to pytanie była dość oczywista: kwantyfikatorem tym może być jakość postępowań, którą można ocenić na podstawie ich obudowy dokumentacyjnej, w tym zwłaszcza specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ).

W sytuacji opisanej powyżej, celem niniejszego artykułu jest przedstawienie wyników analizy porównawczej kluczowych zapisów zawartych w 100 SIWZ zamówień publicznych na roboty budowlane. Pierwsza grupa tych postępowań (50 zamówień) była finansowana z udziałem środków unijnych, natomiast montaż finansowy drugiej grupy zamówień, obejmującej również 50 postępowań opierały się wyłącznie na publicznych środkach finansowych pochodzenia krajowego.³

Hipoteza badawcza, którą postanowiliśmy zweryfikować w niniejszym artykule była następująca: SIWZ postępowań, które wykorzystują środki unijne opracowywane są w sposób bardziej profesjonalny i z lepszym wykorzystaniem możliwości szp, niż to ma miejsce w przypadku specyfikacji zamówień finansowanych wyłącznie ze źródeł krajowych.

2. CHARAKTERYSTYKA POŁA BADAWCZEGO

Dwie próbki zamówień objętych badaniem (2 x 50 zamówień) uzyskano metodą kwerendy ogłoszeń o wszczęciu postępowania publikowanych w Biuletynie Zamówień Publicznych w okresie od 10 do 25 kwietnia 2012 roku. W próbkach tych znalazły się zarówno zamówienia na wykonanie robót budowlanych w rozumieniu ustawy z 7.07.1994 roku – Prawo budowlane⁴ jak i w niewielkiej ilości (4 postępowania) łączne zamówienia na zaprojektowanie i realizację obiektu budowlanego.

¹ Prof. UŁ, dr hab. Andrzej Borowicz, Uniwersytet Łódzki.

² Mgr Wiktor Płóciennik, Uniwersytet Łódzki.

³ Pierwszą grupę zamówień nazywać będziemy zamówieniami unijnymi, natomiast drugą zamówieniami krajowymi.

⁴ J.t. Dz. U. Nr.: 243 z 2010 r., poz. 1623, ze zm.

Wszystkie zamówienia objęte badaniem udzielane były w trybie przetargu nieograniczonego, natomiast ich wartość była mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z 29.01.2004 roku – Prawo zamówień publicznych⁵.

Konsekwencją przyjętych założeń konstrukcji próby badawczej był homogeniczny charakter tej próby, z punktu widzenia wszystkich istotnych cech zamówienia publicznego za wyjątkiem źródeł finansowania (zamówienia krajowe versus zamówienia unijne).

Kolejne założenie przyjęte w badaniu opierało się na dokonaniu gradacji ważności zapisów SIWZ, składających się na minimalną treść tego dokumentu statuowaną przepisem art. 36 ust. 1 Pzp. Za najbardziej istotne, a tym samym przesądzające o jakości SIWZ zamówienia publicznego na roboty budowlane, uznano zatem zapisy dotyczące:

- a) opisu sposobu dokonania oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu (pkt. 5),
- b) wymaganego przez zamawiającego opisu sposobu obliczenia ceny (pkt 12),
- c) opisu kryteriów, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty oraz
- d) sposobu dokonywania rozliczeń pomiędzy zamawiającym a wykonawcą, czyli zaprojektowanego w umowie sposobu fakturowania wykonanych robót (pkt 16).

Oceny 100 specyfikacji przyjętych do badania dokonano zatem jedynie w zakresie zapisów odnoszących się do czterech kwestii wyszczególnionych powyżej. Wyniki tej oceny przedstawimy w kolejnych punktach artykułu.

3. ANALIZA ZAPISÓW DOTYCZĄCYCH SPOSOBU OCENY SPEŁNIENIA WARUNKÓW UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU

Poprawne, tzn. zgodne z prawem i efektywne z punktu widzenia specyfiki zamówienia i celów zamawiającego, zaprojektowanie w SIWZ sposobu oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu ma bardzo istotne znaczenie. Pozwala ono bowiem, w lepszym lub gorszym stopniu, wykorzystać możliwości selekcyjne procedur udzielania zamówień publicznych przewidzianych ustawą. Oznacza to zwiększenie lub zmniejszenie prawdopodobieństwa wyboru nie tylko tego wykonawcy, który złoży najkorzystniejszą ofertę, ale również tego, który z punktu widzenia dysponowanych przez siebie zdolności wytwórczych daje gwarancje należytego zrealizowania danego zamówienia⁶.

Jak wiadomo, w odniesieniu do zamówień publicznych na roboty budowlane, art. 22 ust. 4 Pzp dopuszcza możliwość postawienia warunków udziału w postępowaniu dotyczących:

- a) posiadania wiedzy i doświadczenia koniecznego do zrealizowania zamówienia,

⁵ J.t. Dz. U. Nr.: 113 z 2010 r., poz. 759 ze zm. – dalej ustawa, Pzp.

⁶ O tym, że omawiane możliwości selekcyjne systemu zamówień publicznych nie zawsze są wykorzystane świadczą mogą ostatnie „wpadki” na dużych publicznych inwestycjach infrastrukturalnych.

- b) dysponowania potencjałem technicznym niezbędnym do wykonania zamówienia,
- c) dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia oraz pozostawania w sytuacji ekonomicznej i finansowej umożliwiającej wykonanie zamówienia⁷.

W przypadku zamówień, których wartość nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, zamawiający może *de facto* zrezygnować z badania podmiotowego wykonawców według ustawowych warunków udziału w postępowaniu⁸. W takim przypadku, działając zgodnie z prawem, zamawiający nie wykorzystują jednak w pełni możliwości selekcyjnych systemu zamówień publicznych, narażając się na ryzyko wyboru wykonawcy który nie będzie w stanie wykonać należycie danego zamówienia.

Biorąc pod uwagę powyższe konstatacje oceniana grupa zapisów specyfikacyjnych analizowana była z punktu widzenia następujących przesłanek:

- ilości warunków stawianych w postępowaniach,
- popularności poszczególnych warunków oraz
- poprawności formułowania sposobu oceny spełnienia warunków w kontekście wymagań ustawy⁹, innych aktów prawnych¹⁰ oraz wielkości, charakteru i specyfiki przedmiotu zamówienia.

Wyniki oceny

Rezultaty przeprowadzonej oceny w ujęciu syntetycznym przedstawia tabela 1. Jak wynika z danych zawartych w tabeli 1, jakość SIWZ w zakresie powszechności stosowania oraz poprawności opisu sposobu oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu, zarówno w przypadku zamówień krajowych jak i unijnych była podobna. W zakresie współczynników wadliwości opisu oraz liczby postępowań, w których nie zastosowano żadnego warunku, jakość specyfikacji zamówień unijnych była nawet nieco niższa niż zamówień krajowych.

Na kanwie przeprowadzonej analizy komparatywnej sformułować można kolejny wniosek. Otóż opisy sposobu oceny poszczególnych warunków udziału w postępowaniu zostały przez praktykę gospodarczą w znaczącym stopniu zunifikowane oraz, zarówno w zakresie rozwiązań pozytywnych jak i negatywnych, wysoce spetryfikowane. Oczywistym powodem tego stanu rzeczy jest z jednej strony obowiązek umieszczania SIWZ przetargów

⁷ W odniesieniu do zamówień na roboty budowlane stawianie wykonawcom warunku dotyczącego posiadania uprawnień do prowadzenia działalności gospodarczej w zakresie budownictwa jest bezprzedmiotowe. W obecnym stanie prawnym uprawnienia takie nie są bowiem wymagane. Por. art. 46 i 75 ustawy z 2.07.2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (J.t. Dz. U. Nr 155 z 2007 r., poz. 1095).

⁸ Wynika to z art. 26 ust. 1 w związku z art. 26 ust. 2 Pzp.

⁹ Wymagania te wynikają m.in. z art. 22 ust. 4 ustawy, który stanowi, że opis sposobu dokonania oceny spełnienia warunku powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny (podkr. nasze – A.B. W.P.).

¹⁰ Autorzy mają tu na myśli na przykład rozporządzenie Ministra Transportu i Budownictwa z 28.04.2006 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (Dz. U. Nr 83, poz. 578).

nieograniczonych w internecie, natomiast z drugiej – inercja, brak inwencji i wygodnictwo autorów specyfikacji oraz ich mocodawców¹¹.

Szczegółowe usterki, jakie można było zaobserwować w badanych specyfikacjach również miały charakter zunifikowany i spetryfikowany. Były one następujące:

a) Usterki w opisie sposobu dokonania oceny i spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia:

- nieprecyzyjny sposób określania terminu, jaki akt wykonawczy do ustawy¹² nakazuje brać pod uwagę przy ocenie tego warunku,
- zbyt wysokie sytuowanie minimalnego poziomu spełnienia warunku w odniesieniu do prostych, nieskomplikowanych a nawet banalnych rodzajów zamówień,
- pomijanie statuowanej przepisem art. 22 ust. 4 ustawy zasady proporcjonalności w opisie sposobu oceny omawianego warunku.

b) Usterki w opisie sposobu dokonania oceny spełnienia warunku dysponowania przez wykonawcę osobami niezbędnymi do wykonania zamówienia:

- niedostatecznie precyzyjne określenie wymaganych uprawnień do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie, w szczególności w zakresie odpowiedzi na pytanie, czy wymagane są uprawnienia w ograniczonym zakresie, czy też bez ograniczeń¹³,
- wymaganie w opisie spełnienia omawianego warunku, oprócz uprawnień określonego rodzaju, również stażu pracy na stanowisku kierownika budowy, robót lub kontraktu budowlanego. Zdaniem autorów artykułu żądanie dotyczące stażu jest nieuprawnione dlatego, że uzyskanie odpowiedniej praktyki zawodowej jest przecież jednym z warunków uzyskania uprawnień, natomiast osoby uprawnione mają, według ustawy Prawo budowlane, kompetencje analogiczne. Kompetencje te, w świetle dyspozycji art. 22 ust. 1 pkt. 1 Pzp – nie powinny podlegać dalszej gradacji w procedurze oddzielenia zamówienia publicznego. Inaczej mówiąc, brak jest podstawy prawnej w ustawie Pzp do „filtrowania” uprawnień do wykonywania czynności zawodowych stażem pracy.

c) Usterki w opisie sposobu dokonania oceny spełnienia warunku dysponowania przez wykonawcę odpowiednim potencjałem technicznym:

- żądanie wykazu narzędzi i urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy w celu realizacji zamówienia, które nie zostały w SIWZ wyraźnie wyszczególnione.

¹¹ W tym miejscu nasuwa się pytanie, na ile tak ostatnio krytykowana, petryfikacja modelu jednokryterialnego oceny ofert, nie jest również wynikiem tych banalnych, a zarazem społecznie szkodliwych, przyczyn.

¹² Przypomnijmy, iż termin ten, w przypadku zamówień na roboty budowlane, wynosi pięć lat przed upływem terminu składania ofert. Por. § 1 ust. 1 pkt. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 30.12.2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 116 z 2009 r., poz. 1817).

¹³ Aktualna struktura uprawnień do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie wynika z aktu wykonawczego do ustawy z 7.07.1994 r. – Prawo budowlane, jakim jest rozporządzenie Ministra Transportu i Budownictwa z 28.04.2006 roku w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (Dz. U. Nr 11 z 2007 r., poz. 29, ze zm.).

d) Usterki w opisie sposobu dokonania oceny spełnienia warunku sytuacji ekonomicznej i finansowej wykonawcy

- bardzo częste wykorzystywanie **wyłącznie** ubezpieczenia OC od prowadzonej przez wykonawcę działalności gospodarczej związanej z przedmiotem zamówienia w charakterze kwantyfikatora omawianego warunku. Kwantyfikator ten tymczasem pozostaje jedynie w bardzo luźnej korelacji ze zdolnością wykonawcy do sprostania wymaganiom narzuconym przez *cash-flow* umowy budowlanej określonym przez zamawiającego. Tezę tę wydają się potwierdzać ujawniające się w ostatnich miesiącach, problemy z zarządzaniem płynnością finansową, które stały się udziałem wielu przedsiębiorstw budowlanych realizujących zamówienia publiczne, w tym również te o szczególnie spektakularnym charakterze.

Pozytywnym aspektem omawianego problemu jest to, że równie często stosowanym kwantyfikatorem omawianego warunku była zdolność kredytowa wykonawcy lub wysokość posiadanych przez niego na kontach bankowych lub SKOK-owych środków finansowych. Ten kwantyfikator bowiem, w sposób nie budzący żadnych wątpliwości, odzwierciedla zdolność wykonawcy budowlanego do sprostania wymogom, zaprojektowanej przez zamawiającego w SIWZ, architektury finansowej zawieranej umowy czyli *cash-flow* zawieranego kontraktu budowlanego.

4. OCENA ZAPISÓW SIWZ DOTYCZĄCYCH SPOSOBU OBLICZENIA CENY

Założenia oceny

Badania nad jakością zapisów specyfikacyjnych dotyczących wymaganego przez zamawiającego sposobu obliczenia cen w zamówieniach publicznych na roboty budowlane, współautor artykułu prowadził i publikował dwukrotnie, a mianowicie w roku 2006 oraz 2011¹⁴. Badania te pozwoliły między innymi ustalić, jakie problemy szczegółowe powinny zostać w tym zapisie specyfikacyjnym unormowane. Kompletność tego zapisu należy uznać za podstawową przesłankę jego oceny. Tak więc omawiany zapis powinien zawierać następujące rozstrzygnięcia szczegółowe:

a) określenie formuły ceny przedmiotu zamówienia

Zgodnie z obowiązującymi przepisami¹⁵, cena jest kategorią brutto, a zatem cena ofertowa powinna być wyrażona w postaci ceny brutto (z podatkiem VAT), cyfrowo i słownie, z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku.

¹⁴ Mowa tu o następujących publikacjach A. Borowicza: Sposób obliczania cen ofertowych w świetle zapisów specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w: Inwestycje budowlane w sektorze publicznym – aktualne uwarunkowania i aspekty praktyczne, Ciechocinek 19–20.10.2006 r., materiały konferencyjne, s. 101–121; Jak obliczać cenę oferty w zamówieniach publicznych? w: Kryteria wyboru oferty, wady dokumentacji kosztorysowej, Ciechocinek 12–14.10.2011 r., materiały konferencyjne, s. 9–21.

¹⁵ Art. 3 ust. 1 pkt. 1 ustawy z 5.07.2001 r. o cenach (Dz. U. Nr 97, poz. 1050, ze zm).

Wcześniejszy kanon mówiący o konieczności podania w ofercie ceny według wzoru:

$$\text{Cena netto} + \text{VAT} = \text{Cena brutto}$$

został ostatnio złamany.

W przeciwieństwie do wcześniejszych stanów prawnych, znajomość stawki VAT przyjętej w cenie najkorzystniejszej oferty, nie jest niezbędna dla wypełnienia ogłoszenia o udzieleniu zamówienia¹⁶. Wspomniany wzór ogłoszenia nie wymaga już bowiem, by informacja o cenie najkorzystniejszej oferty uwzględniała zastosowany podatek VAT¹⁷.

b) określenie rodzaju wynagrodzenia wykonawcy

Ustawa z 23.04.1964 roku Kodeks cywilny¹⁸, w odniesieniu do umów o dzieło (oraz umów o roboty budowlane) wyróżnia dwa rodzaje wynagrodzenia a mianowicie wynagrodzenie kosztorysowe (art. 629-631 Kz) oraz wynagrodzenie ryczałtowe (art. 632 Kc). Praktyka gospodarcza budownictwa wypracowała ponadto odmianę wynagrodzenia o nazwie wynagrodzenie ilościowo-ryczałtowe, które jest jednak szczególnym przypadkiem wynagrodzenia kosztorysowego.

Zastosowanie przez zamawiającego jednego z dwóch przewidzianych w Kodeksie cywilnym rodzajów wynagrodzeń ma szereg istotnych konsekwencji.

Istotne znaczenie funkcjonalne omawianego rozstrzygnięcia w sposób jednoznaczny uzasadnia konieczność precyzyjnego określenia rodzaju wynagrodzenia wykonawcy, jakie zamawiający zdecydował się zastosować w danym postępowaniu. Zapis ten, zdaniem autorów niniejszego artykułu, powinien znaleźć się w omawianym fragmencie SIWZ (art. 36 ust. 1 pkt 8 Pzp), a następnie zostać powtórzony w załączonym do oferty wzorze umowy (art. 36 ust. 1 pkt. 16 Pzp *in fine*).

c) żądanie (lub rezygnację) z dokumentu kalkulacyjnego ceny ofertowej oraz doprecyzowanie postaci tego dokumentu

Przypomnijmy, iż na skutek zastąpienia od dnia 12.12.2001 roku poprzednio obowiązującej ustawy o cenach¹⁹ ustawą aktualną²⁰, nastąpiła deregulacja systemu cenowego budownictwa. Jedną z jej konsekwencji jest natomiast fakt, iż w przypadku zastosowania wynagrodzenia ryczałtowego, bez wyraźnego żądania zamawiającego zapisanego w SIWZ, wykonawca ma prawo nie przedstawić w swojej ofercie żadnego dokumentu kalkulacyjnego proponowanej przez siebie ceny ryczałtowej. Z kolei w przypadku wynagrodzenia kosztorysowego pominięcie w SIWZ odnośnego zapisu skutkować może otrzymaniem

¹⁶ Ogłoszenie to stanowi treść załącznika 4 do rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 28.01.2010 r. w sprawie wzorów ogłoszeń zamieszczonych w Biuletynie Zamówień Publicznych (Dz. U. Nr 12 z 2010 r., poz. 69).

¹⁷ Patrz punkt IV.6 wzoru ogłoszenia, o którym mowa w odsyłaczu poprzednim.

¹⁸ Dz. U. Nr 16, poz. 93, ze zm.

¹⁹ Mowa tu o ustawie z 26.02.1982 r. o cenach (j.t. Dz. U. Nr 27 z 1988 r., poz. 195, ze zm).

²⁰ Jest to ustawa z 5.07.2001 r. o cenach (Dz. U. Nr 97 z 2001 r., poz. 1050, ze zm.).

w ofertach dokumentów kalkulacyjnych oferowanych cen, w żaden sposób nie odpowiadających oczekiwaniom inwestora.

Ażeby zapobiec takim sytuacjom, w omawianej sekwencji zapisu SIWZ dotyczącego sposobu obliczania ceny oferty zamawiający powinien:

- a) w przypadku wynagrodzenia ryczałtowego** – zamieścić ewentualne żądanie przedstawienia w ofercie dokumentu kalkulacyjnego oferowanej ceny ryczałtowej (kosztorys ofertowy, tabela elementów scalonych) oraz – ewentualnie – określić swoje wymagania co do układu i zawartości tego dokumentu,
- b) w przypadku wynagrodzenia kosztorysowego** – sprecyzować jednoznacznie swoje żądania w zakresie postaci kodeksowego „zestawienia planowanych prac i przewidywanych kosztów”²¹. Czy ma to być na przykład kosztorys ofertowy sporządzony metodą kalkulacji szczegółowej, czy też jedynie tabela elementów scalonych zawierająca X pozycji wskazanych w stosownym załączniku do SIWZ.

c) określenie gradacji ważności podstaw kalkulacji ceny ofertowej

W obecnym stanie prawnym zamawiający ma obowiązek, przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane, wejść w posiadanie szeregu opracowań dokumentacyjnych. Opracowania te mają precyzować opis przedmiotu zamówienia (art. 31 Pzp) lub też stanowić dokumentacyjną podstawę wartości zamówienia publicznego na roboty budowlane (art. 33 Pzp).

Pierwszy zbiór opracowań dokumentacyjnych, których forma i treść wynika ze stosownego aktu wykonawczego do ustawy²², obejmujący między innymi projekty wykonawcze, przedmiar robót oraz specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót²³, powinien być wykorzystany również jako podstawa kalkulacji ceny ofertowej. Pomiędzy treścią poszczególnych opracowań dokumentacyjnych o których tutaj mowa, zachodzą jednak bardzo często rozbieżności. Tak na przykład przedmiar robót, który jest swoistym wykazem robót podlegających wycenie kosztorysowej, jakkolwiek sporządzony z reguły na podstawie rysunków projektu wykonawczego, nie jest w wielu przypadkach w pełni zgodny z tym projektem.

Pamiętając o tym, że z punktu widzenia kodeksu cywilnego znaczenie rozstrzygające wobec wątpliwości dotyczących zakresu świadczenia niepieniężnego wykonawcy budowlanego ma przepis art. 649 tej ustawy²⁴, co w praktyce zamówienia publicznego na roboty budowlane przesądza o decydującym znaczeniu projektu wykonawczego lub projektu

²¹ Jest to wynikające z Kodeksu cywilnego (art. 629) określenie kosztorysu oraz wynagrodzenia kosztorysowego.

²² Rozporządzenie Ministra Infrastruktury z 2.09.2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego (Dz. U. Nr 202, poz. 2072 z późn. zm.).

²³ Taki zakres dokumentacji wymagany jest wówczas, gdy dla robót budowlanych będących przedmiotem zamówienia wymagane jest pozwolenie na budowę.

²⁴ Przepis ten stanowi, iż w razie wątpliwości poczytuje się, iż wykonawca podjął się wszystkich robót objętych projektem stanowiącym część składową umowy.

budowlanego oraz o wtórnym charakterze (w tego rodzaju sporach) przedmiarów robót, zamawiający powinien w omawianym zapisie SIWZ sformułować swoje rozstrzygnięcia dotyczące między innymi:

- obligatoryjnego (wiążącego) lub orientacyjnego charakteru przedmiaru robót dla sporządzenia kosztorysu ofertowego oraz
- sposobu postępowania wykonawcy w przypadku stwierdzonych ewentualnie rozbieżności pomiędzy przedmiarem robót oraz projektem wykonawczym.

d) wskazanie wymaganej przez zamawiającego metody kalkulacji ceny ofertowej

W sytuacji braku przepisów prawa powszechnego narzucających jednolitą formę i treść dokumentu kalkulacyjnego ceny ofertowej, zamawiający powinien ten problem unormować w omawianym zapisie SIWZ. Realizując to zadanie zamawiający ma, praktycznie rzecz biorąc, trzy możliwości:

- a) sformułowanie wymogu, ażeby dokument kalkulacyjny ceny ofertowej – na przykład kosztorys ofertowy – opracowany został w sposób wynikający z **nieobowiązującego** aktu wykonawczego do poprzedniej ustawy o cenach²⁵,
- b) sformułowanie wymogu, ażeby kosztorys ofertowy opracowany został w sposób wynikający z dostępnych na rynku wydawniczym poradników²⁶ lub
- c) opracowanie własnych, indywidualnych, autorskich wymagań w odniesieniu do sposobu, w jaki wykonawcy mają sporządzać żądany dokument kalkulacyjny ceny ofertowej.

e) rozstrzygnięcia dotyczące waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy

Zamawiający w przypadku każdego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego może dopuścić, lub wykluczyć, możliwość waloryzowania wynagrodzenia wykonawcy na skutek inflacji. Decyzja ta ma szczególnie istotne znaczenie w przypadku kontraktów wieloletnich. Wykluczając możliwość waloryzowania wynagrodzenia, zamawiający stawia *de facto* kosztorysantów wykonawców wobec konieczności uwzględnienia w swoich kalkulacjach przewidywanej inflacji jaka wystąpi prawdopodobnie w okresie obowiązywania umowy.

²⁵ Mowa tu o rozporządzeniu Ministra Rozwoju Regionalnego i Budownictwa z 13.07.2001 r. w sprawie metod kosztorysowania obiektów i robót budowlanych (Dz. U. Nr 80, poz. 867).

²⁶ Szczególną popularnością cieszyły się, jak dotąd, następujące opracowania o charakterze wzorcowo-poradnikowym: (a) Stowarzyszenie Kosztorysantów Budowlanych, Zrzeszenie Biur Kosztorysowania Budowlanego, Środowiskowe metody kosztorysowania robót budowlanych, Warszawa, grudzień 2001; (b) Stowarzyszenie Kosztorysantów Budowlanych, *Polskie standardy kosztorysowania robót budowlanych*, Warszawa 2005; (c) J.H. Orłowski, R. Sobolewski, R. Wójcicki, *Regulamin kosztorysowania obiektów i robót budowlanych*, Polcen, Warszawa 2002.

f) dopuszczalność lub zakaz stosowania upustów cenowych

W poprzednim stanie prawnym, czyli pod rządami ustawy z 26.02.1982 roku o cenach, do problemu upustów odnosiły się pośrednio przepisy prawa powszechnego. Nie przewidywały one w narzucanej przez siebie obligatoryjnej formule ceny budowlanej upustów ani rabatów – z czego wyprowadzono wniosek o normatywnym zakazie ich stosowania. Obecnie, na skutek deregulacji systemu cenowego budownictwa, problem ten powinien być rozstrzygany odrębnie dla każdego zamówienia publicznego na roboty budowlane w zapisie SIWZ będącym przedmiotem niniejszego artykułu. Domeną zamawiającego jest podjęcie decyzji dopuszczającej lub wykluczającej możliwość stosowania upustów w danym postępowaniu. Wykonawcy powinni pamiętać jednak o tym, iż prawnie dopuszczalną granicą opustowania cen jest czyn nieuczciwej konkurencji zdefiniowany w art. 15 ust. 1 pkt. 1 ustawy z 16.04.1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji²⁷.

g) sposób postępowania zamawiającego wobec usterek w kalkulacji ceny

Zapis ten sformułowany być powinien przez przywołanie odpowiednich przepisów ustawy Pzp, a mianowicie art. 87 oraz art. 89 tej ustawy.

Szczególnym przypadkiem usterek w sposobie sporządzania dokumentów kalkulacyjnych cen ofertowych (kosztorysów, tabel elementów scalonych) jest pominięcie w wycenie pewnych pozycji lub ich „wyzerowanie”. Antycypując to, zamawiający powinien wyraźnie określić w omawianym zapisie SIWZ, konsekwencje wspomnianych zachowań cenotwórczych oferentów.

W „wariacie liberalnym” Zamawiający powinien zapisać, iż w przypadku pominięcia w wycenie lub „wyzerowania” pewnych pozycji kosztorysu (tabeli elementów scalonych) będzie uważał, iż koszty związane z tymi pozycjami zostały uwzględnione w innych pozycjach opracowania kalkulacyjnego.

Decydując się na „wariant rygorystyczny” Zamawiający powinien nakazać w omawianym zapisie SIWZ dokonanie wyceny wszystkich pozycji opracowania kalkulacyjnego pod rygorem odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 punkt 2 ustawy Pzp.

Zastosowanie jednego z tych wariantów powinno być, rzecz jasna, skorelowane z przyjętym dla danego postępowania rodzajem wynagrodzenia wykonawcy.

²⁷ J.t. Dz. U. Nr 153 z 2003 r., poz. 1503.

Zapisy SIWZ dotyczące warunków udziału w postępowaniu – wyniki analizy

Lp.	Wyszczególnienie	Zamówienia krajowe				Zamówienia unijne				
		Warunki udziału w postępowaniu:				Warunki udziału w postępowaniu:				
		wiedza i doświadczenie	osoby zdolne do wykonania zamówienia	wyposażenie techniczne	sytuacja ekonomiczna i finansowa	wiedza i doświadczenie	osoby zdolne do wykonania zamówienia	wyposażenie techniczne	sytuacja ekonomiczna i finansowa	ogółem
1	Wskaźniki popularności warunków ^{x)}	94,00	84,00	12,00	84,00	68,50	92,00	6,00	78,00	66,00
2	Wskaźniki wadliwości opisu , sposoby oceny warunków ^{xx)}	46,81	71,42	x	66,66	56,91	80,44	33,34	51,29	69,70
3	Liczba postępowań bez wykorzystania warunków	x	x	x	x	1	x	x	x	3

x) **Wskaźniki popularności warunków** – obliczono jako iloraz ilości postępowań, w których dany warunek został zastosowany do wszystkich badanych postępowań.

xx) **Wskaźniki wadliwości opisu warunków** – obliczono jako iloraz wadliwych opisów warunku do wszystkich postępowań, w których dany warunek został zastosowany.

Źródło: opracowanie własne.

Tabela 2

Częstotliwość występowania wyróżnionych elementów zapisu SIWZ dotyczącego sposobu obliczania ceny

Rodzaj wynagrodzenia	Liczba postępowań	Częstotliwość występowania poszczególnych elementów zapisu							Razem	Wskaźniki kompletności zapisu ^{x)}
		Formuła ceny	Dokument kalkulacyjny ceny	Gradacja podstaw wyceny	Metoda wyceny	Waloryzacja	Upusty cenowe	Uznanie usterek		
1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11
Zamówienia krajowe										
Ryczałtowe	32	10	17	23	6	16	23	14	109	48,66
Kosztorysowe	14	5	4	11	4	6	12	10	52	53,07
Brak danych	4	x	x	x	x	x	x	x	x	x
Zamówienia unijne										
Ryczałtowe	33	9	19	26	2	18	23	19	116	50,22
Kosztorysowe	13	4	10	11	1	8	12	10	56	61,54
Brak danych	4	x	x	x	x	x	x	x	x	x

x) Wskaźniki kompletności zapisu zostały doliczone według wzoru:

$$Wk = \frac{a \cdot b}{c}; \text{gdzie:}$$

a – liczba postępowań w danym zbiorze,

b – liczba wyróżnionych elementów omawianego zapisu SIWZ (7 elementów),

c – faktyczna ilość elementów zapisu w danym zbiorze zamówień (kol. 10).

Źródło: opracowanie własne.

Wyniki oceny

Jak wynika z przeglądu dokonanego w punkcie poprzednim poszczególne elementy omawianego zapisu SIWZ mają bardzo istotne znaczenie praktyczne, zwłaszcza w przypadku wynagrodzenia kosztorysowego. Pomijanie zatem poszczególnych elementów, czyli formułowania niekompletnego merytorycznie zapisu SIWZ na temat sposobu obliczania cen, w istotnym stopniu obniża jakość SIWZ zamówienia publicznego na roboty budowlane.

W tej sytuacji w tabeli 2 przedstawiamy wyniki analizy porównawczej kompletności omawianego zapisu SIWZ w odniesieniu do zamówień krajowych oraz unijnych. Dodatkowo, dla zwiększenia porównywalności wyników, w każdej grupie zamówień wyróżniono postępowania z wynagrodzeniem kosztorysowym oraz ryczałtowym.

Jak wynika z danych zawartych w tabeli 2, wskaźniki kompletności omawianego zapisu SIWZ były, zarówno w przypadku zamówień krajowych jak i unijnych, bardzo podobne. Jedynie wskaźnik kompletności zapisu w grupie zamówień z wynagrodzeniem kosztorysowym był nieco wyższy w przypadku zamówień unijnych (61,54) niż krajowych (53,07).

Na analogicznym poziomie czterech postępowań ukształtowała się liczba zamówień, w których nie określono rodzaju wynagrodzenia wykonawcy.

5. ANALIZA ZAPISÓW SIWZ DOTYCZĄCYCH KRYTERIÓW OCENY OFERT ORAZ SPOSOBU FAKTUROWANIA ROBÓT

W zakresie kryteriów oceny ofert zapisy specyfikacyjne obu wyróżnionych zbiorów zamówień (krajowych i unijnych) wykazały bardzo daleko idące podobieństwo. W przypadku zamówień krajowych, wszystkie postępowania wykorzystywały jednokryteriowy model oceny ofert (*price only*). W grupie zamówień unijnych w trzech przypadkach na 50 badanych postępowań wykorzystano model wielokryteriowy oceny ofert. W charakterze kryteriów niecenowych wykorzystano przy tym: termin realizacji zamówienia (1 raz) oraz długość okresu gwarancyjnego (2 razy).

Uproszczona ocena zapisów SIWZ dotyczących sposobów fakturowania robót odnosić się może do dwóch aspektów, a mianowicie:

- a) popularności systemu jednokrotnego fakturowania oraz
- b) precyzji sformułowań zastosowanych w konstrukcji fakturowania wielokrotnego.

Ad. a) Stosując w zapisach SIWZ zasadę jednokrotnego fakturowania robót zamawiający utrudnia wykonawcom zarządzanie płynnością finansową. Jest to dość istotna wada tego systemu, zwłaszcza w okresach dekoniunktury na rynku budowlanym. System ten ponadto wiąże się często z wymuszaniem na wykonawcach tzw. kredytu kupieckiego.

Ad. b) W przypadku fakturowania wielokrotnego zamawiający powinien pamiętać o precyzyjnym określeniu w zapisach SIWZ obligatoryjnych terminów wystawiania oraz płatności faktur częściowych. Zamawiający, który przecież w większości przypadków jest podmiotem sektora finansów publicznych, podlega ustawie z 27.08.2009 roku o finansach publicznych²⁸. Tymczasem art. 44 ust. 3 pkt. 3 tej ustawy stanowi, iż wydatki publiczne powinny być dokonywane w wysokości **i terminach** (pokr. nasze – A.B. i W.P.) wynikających z wcześniej zaciągniętych zobowiązań.

Analizując porównawczo specyfikacje zamówień krajowych i unijnych w zakresie zastosowanych kryteriów oceny ofert, stwierdzono pomiędzy nimi bardzo daleko idące podobieństwo. W przypadku zamówień krajowych zamawiający stosowali wyłącznie model jednokryteriowy. W przypadku zamówień unijnych model ten znalazł zastosowanie w zdecydowanej większości, bowiem aż w 47 badanych postępowaniach. W charakterze niecelowych kryteriów oceny ofert wykorzystano takie zmienne jak termin wykonania zamówienia (1 raz) oraz długość okresu gwarancyjnego (2 razy).

Równie daleko idące podobieństwa pomiędzy badanymi specyfikacjami zamówień krajowych oraz unijnych zaobserwowano w odniesieniu do zapisu dotyczącego sposobu fakturowania robót. Tak więc zasadę jednokrotnego fakturowania zastosowano w zamówieniach krajowych w 24 przypadkach, natomiast w zamówieniach unijnych – w 20 przypadkach. Nieprawidłowości w zapisach dotyczących fakturowania wielokrotnego zaobserwowano w zamówieniach krajowych w 13 przypadkach, natomiast w zamówieniach unijnych – w 10 przypadkach.

6. ZAKOŃCZENIE

Biorąc pod uwagę szczegółowe wyniki analizy komparatywnej SIWZ zamówień krajowych i unijnych należy stwierdzić, iż nie potwierdziła się hipoteza badawcza mówiąca o lepszej jakości specyfikacji zamówień unijnych. W zakresie wyróżnionych zapisów o szczególnie istotnym znaczeniu dla przebiegu i wyników postępowań – jakość analizowanych dokumentów w obu wyróżnionych zbiorach zamówień była podobna.

²⁸ Dz. U. Nr 157 z 2009 r., poz. 1240, ze zm.

PROFESJONALIZM ZAMAWIAJĄCEGO PRZY ZMIANIE UMOWY O ZAMÓWIENIE PUBLICZNE NA PODSTAWIE ART. 144 PZP.

Ewa Boryczko¹

1. WPROWADZENIE

Jednym z pośród trzech zasadniczych warunków sprawnego wykorzystania środków unijnych obok „dobrego prawa”, a także profesjonalizmu oraz racjonalizmu organów kontroli i nadzoru (UZP, KIO, inne, w tym również instytucje zarządzające i pośredniczące) jest profesjonalizm zamawiającego.

Zamawiający już na etapie składania wniosku o dofinansowanie projektu ze środków unijnych w sposób dokładnie przemyślany wytycza sobie cele, które zamierza osiągnąć w wyniku zrealizowania tego projektu. Cele te zamierza osiągnąć w rezultacie należytego wykonania przez wykonawcę wyłonionego w procedurze zamówień publicznych umowy. Zatem, już przy tworzeniu Specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej zw. SIWZ) zamawiający musi mieć na uwadze cele (wskaźniki), jakie ma w ramach dofinansowanego projektu osiągnąć. Członkowie komisji przetargowej powołanej przez kierownika zamawiającego muszą być świadomi realizacji projektu unijnego, ze wszystkimi z tym związanymi konsekwencjami. Muszą znać założenia projektu, w szczególności termin realizacji projektu (jego zakończenia rzeczowego oraz finansowego) oraz wskaźniki jakie mają być osiągnięte w wyniku realizacji tego projektu. Nieznajomość tych danych może doprowadzić do rozbieżności między postanowieniami zawartymi we wniosku o dofinansowanie, a treścią ogłoszenia o zamówieniu publicznym, SIWZ, w tym zawartej (czasami też anektowanej) umowy, i co za tym idzie utraty dofinansowania. Zatem chcę podkreślić, iż dla sprawnego i efektywnego wykorzystania środków unijnych niezbędne jest współdziałanie osób posiadających łącznie wiedzę z zakresu trzech obszarów: z zakresu wydatkowania funduszy unijnych i konkretnego realizowanego projektu, z zakresu merytorycznego (branżowego) związanego z przedmiotem zamówienia oraz z zakresu zamówień publicznych. Stąd, komisja przetargowa dokonująca przygotowania i przeprowadzenia postępowania (czasami tylko przeprowadzenia postępowania) o zamówienie publiczne, dotyczącego danego projektu powinna skupiać właśnie takie osoby, które łącznie posiadają wiedzę z ww. zakresu.

Zazwyczaj w ramach realizacji projektu dofinansowywanego ze środków unijnych przeprowadza się nie tylko jedną procedurę o zamówienie publiczne, lecz kilka lub więcej. Procedury te muszą być odpowiednio, tj. zgodnie z wymogami instytucji dofinansowującej przeprowadzone i skoordynowane. Nadto trzeba pamiętać, iż wiedza z tych trzech obszarów jest potrzebna od momentu powstania pomysłu realizacji projektu, aż do jego rozliczenia (zarówno w trakcie pisania wniosku o dofinansowanie jak i w czasie postępowania o zamówienie publiczne, podczas realizacji umowy oraz przy rozliczaniu projektu).

¹ *Mgr inż. Ewa Boryczko, Starostwo Powiatowe w Tczewie, doktorant Uniwersytetu Gdańskiego.*

Tu należy wrócić uwagę, iż często na etapie realizacji umowy zawartej w wyniku postępowania o zamówienie publiczne zamawiający, w szczególności osoby pracujące w komórkach sprawujących nadzór merytoryczny nad realizacją umowy popełniają, zazwyczaj w sposób nieświadomy, szereg błędów wynikających z nieposiadania wystarczającej wiedzy z zakresu wydatkowania środków unijnych czy zamówień publicznych. Często bowiem komórki merytoryczne podejmują decyzje o zmianie umowy, w tym np. w zakresie przedmiotu umowy, wynagrodzenia, terminu wykonania zamówienia bez konsultacji z specjalistami z zakresu wydatkowania funduszy unijnych i zamówień publicznych. Zmiany te mogą być niezgodne z zapisami wniosku o dofinansowanie, wytycznych, mogą też naruszać przepisy o zamówieniach publicznych. Przykładowo, zmiana umowy w zakresie parametrów technicznych urządzenia stanowiącego element przedmiotu zamówienia może spowodować nie tylko nieosiągnięcie określonego w projekcie wskaźnika czy też celu, ale również naruszenie przepisów ustawy Pzp, jeśli stosownej przesłanki do zmiany umowy nie ujęto w umowie pierwotnej.

Chcąc zatem doprowadzić do pomyślnej realizacji projektu dofinansowanego ze środków unijnych, zamawiający nie tylko musi przestrzegać przepisów branżowych oraz wymogów unijnych dot. wydatkowania tych środków, lecz musi też przestrzegać przepisów ustawy Pzp, w szczególności zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji i to zarówno w postępowaniu o zamówienie publiczne (zakończonym wyborem najkorzystniejszej oferty), jak i po podpisaniu umowy (podczas realizacji przedmiotu zamówienia). Nieuprawnione aneksowanie umowy stanowi bowiem naruszenie art. 144 ustawy Pzp oraz art. 7 Pzp, a tym samym przyczynia się do nieefektywnego wydatkowania środków.

2. DOPUSZCZALNOŚĆ ZMIAN UMOWY NA PODSTAWIE ART. 144 PZP.

W art. 144 ust. 1 ustawy Pzp ustawodawca zakazał dokonywania istotnych zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba że zamawiający przewidział możliwość dokonania takiej zmiany w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz określił warunki takiej zmiany. Zmiana umowy dokonana z naruszeniem ust. 1 art. 144 podlega unieważnieniu.

Zgodnie z orzeczeniem ETS z dnia 29.04.2004 r. w sprawie C-496/99 *Succhi di Frutta: Zawarcie umowy na warunkach istotnie odmiennych od tych określonych w ofercie stanowi, co do zasady, poważne naruszenie zasad przejrzystości i równego traktowania.*²

Tak więc, z uwagi na różne pojawiające się w trakcie realizacji zamówienia sytuacje, np. napotkane błędy projektowe, wyjątkowo niesprzyjające określone warunki klimatyczne, geologiczne lub terenowe, zmiany przepisów prawnych, konieczność aktualizacji rozwiązań z uwagi na postęp technologiczny, konieczność zmiany terminu wykonania zamówienia w związku zaistniałymi okolicznościami, konieczność zmniejszenia do ustalonego poziomu zakresu usług lub dostaw, albo konieczność rezygnacji z wykonania określonej części robót

² Orzeczeniem ETS w sprawie C-496/99 *Succhi di Frutta*.

– zamawiający powinien we wzorze umowy określić przesłanki do zmiany umowy (określić jakie zmiany postanowień podpisanej przez strony umowy mogą nastąpić w sytuacji wystąpienia określonych okoliczności).

Należy podkreślić, iż na podstawie art. 144 ust. 1 ustawy Pzp, w związku z art. 7 ust. 3 ustawy Pzp niedopuszczalna jest zmiana podmiotowa wykonawcy, gdyż stanowiłaby ona naruszenie nakazu udzielenia zamówienia publicznego wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy Pzp. Podobnie niedopuszczalne jest w trybie art. 144 ust. 1 ustawy Pzp, w związku z art. 140 ust. 1 i 3 oraz art. 82 ust. 3 ustawy Pzp rozszerzenie zakresu przedmiotu zamówienia poza jego granice określone w ofercie (i SIWZ), ponieważ zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy nie byłby tożsamy z zobowiązaniem wykonawcy zawartym w ofercie (której treść musi odpowiadać treści SIWZ), a co za tym idzie umowa w części wykraczającej poza określenie przedmiotu zamówienia zawarte w SIWZ (i ofercie) podlegałaby unieważnieniu.

Przepis art. 144 ma służyć zwiększeniu efektywności i uczciwej konkurencji. Wykonawca już na etapie postępowania o zamówienie publiczne ma być świadomy przyszłych ewentualnych zmian umowy (które mogą wystąpić lub nie), ryzyk z niej płynących oraz posiadać możliwość odpowiedniej do nich kalkulacji ceny ofertowej. Nadto, zmiana ma zapobiegać osiągnięciu przez realizującego zamówienie wykonawcę nieuprawnionych korzyści.

Jak z niniejszego przepisu wynika, dopuszczalne są zmiany umowy w sytuacji kiedy:

- zmiana jest nieistotna,
- zmiana nie dotyczy treści oferty, na podstawie której wybrano wykonawcę, a co za tym idzie nie dotyczy też treści SIWZ (w myśl art. 82 ust. 3 Pzp należy uznać, że treścią oferty są wszystkie postanowienia SIWZ, w tym również postanowienia umowy),
- zmiana oraz warunki tej zmiany przewidziano w SIWZ lub ogłoszeniu o zamówieniu w postępowaniu, w wyniku którego zawarto umowę, którą strony umowy zamierzają zmienić.

Niestety doskonale wiadomo, że nie jest możliwe ustalenie wykazu wszystkich ewentualnych przesłanek zmian postanowień umowy, z podziałem na istotne i nieistotne. Jednakże orzecznictwo, piśmiennictwo oraz praktyka daje zamawiającemu wskazówki, na których winien się opierać kwalifikując ewentualne zmiany umowy pod względem ich istotności.

W orzecznictwie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości (Wyrok w sprawie C-454/06 *Presstext Nachrichtenagentur*) Trybunał uznał, iż: *zmiana zamówienia publicznego w czasie jego trwania może być uznana za istotną, jeżeli wprowadza ona warunki, które gdyby zostały ujęte w ramach pierwotnej procedury udzielania zamówienia, umożliwiłyby dopuszczenie innych oferentów niż ci, którzy zostali pierwotnie dopuszczeni lub umożliwiłyby dopuszczenie innej oferty niż ta, która została pierwotnie dopuszczona.*³

Nadto, zmianę też można uznać za istotną, jeśli powoduje ona zachwianie równowagi ekonomicznej umowy na korzyść wykonawcy w sposób nieprzewidziany w pierwotnej umowie.

³ Orzeczenie ETS w sprawie C-454/06 *Presstext Nachrichtenagentur*.

Przychylając się do opinii Urzędu Zamówień Publicznych zamieszczonej na stronie www.uzp.gov.pl stwierdzić należy, że dopuszczalne będą zmiany nieistotne rozumiane w ten sposób, że wiedza o ich wprowadzeniu do umowy na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie wpłynęłaby na krąg podmiotów ubiegających się o to zamówienie ani też na wynik postępowania.

Warto też zwrócić uwagę, iż zgodnie z ukształtowanym poglądem, przyczyny zmiany nieistotnej odnoszą się w równym stopniu do wszystkich biorących udział lub potencjalnie zainteresowanych udziałem w postępowaniu i wynikają z okoliczności niezależnych od nich. Zmiana nieistotna jest obiektywnie uzasadniona w odniesieniu do każdego wykonawcy, z którym zawarłoby się umowę. Jej zakres i warunki są niezależne od podmiotowości (osoby) wykonawcy.

3. PRZYKŁADY NIEISTOTNYCH I ISTOTNYCH ZMIAN UMOWY NA PODSTAWIE ART. 144 PZP.

Nieistotnymi zmianami umowy według opracowania *Przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego* (wyd. PARP Warszawa 2011 r. Rafała Jędrzejewskiego – Dyrektora Departamentu Prawnego Urzędu Zamówień Publicznych) są np. poniższe przypadki:

- *zmiana podwykonawcy, jeżeli wykonawca samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu oraz zadeklarował, że wykona umowę samodzielnie i w odniesieniu do tej części nie została wyłączona dopuszczalność korzystania z podwykonawstwa, a na etapie realizacji zamówienia chce swoją decyzję zmodyfikować,*
- *w razie wystąpienia zdarzenia zewnętrznego, niemożliwego do przewidzenia i niemożliwego do zapobieżenia (siła wyższa) w trakcie którego trwania z przyczyn obiektywnych nie byłoby możliwe prowadzenie prac, co powodowałoby, że termin wykonania umowy powinien ulec zmianie, tj. wydłużeniu o czas trwania tego zdarzenia, można uznać, że wydłużenie terminu nie wpłynęłoby na poszerzenie kręgu zainteresowanych wykonawców,*
- *zmniejszenie wynagrodzenia należnego wykonawcy za realizację zawartej umowy, w stosunku do ceny określonej w pierwotnej ofercie, nie będzie stanowiło istotnej zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego, jeżeli zmiana ta nie wpłynie na ograniczenie zakresu świadczenia jaki został określony w tejże ofercie.⁴*

Autor tegoż opracowania podaje też następujące przykłady istotnych zmian umowy:

- *warunki wykonania zamówienia podlegających ocenie w ramach kryteriów oceny ofert,*
- *jeżeli zamawiający nie zamieści w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia zastrzeżenia o możliwości zmiany terminu wykonania zamówienia, w przypadku opóźnień w wykonaniu robót budowlanych wywołanych błędami w dokumentacji projektowej przekazanej wykonawcy, to w świetle art.144 ust.1 ustawy Pzp, brak będzie pod-*

⁴ Przygotowanie postępowania o zamówienie publiczne; str. 72; Wyd. PARP Warszawa 2011 r.

staw do zmiany zawartej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Okoliczność ta stanowić będzie ryzyko gospodarcze wykonawcy,

- *termin wykonania części umowy, zwłaszcza jeżeli jego niedotrzymanie powiązane jest z obowiązkiem zapłaty kar umownych.*⁵

Znane są przypadki, które bez odniesienia do konkretnych okoliczności nie da się zakwalifikować zawsze jako zmiany istotne lub zawsze jako zmiany nieistotne. Takim przypadkiem przy realizacji robót budowlanych będzie np. zmiana technologii wykonania robót. Określenie, czy zmiana technologii stanowić będzie zmianę istotną czy też nie, wymagać będzie nie tylko analizy SIWZ i umowy, ale również stopnia ingerencji w treść dokumentacji projektowej. Podobnie też wygląda kwestia zmiany wynagrodzenia wykonawcy w związku ze zmianą stawki podatku VAT. Zmiana będzie oceniana jako nieistotna, kiedy nie było możliwe przewidzenie na etapie sporządzania oferty przyszłej zmiany stawki podatku VAT. Zmiana stawki podatku VAT w takim przypadku będzie zdarzeniem zewnętrznym, niezależnym od woli stron w momencie składania ofert. Przeciwnie oceniona będzie zmiana stawki podatku VAT, jeżeli informacja o planowanej zmianie była powszechnie znana i wykonawca mógł ją uwzględnić w cenie ofertowej jako swoje ryzyko gospodarcze.

Zapisy ogólnikowych przesłanek zmian umowy, to zapisy nieprawidłowe, nie dające podstaw do aneksowania umowy, dające możliwość zbyt szerokiej interpretacji, przykładowo będą to zapisy o brzmieniu:

- dopuszczalne są zmiany korzystne dla zamawiającego lub gdy konieczność ich wprowadzenia wynikać będzie z okoliczności, których nie można było przewidzieć w chwili zawarcia umowy,
- zmiany będą dopuszczalne w granicach unormowania art. 144 ust. 1 ustawy Pzp.,
- zamawiający zastrzega zmniejszenie zakresu przedmiotu umowy; itp.

Zgodnie z opinią Marcina Płużańskiego, wyrażoną w Komentarzu – Prawo zamówień publicznych, wyd. 3, C.H. Beck, warunkiem koniecznym dokonania modyfikacji jest określenie, nie tylko okoliczności, z których zmiana wynika, ale również dokładny opis przewidywanych zmian i ich dopuszczalny zakres.

4. PRZYKŁADOWE WYROKI KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ ORAZ ZESPOŁU ARBITRÓW W SPRAWIE ZMIAN UMOWY NA PODSTAWIE ART. 144 PZP.

W kwestii zapisów umowy dotyczących ewentualnych jej zmian wypowiedziała się również Krajowa Izba Odwoławcza. Poniżej przykładowe wyroki Krajowej Izby Odwoławczej przedstawiające stanowisko KIO w sprawie zapisów SIWZ w zakresie zmian umowy.

⁵ Przygotowanie postępowania o zamówienie publiczne; str. 73; Wyd. PARP Warszawa 2011 r.

Wyrok KIO z dnia 20 stycznia 2009 roku – sygn. KIO/UZP 3/09

W niniejszym wyroku KIO stwierdziła, iż samo zastrzeżenie możliwości dokonywania zmian w umowie korzystnych dla zamawiającego jest postanowieniem bardzo ogólnym, mogącym wywołać zbyteczne problemy interpretacyjne, a dokonywanie ewentualnych zmian umowy na tej podstawie może nie wypełniać dyspozycji art. 144 Pzp.

W przedmiotowym postępowaniu o wartości powyżej progów unijnych, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, dotyczącym wyboru zarządcy i administratora nieruchomości Spółki Skarbu Państwa – KIO nie uwzględniła zarzutu przedstawionego w odwołaniu dotyczącego m.in. braku przewidzenia we wzorze umowy możliwości zmiany umowy. W trakcie postępowania KIO podkreśliła, iż zgodnie z unormowaniem art. 144 ust. 1 Pzp zakazuje się zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy. Jedynym odstępstwem od tego zakazu jest sytuacja, kiedy zamawiający przewidział możliwość dokonania zmiany umowy w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz określił warunki takiej zmiany.

W ocenie KIO Zamawiający (Spółka Skarbu Państwa) nie przewidując zmiany umowy mógł odstąpić od zamieszczania w SIWZ informacji o sposobie zmiany umowy.

W postępowaniu KIO ustaliła jednak, że zamawiający zastrzegł w SIWZ (pkt 15.5) możliwość dokonania zmian w umowie w związku z zamieszczeniem zapisu o treści: *Zamawiający informuje, że zakazuje się zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru Wykonawcy, chyba że konieczność wprowadzenia takich zmian wynika z okoliczności, których nie można było przewidzieć w chwili zawarcia umowy lub zmiany te są korzystne dla Zamawiającego.*⁶

Zdaniem Zamawiającego takie postanowienie było ze względu na przewidywany okres trwania umowy przez 3 lata – wystarczające do ochrony interesów stron w przypadku zajścia nieprzewidzianych okoliczności bądź w przypadku zaoferowania korzystniejszych dla zamawiającego warunków umowy.

W ocenie Izby zarzut odwołującego był bezzasadny, gdyż Zamawiający nie naruszył przepisów prawa w tym zakresie. Jednakże, na marginesie KIO stwierdziła, że samo zastrzeżenie możliwości dokonywania zmian w umowie korzystnych dla zamawiającego jest postanowieniem bardzo ogólnym, mogącym wywołać zbyteczne problemy interpretacyjne, a dokonywanie ewentualnych zmian umowy na tej podstawie może nie wypełniać dyspozycji art. 144 Pzp.

WYROK KIO z dnia 1 września 2010 r.; Sygn. akt: KIO/1776/10

Z niniejszego wyroku KIO wynika, iż zapis umowny o dopuszczeniu zmiany umowy o zamówienie publiczne bez podania warunków na jakich zamawiający dokona zmian, tj. bez określenia konkretnych okoliczności zmian umowy w SIWZ skutkuje niedopuszczalnością dokonania

⁶ Wyrok KIO z dnia 20 stycznia 2009 r. – sygn. KIO/UZP 3/09.

zmiany umowy w trybie art. 144 ust. 1 ustawy Pzp. W sytuacji natomiast dokonania zmiany umowy w takim przypadku – zmiana ta byłaby nieważna, gdyż nie spełniałaby warunków dopuszczalności zmiany umowy art. 144 ust. 1 ustawy.

W przedmiotowym postępowaniu, o wartości powyżej progów unijnych, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, dotyczącym budowy nowych kanalizacji sanitarnych (Cześć 1, Część 3) – KIO stwierdziła, iż zarzut naruszenia przez zamawiającego (Miejskie Wodociągi i Kanalizacja Sp. z o.o.) art. 144 ust. 1 ustawy poprzez brak należytego określenia w treści SIWZ warunków dokonania istotnych zmian umowy w postaci zmniejszenia zakresu rzeczowego w odniesieniu do długości kanalizacji (Cześć 1A, 1B, 1C, 3A, 3B, 3C, 3D), ilości przepompowni ścieków (część 1A, 1B, 1C, 3A, 3B) i związanych z nimi robót towarzyszących zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że istotnie w pierwotnym brzmieniu klauzuli 15.6 SWK zamawiający (Miejskie Wodociągi i Kanalizacja Sp. z o.o.) dopuścił możliwość zmiany umowy o zamówienie publiczne, w sposób niezgodny z wymogami art. 144 ust. 1 ustawy, tj. bez warunków na jakich dokona zmian, a więc bez określenia konkretnych okoliczności, w których będzie do takiej zmiany uprawniony. Zdaniem KIO nowelizacja art. 144 ust. 1 ustawy, wprowadziła wymogi uzależniające możliwość zmiany umowy od przewidzenia okoliczności, w których taka zmiana będzie konieczna oraz wskazania ich w SIWZ. Izba ustaliła, iż zamawiający formułując brzmienie klauzuli 15.6 SWK określił jedynie, że może zmniejszyć zakres rzeczowy robót, bez wskazania sytuacji, w których takie zmniejszenie może nastąpić. Zamawiający nie określił także zakresu takiej zmiany. Teoretycznie mogłaby zaistnieć nawet sytuacja, w której zamawiający zmniejszyłby zakres rzeczowy do zera, wówczas arbitralność decyzji zamawiającego w tym zakresie godziłaby w interes wykonawcy realizującego umowę.

Wobec uznania zarzutu KIO zwróciła uwagę na konieczność dostosowania brzmienia klauzuli 15.6 SWK do wymogów art. 144 ust. 1 ustawy. W ocenie Izby brak określenia warunków zmiany umowy (kontraktu) w SIWZ skutkowałby niedopuszczalnością dokonania zmiany umowy w trybie art. 144 ust. 1 ustawy. Należy bowiem zauważyć, że art. 144 ust. 1 ustawy statuuje niedopuszczalność istotnych zmian zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba że zamawiający wypełnił łącznie dwa warunki: po pierwsze – przewidział możliwość zmiany w ogłoszeniu o zamówieniu lub w SIWZ i po drugie – określił warunki takiej zmiany.

Niewątpliwie zmianę zakresu rzeczowego – czyli w przedmiotowej sprawie zmniejszenie wielkości przedmiotu zamówienia należy uznać za istotną zmianę umowy w stosunku do treści oferty.⁷ W ofercie bowiem wykonawcy deklarują wykonanie całego przedmiotu zamówienia. Bezsporne jest także to, że zamawiający przewidział możliwość zmiany umowy poprzez zmniejszenie zakresu rzeczowego w SIWZ w części II warunki kontraktu, jednakże, nie określił warunków na jakich dokona zmniejszenia zakresu robót. W ocenie KIO zatem, w przypadku rzeczywistej potrzeby zmiany umowy poprzez zmniejszenie zakresu rzeczowego zmiana taka

⁷ Wyrok KIO z dnia 1 września 2010 r.; Sygn. akt: KIO/1776/10.

byłaby nieważna, gdyż nie spełniałaby warunków dopuszczalności zmiany umowy, o których mowa art. 144 ust. 1 ustawy. Izba zauważyła, że podniesienie tego zarzutu przez odwołującego, było działaniem wbrew własnemu interesowi, bowiem gdy zamawiający dokona dookreślenia warunków zmiany umowy dokonując modyfikacji SIWZ, będzie mógł wprowadzić zmiany do umowy po jej zawarciu.

Wyrok KIO z dnia 2 września 2010 r.; sygn. akt KIO 1756/10

Z niniejszego wyroku KIO wynika, iż przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu lub SIWZ przypadki zmiany umowy nie mogą być całkowicie dowolne i pozwalać na radykalną zmianę umowy w stosunku do treści oferty. W szczególności nie powinny być to przypadki pozwalające zamawiającemu na dokonywanie zmian uzależnionych tylko od jego chęci i woli. Zdaniem KIO przesłanki mogą być natomiast sformułowane z pewnym stopniem ogólności, ponieważ przepis art. 144 ustawy Pzp nie mówi o przewidzeniu konkretnych przypadków zmian, lecz na określeniu warunków zmiany.

W przedmiotowym postępowaniu o wartości powyżej progów unijnych, prowadzonym w trybie przetargu ograniczonego, dotyczącym świadczenia usług telekomunikacyjnych i transmisji danych – KIO uznało, iż zarzut dotyczący ujęcia przez Zamawiającego (Urząd Marszałkowski) w SIWZ (w pkt 14) nieprecyzyjnego postanowienia o treści: *Zamawiający zastrzega sobie możliwość rezygnacji z usług telekomunikacyjnych w danej lokalizacji za uprzednim 1-miesięcznym wypowiedzeniem, ze skutkiem na koniec okresu rozliczeniowego* zasługuje na uwzględnienie⁸.

W ocenie KIO cytowane postanowienie jest niedookreślone i zakłada dowolność przesłanek decyzji zamawiającego, dotyczącej rezygnacji z usług w danej lokalizacji. Wykonawcy zatem, nie są w stanie należycie wyliczyć i skalkulować ryzyka ani rentowności projektu, ponieważ nie mają pewności w jakim zakresie świadczyć będą usługi. Ponoszą znaczące koszty przygotowując się do świadczenia usług (w tym budując własną infrastrukturę, czy zawierając umowę dzierżawy łączy), nie mając żadnej gwarancji, czy i w jakim zakresie koszty te zwrócą się w postaci wynagrodzenia za świadczone usługi. Zdaniem KIO, art. 144 ustawy Pzp dopuszczając zmiany umowy w stosunku do treści oferty, nakazuje przewidzenie możliwości dokonania takiej zmiany w ogłoszeniu lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz określenie warunków zmian.

W doktrynie reprezentowany jest pogląd, podzielany przez KIO, że przewidziane w ogłoszeniu lub specyfikacji przypadki zmiany umowy nie mogą być całkowicie dowolne i pozwalać na radykalną zmianę umowy w stosunku do treści oferty. W szczególności nie powinny być to przypadki pozwalające zamawiającemu na dokonywanie zmian uzależnionych tylko od jego chęci i woli. Przesłanki mogą być natomiast sformułowane z pewnym stopniem ogólności, przepis art. 144 ustawy Pzp nie stanowi bowiem o przewidzeniu konkretnych przypadków zmian, lecz o określeniu warunków zmiany. Art. 144 ust. 1 ustawy Pzp nie ogranicza zakresu możliwych do przeprowadzenia zmian, a zatem dopuszczalna jest również zmiana w odniesieniu do przedmiotu

⁸ Wyrok KIO z dnia 2 września 2010 r.; sygn. akt KIO 1756/10.

zamówienia, przy czym tego rodzaju zmiany powinny ograniczać się do sytuacji niezbędnych i szczególnych. Zdaniem KIO jednak, niedookreślone postanowienia umowne nie są korzystne też dla samego zamawiającego, ponieważ wykonawcy, nie mogąc prawidłowo ocenić rozmiarów ryzyka, mogą je zawyżać, co z kolei skutkuje zwiększeniem cen ofert.

Wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 29 listopada 2006 r.; sygn. akt UZP/ZO/0-2821/06

W wyroku Zespół Arbitrów stwierdził, iż skoro ustawodawca przewidział możliwość dokonywania zmian zawartej już umowy, przy zaistnieniu określonych w art. 144 ustawy Pzp przesłanek, to tym bardziej za dopuszczalne należy uznać, w wyjątkowych wprawdzie sytuacjach, przewidzenie konieczności dokonywania tych zmian niejako a priori już na etapie formułowania postanowień SIWZ i wzorca umowy.

Na dzień wydawania wyroku przez ZA w art. 144 ustawy Pzp (Dz.U. z 2004 Nr 19, poz. 177 z późn. zm.) ustawodawca przewidywał możliwość dokonywania zmian postanowień zawartej umowy w sytuacji, gdy zaistnieją okoliczności, których nie można było przewidzieć w chwili zawarcia umowy, lub gdy zmiany te są korzystne dla zamawiającego.

W postępowaniu analizowanym przez ZA, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, dotyczącym dostawy leków – zamawiający (Szpital) w SIWZ określił rodzaj i ilość leków. Nadto zaznaczył, iż zmiana umowy nastąpi w sytuacji, gdy zmianie ulegną jego potrzeby co do ilości leków. Zamawiający stwierdził, że nie jest w stanie tego przewidzieć w chwili zawierania umowy, a także tego czy uzyska możliwość nabycia leków po cenach znacznie niższych niż dostarczałby mu je dotychczasowy wykonawca. W jego ocenie zmiana umowy, która by nastąpiła, byłaby dla niego korzystna. Zamawiający przewidując możliwość zmiany umowy w czasie jej obowiązywania niejako uprzedzał potencjalnych wykonawców, iż może dojść do takiej sytuacji.

Zespół Arbitrów doszedł jednak do wniosku, iż skoro ustawodawca przewidział możliwość dokonywania zmian zawartej już umowy, przy zaistnieniu określonych w tym przepisie przesłanek, to tym bardziej za dopuszczalne należy uznać, w wyjątkowych wprawdzie sytuacjach, przewidzenie konieczności dokonywania tych zmian niejako a priori już na etapie formułowania postanowień SIWZ i wzorca umowy.⁹

Ponadto podzielił argumentację zamawiającego przedstawioną na rozprawie o niemożności przewidzenia ilości zachorowań pacjentów oraz ilości kontraktów mogących zostać podpisanych z NFZ. Jednakże podzielił też częściowo argumentację odwołującego, iż przy tak sformułowanym zapisie umowy wykonawca faktycznie pozostaje w sytuacji, gdy ma jedynie obowiązek dostosowania się do stanowiska zamawiającego, który pozostawia sobie prawo nieograniczonej zmiany przedmiotu zamówienia, podczas gdy wykonawca jest zobowiązany do realizacji zamówienia natychmiast od złożenia zamówienia (maks. do 12 godzin). Utrudnia to, a nawet uniemożliwia wykonawcy zabezpieczenie odpowiedniej ilości poszczególnych leków dla realizacji kontraktu, a także sporządzenie właściwej kal-

⁹ Wyrok ZA z dnia 29 listopada 2006 r.; sygn. akt UZP/ZO/0-2821/06.

kulacji ceny Oferty. Wykonawca jako dostawca ma obowiązek posiadania takiej ilości leków, która pozwoli mu na realizację potrzeb zamawiającego w każdej chwili, ale nie ma pewności, że umowa będzie miała charakter trwały, a leki, które przeznaczy na realizację tego zamówienia zostaną faktycznie sprzedane. Leki natomiast należą do kategorii produktów, które mają ograniczony termin ważności. Jednocześnie wykonawca zostaje zobowiązany do zagwarantowania płynności zaopatrzenia w leki i w razie zwłoki poniesienia ciężaru kar umownych.

W związku z powyższym, chcąc niejako wypośrodkować interesy obydwu stron Zespół Arbitrów doszedł do wniosku, iż zamawiającemu w tym konkretnym postępowaniu przysługuje co do zasady możliwość zmniejszania ilości zamawianych leków. Niemniej jednak nie może to odbywać się w sposób dowolny i niczym nieograniczony. Zespół Arbitrów uwzględnił zarzut odwołującego w takim zakresie, w jakim dotyczy on konieczności określenia przez zamawiającego procentowo ilości redukowanych zamówień.

Na marginesie Zespół Arbitrów zwrócił uwagę, iż zapis umowy poprzez użycie słowa zmiana jest błędnie sformułowany. Zamawiającemu przysługiwałoby również prawo zwiększania ilości leków, co z oczywistych względów (zwiększania zakresu) w stosunku do określonego w pierwotnej umowie jest niedozwolone. Zdaniem Zespołu Arbitrów, brzmienie zapisu umowy winno ulec modyfikacji poprzez zastąpienie słowa *zmiana* na np. *zmniejszenie*. Zamawiający powinien także przyjąć ograniczenie możliwości dokonywania redukcji dostawy, np. poprzez procentowe określenie zmniejszenia dostawy.

5. PODSUMOWANIE

Można zgodzić się z opinią Marcina Płużańskiego oraz orzecznictwem KIO, z których wynika, iż warunkiem koniecznym dokonania modyfikacji umowy jest profesjonalne, tj. dokładne, a nie ogólnikowe czy enigmatyczne określenie przez zamawiającego, nie tylko okoliczności, z których zmiana wynika, ale również dokładne opisanie przewidywanych zmian i ich dopuszczalnego zakresu. Wydaje się, że inne podejście do tego problemu przeczyłoby w szczególności naczelnej zasadzie zamówień publicznych wyrażonej w art. 7 ustawy Pzp. Ponadto, zdobyte już przez zamawiających doświadczenie w zakresie różnych okoliczności napotkanych na etapie realizacji zamówień wskazuje, iż w interesie obu stron umowy o zamówienie publiczne, tj. zarówno zamawiającego, jak i wykonawcy, jest przewidzenie „z góry” jak najszerszego spektrum ewentualnych zmian postanowień umowy (ryzyka), które pozwolą na odpowiednią do nich wycenę oferty składanej w procedurze zamówień publicznych i pozwolą na właściwą realizację zamówienia publicznego, w ramach projektu finansowanego ze środków unijnych.

Dla sprawnego i efektywnego, z zachowaniem zasady uczciwej konkurencji – wydatkowania środków unijnych, przy stosowaniu art. 144 Pzp. niezbędny jest perfekcjonizm zamawiającego, oparty o przepisy o zamówieniach publicznych, orzecznictwo sądów i KIO, a także opinie, interpretacje, stanowiska organów kontroli i nadzoru oraz specjalistów w przedmiotowej dziedzinie.

UDZIELANIE ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH W RAMACH PROGRAMU OPERACYJNEGO KAPITAŁ LUDZKI

Maciej Gnela¹

1. WSTĘP

Program Operacyjny Kapitał Ludzki (zwany dalej „**POKL**”) jest jednym z programów operacyjnych, które są wdrażane w okresie od 2007–2013 roku służący **realizacji Narodowych Strategicznych Ram Odniesienia**. Środki na jego realizację pochodzą w 85% z Europejskiego Funduszu Społecznego (EFS). Natomiast w pozostałej części środki pochodzą z zasobu krajowego (np. od Ministra Rozwoju Regionalnego). Całość kwoty przewidzianej na realizację POKL, wynosi około **11,5 mld** euro. EFS wspiera politykę społeczną i finansuje działania państw członkowskich w płaszczyźnie przeciwdziałania bezrobociu oraz rozwoju zasobów ludzkich.

POKL został opracowany przez Radę Ministrów i zaakceptowany przez Komisję Europejską dnia 27 września 2007 roku decyzją nr K(2007) 4547 przyjmującą do realizacji w Polsce Program Kapitał Ludzki współfinansowany z EFS.

Celem omawianego programu jest umożliwienie pełnego wykorzystania potencjału zasobów ludzkich, poprzez wzrost zatrudnienia i potencjału adaptacyjnego przedsiębiorstw oraz ich pracowników, a także poprawę stanu zdrowia osób pracujących, podniesienie poziomu wykształcenia społeczeństwa, zmniejszenie obszarów wykluczenia społecznego oraz wsparcie dla budowy struktur administracyjnych państwa. POKL ma służyć przyspieszeniu rozwoju społeczno-gospodarczego Polski, wzrostowi zatrudnienia oraz zwiększeniu spójności społecznej, gospodarczej i terytorialnej z państwami członkowskimi Unii Europejskiej².

W ramach POKL przewiduje się możliwość realizacji projektów w dwóch trybach: systemowym i konkursowym. W trybie systemowym projekty są realizowane przez beneficjentów imiennie wskazanych w Programie lub dodatkowych dokumentach stanowiących jego uszczegółowienie. Natomiast w trybie konkursowym projekty będą mogły realizować wszystkie podmioty m.in.: przedsiębiorcy, podmioty ekonomii społecznej, firmy szkoleniowe, jednostki administracji rządowej i jednostki samorządu terytorialnego, instytucje samorządu zawodowego i gospodarczego, organizacje pozarządowe, szkoły i uczelnie wyższe. Jednostki składające wniosek o dofinansowanie projektu w ramach Programu Operacyjnego Kapitał Ludzki mają szansę otrzymać bezzwrotną pomoc finansową na realizację całego planowanego przedsięwzięcia, o ile będą przestrzegały obowiązujących zasad dotyczących prawidłowego rozdysponowania środków przyznanych przez organ dotujący.

¹ Mgr Maciej Gnela, Uniwersytet Ekonomiczny w Krakowie.

² www.efs.gov.pl [dostęp: 03.06.2012]

Program Operacyjny Kapitał Ludzki **składa się z 10 Priorytetów**, z czego 5 realizowanych jest w ramach komponentu centralnego; 4 komponentu regionalnego Priorytetu X pozwalającego na sprawne wdrażanie i monitorowanie postępów realizacji Programu oraz promocję Europejskiego Funduszu Społecznego w Polsce.

Rozległość i wszechstronność grup odbiorców oraz przyznanych środków na POKL uzasadnia mnogość formalności przy rozpatrywaniu wniosku o dofinansowanie jak i przy zawieraniu samej umowy, jak również rygory związane z procesem samego wydatkowania środków podczas realizacji określonego zadania. Także w aspekcie zastosowania a to ustawy Pzp a to zasad konkurencyjności i transparentności. Hipotetycznie można zarzucać w tym miejscu dyskryminujący charakter takiego rozróżnienia, bowiem stosowanie ustawy u.z.p. pociąga za sobą pewne koszty dodatkowe przy realizacji POKL, a których nie ponoszą beneficjenci spoza sektora finansów publicznych. Nie należy jednak odnieść się do tego krytycznie, bowiem dzięki takiemu rozwiązaniu beneficjenci z sektora publicznego korzystają z posiadanych już struktur organizacyjnych. Na beneficjenta zobowiązanego do stosowania Pzp nałożono Wytycznymi obowiązek spełnienia dodatkowych wymogów przy realizacji zamówień publicznych wynikających z Zasad dotyczących prowadzenia postępowań o udzielenie zamówienia publicznego finansowanych ze środków EFS, które stanowią załącznik I do Wytycznych³. Warte nadmienienia jest to, iż Beneficjenci niezobowiązani do stosowania ustawy Pzp stosują wyłącznie zasady konkurencyjności określone w punkcie 2.2.7.2 Zasad. Zastosowanie reguł oznaczonych w tym punkcie ma charakter generalnej klauzuli przedmiotowej, a to oznacza, że zastosowanie mają one zarówno w stosunku do Beneficjentów sektora prywatnoprawnego, jak również zamawiających ustawowych, korzystających z wyłączeń zastosowania ustawy Pzp, na podstawie przepisów szczególnych (w szczególności przy zamówieniach o wartości nieprzekraczającej równowartości wyrażonej w złotych 14 000 euro).

2. ŹRÓDŁA PRAWA

Aby prawidłowo wykorzystać przekazane środki, tak aby zostały one uznane jako wydatki kwalifikowane, beneficjent programu jest zobowiązany do przestrzegania norm zawartych w następujących aktach i dokumentach, tj. w szczególności:

- ustawie z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. Nr 157, poz. 1240, ze zm.),
- ustawę z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (t. jedn. Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 539 ze zm.), zwana dalej „**ustawą Pzp**”,
- rozporządzeniu Ministra Rozwoju Regionalnego z dnia 15 grudnia 2010 r. w sprawie udzielenia pomocy publicznej w ramach Programu Operacyjnego Kapitał Ludzki (Dz. U. Nr 239, poz. 1598, ze zm.),
- Programie Operacyjnym Kapitał Ludzki, zaakceptowany przez Radę Ministrów i Komisję Europejską, zwany dalej „**POKL**”,

³ Zasady finansowania POKL, opracowane przez Ministra Rozwoju Regionalnego dnia 22 grudnia 2011 r., str. 69.

- Wytycznych Ministra Rozwoju Regionalnego w zakresie kwalifikowania wydatków w ramach Programu Operacyjnego Kapitał Ludzki, opracowane w dniu 15 grudnia 2011 r., zwane dalej „**Wytycznymi**”,
- Zasady finansowania Programu Operacyjnego Kapitał Ludzki, opracowane dnia 22 grudnia 2011 roku przez Ministra Rozwoju Regionalnego, zwane dalej „**Zasadami**”.

Jak widać obok obowiązku przestrzegania przepisów rangi prawa powszechnie obowiązującego, na beneficjentów POKL nałożono dodatkowe wymogi, wynikające z dokumentów rangi pozaustawowej (resortowej). Takie rozwiązanie może nasuwać pewne wątpliwości co do legalności takiego rozwiązania. Dzieje się tak, bowiem w myśl art. 87 ust. 1 Konstytucji RP, za źródło powszechnie obowiązującego prawa zalicza się ratyfikowane umowy międzynarodowe, ustawy, rozporządzenia oraz akty prawa miejscowego obowiązujące w obszarze działania wydającej jednostki (administracji rządowej w terenie albo samorządu terytorialnego). Do źródeł prawa powszechnie obowiązującego zalicza się również akty prawne wydane na podstawie szczególnej delegacji (art. 90 ust. 1 Konstytucji RP). Ustawa może bowiem przekazać kompetencję do wydawania aktów prawnych obowiązujących na terytorium RP przez organizację lub organ międzynarodowy. Tu można przytoczyć dla przykładu dyrektywy UE. Z tego wynika, że zarówno Wytyczne, jak i Zasady nie są aktami prawnymi obowiązującymi *erga omnes*, w żadnym względzie. Dlatego powstaje wątpliwość czy taki dokument może obowiązywać Beneficjentów POKL.

Wątpliwość w znacznej mierze mogą rozwiewać postanowienia samych Zasad finansowania POKL, które w punkcie 1.3.1. wskazują na minimalne wymogi jakie muszą znaleźć się w umowie o dofinansowanie projektu wymagane przez Instytucję Zarządzającą. W tym zakresie należy pochylić się nad regulacjami zamieszczone we wzorcach umownych stanowiących załącznik 2–4 Zasad. Szczególną uwagę przykuwają § 3 ust. 2; § 20a ust. 1 „Wzoru minimalnego zakresu umowy o dofinansowanie projektu”⁴, które wskazują na bezwzględny wymóg stosowania przy udzielaniu zamówień publicznych, ściśle wyznaczonych ram procedowania określonych w załączniku I Wytycznych („zasady dotyczące prowadzenia postępowań o udzielanie zamówienia publicznego finansowanych ze środków EFS”).

Co ciekawe we wzorze umowy, o której mowa w załączniku Zasad w § 25 ust. 2 pkt 6 odnosi rygor wypowiedzenia umowy o dofinansowanie, ze względu na niestosowanie ustawy Pzp, a nie Wytycznych. Naruszenie Wytycznych będzie miało tutaj ten skutek, że konkretny wydatek zostanie uznany jako niekwalifikowany. A kwalifikowane będą tylko takie wydatki, które są niezbędne do realizacji zadań w konkretnym zadaniu POKL, a zostaną poniesione w zgodzie z przytaczanymi przepisami (w tym także przytaczanych Wytycznych). Zobowiązanie to jest obligatoryjnie zawarte w każdej umowie o dofinansowanie projektu w ramach POKL.⁵ Samo zastosowanie Wytycznych ma na celu minimalizację ryzyka występowania nieprawidłowości w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego.

⁴ Załącznik 2 do Zasad.

⁵ Patrz: załącznik 2–3 Zasad .

Ze względu na powyższe należy uznać bez żadnego wątplenia, że Beneficjent POKL musi również przestrzegać rygoru zawarte w Wytycznych i Zasadach, tak aby ich wydatki (koszty) były uznane jako kwalifikowane (podlegały zwrotowi). Przytaczane regulacje nie mają charakteru źródła powszechnie obowiązującego. Stosowanie wytycznych przy udzielaniu zamówienia publicznego ma charakter zobowiązania kontraktowego, wynikającego z dokonanej czynności prawnej. Czynnością prawną będzie tu umowa zawarta pomiędzy Instytucją Pośredniczącą a Beneficjentem z wzorca szczegółowo uregulowanego w Zasadach.

Co ciekawe ww. katalog źródeł prawa nie jest ostatecznie skonkretyzowany. W myśl Wytycznych zakres normatywny rozszerzony jest na dyrektywy UE w zakresie zamówień publicznych a także orzecznictwo ww. zakresie⁶. Tak jak znajomość dyrektywy klasycznej oraz sektorowej jest oczywiste i konieczne dla zamawiających krajowych, tak nałożenie obowiązku znajomości orzecznictwa ETS i organów krajowych (w szczególności KIO, NSA, SN) należy określić takie działanie jako nazbyt pochopne. Rozległość i zmienność takiego źródła prawa zamówień publicznych jest nienaturalnie wielka. Dodatkowo w ramach danego zagadnienia nie ma jednolitego orzecznictwa, a co gorsza pozostaje ono w sprzeczności do siebie (np. w zakresie ustalenia czy zastosowanie błędnej stawki VAT w ofercie jest błędem w obliczeniu ceny). Taki zapis należy uznać za nieprzemyślany, zwłaszcza, że tworzyłby zręby systemu *common law* w zamówieniach publicznych, które mają charakter ściśle *statute law*. Skłaniając się jednak do wykładni celowej a nie literalnej przytaczanej regulacji należy uznać, iż Beneficjenci powinni być zorientowani w ugruntowanym i aktualnym orzecznictwie. Wówczas taka regulacja powinna spotkać się z aplauzem. W innym razie, analiza tak szerokiego zakresu normatywnego, przy każdym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, mogłaby znacząco opóźnić realizację całego procesu zamówienia publicznego. Dodatkowo zasadne byłyby zarzuty oponentów systemu zamówień publicznych, uznawanego jako nazbyt biurokratyzowanego i niespójnego.

Wytyczne zakładają także, iż samo ich stosowanie ma na celu minimalizację ryzyka występowania nieprawidłowości w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego. Szeroki zakres normatywny ma także znaczenie dla zapewnienia prawidłowej ścieżki audytu (zarówno wewnętrznego jak i przeprowadzonego ze strony organu dotującego), jak również jednolitości rozwiązań stosowanych przez beneficjentów POKL. Takie postawienie sprawy nie do końca może spotkać się z akceptacją Beneficjentów, bowiem wygląda na to, że najistotniejsze jest nie prawidłowe, ani sprawne udzielanie zamówień publicznych a łatwość i przejrzystość dokumentacji z punktu widzenia jednostek kontrolujących Zamawiającego. Jednocześnie zastosowanie wytycznych nie pozostawia Beneficjentom na przejaw jakiegokolwiek inicjatywy i swobody w zakresie przeprowadzania postępowań o udzielenie zamówienia publicznego.

⁶ Wstęp do załącznika 1 Wytycznych, str. 53.

3. ZASADA KONKURENCYJNOŚCI

Jak wspomniano powyżej, jednym z podstawowych obowiązków jakie nałożono na beneficjentów POKL, związanych z kwalifikowalnością wydatków, jest stosowanie alternatywnie: przepisów ustawy Pzp albo/i zasad konkurencyjności. Zasady wskazują jednoznacznie na obowiązek stosowania ustawy Pzp, przez jednostki zobowiązane do jej stosowania z mocy ustawy (zamawiający ustawowi). Regulacja ma charakter „wzmacniającej” przepis ustawy, a nie przywracający wymóg stosowania przepisów Pzp przez ustawowych zamawiających. Rozbieżności interpretacyjne może powodować treść art. 3 ust. 3 ustawy Pzp, która w swojej istocie umożliwia organowi dotującemu ustanowienie na beneficjentach obowiązku stosowania zasad równego traktowania wykonawców, uczciwej konkurencji i przejrzystości przy wydatkowaniu środków finansowych przyznanych przez podmioty o których mowa w ust. 1 art. 3 ustawy Pzp (np. Ministerstwo Rozwoju Regionalnego). Pozornie organ dotujący ma swobodę w decyzji co do stosowania przepisów ustawy Pzp, jednakże naprzeciw takiej interpretacji przytoczyć należy klauzulę generalną stosowania przepisów ustawy Pzp przez zamawiających w przypadku zawierania umów odpłatnych (art. 2 pkt 13 ustawy Pzp). Wymóg stosowania przepisów ustawy Pzp nałożony jest na konkretne podmioty i nie ma tutaj znaczenia jakie jest źródło pochodzenia takich środków, ani kto będzie finalnym odbiorcą zamówienia publicznego.

W POKL każdy beneficjent ma obowiązek zapewnienia, aby wydatki były przez nich ponoszone w sposób przejrzysty i konkurencyjny. Beneficjent przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców. Konkurencyjność należy rozpatrywać w kontekście przejrzystego (transparentnego) doboru wykonawców i wybór najkorzystniejszej oferty. co przekłada się na uzasadnienie doboru ubiegających się o realizację zamówienia publicznego wykonawców. Dzięki wprowadzeniu tych zasad zachowanie przejrzystości przy wydatkowaniu przekazywanych środków będzie możliwe w mniej sformalizowany sposób poprzez bezpośrednio stosowanie zasad wynikających z Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej⁷.

Przytaczane zasady mają urzeczywistnić uzyskanie najkorzystniejszej oferty, co przekłada się na uzasadnienie doboru „rywalizujących” wykonawców o udzielenie zamówienia publicznego. Innymi słowy dobór oferentów ma być wynikiem dogłębnej i obiektywnej analizy rynkowej, a nie akcydentalnego i pobieżnego rozpatrzenia przypadkowych ofert.

4. „SUMOWANIE” ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

Przy zamówieniach publicznych finansowanych ze środków UE, pojawia się stosunkowo często problem natury praktycznej dla zamawiających ustawowych. Dotyczący on sumowania wartości zamówień publicznych przedmiotowo podobnych a rozliczanych odrębnie ze środków własnych jak i tych przyznanych ze środków europejskich, np. z POKL. Jest to o tyle

⁷ J. Sadowy (red.) – Prawo zamówień publicznych po nowelizacji z 2009 r., Wyd. Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2010, str. 26.

istotne do rozważenia, bowiem w myśl art. 32 ust. 2 ustawy Pzp niedozwolone jest takie dzielenie na części zamówień publicznych, aby uniknąć stosowania przepisów ustawy Pzp. Należy przypomnieć, że Zamawiający jest zobowiązany do stosowania przepisów ustawy Pzp, jeżeli umowa ma charakter odpłatny a suma wszystkich udzielnych zamówień podobnych przekracza równowartość wyrażoną w złotych 14 000 euro, chyba że przepis szczególny zwalnia z takiego obowiązku (np. niektórych usług w przedmiocie prac badawczych i ewaluacji).

W przedmiotowym zakresie, zarówno w przepisach prawa powszechnie obowiązującego, jak również w źródłach prawa właściwego dla POKL nie sposób doszukać się regulacji umożliwiających traktowanie zamówień POKL i tych ze środków własnych, jako oddzielnych zamówień publicznych. Tym samym zamawiający nie jest uprawniony do odrębnego traktowania zamówień publicznych tożsamych przedmiotowo, a różniących się od siebie tylko źródłem pochodzenia środków przeznaczonych na realizację takiego zamówienia. Należy zatem z całą stanowczością stwierdzić, że ustawa Pzp przewidując jednolita definicję zarówno „zamawiającego” jaki i „zamówień publicznych”, nie wyodrębnia odmiennej kategorii zamówień publicznych finansowanych z funduszy UE. Dlatego prawidłowe zastosowanie przepisów ustawy Pzp jest w wysokiej mierze uzależnione od prawidłowego zsumowania wszystkich zamówień tożsamych przedmiotowo w obrębie jednej instytucji zamawiającej. Naturalnie organ dotujący mógłby postanowić inaczej, ale w ramach POKL takiej możliwości nie przewidziano.

Naturalnie powyższe nie odbiera kompetencji zamawiającego do wyodrębniania zamówień publicznych realizowanych ze środków Europejskiego Funduszu Społecznego. Wręcz przeciwnie: wymaga się aby wydatkowanie środków publicznych ze środków EFS było należycie akcentowane, np. poprzez wprowadzenie logotypu „EFS” do ogłoszenia o zamówieniu publicznych i specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a także stosowania Zasad i Wytycznych przy każdym zamówieniu publicznym.

Mając na względzie omawianą wcześniej rozległość normatywną właściwą przy tego typu zamówieniach, należy wskazać na konieczność wyodrębniania zamówień publicznych finansowanych ze środków UE do odrębnych postępowań.

5. SZCZEGÓLNE OBOWIĄZKI BENEFICJENTÓW

Specyfika zamówień publicznych w ramach POKL odnosi się w dużej mierze do rozszerzonych obowiązków nałożonych przez Wytyczne. Do najważniejszych pozaustawowych obowiązków związanych z wydatkowaniem środków pochodzących z POKL w ramach udzielanych zamówień publicznych są:

a) Obowiązek stosowania trybów przetargowych. Zastosowanie innego aniżeli podstawowy tryb udzielenie zamówienia publicznego, jest uzależnione od udowodnienia, iż faktycznie wystąpiły przesłanki jego zastosowania. Oznacza to obowiązek zgromadzenia dokumentów potwierdzających okoliczności uzasadniających zastosowanie trybu szczególnego. Praktyka ma na celu ukrócenie nadinterpretowania kompetencji zastosowania trybów wyłączających

lub ograniczających konkurencyjność, tak mocno akcentowaną przez Zasady i prawo zamówień publicznych.

b) wyznaczanie ram czasowych przez zamawiającego, umożliwiających składanie ofert przez Wykonawców. Wymóg należy uznać za zasadny i przełamujący błędną praktykę zamawiających do stosowania krańcowo minimalnych terminów przyznawanych wykonawcom. Jako argument za należy tutaj przytoczyć w szczególności fakt uczestniczenia wykonawców w wielu postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, potrzebę zapoznania się nie tylko z warunkami zawartymi w SIWZ, a także czas niezbędny na dostarczenie oferty. Wskazany w art. 43 ust. 1 ustawy Pzp minimalny termin 7 dni przy zamówieniach na dostawę i usługi, należy uznać za wystarczający tylko wówczas, gdy od Wykonawcy żąda się wyłącznie przedłożenia niewielkiej ilości oświadczeń deklaratoryjnych, a przedmiot zamówienia jest powszechnie dostępny (tzw. „proste zamówienia”). *A contrario*, jeżeli przedmiot zamówienia jest skomplikowany, atypowy, to czas niezbędny na jej przygotowanie nie może zawierać się w minimalnym czasie⁸. Wymóg co prawda tylko konkretyzuje ustawę, ale z pewnością w sposób jednoznaczny akcentuje wymóg co do stosowania realnych terminów, umożliwiających składanie ofert jak najszerszemu kręgowi zainteresowanych wykonawców. Zastosowanie minimalnych, lub skróconych terminów jest możliwe w wyjątkowych sytuacjach lub jeżeli zachodzi pilna⁹ potrzeba udzielenie zamówienia. Sytuacje muszą być naturalnie prawidłowo udokumentowane.

c) Ustalanie planu działania przy udzieleniu zamówienia publicznego. Wytyczne nakładają obowiązek układania swoistych strategii, które mają na celu zintensyfikowanie prowadzonych postępowań na każdym etapie (tj. planowanie wydatku, szacowania, realizacji zamówienia publicznego etc.). Plan prac ma mieć wygląd zestawienia tabelarycznego, zawierającego informacje o terminach rozpoczęcia i zakończenia etapu prac, wraz ze wskazaniem osób odpowiedzialnych za jego realizację.

d) Obligatoryjność konkretyzacji umowy o zamówienie publiczne. W zakresie treści regulującej odpowiedzialność wykonawców z tytułu nienależytego wykonania zobowiązania, należy stosownie postanowienia ustalać w samej treści kontraktu. Niewystarczające będzie tutaj samo odesłanie do regulacji k.c. odnoszących się do skutków niewykonania umów wzajemnych (art. 471 i n k.c.). Dodatkowo wytyczne wymagają, aby terminy realizacji samego zamówienia publicznego były ustalane w ten sposób aby nie było potrzeby ich przedłużania.

e) Dodatkowe obowiązki informacyjne przy zastosowaniu trybu szczególnego. W tym przypadku obok uzasadnienia prawnego jednego z trybów szczególnych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, Wytyczne nakładają obowiązek uprzedniego zawiadomienia (zamieszczenia ogłoszenia) o zastosowaniu takiej ścieżki proceduralnej.

⁸ S. Babiarz [w:] Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Wyd. LexisNexis, warszawa 2010, str. 292.

⁹ W sytuacjach zagrożenia wygaśnięcie przyznanych środków finansowych, o ile stan ten nie jest wynikiem okoliczności za które Beneficjent ponosi odpowiedzialność.

Realizacja przejrzystości zamówień ma następować również w drodze:

- należytego (z należyłą starannością) szacowania wartości przedmiotu zamówienia, na podstawie ofert co najmniej 3 potencjalnych wykonawców (chyba że nie ma takowych na rynku – wówczas należy taki fakt rynkowy uzasadnić w stosownej notatce). Zebrane ceny należy uwidocznic w formie zestawienia tabelarycznego i zarchiwizować celem zapewnienia „prawidłowej ścieżki audytu”,
- publikowania informacji na stronie www zamawiającego o chęci przeprowadzenia postępowania, niezależnie od wartości zamówienia. Oznacza to, że na stronie zamawiającego powinna znaleźć się również zakładka informująca o planowanych zamówieniach.
- bieżącego aktualizowania wartości szacunkowej zamówienia – szacunek musi być aktualny w chwili zamieszczania ogłoszenia. Należy zatem zbadać czy nie było okoliczności rynkowych, które mogą istotnie zmienić takowy szacunek. Wytyczne nakazują aby szacunek był dokonywany na podstawie analizy ofert wśród co najmniej 3 podmiotów.

6. PODSUMOWANIE

Przeprowadzenie zamówień publicznych w ramach POKL, jest z pewnością uszczegółowione w wysokim stopniu i nakłada na Beneficjentów – Zamawiających szereg dodatkowych obowiązków przy udzielaniu zamówień publicznych. W zamyśle instytucji przyznających środki na realizację określonych celów, jest minimalizacja zagrożenia wystąpienia nieprawidłowości przy wydatkowaniu zasobu. W praktyce zamawiający borykają się z podjęciem decyzji o wszczęciu postępowania, nie mówiąc o sprawnym jego przeprowadzeniu, ze względu na wymogi określone Wytycznymi. Spełnienie wszystkich wymogów przytaczanych regulacji, bardzo często nie ma przełożenia na realizację naczelných zasad UE, takich jak konkurencyjność czy transparentność, ale w efekcie przynosi lawinę formalności i opóźnień w realizacji samego zamówienia publicznego. Równocześnie istotą POKL jest maksymalizacja wykorzystania dostępnych zasobów ludzkich, co w styku z zastosowaniem przepisów prawa zamówień publicznych często zostaje zepchnięte na drugi plan. Dzieje się tak choćby z tego względu, że korzystność rozwiązań dla ludzi, będących niewątpliwie „przedmiotem” programu, nie będzie szła w parze z definicją najkorzystniejszej oferty w rozumieniu ustawy Pzp. Jednakże to nie odbiorca świadczeń z POKL jest akcentowany w Wytycznych, a prawidłowe wydatkowanie przyznanych środków w zgodzie z umówionymi przepisami i zasadami określonymi umową o dofinansowanie.

Po lekturze samych tylko Wytycznych można mieć nieodparte wrażenie, że wszystkie nałożone obowiązki mają na celu ułatwienie ścieżki audytu organom kontroli, a nie urzeczywistnianie celów stawianých POKL. Dowodem na to są akcentowane w Wytycznych zapisy o obowiązku archiwizacji dokumentacji, sporządzanej na każdym etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W poszukiwaniu idealnych rozwiązań prawnych zapewniających prawidłowość wydatkowania środków UE, czy to w ramach POKL, czy innego programu pomocowego, zapomniano o czymś takim jak lojalność, czy zaufanie stron umowy. Praktyka idzie w zupełnie innym kierunku, tj. organy dotujące i instytucje pośredniczące zmiernają do

nakładania coraz to szerszego wachlarza zobowiązań na beneficjentów POKL, bez krytycznego odniesienia się co do celowości takich rozwiązań czy też odpowiedzi na pytanie czy takie postawienie sprawy umożliwi sprawne i oszczędne wydatkowanie środków UE.

Ze względu na powyższe obserwacje należy zwrócić uwagę na potrzebę przesunięcia punktu ciężkości z realizowania polityki „poprawności” procedury udzielania zamówień publicznych w ramach POKL, na maksymalizację stawianych celów stawianych przed partnerami (beneficjentami) Programu. Obecnie zbyt duży nacisk kładziony jest na formalną stronę zamówień publicznych, pomijając niemal zupełnie specyfiki jakie niewątpliwie powstają przy realizowaniu świadczeń z POKL na rzecz nieszablonowego odbiorcy jakim jest człowiek.

1. POCZĄTKI WSPÓŁPRACY PARTNERSKIEJ

Partnerstwo publiczno-prywatne należy kwalifikować *sui generis*, jako element całego systemu zamówień publicznych. Pierwszych projektów opartych na współpracy poszczególnych podmiotów nakierowanych na realizację zadań publicznych, należy poszukiwać w zamierzonych czasach. Za kolebkę prapoczątków realizacji zadań publicznych opartych na wzajemnej współpracy dwóch sektorów należy uznać XV wieczną Francję, tam bowiem pojawiły się pierwsze koncesje rzeczne na pobieranie opłat za towary przewożone po Renie³. Głównym powodem udzielania koncesji w owym okresie, były względy przede wszystkim natury finansowej⁴. Z kolei w czystej wersji partnerstwo publiczno – prywatne, choć w jeszcze dość uproszczonej postaci zapoczątkowane było już w XVII wieku, we Francji w postaci koncesji na świadczenie usług publicznych realizowanych przez podmioty prywatne. Kolejne stulecia, a w szczególności pierwsza połowa wieku XIX niosły za sobą dalsze przykłady efektywnej współpracy sektora prywatnego z publicznym przy realizacji zadań publicznych. W XVIII wieku brytyjscy magnaci zaczęli zawiązywać trusty mające na celu pożyczanie pieniędzy od prywatnych inwestorów na konkretne cele inwestycji publicznych. Przykładowo „turnpike trusts” pożyczały pieniądze na reperacje i odnawianie dróg, a spłacały zaciągnięty dług opłatami za użytkowanie. W podobny sposób była finansowana budowa mostu w Londynie w połowie XIX wieku przez „Bridge trusts” oraz pod koniec XIX wieku mostu Bruklińskiego w Nowym Jorku. Ten typ PPP był określany jako koncesja⁵.

Jednak już od połowy XIX wieku nastąpił zdecydowany odwrót od wykonywania usług użyteczności publicznej przez podmioty prywatne, kiedy to nasiliły się tendencje zmierzające do nacjonalizacji wszystkich obszarów dotyczących wykonywania usług użyteczności publicznej. Z biegiem czasu samo państwo zaczynało nie radzić sobie ze sprawnym wykonywaniem wszystkich nań ciężących zadań publicznych. Po okresie rozwoju gospodarczego związanego z ideą merkantylizmu, następowało powolne hamowanie rozwoju gospodarczego spowodowane w szczególności zbyt drobiazgową reglamentacją gospodarczą, która zamiast przyspieszać zachodzące przemiany gospodarcze jedynie je spowalniała.

W latach sześćdziesiątych dwudziestego wieku w USA rozpoczął się program rozwoju miast oparty na koncepcji partnerskiej współpracy władzy publicznej z sektorem prywatnym, który był bacznie śledzony przez państwa europejskie. Nie znalazł jednak bezpośrednich naśladow-

¹ Tekst artykułu stanowią fragmenty podręcznika „System zamówień publicznych w Polsce. Podstawowe pojęcia”, będącego w opracowaniu.

² Prof. UWB, dr hab. Andrzej Panasiuk, Uniwersytet w Białymstoku.

³ Por. D. R. Kijowski, *Pozwolenia w administracji publicznej*, Białystok 2000 r., s. 35.

⁴ D. R. Kijowski, *op.cit.*, s. 36.

⁵ E. R. Yescombe, *Public – Private Partnerships. Principles of policy and finance*, Butterworth – Heinemann 2011 r., s. 4.

ców w owym czasie, dopiero początek lat osiemdziesiątych minionego wieku rozpoczął falę inicjatyw PPP. Liderem jeżeli chodzi o projekty PPP w Europie okazała się Wielka Brytania, która zainicjowała szereg projektów w sferze budowy szkół, szpitali, obiektów użyteczności publicznej oraz informacji i komunikacji (mosty, tunele, drogi, dworce, lotniska). Rzeczywiście w owym okresie rozpoczęto również realizację projektów międzynarodowych, takich jak autostrady łączące poszczególne państwa czy chociażby tunel Oresund łączący Danię i Szwecję⁶.

Apogeum rozwoju inicjatyw partnerskich nastąpiło w czasach kryzysu gospodarczego, który nastąpił w latach siedemdziesiątych XX w związku z kryzysami naftowymi i załamaniem finansów publicznych państw rozwiniętych, co doprowadziło do radykalnych cięć budżetowych, wpływających bezpośrednio na możliwość realizacji zadań publicznych⁷. Administracja publiczna zaczęła więc poszukiwać nowych możliwości zapewnienia sprawnego świadczenia usług publicznych, wynikiem tych poszukiwań był powrót do współpracy z sektorem prywatnym przy wykorzystaniu konsensualnych form działania administracji publicznej. Jak się wkrótce miało okazać, urynkowanie usług publicznych przyczyniło się skutecznie do obniżenia cen i wymuszenia efektywniejszych działań, niż reglamentacja administracyjna. Przykładowo w Wielkiej Brytanii wybudowano w modelu koncesyjnym Kanał Oxfordzki, na mocy zawartej koncesji w 1971 r., następnie dobre praktyki przy budowie kanałów wykorzystano w Hiszpanii⁸.

2. DLACZEGO SEKTOR PRYWATNY?

Pojawiły się więc znaczne perspektywy dla sektora prywatnego współuczestniczącego w realizacji zadań publicznych. Krytyka państwa za brak efektywności, słabe przygotowanie urzędników oraz rozbudowaną biurokrację uniemożliwiającą sprawną realizację zadań, spowodowała szukanie nowych możliwości prawnego działania administracji publicznej przy nawiązywaniu współpracy sektora publicznego z sektorem prywatnym. Podstawowa forma prawna działania administracji publicznej jaką był akt administracyjny, nie zdawała już egzaminu⁹. Upatrywano w takiej współpracy przede wszystkim redukcji kosztów transakcji oraz bardziej efektywnego wyboru podmiotu prywatnego z zachowaniem reguł konkurencji, wyższą jakość świadczonych usług dzięki większemu profesjonalizmowi, kompetencjom i kon-

⁶ E. Hans – Klijn, G. R. Teisman, *Public – Private Partnership: The Right Form at the Wrong Moment? An Analysis of Institutional and Strategic Obstacles*, (w:) A. Chobodian, D. Gallear, N. O Regan, H. Viney, *Public – Private Partnership. Policy and experience*, Palgrave Macmillan 2004 r., s. 147 i n.

⁷ A. Gajewska – Jedwabny (red.), *Partnerstwo publiczno-prywatne*, C. H. Beck, Warszawa 2007 r., s. 1.

⁸ A. Chobodian, D. Gallear, N. O Regan, H. Viney, *Public – Private Partnership. Policy and experience*, Palgrave Macmillan 2004 r., s. 1.

⁹ *Należy przemodelować spojrzenie na katalog prawnych form działania administracji, zwracając szczególną uwagę na możliwość stosowania konsensualnych form działania administracji. Obserwując zmieniające się w czasie koncepcje prawnych form działania administracji, można stwierdzić, że katalog tych form nie jest zamknięty, jest jednakże uwarunkowany od zmieniających się warunków politycznych, ekonomicznych, społecznych. To uwarunkowania zewnętrzne mają niebagatelny wpływ na to w jakich formach prawem przypisanych administracja będzie realizowała swoje zadania. Katalog prawnych form działania administracji jest więc katalogiem otwartym zmieniającym się wraz z potrzebami aktualnymi administracji, prawem oraz rolą społeczeństwa w realizacji zadań publicznych.*

kurencyjności¹⁰. Sektor prywatny był bowiem bardziej wydajny od sektora publicznego, co dawało optymalne możliwości przy współpracy obu sektorów. W tym też czasie zwrócono baczną uwagę na możliwość wykorzystywania pomocy i środków sektora prywatnego przy realizacji zadań publicznych w tym zadań o charakterze użyteczności publicznej¹¹. W okresie tym formy współpracy obu sektorów rozwijały się dynamicznie, nie tylko poprzestając na finansowaniu inwestycji publicznych przez sektor prywatny, lecz również przechodząc do zarządzania, administrowania i operowania powstałą infrastrukturą przez podmioty prywatne.

Realizacja zadań publicznych przy pomocy podmiotów prywatnych jest wynikiem czysto pragmatycznej spekulacji podmiotów publicznych. Ograniczenia finansowo-kadrowe występujące w sektorze publicznym utrudniały a niekiedy wprost uniemożliwiały realizację zadań publicznych w dotychczasowych ramach podmiotowych. Kwalifikacje kadrowe pracowników sektora publicznego również mogły pozostawiać wiele do życzenia w związku z silną fluktuacją kadr z sektora publicznego do prywatnego. Wzrost wymagań społecznych w związku z wyższym poziomem życia w krajach starej piętnastki UE, odegrał również niebagatelne znaczenie. W takich sytuacjach rezygnacja z wykonywania zadań publicznych przez państwo może przyczynić się do poprawy stanu finansów publicznych oraz do lepszego wykonywania zadań publicznych¹².

3. DOŚWIADCZENIA POLSKIE

Na tak podatnym gruncie zaczęto nawiązywać współpracę międzysektorową w Polsce, pomimo braku szczególnych regulacji prawnych w tym zakresie, jak również i na podstawie szczególnych regulacji, takich jak chociażby ustawa z 1994 r. o autostradach płatnych i Krajowym Funduszu Drogowym¹³. Ponadto możliwe było nawiązywanie współpracy na zasadach ogólnych na podstawie kodeksu cywilnego i przepisów ustawy o zamówieniach publicznych¹⁴, w miarę konieczności z uwzględnieniem administracyjnych przepisów szczególnych, takich jak np. ustawa o zbiorowym zaopatrzeniu w wodę i zbiorowym odprowadzaniu ścieków¹⁵.

W latach dziewięćdziesiątych ubiegłego wieku w Polsce pojawiła się koncepcja wprowadzenia do porządku prawnego koncesji komunalnej jako instytucji projektowanego prawa przemysłowego, nie znanej dotąd ustawodawstwu polskiemu¹⁶, nie znalazła ona jednak ogó-

¹⁰ A. Erridge, R. Fee, J. McIlroy, *Involvement of SMEs in public procurement*, in *Public Procurement law review*, London Sweet & Maxwell 1998, (ed.) Sue Arrowsmith, pg. 38.

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

¹² S. Biernat, *Prywatyzacja zadań publicznych. Problematyka prawna*, Warszawa – Kraków 1994 r., s. 9.

¹³ Ustawa z 27 października 1994 r. o autostradach płatnych oraz o Krajowym Funduszu Drogowym (Dz. U. z 2004 r. Nr 256, poz. 2571 ze zm.)

¹⁴ Ustawa z dnia 10 czerwca 1994 r. o zamówieniach publicznych (Dz. U. Nr 76, poz. 344 ze zm.).

¹⁵ Ustawa z dnia 7 czerwca 2001 r. o zbiorowym zaopatrzeniu w wodę i zbiorowym odprowadzaniu ścieków (Dz. U. Nr 72, poz. 747 ze zm.).

¹⁶ S. Biernat, *Koncesja komunalna (ocena koncepcji legislacyjnej w świetle wymagań Układu Europejskiego i prawa Wspólnoty Europejskiej) w: Polska w Unii Europejskiej. Perspektywa, warunki, szanse i zagrożenia* red. C. Mika, Toruń 1997 r., s. 87.

Inego poparcia. Dopiero 28 lipca 2005 r. uchwalono pierwszą odrębną regulację prawną poświęconą zasadom współpracy podmiotów publicznych z prywatnymi przy realizacji zadań publicznych¹⁷. Ze względu na liczne ułomności przedmiotowej regulacji prawnej, nie znalazła ona zastosowania w praktyce, a przez to została nazwana, dumnym pomnikiem polskiej myśli legislacyjnej, bez praktycznego znaczenia dla rynku¹⁸.

W związku z powyższym, na przełomie 2007 i 2008 r., podjęto prace nad przygotowaniem projektu ustawy która miała wyeliminować bariery w swobodnym nawiązywaniu współpracy pomiędzy dwoma sektorami. Tak doszło do uchwalenia ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym¹⁹. Równolegle do prac nad projektem ustawy partnerskiej, toczyły się prace nad projektem ustawy proceduralnej, umożliwiającej stosowanie do projektów partnerskich mniej sformalizowanych procedur. Tak doszło do uchwalenia ustawy o koncesjach na roboty budowlane lub usługi²⁰.

4. CO TO JEST PPP?

Generalnie PPP jest uważane za wspólne porozumienie publiczno-prywatne, które uwypukla różne atuty obu sektorów przy realizacji zadań publicznych²¹. W przeciwieństwie do regulacji prawnych zamówień publicznych, przedmiotem wyboru w przypadku projektów PPP, będzie partner prywatny, a nie zakup określonej usługi czy też realizacja dostawy. PPP jest mechanizmem wykorzystującym i skupiającym w synergiczny sposób potencjał dwóch sektorów, sektora publicznego i sektora prywatnego²². Kluczowymi elementami sektora prywatnego będą w szczególności, dyscyplina w celu maksymalizacji wydajności, szersze możliwości do podejmowania ryzyka, większe skoncentrowanie na wymaganiach i oczekiwaniach klientów, doświadczenie w dziedzinie zarządzania oraz know-how. Strona publiczna z kolei traktuje PPP jako narzędzie do uzyskania lepszych usług publicznych a nie jako instrument sam w sobie²³. W przypadku projektów PPP, to obie strony uczą się wzajemnie od siebie i czerpią korzyści na przyszłość. Warto zwrócić uwagę na definicję opracowaną przez E. H. Klijna oraz G. R. Teismana, zdaniem których PPP jest instrumentem na podstawie którego dwie bądź więcej organizacji, każda skoncentrowana na osiągnięciu własnych celów zmierza do zawarcia porozumienia określającego wspólny cel do realizacji. Definiują oni partnerstwo jako długookresową współpracę pomiędzy prywatnym a publicznym sektorem, dzięki której obie strony rozwijają produkty i świadczą usługi, a koszty, występujące ryzyko oraz profity

¹⁷ Ustawa z dnia 28 lipca 2005 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym (Dz. U. Nr. 169, poz. 1420).

¹⁸ M. Kulesza, M. Bitner, A. Kozłowska, *Ustawa o partnerstwie publiczno-prywatnym. Komentarz*, Warszawa 2006 r., s. 24.

¹⁹ Ustawa z dnia 19 grudnia 2008 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym (Dz. U. z 2009 r. nr 19, poz. 100).

²⁰ Ustawa z dnia 9 stycznia 2009 r. o koncesjach na roboty budowlane lub usługi (Dz. U. z 2009 r. nr 19, poz. 101).

²¹ M. Moszoro, *Partnerstwo publiczno-prywatne w monopolach naturalnych w sferze użyteczności publicznej*, SGH Warszawa 2005 r., s. 47.

²² A. Ghobadian, D. Gallear, H. Viney, N. Oregan, *Future of the Public – Private Partnership*, (w:) A. Chobodian, D. Gallear, N. O Regan, H. Viney, *Public – Private Partnership. Policy and experience*, Palgrave Macmillan 2004 r., s. 272

²³ Por szerzej A. Smith, *Delivering Better Public Services – PPP as a Means to an End*, (w:) IPPR Z 2000 r., s. 127–131.

są dzielone²⁴. Powyższy sposób pojmowania PPP zwraca uwagę na konieczność nawiązania bliskiej współpracy między stronami, której sukces będzie zależał od wzajemnego zaufania, przepływu informacji, oraz relacji korporacyjnych.

5. STEREOTYPY PPP

Nawiązanie idealnego modelu współpracy w projektach PPP jest bardzo trudne ze względu na istotne różnice (często ideowe) jakie występują pomiędzy partnerami pochodzącymi z różnych sektorów. Istotą co do zasady funkcjonowania podmiotów w sektorze publicznym, będzie realizacja celów publicznych zmierzających do urzeczywistnienia interesu publicznego. W przypadku podmiotów z sektora prywatnego, ich celem funkcjonowania będzie kumulowanie profitów z prowadzonej działalności. Różnice powyższą możemy sprowadzić do występowania po stronie publicznej politycznego ryzyka w oczekiwaniach ze strony władzy publicznej lub obywateli, po stronie sektora prywatnego ryzyka rynkowego nie osiągnięcia założonych wyników z prowadzonej działalności. Podmioty sektora publicznego koncentrują się bardziej na unikaniu ryzyka oraz potencjalnej odpowiedzialności, w przypadku kiedy podmioty sektora prywatnego koncentrują się na możliwościach rynkowych, analizie ryzyka oraz podejściu innowacyjnym. W strategicznym podejściu podmiotu publicznego do projektu PPP możemy dostrzec minimalizację oczekiwań oraz niepewność co do kosztów realizacji projektu, co w znacznej mierze stwarza barierę mentalnego podejścia do osiągnięcia sukcesu przez ten sektor. Z kolei strategicznym działaniem sektora prywatnego będzie minimalizacja potencjalnego ryzyka politycznego (szeroko rozumianego) i opanowanie kosztów organizacyjnych projektu. Konsekwencją powyższego będzie nacisk przez stronę publiczną na ograniczanie ryzyka w zawieranej umowie zmierzający do dominacji strony publicznej.

Usługi publiczne odgrywają dominującą rolę dla społeczeństwa, gospodarki oraz środowiska. Różnorodność oraz konkurencja stanowią klucz do modernizacji usług publicznych w państwie. Potrzeby społeczne zupełnie inaczej wyglądały w latach pięćdziesiątych i sześćdziesiątych dwudziestego wieku, a zupełnie inaczej wyglądają w czasach współczesnych. Społeczeństwo staje się coraz bardziej różnorodne, ludzie mają różne oczekiwania w stosunku do państwa. Państwo musi więc starać się zaoferować znacznie większy i różnorodny wybór usług publicznych dla swoich obywateli. To władze publiczne muszą zdefiniować jaki katalog usług publicznych ma być realizowany w danym momencie, uwzględniając szeroko rozumiany interes publiczny oraz interesy poszczególnych jednostek. Obywatelstwo i konsumpcjonizm w służbie publicznej musi koegzystować ale na zasadzie przejrzystości oraz prowadzonego dialogu pomiędzy władzą publiczną a społeczeństwem o zakresie i formie realizacji potrzeb tegoż społeczeństwa. Sektor publiczny musi zatem ciągle rozwijać narzędzia i infrastrukturę niezbędną do świadczenia usług publicznych dla społeczeństwa. Rozwój powinien być oparty na zapewnieniu wysokiej jakości świadczonych usług i koncentrować się na potrzebach społecznych. Podmioty realizujące usługi publiczne dla społeczeństwa bez względu na to,

²⁴ E. H. Klijn, G. R. Teisman, *Institutional and strategic barriers to public – private partnership: an analysis of Dutch cases*, (w:) *Public Money and Management*, z 2003 r., vol. 23, nr 3, s. 137–146.

czy należą do sektora publicznego czy też do sektora prywatnego, muszą świadczyć usługi w najlepszy sposób przy zachowaniu najkorzystniejszych warunków i osiągnięciu jak najlepszych rezultatów. Al. Gore w jednym ze swoich wywiadów stwierdził, że „sektor publiczny ma dobrych ludzi znajdujących się w pułapce złego systemu, powodującego niezdolność do podejmowania właściwych decyzji”. Krótko mówiąc musimy zapewnić odpowiedni system aby zmaksymalizować wydajność i możliwości²⁵.

PPP powoduje przekształcenie świadczonych usług publicznych w perspektywie wieloletniej strategii współpracy. Następuje ciągłe doskonalenie realizowanych zadań poprzez unowocześnianie procesów biznesowych, outsourcing oraz wsparcie eksperckie. Dzięki PPP dokonuje się projektowanie, wdrażanie i zarządzanie coraz to nowymi usługami publicznymi, zgodnymi z oczekiwaniami społecznymi. PPP powoduje wspieranie sektora publicznego dzięki długookresowym konsultacjom w zakresie właściwego zarządzania usługami publicznymi.

Co do zasady sektor prywatny jest bardziej wydajny i efektywny w realizacji skomplikowanych projektów inwestycyjnych, niż sektor publiczny. Ta skuteczność wynika przede wszystkim z czynnika motywującego jakim są potencjalne profity do osiągnięcia. Sektor publiczny jest z kolei ograniczony szeregiem norm i regulacji prawnych, nie dających tak szerokich możliwości wynagradzania pracowników. Rozpatrując powyższy problem w kontekście PPP, w sektorze prywatnym wynagrodzenia nie będą wypłacane za efektywność, ale za skuteczne osiągnięcie zakładanego w umowie celu projektu. Z kolei podmioty prywatne chcąc realizować część usług publicznych na rzecz sektora publicznego muszą podporządkować się szeregu szczegółowym regulacjom i zasadom charakterystycznym dla tego sektora, a nie znanym na rynku podmiotów prywatnych, takim jak: odpowiedzialność, przejrzystość, konkurencyjność, równość czy też odpowiednie traktowanie pracowników.

Wieloletnia współpraca, może przynieść sektorowi publicznemu szereg korzyści wynikających z innej kultury pracy i innego otoczenia zewnętrznego w którym funkcjonują podmioty prywatne. Do najistotniejszych korzyści możemy zaliczyć w szczególności znaczny rozwój sektora wynikający z istotnych zmian praktycznych i kulturowych. Inwestycje kapitałowe i inwestycje w ludzi, które nie są osiągalne powszechnie w sferze funkcjonowania podmiotów publicznych. Dostęp do ekspertów z praktycznym doświadczeniem oraz specjalistów z różnych branż, który nie jest powszechnie osiągalny w sektorze publicznym. Lepsze zarządzanie ryzykiem ekonomicznym i handlowym od podmiotów sektora publicznego. Poprawę wydajności poprzez skuteczniejsze procesy biznesowe często zmniejszające bieżące koszty przychodów bez konieczności zmian warunków zatrudnienia²⁶.

Aby zmaksymalizować potencjał PPP musi powstać strategia sektora publicznego zmierzająca do zapewnienia efektywnego kontraktowania. Przede wszystkim strona publiczna powinna usprawnić umiejętności przeprowadzania wyboru partnera prywatnego. Nie ukrywam, że polityczni liderzy mają tutaj również swoją rolę w propagowaniu idei PPP i zachęcaniu

²⁵ J. Tizard, *Diversity and contestability – the key to public service modernization*, (w:) A. Chobodian, D. Gallear, N. O Regan, H. Viney, *Public – Private Partnership. Policy and experience*, Palgrave Macmillan 2004 r., s.131 i n.

²⁶ J. Tizard, *op.cit.*, s. 137.

do aktywnego udziału jednostek sektora publicznego. Nowoczesne usługi publiczne muszą sprostać wymaganiom nowoczesnego społeczeństwa żyjącego w świecie niezwykłych przeobrażeń społecznych, politycznych, gospodarczych i technologicznych. Wymaga to zmian i powszechnej akceptacji potrzeby zmian, i powszechnego zaangażowania w proces zmian. Powszechnie w literaturze przedmiotu zalicza się do jednej z zalet PPP, szybsze wdrażanie realizowanych projektów²⁷. Jest to na pewno wynikiem zapewnienia odpowiednich środków finansowych na realizację projektu, sprawne przygotowanie wymogów prawno – proceduralnych, jak również odpowiedni podział zadań i odpowiedzialności w umowie partnerskiej. Te wszystkie elementy w znaczny sposób przyczyniają się do terminowego realizowania inwestycji. Przedsięwzięcia realizowane w ramach PPP niejednokrotnie są bardziej oszczędne finansowo niż takie same inwestycje realizowane w innych formach prawnych. Bez wątpienia jest to wynikiem sprawnego zarządzania projektami oraz eksploatacji infrastruktury. Wydaje się, że samo podejście do inwestycji, nie jako podmiot publiczny reprezentowany przez urzędników, tylko jako komercyjny właściciel reprezentowany przez podmiot prywatny może spowodować znaczne oszczędności przy realizacji projektów²⁸.

6. MITY PPP

Opinie na temat przydatności PPP są podzielone zarówno wśród teoretyków jak i praktyków, wśród władzy publicznej jak i prywatnych przedsiębiorców. Zwolennicy swój pogląd uzasadniają tym, iż PPP jest efektywną alternatywą do klasycznej prywatyzacji sektora publicznego. Przeciwnicy PPP podkreślają, że jest to ukryty sposób prywatyzacji sektora publicznego, który podważa zaufanie obywateli do państwa oraz narusza zasady społecznej równości. Jednakże w wielu krajach utrzymanie istniejącego status quo nie jest optymalnym rozwiązaniem z wielu obiektywnych przyczyn takich jak malejące środki finansowe czy też mniej efektywny sposób zarządzania ryzykiem przez sektor publiczny. PPP jest więc strategią ułatwiającą transformację wykonywania zadań publicznych z sektora publicznego na sektor prywatny bez konieczności pozbywania się własności aktywów na bazie których zadania te będą wykonywane²⁹.

Dobrym przykładem projektu PPP jest metro w Londynie. PPP doprowadziło do przeniesienia własności i kontroli nad całą infrastrukturą metra londyńskiego, w ręce podmiotu prywatnego. To prywatny podmiot na mocy zawartej umowy zdecydował o wszystkich niezbędnych inwestycjach zarówno w infrastrukturę torową jak i wagony metra, oraz podejmował decyzje samodzielnie kiedy takie inwestycje miały być dokonywane. Przez pierwsze siedem i pół lat obowiązywania umowy Metro Londyńskie miało zapłacić prywatnemu inwestorowi około miliarda funtów rocznie, w zamian prywatny inwestor miał utrzymywać i rozwijać infrastrukturę metra, opłata która jest kalkulacją opartą na propozycjach inwestora mogła być w pewnym

²⁷ M. Moszoro, *op.cit.*, s. 96, A. Gajewska – Jedwabny (red.), *Partnerstwo publiczno-prywatne*, C. H. Beck, Warszawa 2007 r., s. 9.

²⁸ A. Panasiuk, *Zinstytucjonalizowane formy współpracy podmiotów publicznych z prywatnymi*, Warszawa 2008 r., s. 40.

²⁹ Por. A.Chobodian, D. Gallear, N. O'Regan, H. Viney, *Public – Private Partnership. Policy and experience*, Palgrave Macmillan 2004 r.

zakresie modyfikowana przez partnera publicznego. Przez późniejsze lata obowiązywania umowy wysokość dopłat Metra Londyńskiego nie została określona przez strony, gdyż strony nie mogły osiągnąć porozumienia pomimo mediacji podmiotów trzecich. Po pewnym czasie sporu strony weszły na drogę sądową³⁰. Ten jak i wiele innych przykładów projektów PPP pokazują nam jak trudna jest droga dojścia do wzajemnego porozumienia na etapie rozpoczęcia współpracy pomiędzy sektorami, a jeszcze trudniejsze okazuje się prowadzenie przez lata tychże projektów. W Polsce pierwsze projekty PPP znajdują się w pierwszej fazie realizacji aktywów na bazie których rozpocznie się proces świadczenia usług publicznych, na pierwsze oceny musimy jednak trochę poczekać.

Złym przykładem projektu PPP może być również próba komputeryzacji Brytyjskiej Agencji Paszportowej wydającej paszporty dla obywateli Wielkiej Brytanii przez firmę Simens, która doprowadziła do licznych kolejek przed biurami paszportowymi oraz brakiem możliwości wyjazdu wielu Brytyjczyków na wakacje. Planując przedmiotowe przedsięwzięcie strony nie uwzględniły szeregu ryzyk które wystąpiły na etapie realizacji usługi, takich jak zmiana obowiązujących przepisów prawnych w przedmiotowym zakresie, sezonowość wydawania paszportów, czy też problemy z przenoszeniem danych z baz podręcznych do tworzonego systemu komputerowego, związane min. z brakiem odpowiedniego doświadczenia. W pewnej mierze błędy leżały po obu stronach zainicjowanych projektów PPP, zarówno po stronie prywatnej jak i publicznej. Do najważniejszych obszarów zagadnień mających wpływ na finalny sukces projektu zaliczyłbym źle przygotowane specyfikacje istotnych warunków zamówienia, chęć zmian pierwotnych ustaleń w trakcie realizacji projektu, czy też nie przewidzenie określonych zdarzeń które mogą pojawić się w przyszłości, a powodują wystąpienie ryzyka stawiającego pod znakiem zapytania sukces całego projektu.

Kolejnym problemem występującym przy projektach PPP jest słabe przygotowanie merytoryczne osób po stronie podmiotu publicznego. Niejednokrotnie osoby które mają prowadzić lub nadzorować cały skomplikowany projekt, nigdy wcześniej nie miały z tym styczności, nie miały nawet doświadczenia przy realizowaniu jakichkolwiek projektów inwestycyjnych. Zupełnie odmiennie wygląda sytuacja po stronie inwestora prywatnego, który wykorzystuje dobrze płatne służby posiadające bogate doświadczenia w realizacji projektów PPP w procesie negocjacji umowy partnerskiej. Strona publiczna jest zazwyczaj dość ostrożnie nastawiona do pomocy zewnętrznej, w szczególności z punktu widzenia konieczności i zasadności ponoszenia jakichkolwiek dodatkowych wydatków finansowych na usługi konsultacyjno – doradcze. Należy pamiętać, że każde wydatkowanie środków publicznych będzie związane z zastosowanie odpowiednich procedur zawartych w ustawie o finansach publicznych oraz prawie zamówień publicznych, a następnie poddane szczegółowej kontroli min. w oparciu o kryterium celowości czy też gospodarności danego wydatku. Brak doświadczenia osób zajmujących się projektami PPP często może doprowadzić do złego podziału ryzyk pomiędzy kontraktujące strony lub nie zidentyfikowania obszarów w których to ryzyko może wystąpić na którymś z etapów projektu. Partnerzy prywatni wchodząc w kooperację z podmiotami publicznymi

³⁰ Rt. Hon John Redwood, *Public – private partnership and private finance. (w:) A. Chobodian, D. Gallear, N. O Regan, H. Viney, Public – Private Partnership. Policy and experience, Palgrave Macmillan 2004 r., s. 22.*

niejednokrotnie mają błędne przekonanie, że cokolwiek by się nie działo w trakcie realizacji projektu, partner publiczny wyłoży dodatkowe pieniądze na jego finalne zakończenie. Takie podejście lub może strategia negocjacyjna podmiotów prywatnych wynika z przekonania, że bezwzględnie sektor publiczny jest odpowiedzialny za realizację zadań publicznych i żadne zdarzenie nie może zdjąć tej odpowiedzialności. Należy jednak pamiętać, że sektor publiczny przy realizacji wydatków publicznych min. na wykonywanie zadań publicznych musi kierować się zasadą racjonalności i efektywności dokonywanych wydatków.

Typowe kontrakty PPP trwają średnio od 25 lat do 35, przez cały ten okres niezbędne jest zbudowanie relacji między partnerami opartych na wzajemnym zaufaniu po to by dostarczać usługi publiczne na jak najwyższym poziomie. Znalezienie właściwego partnera jest krytyczne dla sukcesu długoletniego projektu PPP³¹. Na tym etapie podmiot publiczny musi dołożyć należytej staranności, aby z grona potencjalnie zainteresowanych inwestorów wyłonić tego z którym uda się pomyślnie zrealizować zamierzony projekt. Na etapie postępowania eliminacyjnego strona publiczna powinna jasno i jednoznacznie zdefiniować swoje oczekiwania w zakresie kształtu i warunków realizacji usługi publicznej. Musi również przeprowadzić dokładną analizę możliwości wystąpienia potencjalnych ryzyk, czy to na etapie projektowania i wybudowania aktywa, czy też na etapie świadczenia usług na bazie tego aktywa. Dopiero z takim zakresem informacji strona publiczna może upublicznić chęć wyłonienia partnera prywatnego.

Bardzo dużo projektów PPP nie dochodzi do realizacji na etapie wstępnych rozmów obu stron dotyczących wzajemnych oczekiwań. Przykładowo PKP S.A. w 2008 r. wszczęły dwa postępowania PPP na realizację dworców Warszawa Wschodnia oraz Warszawa Zachodnia wraz z częścią komercyjną. Oba zakończyły się fiaskiem, na etapie prowadzonych rozmów z wyłonionymi w postępowaniu eliminacyjnym inwestorami, a przed podpisaniem finalnych umów. W obu przypadkach podstawową przyczyną nie dojścia projektu do realizacji było słabe przygotowanie merytoryczne osób biorących udział po stronie PKP. Brak jednoznacznie zdefiniowanych swoich potrzeb co do rozwiązań technologicznych, brak przygotowania negocjacyjnego, a przede wszystkim brak jasnego zdefiniowania ryzyk które mogą wystąpić przy danym projekcie. To powodowało rozczarowania strony PKP w trakcie procesu negocjacji, w związku z pojawianiem się coraz to nowych obszarów ryzyk, które należało rozdzielić między strony. Poważną barierą przy przedmiotowych projektach, było sztywne nastawienie do partnerów w zakresie ryzyk finansowych, a wynikało to przede wszystkim z braku zdolności negocjacyjnych osób odpowiadających za ten projekt. W przypadku projektu budowy dworca Warszawa Zachodnia wraz z częścią komercyjną wystąpiły dwa dodatkowe elementy które doprowadziły do fiaska projektu. Po pierwsze brak zdecydowanego lidera po stronie PKP który byłby zdeterminowany posuwać prace do przodu, który byłby partnerem w rozmowach ze stroną prywatną, oraz nie bałby się podejmować odpowiedzialnych decyzji. Po drugie, w trakcie prowadzonych rozmów negocjacyjnych i wizji lokalnych w terenie, w dużym stopniu uprawdopodobniono możliwość wystąpienia cmentarzyska z drugiej Wojny Światowej na terenie planowanej inwestycji. Każdy

³¹ C. Foster, *Finding the right partner*, (w:) A. Chobodian, D. Gallear, N. O'Regan, H. Viney, *Public – Private Partnership. Policy and experience*, Palgrave Macmillan 2004 r., s. 85.

projekt PPP angażuje na starcie zarówno środki osobowe jak i finansowe, w momencie kiedy nie dochodzi do zawarcia umowy partnerskiej, następuje zniechęcenie do tego typu projektów. Konkludując, właściwy proces zmierzający do udanego projektu PPP powinien być wcześniej dokładnie przygotowany mieć zapewnioną wystarczającą ilość środków finansowych (analizy, ekspertyzy, projekty) oraz dobrze przygotowanych odpowiedzialnych ludzi, tak aby znaleźć optymalne rozwiązania w danym czasie i stanie faktycznym.

Sektor publiczny może również wykorzystać PPP do osłabienia związków zawodowych działających w podmiotach publicznych w kooperacji z którymi mogą działać prywatni inwestorzy. Związki zawodowe zawsze były podejrzliwe, kiedy dochodziło do wykorzystywania podmiotów sektora prywatnego przy realizacji usług publicznych. Ta podejrzliwość wynika po części z konserwatywnego podłoża funkcjonujących organizacji związkowych, po części z ideologicznej opozycji do władzy publicznej, po części z pojawienia się konkurenta lub trudniejszego przeciwnika. Tajemnicą poliszynela jest, że organizacje związkowe funkcjonują w częściowej koegzystencji z podmiotem sektora publicznego, często realizując odpłatnie część zleconych zadań na rzecz podmiotu publicznego. A zatem nie jest w interesie związków zawodowych aby doszło do przekazania części zadań publicznych do realizacji podmiotom prywatnym, ze względu na utratę potencjalnych zarobków. Przekazanie części zadań do realizacji sektorowi prywatnemu na bazie PPP spowoduje również utratę części członków przez organizacje związkowe, bowiem pracownicy u prywatnego pracodawcy mają z reguły mniejsze chęci oraz „motywację” do wstępowania do związków zawodowych. Związki zawodowe kojarzą PPP bezpośrednio z prywatyzacją ze względu na wieloletni charakter zawieranych umów, co również stoi w opozycji do ideologicznych poglądów organizacji związkowych będących radykalnymi przeciwnikami prywatyzacji.

Należy również śmiało powiedzieć, że PPP nie jest lekarstwem na wszystkie problemy sektora publicznego. Nie wszystkie projekty dadzą się zakwalifikować jako projekty realizowane w formie partnerstwa. Moim zdaniem nie można stosować PPP do projektów przy których podmiot publiczny nie może dokładnie zdefiniować ich specyfiki oraz określić długoletnich warunków realizacji i funkcjonowania. Projekty w których główną rolę odgrywają nowoczesne rozwiązania technologiczne, szczególnie w obszarach gdzie dokonuje się dynamiczny rozwój technologiczny, nie są właściwe do wykorzystywania PPP. Wielka Brytania w związku ze swoimi negatywnymi doświadczeniami przy wykorzystywaniu projektów partnerskich z wykorzystaniem rozwiązań IT (budowa elektronicznego systemu wydawania paszportów), zabroniła wykorzystywania PPP do takich projektów³².

Jak wynika z doświadczeń brytyjskich, koszt świadczenia usług publicznych w modelu PPP jest ok. 2–3% rocznie wyższy, od kosztów realizacji powyższych usług w modelu klasycznych zamówień publicznych. Wynika to min. z faktu, że koszty pożyczonego kapitału przez sektor publiczny zawsze będą niższe, ponieważ nie są obciążone znacznymi ryzykami utraty pożyczonego kapitału, niż koszty ponoszone przez stronę prywatną. Z doświadczeń tych wynikałoby, że PPP nie powinno być stosowane w praktyce, jednak jeżeli mamy do czynienia z alternatywą, albo projekt w modelu PPP albo brak realizacji projektu, odpowiedź jest jednoznaczna.

³² E. R. Yescombe, *op.cit.*, s. 27.

7. PODSUMOWANIE

Jak widać z powyższych rozważań, PPP w Polsce obrosło już szeregiem mitów i stereotypowych poglądów. Nie jest to dobre zjawisko, z tego względu, że wpływa na ograniczanie inicjatyw partnerskich, a co się z tym wiąże wciąż aktualne jest pytanie, w jaki sposób Państwo ma sprawnie świadczyć usługi publiczne dla społeczeństwa. Co prawda PPP nie jest złotym środkiem, który „zbawi” sektor publiczny, lecz może stać się jednym z instrumentów, za pomocą którego dokona się „zbawienie” tegoż sektora. Czy tego chcemy, czy nie, jednym ze środków działania sektora publicznego są i będą umowy o współpracy z sektorem prywatnym, a im szybciej społeczeństwo i władza publiczna w pełni przekona się do tej formy realizacji usług publicznych, tym szybciej obywatelom będzie żyło się lepiej.

RODZAJ ZAMAWIAJĄCEGO A INNOWACYJNOŚĆ ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH W ŚWIETLE BADAŃ ANKIETOWYCH

Wacława Starzyńska¹

1. WSTĘP

Zamówienia publiczne poszczególnych krajów członkowskich coraz częściej uwzględniają aspekty ekologiczne i problematykę zrównoważonego rozwoju, jednak w zakresie rozwoju innowacyjności poprzez zamówienia publiczne efekty są znacznie skromniejsze. W Polsce Prawo zamówień publicznych zawiera szereg elementów, które mogą sprzyjać innowacyjności, przy czym trudno przesądzić na ile „efekt innowacyjności” ustawy był działaniem zamierzonym, a na ile „efektem ubocznym” procesu racjonalizowania tego prawa². System zamówień publicznych musi sprzyjać innowacyjności poprzez odpowiednie zastosowanie:

- modelu wyboru najkorzystniejszej oferty,
- kryteriów podmiotowych, od spełnienia których uzależnione jest dopuszczenie wykonawcy do ubiegania się o zamówienia publiczne,
- funkcjonalnego opisu przedmiotu zamówienia,
- procedur negocjacyjnych, zwłaszcza dialogu technicznego i dialogu konkurencyjnego,
- wyników badania rynku, w tym możliwości wykorzystania partnerstwa publiczno-prawnego dla potrzeb dzielenia się ryzykiem z wykonawcą (wykonawcami) innowacyjnego zamówienia publicznego.

Niniejsze opracowanie ma na celu próbę ustalenia preferencji różnych rodzajów podmiotów zamawiających w zakresie możliwości proinnowacyjnego oddziaływania zamówień publicznych. Dla potrzeb realizacji założonego celu wykorzystano wyniki badań przeprowadzonych na reprezentatywnej próbie 100 podmiotów zamawiających w Polsce³.

2. EUROPEJSKI SYSTEM ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH A INNOWACYJNOŚĆ GOSPODARKI

Zamówienia publiczne jako instrument rozwoju innowacyjności przyciąga uwagę polityków UE. Innowacyjność wpisuje się w system zamówień publicznych, w tym także zamówienia

¹ Prof. dr hab. Wacława Starzyńska, Uniwersytet Łódzki.

² Por. H. Nowicki, *System zamówień publicznych jako regulacja prawna kreująca innowacyjność*, [w:] *Nowe podejście do zamówień publicznych – zamówienia publiczne jako instrument zwiększania innowacyjności gospodarki i zrównoważonego rozwoju. Doświadczenia Polski i zagraniczne*, Część I, J. Niczyporski, J. Sadowy, M. Urbanek (red.), artykuły na IV Konferencję Naukową 20–21.06.2011 r., Kazimierz Dolny, s. 112.

³ Opracowanie stanowi fragment szerszych badań. Więcej szczegółów w pracy W. Starzyńska, J. Wiktorowicz (red.), *Zamówienia publiczne a innowacyjność przedsiębiorstw – stan obecny i perspektywy*, monografia złożona do druku w 2012 r., Wydawnictwo Uniwersytetu Łódzkiego.

sektorowe, gdzie potencjał intelektualny, wartościowy i możliwości finansowe sprawiają, że może stać się widocznym na rynku innowacyjności w skali kraju, jak i Unii Europejskiej. Komunikat Komisji Europejskiej przeznaczony dla Rady Parlamentu Europejskiego, Komitetu Gospodarczo-Społecznego i Komitetu Regionów z września 2006 r. pt. *Wykorzystanie wiedzy w praktyce: szeroko zakrojona strategia innowacyjna w UE* podkreśla, że w nowym porządku ekonomicznym, spowodowanym globalizacją, Europa stanie się bardziej konkurencyjna, jeśli wprowadzi się więcej innowacji.

Dokument pt. *Guide on Dealing with Innovation Solution in Public Procurement* Komisja Europejska opublikowała w I kwartale 2007 r. Dotyczy on praktycznego wykorzystania systemu zamówień publicznych dla potrzeb innowacji. Zawiera szereg zaleceń mogących zwiększyć zaangażowanie innowacyjnych produktów i usług przez zamawiających w ramach istniejącego europejskiego systemu zamówień publicznych:

- skłonienie administracji, by stała się inteligentnym klientem,
- konieczność przeprowadzenia konsultacji rynkowych przed rozpoczęciem zamówienia publicznego,
- zaangażowanie kluczowych udziałowców/właścicieli przedsiębiorstw do procesu zamówienia publicznego,
- przekazanie inicjatywy *rynkowi* w zakresie proponowanych innowacyjnych rozwiązań,
- poszukiwanie innych wartości (użytkowych, funkcjonalnych), a nie tylko najniższej ceny,
- większe wykorzystanie procedur elektronicznych,
- zarządzanie ryzykiem w całym postępowaniu o zamówienie publiczne,
- wykorzystanie możliwości zawierania kontraktów jako zachęty do rozwiązań innowacyjnych,
- sporządzenie planu postępowania o zamówienie publiczne,
- wyciąganie wniosków z przeprowadzonych wcześniej zamówień publicznych,

Na szczycie Rady Europejskiej w marcu 2005 r. państwa członkowskie zobowiązały się do opracowania Krajowych Programów Reform obejmujących ogół działań z zakresu wdrażania odnowionej Strategii Lizbońskiej. Głównym powodem traktowania podmiotów zamawiających jako potencjalnie proinnowacyjnych jest to, że zamówienia publiczne reprezentują 16% PKB UE, a takie kraje jak USA czy Japonia już dawno zaadoptowały bardziej strategiczną politykę w zakresie kształtowania popytu na badania i rozwój⁴.

Właściwe zrozumienie zamówień publicznych jako mechanizmu, w wyniku którego nabywane są „dojrzałe”, dobrze znane produkty, nie jest adekwatny do procesu zamówień publicznych na innowacje, to znaczy w przypadku zamówień na produkty nieznanne i nieprzetestowane. W miejsce anonimowych procesów rynkowych zachodzących na podstawie sygnałów cenowych pojawiają się procesy społecznej współpracy, jak też odpowiedniego zarządzania tymi

⁴ National IST Research Direction Forms, 2006.

procesami przez instytucje. Zamówienia publiczne traktowane są jako specjalny przypadek innowacyjności, czyli społecznego procesu zarządzania przez instytucje⁵ lub jako „zasady gry rynkowej” zamówień publicznych, czyli sposób w jaki zespoły te inspirują publicznych zamawiających do zamawiania innowacyjnych zamówień⁶.

Już w 2000 roku Strategia Lizbońska zakładała, że UE stanie się w 2010 roku najbardziej konkurencyjną i dynamicznie rozwijającą się gospodarką opartą na wiedzy. W 2002 roku w Barcelonie Rada Europy wskazała ten sam rok (2010) jako docelowy, w którym wydatki na badania i rozwój wzrosną z poziomu 1,9% do 3% PKB całej Unii Europejskiej. Krajem, który osiągnął pozycję lidera w angażowaniu zamówień publicznych w realizacji strategicznych celów UE, jest Wielka Brytania. Dobre wyniki osiągnęły także Niemcy i Niderlandy⁷.

27 grudnia 2005 r. polski rząd przyjął Krajowy Program Reform na lata 2005–2008, który miał na celu przyczynienie się do wzrostu gospodarczego i zatrudnienia z zachowaniem zasad zrównoważonego rozwoju.

Ministerstwo Gospodarki we współpracy z Urzędem Zamówień Publicznych opracowało w 2008 r. dokument programowy pt. *Nowe podejście do zamówień publicznych. Zamówienia publiczne a małe i średnie przedsiębiorstwa, innowacje i zrównoważony rozwój*.

Za monitorowanie realizacji KPR odpowiedzialne jest Ministerstwo Gospodarki, a Urząd Zamówień Publicznych kontynuuje realizację zadań przypisanych mu w tym programie, m.in. poprzez:

- uruchomienie i rozwój portalu internetowego wspomagającego przedsiębiorców w ubieganiu się o zamówienia publiczne,
- nowelizację ustawy Prawo zamówień publicznych wprowadzającą odpowiednie przepisy z zakresu elektronizacji zamówień publicznych,
- przygotowanie i wdrożenie Planu Działań w zakresie zielonych zamówień publicznych.

W opracowaniu pt. *Zamówienia publiczne przyjazne innowacyjności* (2010) zamówienia publiczne postrzegane są jako część szeroko rozumianej strategii innowacyjnej gospodarki⁸. Obecnie prowadzona jest ożywiona dyskusja nad strategicznym wykorzystaniem zamówień publicznych, m.in. w zakresie innowacyjności gospodarki, jednak ciągle jeszcze brak jednoznacznych rozwiązań umożliwiających praktyczne uwzględnienie omawianej polityki w zamówieniach publicznych bez obniżenia ich skuteczności i bez zakłócenia konkurencji na tych rynkach.

⁵ Lundvall, Bengt-Åke ed., *National System of Innovation. Towards a Theory of Innovation and Interactive Learning*, London, Printer 1992.

⁶ North Douglas C., *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*, New York, Cambridge University Press 1990.

⁷ Rottstam Max, *Public Procurement as an Innovation Policy Tool: the Role of Instruments*, Science and Public Policy, 36(5), June 2009, p. 350.

⁸ Por. Z. Kłoda, D. Koba, A. Panasiuk, M. Szymczak, *Zamówienia publiczne przyjazne innowacyjności*, PARP, Warszawa 2010.

3. CHARAKTERYSTYKA BADANIA EMPIRYCZNEGO

W ramach projektu badawczego p.t. *Zamówienia publiczne a innowacyjność przedsiębiorstw – stan obecny i perspektywy* (N N112 128336) realizowanego przez zespół pracowników naukowych Uniwersytetu Łódzkiego w latach 2010–2011. 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 przekraczającymi 4%.

W próbie znalazły się 52 podmioty z województwa mazowieckiego, 24 z wielkopolskiego, 15 z łódzkiego i 9 z województwa świętokrzyskiego.

W badaniu ankietowym przeprowadzonym techniką CAWI, wspartym wywiadem telefonicznym, przez Urząd Statystyczny w Łodzi w okresie wrzesień–październik 2010 r., w kwestionariuszu 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,
- 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.

4. WYNIKI BADANIA EMPIRYCZNEGO

Zakładana struktura próby według typu jednostki zamawiającej jest w zasadzie zgodna ze strukturą populacji, bowiem 46% podmiotów to administracja samorządowa, 19% reprezentowane jest przez samodzielne publiczne zakłady opieki zdrowotnej, 7% administracja rządowa, 3% organy kontroli państwowej lub ochrony prawa, sąd lub trybunał, 2% państwowe szkoły wyższe, 19% inne podmioty, 4% – brak odpowiedzi.

Dla potrzeb dalszej analizy wyodrębniono trzy typy zamawiających (por. tabela 1).

Tabela 1. **Struktura próby według typu jednostki**

Wyszczególnienie	Procent zamawiających
Administracja rządowa i samorządowa	53
Samodzielny publiczny zakład opieki zdrowotnej	19
Pozostałe	24
Brak odpowiedzi	4

Źródło: opracowanie własne.

Innowacyjnych rozwiązań częściej dokonują podmioty z grupy „samodzielny publiczny zakład opieki zdrowotnej”, wskazując, że głównie roboty budowlane lub usługi mogą sprzyjać wyłonieniu, poprzez warunki udziału w zamówieniu, bardziej innowacyjnych wykonawców.

Nowe procedury zaproponowane przez Unie Europejską w 2004 r., a następnie stopniowo adoptowane do warunków krajowych, takie jak np. dialog konkurencyjny, są istotnym elementem innowacyjności różnicującym zamawiających. Na ten tryb, jako procedurę skłaniającą do innowacyjnych rozwiązań, częściej wskazują podmioty należące do grupy „samodzielny publiczny zakład opieki zdrowotnej” (SP ZOZ) aniżeli administracja rządowa i samorządowa. Dla przykładu dialog techniczny nie jest stosowany w ogóle przez blisko 64% jednostek z grupy „administracja”, podczas gdy w grupie „pozostałe” odsetek wynosi 39%, a w SP ZOZ tylko 16%. Współczynnik V-Kramera wynosi tutaj 0,444, dla $p = 0,000$. Natomiast dialog konkurencyjny w zasadzie nie jest stosowany przez polskich zamawiających, przy czym nie ma tutaj istotnej różnicy pomiędzy poszczególnymi rodzajami jednostek zamawiających. Administracja rządowa i samorządowa relatywnie częściej niż inne podmioty wskazuje na możliwość uwzględnienia innowacyjności w wielokryteriowym modelu oceny ofert. Na możliwość stosowania tzw. kosztu finalnego w wyborze oferty najkorzystniejszej ekonomicznie „często” i „zawsze” wskazuje ok. 33% podmiotów z grupy „pozostałe”, 28% z grupy „administracja” i tylko 7% SP ZOZ. Współczynnik V-Kramera dla tego typu współzależności wynosi 0,432, dla $p = 0,000$.

Zaliczkowanie wynagrodzenia dla wykonawcy w przypadku dużych kontraktów to ważny element sprzyjający innowacyjności poprzez zamówienia publiczne. Ten rodzaj pomocy dla wykonawców stosuje „zawsze” 9,5% jednostek z grupy „pozostałe”, podczas gdy w przypadku SP ZOZ i administracji rządowej i samorządowej nie było żadnych odpowiedzi dla wariantu stosowania „zawsze”. Wskaźnik V-Kramera = 0,207, dla $p = 0,100$.

Przeniesieniem ryzyka na wykonawcę zamówień publicznych „często” lub „zawsze” zainteresowanych jest 42,5% podmiotów administracji, 41,2% SP ZOZ-y i tylko 28,6% z grupy „pozostałe”.

Wymogi funkcjonalne, jako element opisu przedmiotu zamówienia w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, „często” i „zawsze” stosuje ponad 72% podmiotów z grupy „administracja rządowa i samorządowa”, 56,3% jednostek SP ZOZ i tylko 46% z grupy „pozostałe”. V-Kramera wynosi dla tej zależności 0,343, przy $p = 0,039$.

5. WNIOSKI KOŃCOWE

Zamówienia publiczne mogą być stymulatorem i katalizatorem innowacyjności uzupełniając, a nawet wyprzedzając, nakłady budżetowe na B+R. Konieczne jest jednak stworzenie odpowiednich mechanizmów, które w dłuższym okresie inspirowały podmioty zamawiające, głównie administrację centralną i samorządową, do zgłaszania popytu w tych obszarach technologii, które szczególnie są podatne na innowacyjność.

Badania prowadzone w latach 90-tych w Unii Europejskiej dowodzą, że w niektórych krajach wykorzystanie państwowych zamówień publicznych wraz z promocją sektora prywatnego kreuje nowe rynki i inspiruje innowacyjność. Dobrym przykładem w UE jest Wielka Brytania, Niemcy i Niderlandy. Publiczne podmioty zamawiające są nawet bardziej wymagające aniżeli sektor prywatny w tym obszarze działalności.

Porównując właściwości trybów ogłoszeniowych z punktu widzenia innowacyjności warto podkreślić, że przetarg nieograniczony, w tym również licytacja elektroniczna, zorientowane są na produkt łatwo dostępny, to znaczy wielu wykonawców oferuje ten sam (lub równoważny) produkt. Produkt przyjmuje zazwyczaj postać dostawy, przy czym zamawiający godzi się na zakup standardowy i powszechnie dostępny. Produkt nie jest innowacyjny, chociaż może być nowoczesny, ale patrząc z punktu widzenia gospodarki krajów rozwiniętych na ogół znajdujący się w schyłkowej fazie życia.

W przypadku zastosowania procedur z „podwójnym rankingiem”, zamawiający określa dodatkowo zestaw warunków uczestnictwa w przetargu, co pozwala na poszukiwanie produktów innowacyjnych i nowatorskich.

Innowacyjności sprzyja dialog techniczny częściej wskazywany przez SP ZOZ i podmioty z grupy „pozostałe” w porównaniu z administracją państwową i samorządową.

W opinii większości badanych podmiotów dotyczących kwestii kategorii podmiotowych, należy określić warunki udziału w postępowaniu, które będą określać cechy wykonawców zdolnych do realizacji niestandardowego zamówienia zwłaszcza na roboty budowlane i usługi (kryteria klasyfikacji wykonawców).

Opis przedmiotu zamówienia powinien zawierać wymogi funkcjonalne, co sprzyja innowacyjności zamawianego produktu w opinii jednostek zamawiających, zwłaszcza z grupy „administracja rządowa i samorządowa”.

W wielofunkcyjnym modelu oceny ofert, w którym obok ceny znajdują się inne, pozacenowe kryteria, powinno uwzględniać się koszt finalny produktu, na co szczególnie zwracają uwagę jednostki z grupy „pozostałe” i administracja rządowa i samorządowa.

ROZSTRZYGANIE SPORÓW W ZAKRESIE ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH W POLSCE I NIEMCZECH – WYBRANE ASPEKTY, PRÓBA PORÓWNIANIA

Magdalena Grabarczyk¹

1. WPROWADZENIE

Komisja Europejska w stanowisku z 21 grudnia 2011 roku wyraziła przekonanie, że Krajowa Izba Odwoławcza jest sądem w rozumieniu art. 267 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej². Stanowisko to nie budzi zdziwienia, gdyż kształt polskiego systemu środków ochrony prawnej nie jest ewenementem w ustawodawstwie europejskim. W porządkach prawnych państw – członków Unii Europejskiej – można odnaleźć podobne regulacje instytucjonalne i proceduralne zapewniające ochronę praw w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Ustawodawca niemiecki powierzył rozstrzyganie sporów między instytucją zamawiającą, a podmiotem domagającym się ochrony swoich praw w postępowaniu o udzielenie zamówienia wyspecjalizowanym organom nie będącym sądem powszechnym, ani sądem administracyjnym, z możliwością kontroli sądowej rozstrzygnięcia wydanego przez ten organ.

2. RAMY PRAWNE

Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych³ stanowi samodzielną regulację tej sfery obrotu prawnego. Zgodnie z zakresem przedmiotowym określonym w art. 1 ustawa określa zasady i tryb udzielania zamówień publicznych, środki ochrony prawnej, kontrolę udzielania zamówień publicznych oraz organy właściwe w sprawach określonych w ustawie. Dostrzeżenia wymaga, że ustawa Prawo zamówień publicznych stanowi regulację o charakterze całościowym. Art. 14 Pzp odnoszący się do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz art. 139 ust. 1 Pzp dotyczący umów w sprawie zamówienia publicznego nakazują stosowanie przepisów ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku – Kodeks cywilny⁴ jedynie w sprawach nieuregulowanych w ustawie. Komplementarnie do postępowania odwoławczego posiłkowe zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dnia 17 listopada 1964 roku – Kodeks postępowania cywilnego⁵ o sędzię polubownym, zaś do postępowania toczącego się wy-

¹ Dr Magdalena Grabarczyk, Krajowa Izba Odwoławcza.

² Uwagi pisemne Komisji Europejskiej skierowane do Prezesa i członków Trybunału Sprawiedliwości na podstawie art. 23 akapit 2 protokołu o statucie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej wyrażone w związku z zadaniem przez Krajową Izbę Odwoławczą pytania prejudycjalnego co do wykładni przepisów prawa wspólnotowego w związku z art. 24 ust. 1 pkt 1 a ustawy Prawo zamówień publicznych (postanowienie z 30 sierpnia 2011 r., KIO 1629/11,1643/11) – niepubl.

³ Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm., dalej również jako: „ustawa” lub „Pzp”.

⁴ Dz. U. Nr 16, poz. 93 ze zm., dalej jako: „k.c.”.

⁵ Dz. U. Nr 43, poz. 296 ze zm. dalej jako: „k.p.c.”.

niku wniesienia skargi na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej – przepisy kodeksu postępowania cywilnego o apelacji.

Uprawnione jest twierdzenie, że ustawodawca polski normując tę sferę obrotu w formie odrębnego aktu prawnego podkreślił jej rangę w polskim systemie prawnym oraz zaakcentował szczególny charakter zamówień publicznych jako istotnego elementu funkcjonowania jednostek sektora finansów publicznych i podmiotów wydatkujących środki publiczne.

Ustawodawca niemiecki udzielenie zamówień publicznych, a w konsekwencji również rozpoznawanie sporów w tym zakresie, wiąże ze sferą ochrony konkurencji i konsumentów. Obszar zamówień publicznych nie został uregulowany odrębną ustawą, lecz stanowi sferę normowania przepisów chroniących konkurencję – ustawy o przeciwdziałaniu ograniczeniom konkurencji (*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*)⁶. Udzieleniu zamówień publicznych poświęcone są przepisy § 97 do § 101b tej ustawy – stanowiące materialną część niemieckiego prawa zamówień publicznych, a rozpoznawaniu środków ochrony prawnej w postępowaniu o udzielenie zamówienia poświęcone są § 102 do § 124 GWB.

3. PODMIOTY ROZPOZNAJĄCE ŚRODKI OCHRONY PRAWNEJ

System odwoławczy obu państw wykazuje istotne podobieństwa – przewiduje etap procedury odwoławczej oraz etap kontroli sądowej.

Na gruncie prawa polskiego zgodnie z art. 172 ust. 1 Pzp Krajowa Izba Odwoławcza jest właściwa dla rozpoznawania odwołań wniesionych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Zgodnie z art. 180 ust. 1 Pzp odwołanie przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy. Zakres przedmiotowy możliwości kwestionowania zachowań zamawiającego w postępowaniach, których wartość przekracza kwoty określone w prawodawstwie wspólnotowym, jest nieograniczony przepisem prawa, a jedynie warunkowany możliwością przypisania takim zachowaniom znamion czynności lub zaniechania czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (*arg. z art. 180 ust. 1, arg. a contrario z art. 180 ust. 2 Pzp*). Na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej stronom oraz uczestnikom przysługuje skarga do sądu, którą wnosi się do sądu okręgowego właściwego dla siedziby lub miejsca zamieszkania zamawiającego stosownie do art. 198a ust. 1 oraz art. 198b ust. 1 Pzp. Od wyroku sądu okręgowego lub postanowienia kończącego postępowanie w sprawie stronom i uczestnikom nie przysługuje skarga kasacyjna. Do wniesienia skargi kasacyjnej jest uprawniony wyłącznie Prezes Urzędu Zamówień Publicznych na podstawie art. 198g ust. 1 zd. 2 Pzp.

Ustawodawca niemiecki rozpoznawanie wniosków (*der Antrag*) powierzył *Vergabekammern*, istniejącym zarówno na szczeblu poszczególnych krajów związkowych, jak i na poziomie

⁶ Ustawa z 26 sierpnia 1998 roku, w brzmieniu z dnia 15 lipca 2005 roku – dalej również jako: „GWB”.

administracji centralnej. Zasadą zawartą w § 102 GWB jest, że postępowanie o udzielenie zamówienia podlega sprawdzeniu przez *Vergabekammer* bez uchybienia praw organów nadzoru. Właściwość rzeczowa *Vergabekammer* wynika z tego, czy zamówienie publiczne stanowi inwestycję centralną, czy dotyczy danego kraju związkowego. Zasadniczo, co wynika z § 106 ust. 1 GWB, *Vergabekammer des Bundes* jest właściwa, gdy zamawiającym jest państwo lub instytucja przez nie kontrolowana. Ustawa o przeciwdziałaniu nieuczciwej konkurencji nie wskazuje minimalnej, ani maksymalnej liczby *Vergabekammern*, aktualnie na szczeblu centralnym funkcjonują trzy *Vergabekammern*. Od rozstrzygnięcia *Vergabekammern* przysługuje skarga do sądu – Sądu Wyższego w kraju związkowym właściwym ze względu na siedzibę *Vergabekammer*.

W odróżnieniu od polskiego prawodawcy, ustawodawca niemiecki ustanowił na etapie wnoszenia skargi przymus adwokacki – skarga winna być podpisana i popierana przez adwokata. Orzeczenie sądu ma co do zasady charakter ostateczny – może być kwestionowane przez wniesienie skargi do sądu konstytucyjnego lub – co jest sytuacją występującą częściej – do Trybunału Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich.

4. SKŁADY ORZEKAJĄCE

Zgodnie z art. 188 ust. 1 Pzp Izba rozpoznaje odwołania w składzie jednoosobowym. Prezes Izby może zarządzić rozpoznanie odwołania w składzie 3 osobowym, jeśli uzna to za wskazane ze względu na szczególną zawilóść lub precedensowy charakter sprawy. Przywołana regulacja została wprowadzona nowelizacją ustawy Prawo zamówień publicznych z 2 grudnia 2009 r.⁷, która nadała nowe brzmienie wielu przepisom dotyczącym środków ochrony prawnej i istotnie zmieniła procedurę odwoławczą. Do wejścia w życie wskazanej nowelizacji reguła nie doznająca żadnych wyjątków było rozpoznawanie odwołań w składach trzyosobowych. Członkowie składu orzekającego mają równy status. Do rozpoznania odwołania wyznaczani są według kolejności z jawnej dla stron alfabetycznej listy członków Krajowej Izby Odwoławczej zgodnie z art. 188 ust. 2 Pzp, w razie wyznaczenia składu trzyosobowego przewodniczącego wskazuje Prezes Krajowej Izby Odwoławczej na podstawie art. 188 ust. 1 zd. 2 Pzp.

Na gruncie prawa niemieckiego funkcjonuje reguła odwrotna od aktualnie obowiązującej w prawie polskim. Zgodnie z § 105 GWB *Vergabekammern* podejmują rozstrzygnięcia w składach trzyosobowych. Jednoosobowe orzekanie bez przeprowadzenia ustnej rozprawy jest dopuszczalne jedynie w nielicznych, ściśle określonych przypadkach. W piśmiennictwie wskazuje się, że możliwość jednoosobowego orzekania w praktyce wykorzystywana jest rzadko⁸. Skład orzekający *Vergabekammern* jest stały. Tworzą go przewodniczący (*Vorsitzende*) oraz dwóch ławników (*Beisitzern*), z których jedno jest ławnikiem etatowym, a drugi honorowym.

⁷ Ustawa z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778) – dalej jako: „ustawa nowelizująca z 2 grudnia 2009 r.”.

⁸ Tak np. *Otting* w: R. Bechtold „GWB-Kartellgesetz, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen” 6. Auflage, C.H. Beck München.

5. TERMINY ROZPOZNAWANIA ODWOŁAŃ ORAZ SKARG NA ORZECZENIA ZAPADŁE W POSTĘPOWANIU ODWOŁAWCZYM

Zgodnie z art. 1 ust. 1 tiret 3 dyrektyw odwoławczych 89/665/EWG i 92/13/EWG w brzmieniu nadanym dyrektywą 2007/66/WE z dnia 11 grudnia 2007 roku państwa członkowskie zobowiązane zostały do przedsięwzięcia środków, dla zapewnienia skutecznego, a w szczególności możliwie szybkiego odwołania od decyzji podjętych przez instytucje zamawiające w sprawie objętych zakresem zastosowania dyrektywy 2004/18/WE i 2004/17/WE. Powołany postulat szybkości procedury odwoławczej ustawodawstwa polskie i niemieckie postrzegają w inny sposób.

Zgodnie z art. 189 ust. 1 Pzp Izba rozpoznaje odwołanie w terminie 15 dni od dnia jego doręczenia Prezesowi Izby. Regułą wynikającą z art. 196 ust. 1 Pzp jest ogłoszenie orzeczenia w dniu zamknięcia rozprawy lub posiedzenia z udziałem stron. Wyjątkiem wskazanym w art. 196 ust. 2 Pzp jest możliwość odroczenia terminu ogłoszenia orzeczenia do 5 dni w sprawie szczególnie zawilej. Orzeczenia kończące postępowanie odwoławcze są uzasadniane z urzędu. Przepis ustawy nie wskazuje terminu na sporządzenie uzasadnienia po zamknięciu rozprawy lub posiedzenia. Natomiast art. 196 ust. 5 Pzp ustala termin 3 dni – liczony od dnia ogłoszenia orzeczenia – na przesłanie orzeczenia wraz z uzasadnieniem. Uwzględniając omawiane przepisy rozpoznanie odwołania i sporządzenie uzasadnienia powinno nastąpić najpóźniej w terminie 23 dni od dnia doręczenia odwołania Prezesowi Izby. W doktrynie i orzecznictwie podnosi się jednogłośnie, że termin rozpoznania odwołania ma charakter instrukcyjny. W praktyce Krajowa Izba Odwoławcza dokłada starań, by termin ten był dotrzymany.

Przepisy § 113 GWB przyznają *Vergabekammern* 5-tygodniowy termin na wydanie orzeczenia i sporządzenie uzasadnienia rozstrzygnięcia, które następuje obligatoryjnie. Termin ten może być przedłużony w drodze wyjątku na kolejne dwa tygodnie w razie szczególnych trudności faktycznych lub prawnych. O przedłużeniu terminu przewodniczący powiadamia strony na piśmie. Przedłużeniu terminu wymaga pisemnego uzasadnienia.

Należy zwrócić uwagę, że polska procedura odwoławcza nie normuje kwestii uchybienia terminom przewidzianych w przepisach na wykonanie czynności przez Krajową Izbę Odwoławczą w toku rozpoznawania odwołania. Dostrzeżenia natomiast wymaga, że omawiany przepis § 113 GWB jest zbliżony w swojej treści do art. 329 zd. 2 k.p.c. Przepis ten został wprowadzony ustawą z 22 grudnia 2004 roku o zmianie ustawy Kodeks postępowania cywilnego oraz ustawy Prawo o ustroju sądów powszechnych, w której przewidziano możliwość przedłużenia terminu sporządzenia uzasadnienia przez sąd pierwszej instancji według ściśle określonych zasad. Są nimi: ustalenie maksymalnego 30 dniowego terminu przedłużenia, ograniczenia tej możliwości do spraw szczególnie zawitych oraz udzielenie upoważnienia do przedłużenia terminu wyłącznie prezesowi sądu.

Stosownie do art. 198b ust. 2 Pzp skargę do Sądu Okręgowego wnosi się w terminie 7 dni od dnia doręczenia orzeczenia Izby. Art. 198f ust. 1 Pzp nakazuje niezwłoczne rozpoznanie skargi i jednocześnie ustanawia instrukcyjny termin 1 miesiąca od dnia wpływu skargi do sądu.

Natomiast § 117 ust. 1 GWB ustanawia dla wniesienia skargi termin dwóch tygodni liczony od daty otrzymania rozstrzygnięcia. Odrębnością procedury niemieckiej jest dopuszczalność wniesienia skargi, jeśli *Vergabekammer* nie wyda rozstrzygnięcia w przypisanym terminie ustawowym. Wówczas bieg terminu na wniesienie skargi rozpoczyna się z upływem terminu przewidzianego na wydanie rozstrzygnięcia i sporządzenie pisemnego uzasadnienia.

6. KONTRADYKTORYJNY CHARAKTER PROCEDURY ODWOŁAWCZEJ

Oba porządki prawne łączy charakter procedury. Postępowanie zarówno przed Krajową Izbą Odwoławczą, jak i przed *Vergabekammern* ma charakter ustny i jest postępowaniem spornym.

Zgodnie z art. 189 ust. 5 Pzp Izba rozpoznaje odwołanie na jawnej rozprawie. Rozprawę poprzedza etap posiedzenia niejawnego lub prowadzonego z udziałem stron i pełnomocników, na którym Izba zobowiązana jest dokonać niezbędnych czynności formalnoprawnych i sprawdzających. Zakończenie procedury odwoławczej bez przeprowadzenia rozprawy ma miejsce w sytuacji, gdy skierowanie odwołania na rozprawę jest niedopuszczalne z uwagi na zaistnienie przesłanek odrzucenia odwołania wskazanych w art. 189 ust. 2 Pzp lub gdy spór między stronami wygasł – zamawiający uwzględnił zarzuty odwołania w całości w sytuacji określonej w art. 186 ust. 2 Pzp lub odwołujący cofnął odwołanie zgodnie z uprawnieniem przyznanym mu w art. 187 ust. 8 Pzp. Na rozprawie strony nie tylko prezentują swoje stanowiska w sprawie. Art. 190 ust. 1 przyznaje im inicjatywę dowodową. Należy też dostrzec, że z mocy art. 192 ust. 7 Pzp Izba rozpoznaje wyłącznie zarzuty podniesione w odwołaniu. Ustawodawca wyłączył możliwość działania Krajowej Izby Odwoławczej z urzędu.

Na gruncie ustawodawstwa niemieckiego regułami są jawność i ustność procedury. Niemiecka procedura odwoławcza również przewiduje etap sprawdzenia odwołania. § 110 ust. 1 zd. 1 GWB nakazuje *Vergabekammer* ocenę wniosku co do tego, czy jest on oczywiście niedopuszczalny lub niezasadny. W razie braku stwierdzenia tych okoliczności *Vergabekammer* zobowiązana jest do wysłuchania stanowisk stron, przeprowadzenia ustnej rozprawy. Odstąpić od procedury ustnej można co do zasady wtedy, gdy sprawa nie zawiera znaczących problemów faktycznych i prawnych, a rozstrzygana kwestia nie ma istotnego znaczenia.

7. USTAWOWE GWARANCJA NIEZAWISŁOŚCI ORZEKANIA NA ETAPIE ODWOŁAWCZYM

Elementem wspólnym obu porządków prawnych jest niezależność orzekania. Zgodnie z art. 174 ust. 7 Pzp członkowie składów orzekających Izby przy orzekaniu są niezawisli i związani wyłącznie przepisami obowiązującego prawa.

Jak stanowi § 105 ust. 1 GWB, członkowie *Vergabekammern* również orzekają niezależnie i w związku z orzekaniem podlegają wyłącznie ustawom. Ustawodawca niemiecki podkreśla znaczenie niezawisłości orzekania w sprawach zamówień publicznych stanowiąc odrębnie o niezależności organu oraz poszczególnych jego członków. § 105 ust. 1 GWB stanowi, że

Vergabekammern wykonują swoje czynności w granicach ustawy, niezależnie oraz na własną odpowiedzialność. Z kolei adresowany do członków *Vergabekammern* § 105 ust. 4 zd. 2 GWB głosi, że orzekają oni niezależnie oraz podlegają wyłącznie ustawom. W doktrynie podnosi się, że brzmienie przywołanych przepisów zostało wprowadzone do ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwej konkurencji w reakcji na zarzut Komisji Europejskiej zbyt małej niezależności poprzedników prawnych *Vergabekammern* – *Vergabeüberwachungsausschüsse*⁹.

W piśmiennictwie dotyczącym niemieckiego systemu zamówień publicznych wskazuje się również, że niezależność orzecznicza oznacza niedopuszczalność wydawania jakichkolwiek wskazówek lub wytycznych członkom *Vergabekammern* – zarówno co do rozstrzygnięć w danym postępowaniu, jak również wskazówek ogólnych – co do wykładni przepisów – przez Prezesa Urzędu Antymonopolowego na szczeblu federacji (*der Präsident des Bundeskartellamts*) lub inny podmiot na szczeblu kraju związkowego. Niedopuszczalny jest również jakikolwiek wpływ przewodniczącego na ławników. Niezależność przy orzekaniu dotyczy na równych prawach rozstrzygnięcia merytorycznego oraz kwestii proceduralnych, które wynikły przy orzekaniu¹⁰. Pogląd ten jest szczególnie istotny z uwagi na ustawowe z mocy § 106 ust. 1 usytuowanie *Vergabekammern* przy Urzędzie Antymonopolowym (*Bundeskartellamt*).

Krajowa Izba Odwoławcza jest w systemie zamówień publicznych samodzielnym podmiotem – ustawa nowelizująca z dnia 2 grudnia 2009 roku zniósła usytuowanie Izby przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych.

Różnica między prezentowanymi porządkami prawnymi co do usytuowania *Vergabekammern* i Krajowej Izby Odwoławczej przy organie administracji nie jest doniosła. Prezes Urzędu Zamówień Publicznych wykonuje bowiem wobec członków Izby czynności z zakresu prawa pracy stosownie do art. 173 ust. 4 z d. 2 Pzp. Izba nie posiada własnego budżetu, a jej obsługę techniczno organizacyjną zapewnia Urząd Zamówień Publicznych.

8. CHARAKTER PRAWNY KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ I VERGABEKAMMERN

Ustawodawstwa obu krajów powierzyły orzekanie w sprawach zamówień publicznych organom nie będącym sądem powszechnym, ani administracyjnym.

Zgodnie z art. 175 ust. 1 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej wymiar sprawiedliwości w Rzeczypospolitej Polskiej sprawują Sąd Najwyższy, sądy powszechne, sądy administracyjne oraz sądy wojskowe. Postępowanie sądowe z mocy art. 177 ust. 1 Konstytucji jest dwuinstancyjne. Stosownie do art. 78 Konstytucji każda ze stron ma prawo do zaskarżenia orzeczeń i decyzji wydanych w pierwszej instancji. Wyjątki od tej zasady oraz tryb zaskarżania określa ustawa. Powołane normy ustawy zasadniczej stały się podstawą do rozważań charakteru postępowania odwoławczego, jak i instytucjonalnego postrzegania organów orzekających w sprawach zamówień publicznych.

⁹ *Otting* – *op.cit.* – str. 723.

¹⁰ Tamże.

Na gruncie prawa polskiego doniosły jest wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 13 czerwca 2006 r. (SK 54/04)¹¹ dotyczący zgodności art. 92c ustawy z dnia 10 czerwca 1994 r. o zamówieniach publicznych z art. 78 i art. 176 Konstytucji RP. Zmiana stanu prawnego – zniesienie instytucji protestu oraz zastąpienie zespołów arbitrów przez Krajową Izbę Odwoławczą nie dezaktualizują rozważań Trybunału. Art. 92 c ustawy o zamówieniach publicznych stanowił, że w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia skargi stosuje się przepisy kodeksu cywilnego o apelacji, jeśli przepisy niniejszego rozdziału nie stanowią inaczej. Takie samo brzmienie ma obowiązujący art. 198a ust. 2 Pzp. Trybunał Konstytucyjny uznał, że przywołany przepis ustawy o zamówieniach publicznych nie narusza art. 78 i art. 176 Konstytucji. Wskazał, że art. 78 Konstytucji odnosi się zarówno do postępowań o charakterze jurysdykcyjnym (*sensu largo*), oraz do spraw, w których wymiar sprawiedliwości sprawuje sąd w rozumieniu art. 175 ust. 1 konstytucji oraz postępowań o charakterze administracyjnym.

Trybunał Konstytucyjny wywiódł, że postępowanie odwoławcze – jest pierwszą instancją merytorycznego rozstrzygnięcia sporu między zamawiającym, a uprawnionym do złożenia środka ochrony prawnej. Postępowanie, które toczy się przed zespołem arbitrów uznał za postępowanie o charakterze jurysdykcyjnym. Trybunał Konstytucyjny wskazał, że zespół arbitrów z założenia jest podmiotem występującym w charakterze niezależnego arbitra, działającym na podstawie prawa, rozstrzygającym wyrokiem spór między stronami tego postępowania. Natomiast postępowanie, które toczy się przed Sądem Okręgowym w wyniku skargi wniesionej na wyrok zespołu arbitrów, jest postępowaniem rozstrzygającym spór w drugiej instancji, jest środkiem odwoławczym od merytorycznego rozstrzygnięcia zespołu arbitrów, realizującym prawo do zaskarżania wyroku wynikające z art. 78 Konstytucji. Trybunał Konstytucyjny uznał, że zespół arbitrów rozstrzyga spór prawny między stronami postępowania jako organ quasi-sądowy. Sąd Okręgowy jest drugą instancją – wskutek odesłania do odpowiedniego stosowania przepisów o apelacji w postępowaniu toczącym się przed Sądem Okręgowym strona ma do dyspozycji wszystkie środki proceduralne dotyczące apelacji zawarte w rozdziale I działu V księgi pierwszej k.p.c.

Na gruncie prawodawstwa niemieckiego nie jest kwestionowany pogląd, że *Vergabekammern* nie są sądami w rozumieniu ustawy zasadniczej (*der Grundgesetz*). Uznaje się jednak, że dla zadośćuczynienia prawu do sądu w rozumieniu art. 19 ust. 4 ustawy zasadniczej wystarczające jest, że orzeczenia *Vergabekammern* podlegają kontroli sądowej. Godne odnotowania jest natomiast, że w doktrynie podnosi się, że zasadniczą przeszkodą dla uznania *Vergabekammern* za organ zbliżony do sądu jest ich zintegrowanie z organami administracji oraz postrzeganie *Vergabekammern* jako należących do sfery administracji¹².

Na gruncie ustawy Prawo zamówień publicznych podkreślenia wymaga, że w doktrynie nie budził wątpliwości cywilnoprawny charakter postępowania o udzielenie zamówienia publicznego¹³, czego konsekwencją jest rozpoznawanie skarg na orzeczenia zapadłe w toku

¹¹ www.uzp.gov.pl.

¹² Otting – *op.cit.* – str. 723.

¹³ Tak m.in.: R. Szostak – „Ekonomiczne i prawne zagadnienia zamówień publicznych – Polska na tle UE” pod. red. A. Borowicza, UZP, Warszawa 2010, str. 57 i nast.

procedury odwoławczej przez sądy cywilne. W orzecznictwie jedyną wątpliwość stanowiła kwestia kwalifikacji sprawy ze skargi na orzeczenie zapadłe w toku postępowania odwoławczego jako sprawy gospodarczej. Sąd Najwyższy w postanowieniu z 26 stycznia 2006 r. (III CZP 123/05)¹⁴ przyjął, że sprawa ze skargi na orzeczenie zespołu arbitrów może należeć do właściwości zarówno wydziałów cywilnych, jak i gospodarczych sądów okręgowych w zależności od występowania w konkretnym przypadku elementów pozwalających uznać ją za sprawę gospodarczą.

Ustawodawca polski w toku kolejnych zmian legislacyjnych realizował ideę zawartą w powołanym wyroku Trybunału Konstytucyjnego uznającego podmiot rozpoznający odwołania, jako organ quasi-sądowy działający w obszarze obrotu cywilnoprawnego. Nowelizacja ustawy z 2 grudnia 2009 r. usunęła z przepisów elementy administracyjnoprawne zawarte w procedurze odwoławczej. Kompetencja do zwrotu odwołania przypisana uprzednio Prezesowi Urzędu Zamówień Publicznych, który wydawał postanowienie–zaskarżalne do Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego – została przekazana Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej. Wskazana nowelizacja zmieniła art. 172 ust. 1 Pzp, lokujący Krajową Izbę Odwoławczą przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych. Konsekwencją omawianych zmian przepisów jest ukształtowanie postępowania odwoławczego, jako postępowania o charakterze w pełni cywilnoprawnym, w którym nie występują elementy natury administracyjnoprawnej.

Cywilnoprawny charakter procedury odwoławczej oraz czynności Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, poprzedzających skierowanie odwołania do rozpoznania, został potwierdzony w postanowieniu Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z 9 czerwca 2011 r. (V SA/Wa 288/11)¹⁵, który rozpoznawał skargę wniesioną wobec postanowienia Prezesa Izby o zwrocie odwołania. Wojewódzki Sąd Administracyjny wskazał, że wydanie zaskarżonego postanowienia nie stanowiło działalności z zakresu administracji publicznej, więc przywołany przez skarżącego przepis art. 3 § 2 pkt 4 ustawy z dnia 30 sierpnia 2002 roku – Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi¹⁶ nie ma w sprawie zastosowania, a rozpoznanie sprawy nie należy do kompetencji sądu administracyjnego.

Na podstawie art. 185 ust. 7 Pzp, zgodnie z którym do podstępowań odwoławczych prowadzonych przed Krajową Izbą Odwoławczą stosuje się odpowiednio przepisy ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego o sądzie polubownym (arbitrażowym), jeżeli ustawa nie stanowi inaczej WSA wywiódł, że postępowanie odwoławcze nie jest postępowaniem administracyjnym, a Prezes Krajowej Izby Odwoławczej nie jest organem administracji publicznej. Pogląd Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego znalazł potwierdzenie i rozwinięcie w postanowieniu Naczelnego Sądu Administracyjnego z 27 września 2011 roku (GSK 1842/11)¹⁷.

¹⁴ www.uzp.gov.pl.

¹⁵ www.uzp.gov.pl.

¹⁶ (Dz. U. Nr 153, poz.1270 ze zm.).

¹⁷ www.uzp.gov.pl.

Analizując regulacje prawne unormowane w ustawie Prawo zamówień publicznych, Naczelny Sąd Administracyjny wskazał, iż procedury udzielania zamówień publicznych mają na celu wybór wykonawcy, z którym zostanie zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego. Zgodnie z art. 14 Pzp do czynności podejmowanych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, stosuje się przepisy kodeksu cywilnego. Tym samym umowa ta ma charakter cywilnoprawny a postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego i związane z nim postępowanie odwoławcze mają charakter spraw cywilnych. Z uwagi na fakt, iż odnoszą się one do spraw ze stosunków z zakresu prawa cywilnego, mają one charakter spraw z prawa cywilnego materialnego. Naczelny Sąd Administracyjny potwierdził, że w świetle art. 1 pkt 1 ustawy z 14 czerwca 1960 r. – Kodeks postępowania administracyjnego¹⁸ postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą nie jest postępowaniem administracyjnym, gdyż nie rozstrzyga ono w drodze decyzji administracyjnej indywidualnej sprawy z zakresu administracji publicznej. Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznaje spory w kontradiktoryjnym postępowaniu rozpoznawczym, stosując przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych oraz odpowiednio przepisy kodeksu postępowania cywilnego o sędzię polubownym (arbitrażowym). Naczelny Sąd Administracyjny uznał też z pełną aprobatą stanowisko Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego, iż Prezes Izby nie jest organem administracji publicznej. Podkreślił, że Krajowa Izba Odwoławcza oraz jej Prezes nie stosują w świetle przepisów władztwa administracyjnego w stosunku do stron postępowania odwoławczego w celu rozstrzygnięcia indywidualnych spraw z zakresu administracji publicznej, nie wydają też decyzji administracyjnej.

9. PODSUMOWANIE

Krajowa Izba Odwoławcza oraz *Vergabekammern* są organami powołanymi przepisami rangi ustawowej. Są też stałymi, niezawisłymi i jedynymi w Rzeczypospolitej Polskiej oraz Niemczech podmiotami właściwymi w pierwszej instancji do kontradiktoryjnego rozstrzygnięcia sporów pomiędzy wykonawcami a instytucjami zamawiającymi, orzekają na podstawie przepisów prawa i w ich granicach. Orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej oraz *Vergabekammern* są prawnie wiążące, przysługuje na nie jedynie skarga do sądu, który działa w tym zakresie jak sąd drugiej instancji.

Krajową Izbę Odwoławczą oraz *Vergabekammern* różni liczebność składów orzekających. Jednoosobowemu orzekaniu – będącemu regułą na gruncie ustawy Prawo zamówień publicznych – odpowiadają istotnie krótsze, niż w przypadku *Vergabekammern*, terminy przewidziane na rozpoznanie odwołania.

W świetle prezentowanego orzecznictwa nie może budzić wątpliwości, że charakter prawny oraz status Krajowej Izby Odwoławczej są zbliżone do sądu powszechnego.

¹⁸ (tekst jednolity Dz. U. z 2000 Nr 98 poz. 1071 ze zm.).

„Przygotowywana do druku monografia naukowa zatytułowana „Zamówienia publiczne jako instrument sprawnego wykorzystania środków unijnych” skierowana jest zarówno do przedstawicieli praktyki gospodarczej, reprezentujących wykonawców, jak do zamawiających, [...]. Publikacja jest również cennym źródłem wiedzy dla badaczy, zajmujących się problematyką zamówień publicznych, ale także dla osób, które chcą pogłębić i poszerzyć wiedzę z tego zakresu. Celem przygotowywanej publikacji jest przedstawienie zamówień publicznych w aspekcie procedur, korzyści, zagrożeń i doświadczeń związanych z wydatkowaniem środków unijnych. [...] Szczególnie cenne i interesujące są te artykuły, w których teoretyczne wywody poparte są konkretnymi przykładami lub zawierają wyniki badań empirycznych. [...]”

Z recenzji Prof. UG, dr hab. Doroty Simpson z Uniwersytetu Gdańskiego

* * *

„[...] Walorem recenzowanej pracy jest jej interdyscyplinarność, [...]. Prezentowane artykuły dotyczą zagadnień przynależnych do różnych dyscyplin badawczych poczynając od zagadnień prawnych na zagadnieniach ekonomicznych (w tym finansowych) kończąc. [...] Tworząca się od kilkunastu lat dyscyplina naukowa prawa zamówień publicznych, czy też szerzej zamówień publicznych, wymaga szerokiej współpracy wszystkich środowisk naukowych, które uznają system zamówień publicznych, z jego prawnymi uwarunkowaniami, za ważny dla funkcjonowania państwa i jego gospodarki. Recenzowana monografia jest również istotnym wkładem do dalszego systematyzowania badań nad funkcjonowaniem zamówień publicznych w Polsce. [...] Treść publikacji ma ważne znaczenie dla podmiotów funkcjonujących w systemie zamówień publicznych, między innymi, zamawiających, wykonawców, organów kontrolujących i organów orzekających. Wysoki poziom prezentowanej publikacji pozwala jednoznacznie stwierdzić, że stanowi ona ciekawy i cenny wkład w dyskusji nad funkcjonowaniem systemu zamówień publicznych. Prezentowane poglądy, skierowane do prawodawcy, mogą również być wykorzystane w dalszych pracach legislacyjnych dotyczących Prawa zamówień publicznych.”

Z recenzji dr Henryka Nowickiego z Uniwersytetu Mikołaja Kopernika w Toruniu

ISBN: 83-88686-24-0

Warszawa 2012