

# **Realizacja interesu publicznego w prawie zamówień publicznych**



Uniwersytet Warszawski  
Wydział Dziennikarstwa i Nauk Politycznych

**Michał Wieloński**

**Realizacja interesu publicznego  
w prawie zamówień publicznych**

Warszawa 2012



Projekt okładki  
Tomasz Kasperczyk

Redakcja  
Zespół

Skład i łamanie  
Zakłady Graficzne UW

Recenzent  
prof. dr hab. Artur Nowak-Far

© Copyright by Michał Wieloński, Warszawa 2012  
© Copyright by Wydział Dziennikarstwa i Nauk Politycznych  
Uniwersytet Warszawski, Warszawa 2012

Wszelkie prawa zastrzeżone. Każda reprodukcja lub adaptacja całości bądź części niniejszej publikacji, niezależnie od zastosowanej techniki reprodukcji (drukarskiej, fotograficznej, komputerowej i in.), wymaga pisemnej zgody Autora i Wydawcy.

Ilość arkuszy 12,5

Wydawca:  
Wydział Dziennikarstwa i Nauk Politycznych  
Uniwersytet Warszawski  
ul. Krakowskie Przedmieście 26/28, 00-046 Warszawa  
tel./fax (48-22) 55 22 952  
[www.wydawnictwo.wdinp.uw.edu.pl](http://www.wydawnictwo.wdinp.uw.edu.pl)

ISBN: 978-83-63183-09-7

Druk i oprawa: Zakład Graficzny UW. Zam. 308/2012

# Spis treści

Wstęp .....	11
Rozdział I	
Interes publiczny i zamówienia publiczne .....	17
1. Pojęcie interesu publicznego .....	17
2. Pojęcie zamówień publicznych sensu stricte .....	28
3. Pojęcie zamówień publicznych sensu largo .....	31
Rozdział II	
Funkcje zamówień publicznych i sfery ochrony interesu publicznego .....	41
1. Funkcje zamówień publicznych .....	41
2. Obszary zamówień publicznych, w których interes publiczny jest zagrożony .....	53
Rozdziały III	
Zasady zamówień publicznych .....	56
1. Wprowadzenie .....	56
2. Zasada uczciwej konkurencji i równego traktowania .....	58
3. Zasada obiektywizmu .....	61
4. Zasada udzielania zamówienia wykonawcom wybranym zgodnie z p.z.p. ....	65
5. Zasada jawności .....	65
a) Wprowadzenie .....	65
b) Ogłoszenie .....	67
c) Reguły przekazywania informacji .....	70
d) Forma przekazywania informacji .....	73
e) Archiwizowania informacji .....	74
6. Zasada prymatu trybów przetargowych .....	75
7. Podsumowanie .....	77
Rozdział IV	
Selekcja wykonawców .....	79
1. Zagadnienia wstępne .....	79
2. Przyzwolenie władzy na działalność gospodarczą .....	88
3. Znaczenie potencjału technicznego i ekonomicznego wykonawcy ...	91

4. Eliminacja nierzetelnych wykonawców .....	99
5. Problem udziału wykonawcy w przygotowywaniu zamówienia .....	106
6. Znaczenie wadium .....	108
7. Podsumowanie .....	110
Rozdział V	
Wybór oferty najkorzystniejszej .....	119
1. Zagadnienia wstępne .....	119
2. Znaczenie opisu przedmiotu zamówienia .....	120
3. Badanie ofert .....	134
4. Przewlekłość procedur udzielania zamówień publicznych .....	141
5. Podsumowanie .....	147
Rozdział VI	
Znaczenie unormowań w zakresie umów dla interesu publicznego .....	154
1. Umowa w zamówieniach publicznych .....	154
2. Prawo odstąpienia od umowy .....	161
3. Podsumowanie .....	163
Rozdział VII	
Pozycja i znaczenie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych .....	165
1. Pozycja ustrojowa i zadania Prezesa UZP .....	165
2. Ingerencja Prezesa UZP w proces udzielania zamówień publicznych .....	167
3. Czynności kontrolne Prezesa UZP .....	172
4. Odpowiedzialność administracyjnoprawna w p.z.p. ....	176
5. Podsumowanie .....	178
Zakończenie .....	182
Bibliografia .....	189
Summary .....	199
Resumen .....	201

# Content

Introduction .....	7
Chapter I .....	9
Public interest and public contracts .....	11
Concept of public interest .....	17
Concept of public contracts in a strict sense .....	17
Concept of public contracts in a broad sense .....	28
Chapter II	
Public contracts' functions and spheres of public interest's protection ....	31
Functions of public contracts .....	41
Areas of public contracts, where the public interest is threatened ....	41
Chapter III	
Principles of award of contracts .....	53
Introduction .....	56
The principle of fair competition and equal treatment .....	56
The principle of objectivity .....	58
The principle of contracts selected in accordance with the PPL .....	61
The principle of transparency .....	65
Introduction .....	65
Notice .....	67
The rules of communication .....	70
The form of communication .....	73
Archiving .....	74
6. The principle of the primacy of the tendering modes .....	75
7. Summary .....	77
Chapter IV	
Selection of economic operators .....	79
Introductory issues .....	79
Business permit .....	88
The importance of economic operators' technical and economic potential .	91
Elimination of unreliable economic operators .....	99

The problem of the participation of subcontractors in the preparation of contract .....	106
Importance of deposit .....	108
Summary .....	110
Chapter V	
Selection of the best tender .....	119
Introductory issues .....	119
Description of the object of contract's importance .....	120
Examination of tenders .....	134
Excessive length of the procurement procedures .....	141
Summary .....	147
Chapter VI	
The importance of regulations in sphere of contracts for the public interest .....	154
Public procurement contract .....	154
Withdraw from contract .....	161
Summary .....	163
Chapter VII	
The position and importance of President of the Public Procurement Office .....	165
Systemic position and tasks of the President of the PPO .....	165
The interference of the President of the PPO in the procurement process .....	167
Control activities of the President of the PPO .....	172
Administrative and legal liability in PPL .....	176
Summary .....	178
Conclusion .....	182
Bibliography .....	189
Summary .....	199
Resumen .....	201



# Índice

Introducción .....	11
Capítulo I	
Interés público y contratación pública .....	17
Término de interés público .....	17
Término de contratación pública sensu stricto .....	28
Término de contratación pública sensu largo .....	31
Capítulo II	
Funciones de contratos públicos y de ámbitos de protección de interés público .....	41
Funciones de contratos públicos .....	41
Ámbitos de contratación pública, en los cuales interés público está en peligro .....	53
Capítulo III	
Reglas de contratación pública .....	56
Introducción .....	56
Regla de competencia leal y de igualdad de trato .....	58
Regla de objetividad .....	61
Regla de adjudicación de contrato a ejecutores elegidos de acuerdo con Ley de contratación pública .....	65
Regla de lo público .....	65
Introducción .....	65
Anuncios .....	67
Reglas de pasar informaciones .....	70
Forma de pasar informaciones .....	73
Arquivización de informaciones .....	74
Regla de primacía de procedimiento de adjudicación .....	75
Resumen .....	77
Capítulo IV	
Selección de ejecutores .....	79
Cuestiones introductorias .....	79
Permiso de autoridades a la actividad económica .....	88

Importancia de potencial técnico y económico de ejecutor . . . . .	91
Eliminación de ejecutores poco concientes . . . . .	99
Problema de participación de ejecutores en preparación de contratación	106
Importancia de fianza . . . . .	108
Resumen . . . . .	110
Capítulo V	
Elección de la oferta más provechosa . . . . .	119
Cuestiones introductorias . . . . .	119
Importancia de descripción de objeto de contrato . . . . .	120
Verificación de ofertas . . . . .	134
Duración excesiva de procedimientos de adjudicación de contratos públicos . . . . .	141
Resumen . . . . .	147
Capítulo VI	
Importancia de regulaciones de ámbito contractual para contratación pública . . . . .	154
Contrato en contratación pública . . . . .	154
Derecho de rescisión de contrato . . . . .	161
Invalidez de contrato . . . . .	163
Capítulo VII	
Posición e importancia de Presidente de Oficina de Contratación Pública .	165
Posición en régimen y competencias de Presidente de Oficina de Contratación Pública . . . . .	165
Ingerencia de Presidente de Oficina de Contratación Pública en proceso de adjudicación de contratos públicos . . . . .	167
Actividades de control de Presidente de Oficina de Contratación Pública . . . . .	172
Responsabilidad administrativa – jurídica en Ley de contratación pública . . . . .	176
Resumen . . . . .	178
Fin . . . . .	182
Bibliografía . . . . .	189
Summary . . . . .	199
Resumen . . . . .	201

# Wstęp

Prawo zamówień publicznych<sup>1</sup> obejmuje swoim zasięgiem ogromny obszar życia społeczno-gospodarczego i funkcjonowania państwa, zarówno w perspektywie ujęcia podmiotowego, przedmiotowego, jak i kwot, które w reżimie zamówień publicznych są wydatkowane. Dla zilustrowania skali prezentowanego zjawiska wystarczy powiedzieć, że w 2010 roku szacowana wartość rynku zamówień publicznych w Polsce wyniosła 167 mld zł, stanowiąc około 11,8% produktu krajowego brutto. Jeśli chodzi o podmioty zaangażowane w proces udzielania zamówień, to liczba zamawiających udzielających zamówień na podstawie procedur określonych w ustawie Prawo zamówień publicznych (zwanej w dalszej części pracy p.z.p.) wyniosła w roku 2010 aż 13765, przy zastrzeżeniu, że obowiązek przekazywania rocznych sprawozdań nie dotyczy zamawiających objętych zakresem podmiotowym ustawy Prawo zamówień publicznych, którzy w danym roku sprawozdawczym nie udzielili zamówień o wartości przekraczającej dolny próg określony w ustawie, tzn. 14 000 euro<sup>2</sup>. Liczba potencjalnych zamawiających zobowiązanych do stosowania przepisów ustawy p.z.p., zatem jest z pewnością jeszcze większa.

Jeżeli chodzi o wykonawców, czyli podmioty ubiegające się o uzyskanie kontraktów zawieranych na podstawie przepisów o zamówieniach publicznych, to liczba ta jest praktycznie nieograniczona, jako że nie ma kryteriów pozwalających jednoznacznie określić granice zbioru wykonawców. Dla zilustrowania skali udzielanych zamówień można wskazać, że w 2010 roku zamówienia publiczne otrzymało około 80 000 przedsiębiorstw. W Biuletynie Zamówień Publicznych opublikowano łącznie 171 711 ogłoszenia o wszczęciu postępowania i o konkursie, co również nie wyczerpuje wszystkich zamówień, jako że nie uwzględnia się tu trybów, które nie wymagają zamieszczania ogłoszeń

---

<sup>1</sup> Ustawa z dn. 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), zwana dalej: p.z.p.

<sup>2</sup> Urząd Zamówień Publicznych, *Sprawozdanie z funkcjonowania systemu zamówień publicznych w 2010 roku*, Warszawa 2011, s. 21 i n.

o wszczęciu postępowania<sup>3</sup>. W Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej polscy zamawiający opublikowali 18 623 ogłoszeń o przetargach i konkursach<sup>4</sup>.

Skala zjawiska, wielkość środków wydawanych w reżimie zamówień publicznych, liczba zaangażowanych podmiotów oraz fakt, że wydatkowane są pieniądze publiczne sprawiają, iż kwestia należytego gospodarowania tymi środkami ma ogromne znaczenie, a zagadnienie realizacji interesu publicznego w zamówieniach publicznych wydaje się interesujące i płodne z naukowego punktu widzenia. Analiza uregulowań dotyczących zamówień publicznych może bowiem udzielić odpowiedzi na pytanie jakie wartości składają się na interes publiczny, czy interes publiczny jest w świetle obowiązujących przepisów chroniony, jakimi sposobami jest on realizowany, jakie są mankamenty obowiązującego prawa w tym zakresie i jakie są sposoby na poprawę stanu prawnego, a tym samym zwiększenie efektywności wydatkowania publicznych pieniędzy.

Najogólniejsza refleksja, jaka może nasunąć się przy sformułowaniu tematu w sposób taki, jak w niniejszej pracy, polega na stwierdzeniu, że cała ustawa p.z.p. służy realizacji interesu publicznego i że w tym celu została pomyślana. Refleksja ta jest jednak absolutnie niewystarczająca, co wynika ze złożoności poruszanej problematyki. Po pierwsze, samo pojęcie interesu publicznego, z natury swojej niedookreślone i relatywne, wymusza każdorazową konkretyzację – w przeciwnym razie powstaje pojęcie znaczeniowo puste, niepowiązane ze stanem faktycznym, nieprzydatne w sensie poznawczym. Po drugie, złożoność przepisów o zamówieniach publicznych sprawia także, że odpowiedź na postawiony w pracy problem, polegająca jedynie na stwierdzeniu, iż cała ustawa p.z.p. chroni interes publiczny, nie jest satysfakcjonująca. Dzieje się tak m.in. dlatego, że rozpatrując zamówienia publiczne w kategoriach interesu, odnajdziemy tam nie tylko elementy wskazujące na ochronę różnych wartości zaliczających się do interesu publicznego, ale także ochronę interesów prywatnych, i to zarówno wykonawców, jak i zamawiających. Dlatego konieczne wydaje się odsunięcie ogólnikowego pojmowania tej dziedziny prawa jako chroniącej interes publiczny, na rzecz pogłębionych studiów i analiz.

Próba znalezienia odpowiedzi na pytanie, czy interes publiczny jest chroniony przez zamówienia publiczne i czy odbywa się to w sposób optymalny z prawnego punktu widzenia, ma fundamentalne znaczenie. Wydaje się bowiem, że w przypadku zamówień publicznych mamy do czynienia w praktyce oraz w literaturze przedmiotu z niepokojącym zjawiskiem skupiania się na szczegółowych aspektach proceduralnych, przy jednoczesnym pominięciu kwestii zasadniczych, czyli celu i funkcji złożonych procedur zamówieniowych. W doktrynie niemal wcale nie pojawiają się kompleksowe ujęcia problematyki, biorące pod uwagę zasadnicze cele zamówień publicznych i dopiero w ich świetle interpretujące przepisy lub postulujące zmiany przepisów. Nie

---

<sup>3</sup> Urząd Zamówień Publicznych, *Sprawozdanie z funkcjonowania...*, s. 56 i n.

<sup>4</sup> Urząd Zamówień Publicznych, *Sprawozdanie z funkcjonowania...*, s. 6.

brak także, szczególnie w prasie codziennej, opinii o charakterze czysto lobbystycznym, reprezentujących jedynie interesy części podmiotów zaangażowanych w proces udzielania zamówień publicznych, służących poprawie sytuacji prawnej i faktycznej jednym kosztem drugich.

Poruszona w pracy problematyka jest ściśle powiązana z sytuacjami realnie występującymi w procesie udzielania zamówień publicznych, a temat pracy jest odpowiedzią na powracającą krytykę zamówień publicznych. Korupcja, przewlekłość procedur, niskiej jakości dobra nabywane w reżimie p.z.p. – oto najczęściej podnoszone w mediach problemy. Można nawet spotkać się z opiniami wskazującymi bezpośrednio na patologie w zamówieniach publicznych. Przykładowo, Krzysztof Chochowski w publikacji zatytułowanej *Patologie systemu zamówień publicznych* wskazuje następujące, najczęściej występujące nieprawidłowości dotyczące zamówień:

- złamanie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;
- złamanie zasady bezstronności i obiektywizmu;
- udzielenie zamówienia publicznego wykonawcy innemu niż ten, który jest wybrany zgodnie z przepisami u.z.p.;
- złamanie zasady jawności lub/i pisemności postępowania;
- dowolne stosowanie innych niż przetargowe trybów udzielania zamówienia publicznego<sup>5</sup>.

Dariusz Kijowski wypowiadając się o kondycji zamówień publicznych w Polsce stwierdza wprost, że mimo usilnych, wieloletnich starań, nie udało się doprowadzić do ukształtowania i wprowadzenia do praktyki takich rozwiązań, które skutecznie zapobiegałyby patologiom w dysponowaniu publicznymi środkami finansowymi<sup>6</sup>. Autor stoi również na stanowisku, że zamówienia publiczne to dziedzina, w której zjawiska uznane za patologiczne wynikają nie tylko z przesłanek subiektywnych, ale również z niskiej jakości prawa obowiązującego w tej dziedzinie, w tym – z niedoskonałości stosowanej terminologii, nieuwzględniającej wymagań ekonomii, teorii finansów publicznych oraz – co dla przedstawicieli tej części doktryny winno stanowić palące wyzwanie – z niedostatków wyników badań teoretycznych<sup>7</sup>.

Jak najbardziej wskazana wydaje się zatem próba zbadania, czy istniejący stan prawny jest ukształtowany w sposób optymalny z punktu widzenia ochrony interesu publicznego. Wystarczy przejrzeć prasę z przeciągu tygodnia, aby odnaleźć jakiś artykuł traktujący o problemach w zamówieniach. Oto jeden z przykładów: „Internauci chcą zasypać tysiącami maili firmy, które protestują w sprawie przetargu na budowę autostrady do stolicy. Żądają

---

<sup>5</sup> K. Chochowski, *Patologie systemu zamówień publicznych*, w: D. Kijowski, *Patologie w administracji publicznej*, 2009, pkt 2, logowanie do systemu Lex z dn. 12.03.2010 r.

<sup>6</sup> D. Kijowski, Słowo wstępne, w: D. Kijowski, P. Suwaj, *Patologie w administracji publicznej*, 2009, Lex, logowanie z dn. 04.03.2010 r.

<sup>7</sup> Ibidem.

wycofania odwołań, tak żeby trasę udało się zbudować przed Euro 2012 (...) Po rozstrzygnięciu przetargów na budowę pięciu odcinków między Łodzią a stolicą zaprotestowały trzy firmy. Polski oddział niemieckiego koncernu Hermann Kirchner zarzuca Chińczykom, którzy mają budować trzydziestokilometrowy odcinek koło Łodzi, dumping i błędy w ofercie. To samo chińskie konsorcjum wygrało przetarg na budowę 20-kilometrowego A2 koło Żyrardowa. Tu także ich oferta została oprotestowana. Tym razem przez Mostostal Warszawa, który ma podobne zastrzeżenia jak Hermann Kirchner. Zaprotestowała też inna niemiecka firma Johann Bunte, która nie zgadza się z wykluczeniem z przetargu jej oferty”<sup>8</sup>.

Inny, szczególnie często przytaczany w prasie przykład problematycznych rozstrzygnięć: obwodnica Wrocławia (wartość inwestycji: 2,8 mld zł) – inwestycja została podzielona na etapy, ale z powodu protestów żaden nie mógł ruszyć. Szczytem absurdu jest przetarg na most na rzece Rzędzinie. Z powodu niedoszacowania kosztów obudów lamp najniższa oferta została zaniżona o 47 zł, co poskutkowało wyborem oferty droższej o prawie 300 mln złotych od błędnie złożonej oferty<sup>9</sup>. Kolejna inwestycja: S3 Szczecin-Gorzów Wielkopolski (1,9 mld zł) – projekt opóźniał się, gdyż na jednym z odcinków trasy źle przetłumaczono dwa słowa w gwarancji<sup>10</sup>. A4 Zgorzelec-Krzyżowa (1,45 mld zł) – przetarg unieważniano dwa razy, m.in. z powodu wpisania w specyfikacji wymogu posiadania przez kadrę kierowniczą wyższego wykształcenia. Wpisano też słowo „mosty” zamiast „obiekty mostowe”<sup>11</sup>. Czy wobec takich wydarzeń można uznać, że zamówienia publiczne realizują interes publiczny? Czy opisywane zjawiska mają charakter incydentalny, czy też sam system zamówień w pewnych okolicznościach wymusza nieracjonalność wydatków? Jeżeli tak, to czym jest to spowodowane? Oto niektóre z pytań, na które niniejsza rozprawa ma znaleźć odpowiedzi.

Polska nauka prawa do tej pory powiedziała o zamówieniach publicznych stosunkowo niewiele. Z racji specyfiki zamówień publicznych dominują publikacje o charakterze poradników, które w większości cierpią na brak pogłębionej analizy zjawisk i które skupiają się raczej na praktycznej stronie rozwiązywania problemów. W literaturze stricte naukowej nie brak natomiast artykułów, które sprowadzają się do relacjonowania obowiązujących przepisów o zamówieniach publicznych i wskazują jedynie na istnienie tej dziedziny prawa. Wyjątkami w tym zakresie są publikacje Ryszarda Szostaka, Andrzeja Panasiuka i Przemysława Szustakiewicza, które do zamówień publicznych wprowadzają refleksję pogłębioną, opartą w przypadku Ryszard Szostaka w przeważającej

---

<sup>8</sup> [http://wiadomosci.gazeta.pl/Wiadomosci/1,80273,7020409,Apel\\_internautow\\_\\_Nie\\_blokujcie\\_autostrady\\_A2.html](http://wiadomosci.gazeta.pl/Wiadomosci/1,80273,7020409,Apel_internautow__Nie_blokujcie_autostrady_A2.html), data dostępu: 13.01.2012 r.

<sup>9</sup> <http://www.pb.pl/Print.aspx?ArticleID=5a3c8bf8-49ef-4428-bec1-f786000238c8>, data dostępu 8.12.2010 r.

<sup>10</sup> Ibidem.

<sup>11</sup> Ibidem.

mierze na instrumentarium cywilistycznym, a w przypadku Andrzeja Panasiuka i Przemysława Szustakiewicza – administracyjnoprawnym.

Z publikacji o charakterze komentatorskim do ustawy p.z.p. na uwagę zasługuje przede wszystkim komentarz autorstwa Grzegorza Wicika i Piotra Wiśniewskiego, który sygnalizuje wiele kwestii i zawiera szereg cennych również z naukowego punktu widzenia spostrzeżeń, mogących stać się załączkiem do poszerzonej analizy przedmiotu. Niestety, pozostaje ona przez kilka lat bez wznowienia, co sprawia, że część omawianych zagadnień jest nieaktualna. Publikacje wydawane przez Urząd Zamówień Publicznych, wpływające w istotny sposób na praktykę udzielania zamówień, z racji rangi wydawcy również zasługują na uwagę, szczególnie w zakresie europejskiego prawa zamówień publicznych.

Podobnie jak doktryna, tak i judykatura nie dostarcza wystarczająco wielu pogłębionych analiz. Za istniejący stan rzeczy należy winić w dużej mierze nieistniejącą już instytucję Zespołu Arbitrów przy Urzędzie Zamówień Publicznych, która z powodów zbyt niskich kryteriów kwalifikacyjnych podczas naboru, a także z racji liczby społecznych arbitrów (kilkuset) charakteryzowała się brakiem ujednocionej linii orzeczniczej. Sytuacja zmieniła się na korzyść po ustanowieniu Krajowej Izby Odwoławczej, która składa się z osób lepiej przygotowanych do pełnionej funkcji, a z racji mniejszej liczebności daje większe szanse na jednolitość orzecznictwa. Wciąż jednak daleko jest do doskonałości.

Tym bardziej, w kontekście ubogiej literatury przedmiotu, koniecznym wydaje się pogłębiona analiza uregulowań dotyczących zamówień publicznych i próba odnalezienia odpowiedzi na pytania zarówno najogólniejsze, dotyczące celu i funkcji przepisów, jak i bardziej szczegółowe, odnoszące się do konkretnych rozwiązań prawnych, przyjętych w omawianej dziedzinie prawa.

Metodologia przyjęta na potrzeby niniejszej rozprawy charakteryzuje się stopniową analizą rozpoczynającą się od zjawisk najogólniejszych, z zaznaczeniem węzłowych problemów, które następnie w sposób szczegółowy są omawiane w kolejnych rozdziałach. Ogólne ustalenia mają za zadanie uzyskać odpowiedź na pytanie czym są zamówienia publiczne i jakie składowe interesu publicznego powinny realizować oraz jak rozumieć interes publiczny. Dopiero w świetle tych ustaleń będzie możliwa identyfikacja i ocena konkretnych rozwiązań realizujących interes publiczny.

Głównym aktem prawnym w polskim systemie prawa dotyczącym zamówień publicznych jest ustawa Prawo zamówień publicznych. Jednakże dla należytego zrealizowania celu pracy bezwzględnie konieczne jest wzięcie pod uwagę również prawa europejskiego, w szczególności dyrektywy nr 2004/18/WE w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi<sup>12</sup>. Ten akt prawny, w powiązaniu z orzecz-

---

<sup>12</sup> Dyrektywa 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz.U.UE.L.04.134.114 ze zm.).

nictwem Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (zwanym dalej: ETS), pozwala dopiero zrozumieć jakie wartości mają być chronione przez przepisy o zamówieniach publicznych i jakie rozwiązania prawne są do tego przewidziane. Szeroki katalog rozwiązań chroniących interes publiczny znajduje się również w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane<sup>13</sup>. Oczywiście oprócz wskazanych powyżej, najważniejszych aktów prawnych determinujących kształt zamówień publicznych, konieczne jest również uwzględnienie innych aktów rangi ustawowej i podustawowej.

Struktura pracy jest następująca: w rozdziale pierwszym została zaprezentowana definicja zamówień publicznych i interesu publicznego. Pozostała część rozdziału poświęcona została określeniu wzajemnych relacji między nimi. W rozdziale drugim podjęta została problematyka funkcji zamówień publicznych i sfer, w jakich interes publiczny potencjalnie może być zagrożony. Ustalenia z dwóch pierwszych rozdziałów stworzyły podstawy do tego, aby w rozdziale trzecim przejść do etapu większej szczegółowości i podjąć próbę analizy realizacji interesu publicznego przez zasady zamówień publicznych. W kolejnym, czwartym rozdziale, nastąpiło przejście do szczegółowych środków prawnych, mających za zadanie realizować interes publiczny. Został omówiony proces selekcji wykonawców i oceniony pod kątem zgodności z wartościami, wcześniej określonymi jako składowe interesu publicznego. Rozdział piąty został poświęcony rozwiązaniom prawnym, mającym za zadanie doprowadzić do wyboru oferty, która w stopniu najwyższym zaspokoi interes publiczny. Podobnie jak w rozdziale czwartym, przeanalizowane zostały nie tylko same rozwiązania służące temu celowi, ale również podjęto próbę oceny prawnej skuteczności i adekwatności istniejących rozwiązań do funkcji, jakim winny służyć. Rozdział szósty skupia się na problematyce uregulowań dotyczących umów i ich wpływu na interes publiczny. Przedmiotem ostatniego, siódmego rozdziału jest instytucja Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, w tym działania prezesa w zakresie kontroli i zagadnienia odpowiedzialności za naruszenie przepisów.

Pragnę wyrazić najserdeczniejsze podziękowania Panu Profesorowi Jackowi Jagielskiemu, który jako mój opiekun naukowy i promotor pracy doktorskiej, na bazie której powstała niniejsza książka, w sposób ogromny przyczynił się do jej wzbogacenia i udoskonalenia.

---

<sup>13</sup> Rozporządzenie 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. z 2009 r. Nr 226, poz. 1817), zwane dalej: r.w.s.r.d.



# Interes publiczny i zamówienia publiczne

## 1. Pojęcie interesu publicznego

Problematyka interesu publicznego w zamówieniach publicznych nie doczekała się szerokiego opracowania. Pewne wzmianki pojawiają się głównie na marginesie innych tematów<sup>14</sup>. Dlatego poszukując koncepcji dotyczących interesu publicznego, konieczne jest posiłkowanie się dorobkiem nauki prawa w zakresie administracji publicznej i występującym tam rozumienia interesu publicznego. Należy jednak zachować daleko posuniętą ostrożność, pamiętając, że zamówienia publiczne i administracja publiczna to zjawiska stosunkowo odległe od siebie. Poszukując elementów wspólnych należy przede wszystkim uwzględnić fakt, że zarówno administracja publiczna, jak i zamówienia publiczne są związane ze środkami publicznymi. Administracja funkcjonuje w oparciu o publiczne pieniądze i jednocześnie gospodaruje nimi, natomiast zamówienia publiczne stanowią narzędzie gospodarowania tymi środkami. Poza tym realizowanie zadań publicznych przez administrację jest często związane z inwestowaniem środków na zadania publiczne. W konsekwencji, dla zamówień publicznych, podobnie jak i dla administracji, interes publiczny w gospodarowaniu tymi środkami posiada istotne znaczenie.

„Interes publiczny” to jedno z podstawowych pojęć dla prawa administracyjnego i funkcjonowania administracji<sup>15</sup>. W doktrynie administracyjnej istnieje wiele prób definicji administracji publicznej, które jako jedną z jej konstytutywnych cech wskazują działania ukierunkowane na realizację interesu publicznego. Przykładowo, Stanisław Kasznica uważa, że dla administracji celem istotnym jest wywoływanie w świecie zewnętrznym pewnych zjawisk, uważanych za korzystne z punktu widzenia interesu publicznego; celem jest wytworzenie jakichś konkretnych wartości społecznych: dobrej drogi czy szkoły,

---

<sup>14</sup> Cf. np. G. Wicik, P. Wiśniewski, A. Panasiuk, T. Czajkowi *et al.*

<sup>15</sup> M. Wyrzykowski, *Pojęcie interesu społecznego w prawie administracyjnym*, Warszawa 1986, s. 9.

poczucia bezpieczeństwa, porządku itd.<sup>16</sup>. Podobnie Hartmut Maurer jest zdania, że administracja musi kierować się interesem publicznym<sup>17</sup>. Także Hubert Izdebski i Michał Kulesza definiują administrację publiczną jako zespół działań, czynności i przedsięwzięć organizatorskich i wykonawczych, prowadzonych na rzecz interesu publicznego przez różne podmioty, organy i instytucje, na podstawie ustawy i w określonych prawem formach<sup>18</sup>, a Jan Zimmermann uważa działanie w interesie publicznym za zasadniczy wyróżnik administracji publicznej<sup>19</sup>. Interes publiczny jest także kwalifikowany jako jedna z podstaw legitymizacji działań administracji publicznej<sup>20</sup>.

Pogląd o interesie publicznym jako immanentnej cesze działania administracji publicznej wspiera francuska teoria służby publicznej, według której administracja to służba publiczna, a prawo administracyjne to prawo służb publicznych. Administracja pojęta jako służba publiczna rozumiana jest w ujęciu przedmiotowym jako typ obowiązkowej, nieodzownej, ciągłej, trwałej, nieprzerwanej aktywności ludzkiej pożytecznej społecznie, a nawet niezbędnej w interesie ogółu<sup>21</sup>.

Również w ujęciu podmiotowym administracja jest w doktrynie pojmowana jako planowe zgrupowanie ludzi w służbie pewnej misji publicznej<sup>22</sup>. Uznaje się, że administracja publiczna jako organizacja ludzi wyodrębniona w celu realizacji zadań wymagających wspólnego działania, powołana jest do realizacji prawa, dbania o ogólny interes społeczeństwa i podejmowania działań, które temu interesowi mają służyć<sup>23</sup>. Przyjmuje się również, że właśnie działanie w interesie publicznym legitymizuje administrację w realizacji wszelkich poczynań<sup>24</sup>.

Pod względem formalnym interes publiczny należy do kategorii zwrotów niedookreślonych. Przez niedookreśloność jakiegoś zwrotu rozumie się to, że jakiś zwrot będący nazwą ma nieokreśloną, niewyraźną treść<sup>25</sup>. Oznacza to, że treść słownikowa danego zwrotu jest niepełna, a nie stanowi zarazem zespołu konstytutywnego cech lub też stanowi zespół konstytutywny cech,

---

<sup>16</sup> S. Kasznica, *Polskie prawo administracyjne. Pojęcia i instytucje zasadnicze*, Poznań 1946, s. 11.

<sup>17</sup> H. Maurer, *Ogólne prawo administracyjne. Allgemeines Verwaltungsrecht*, Wrocław 2003, s. 24.

<sup>18</sup> H. Izdebski, M. Kulesza, *Administracja publiczna. Zagadnienia ogólne*, Warszawa 2004, s. 93.

<sup>19</sup> J. Zimmermann, *Prawo administracyjne*, Warszawa 2008, s. 260.

<sup>20</sup> A. Wróbel, *Interes publiczny w postępowaniu administracyjnym*, w: *Adm. publ. u progu XXI w.*, str. 701.

<sup>21</sup> G. Vedel, *Les bases constitutionnelles du droit administratif* w: A. de Laubaderè, A. Mathiot, J. Rivero, G. Vedel, *Pages de doctrine*, Paris 1980, s. 130–142, za: W. Jakimowicz, *Wykładnia w prawie administracyjnym*, Kraków 2006, s. 23.

<sup>22</sup> W. Jakimowicz, *Wykładnia...*, s. 24.

<sup>23</sup> Ibidem.

<sup>24</sup> M. Wyrzykowski, *Pojęcie interesu...*, s. 25.

<sup>25</sup> M. Zieliński, *Wykładnia prawa. Zasady, reguły, wskazówki*, Warszawa 2006, s. 169.

ale któraś z cech tego zespołu nie pozwala jednoznacznie stwierdzić, czy da się ją przypisać jakiemuś przedmiotowi, czy nie<sup>26</sup>. Konsekwencją niedookreśloności zwrotu jest także jego nieostrość. Nieostrość nazw polega na tym, że mimo zapoznania się z cechami danych przedmiotów nie o każdym z nich potrafimy orzec, czy jest on, czy nie jest desygnatem określonej nazwy. Cechą charakterystyczną nieostrości jest występowania tzw. pasa nieostrości, tzn. że obok przedmiotów, które jednoznacznie stanowią desygnat danej nazwy, przedmiotów, którego takiego desygnatu nie stanowią, jest też grupa, względem której istnieją istotne wątpliwości<sup>27</sup>. Cechą pojęcia interes publiczny jest obecność szerokiego pasa nieostrości, to znaczy licznych sytuacji, których nie da się jednoznacznie zakwalifikować bądź nie zaklasyfikować do zbioru obejmującego interes publiczny. Specyfika interesu publicznego sprawia, że w każdej dziedzinie, w której występuje, w tym w zamówieniach publicznych, konieczne jest poszukiwanie treści zrelatywizowanej do określonej dziedziny prawa, w której występuje i sfery życia ludzkiego, której to prawo dotyczy.

Interes publiczny bywa zaliczany przez doktrynę do kategorii klauzul generalnych. Np. zdaniem Jana Zimmermanna, pojęcie interesu publicznego należy do tzw. klauzul generalnych, które mają z założenia charakter nieostry<sup>28</sup>. Jak wskazuje się w literaturze przedmiotu, zarówno klauzule generalne, jak i normy ogólne dają możliwość swobody w procesie stosowania prawa, z tym, że w odniesieniu do klauzul generalnych swoboda istnieje *extra legem*, natomiast w odniesieniu do norm ogólnych można mówić o swobodzie *intra legem*<sup>29</sup>. W toku dalszej klasyfikacji przyporządkowuje się interes publiczny kategorii klauzuli generalnej drugiego typu. Zakłada się, że o ile w przypadku klauzul generalnych pierwszego typu organ stosujący prawo może przy rozpoznawaniu konkretnej sprawy kierować się subiektywną hierarchią wartości, a w zakresie objętym pojęciem klauzul generalnych mieszczą się wszelkie zwroty niedookreślone uzasadniające niemożliwe w istocie do skontrolowania luzy decyzyjne, o tyle w ujęciu węższym, dotyczącym tzw. klauzul generalnych drugiego typu, dopuszczalne jest jedynie odwoływanie się do ogólnych, przyjętych w danym miejscu i czasie, systemów wartości<sup>30</sup>.

Zgodnie ze słownikiem języka polskiego, „interes” to inaczej „pożytek”, „korzyść”<sup>31</sup>. Bardziej rozwiniętą definicję, opierającą się o językowe znaczenie, podał Jacek Lang, określając mianem interesu „relację pomiędzy jakimś stanem obiektywnym, aktualnym lub przyszłym a oceną tego stanu z punktu widzenia korzyści, które on przynosi lub może przynieść jakiejś jednostce lub grupiespo-

<sup>26</sup> Ibidem.

<sup>27</sup> M. Zieliński, *Wykładnia prawa...*, s. 171.

<sup>28</sup> J. Zimmermann, *Prawo administracyjne*, Kraków 2005 s. 312 i nn.

<sup>29</sup> T. Zieliński, *Klauzule generalne w prawie pracy*, Warszawa 1988, s. 64.

<sup>30</sup> W. Jakimowicz, *Wykładnia...*, pkt 2.4.1. Określenie treści „interesu publicznego” w konstytucji, LEX, logowanie z dn. 12.07.2010.

<sup>31</sup> <http://sjp.pwn.pl/szukaj/interes>, data dostępu 06.06.2010 r.

łecznej”<sup>32</sup>. Z kolei przymiotnik „publiczny” oznacza w języku polskim „dotyczący całego społeczeństwa lub jakiejś zbiorowości”. Podobnie Małgorzata Stahl wskazuje, że „publiczny” oznacza „ogólnie, powszechnie dostępny”, „do powszechnego użytku”, „coś przeznaczone do użytku powszechnego, zbiorowego”<sup>33</sup>.

Obok definicji słownikowej, omawiane pojęcie próbuje się wyjaśnić poprzez zestawienie interesu publicznego z interesem jednostkowym i skonfrontowanie tych dwóch terminów. Jak pisze Eugeniusz Modliński, publiczny interes stanowiący sam przez się pojęcie oderwane i nie dające się ująć konkretnie nabiera pełnej treści dopiero przez zestawienie z prawem poszczególnej jednostki jako namiastki wszelkiej społeczności. Istnienie bowiem pojęcia publiczności związane jest ze stanem, gdy jednostka przestaje żyć życiem odosobnionym, łącząc się w grupy o podłożu gospodarczym, ekonomicznym czy politycznym. Wtedy dopiero, obok troski zaspokojenia bezpośrednio egoistycznych potrzeb, wyłaniają się zagadnienia wspólne danej zbiorowości, wymagające akcji skoordynowanej i nie dającej się w ramach rozporządzalnych środków przez poszczególne jednostki rozwiązać<sup>34</sup>. Współczesnym rozwinięciem tej koncepcji jest zdefiniowanie interesu publicznego jako określonej wartości motywacyjnej, wspólnej dla wielu abstrakcyjnie ujętych podmiotów, konkretyzującej się w razie zbiegu z przeciwstawnymi celami prywatnymi<sup>35</sup>. Zasadniczym wyróżnikiem typu interesu będzie zatem wskazanie, czy dana instytucja, czynność etc. implikuje powstanie stanu pożądanego przez bezpośrednio określony podmiot, ewentualnie czy podmiot bądź podmioty, które mogą skorzystać z danego rozwiązania, są abstrakcyjne, niesprecyzowane, nieokreślone.

Jan Zimmermann, podobnie jak wielu innych badaczy dostrzega, że zestawienie ze sobą kategorii interesu publicznego i indywidualnego może w wielu sytuacjach stwarzać napięcie między nimi, ich konkurencyjność, co nakazuje rozważyć doniosłe zagadnienie kolizji między tymi interesami<sup>36</sup>. Normatywną ilustracją tego zagadnienia można uczynić art. 7 Kodeksu postępowania administracyjnego<sup>37</sup>, stanowiący, że w toku postępowania organy administracji publicznej stoją na straży praworządności i podejmują wszelkie kroki niezbędne do dokładnego wyjaśnienia stanu faktycznego oraz do załatwienia sprawy, mając na względzie interes społeczny i słuszny interes obywateli. Powyższy przepis jest o tyle godny uwagi, że zawiera interesujące zestawienie

---

<sup>32</sup> J. Lang, *Struktura prawna skargi w prawie administracyjnym*, Wrocław 1972, s. 98–100.

<sup>33</sup> M. Stahl, *Cele publiczne i zadania publiczne*, w: J. Zimmermann (red.), *Koncepcja systemu prawa administracyjnego*, Warszawa-Kraków 2007 r., s. 97–98.

<sup>34</sup> E. Modliński, *Pojęcie interesu publicznego w prawie administracyjnym : (praca czytana w r.1929 na posiedzeniu sesji studjów nad techniką ustawodawczą Polskiego Instytutu Prawa Administracyjnego im. Kazimierza Wielkiego)*, Poznań 1932 r., s. 3.

<sup>35</sup> R. Szostak, *Przetarg nieograniczony na zamówienie publiczne. Zagadnienia konstrukcyjne*, Kraków 2005, str. 32.

<sup>36</sup> J. Zimmermann, *Prawo...*, s. 262.

<sup>37</sup> Ustawa z dn. 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (Dz. U. z 2000 r. nr 98, poz. 1071 ze zm.).

w jednej jednostce redakcyjnej dwóch pojęć: interesu społecznego i słusznego interesu strony, z których oba, jak wskazuje B. Adamiak w komentarzu do k.p.a., nie są ustawowo zdefiniowane i mają charakter nieostry<sup>38</sup>. Dlatego sposób sformułowania przepisu art. 7 k.p.a. sprowokował doktrynę i judykaturę do wysunięcia szeregu tez, ukazujących specyfikę pojęcia „interes publiczny”.

Odzwiedcieniem spojrzenia na interes publiczny widziany w opozycji do indywidualnego jest np. wyrok z dnia 18 stycznia 1995 roku Naczelnego Sądu Administracyjnego, który zawiera następującą tezę: „(...) najdalej nawet idące poglądy co do zakresu uwzględnienia słusznego interesu strony w postępowaniu administracyjnym przewidują, że granicą dla niego jest kolizja z interesem społecznym”<sup>39</sup>. Teza ta została wyrażona w stanie faktycznym, w którym organ administracji publicznej odmówił zaniechania ustalenia i poboru podatku, które mogłyby mieć miejsce, gdy pobranie podatku mogłoby zagrozić zdolności gospodarczej zakładu lub egzekucji podatnika. Niewątpliwie opisany stan faktyczny stanowił wyraźny przypadek starcia, konfrontacji czy też kolizji interesu jednostki (interesu prywatnego), polegającego na chęci zminimalizowaniu danin publicznych ze swojej strony, z interesem publicznym, polegającym na zapewnieniu dopływu możliwie dużych środków na realizację zadań publicznych i pokrycie kosztów funkcjonowania aparatu państwowego.

Jako, że we wspomnianym art. 7 k.p.a. pojawiło się pojęcie „interes społeczny”, warto w tym miejscu wyjaśnić relacje między pojęciami interes publiczny i interes społeczny. W doktrynie przeważa pogląd, że pod względem treści pojęcia te są równoznaczne. Odmienności w nazewnictwie Mirosław Wyrzykowski tłumaczy przesłankami polityczno-ustrojowymi i wiąże je z przejściem w państwie socjalistycznym zadań samorządu przez organy władzy i administracji państwowej. Nie użyto jednak terminu „interes państwowy”, uznając zasadę uspołecznienia administracji państwowej, poprzez udział obywateli w sprawowaniu władzy<sup>40</sup>. Biorąc poprawkę na okoliczności historyczne, w których pisano to wyjaśnienie (praca została wydana w 1986 roku), można skonstatować, że zmiana terminologii faktycznie miała podstawy polityczno-ustrojowe, nie należy jednak się tu dopatrywać zmian rzeczywistych, a raczej semantycznych oraz chęć dostosowania aparatu pojęciowego do obowiązującej doktryny. Niezależnie od powyższych spostrzeżeń, faktem jest, że w doktrynie oraz orzecznictwie pojęcia te najczęściej się utożsamia – np. Mirosław Wyrzykowski stosuje je zamiennie; podobnie czyni Naczelny Sąd Administracyjny. Różnica polega na tym, że w okresie tzw. „realnego socjalizmu” chętniej używano pojęcia „interes społeczny”, a od lat dziewięćdziesiątych XX wieku powraca się do przedwojennego terminu „interes publiczny”.

---

<sup>38</sup> B. Adamiak, J. Borkowski, *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, Warszawa 2005 r., s. 72–73.

<sup>39</sup> Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego (do 2003.12.31) we Wrocławiu z dnia 18 stycznia 1995 r. (sygn. SA/Wr 1386/94).

<sup>40</sup> M. Wyrzykowski, *Pojęcie interesu...*, s. 26.

Pomimo niewątpliwych walorów badawczych, pojmowanie interesu publicznego w całkowitej opozycji do interesu jednostki z czasem zaczęło ulegać przewartościowaniu, a nawet przez niektórych zostało uznane za anachronizm<sup>41</sup>. Model ten w pewnych okolicznościach jest zbyt jednostronny, uproszczony, eliminuje bowiem np. takie sytuacje, w których interes jednostki i interes publiczny mają elementy wspólne. W doktrynie wskazuje się co prawda, że interes indywidualny nie pokrywa się z interesem publicznym, ale dostrzega się także trzy możliwe relacje interesu publicznego i prywatnego: pokrywanie się (identyfikacja), społeczną obojętność interesu indywidualnego oraz sprzeczność interesów prywatnego i publicznego<sup>42</sup>. Już sama ochrona interesów jednostki leży w interesie publicznym, czyli instytucjonalne zabezpieczenie ochrony i możliwości dochodzenia swych interesów przez jednostki służy zbiorowości. Oprócz tego interes publiczny może występować nie tylko na poziomie całego społeczeństwa, ale także na niższym poziomie, np. dużych grup społecznych. Prowadzi to w konsekwencji do zatarcia dychotomii między interesem publicznym i prywatnym, gdyż, jak wskazuje doktryna, w świetle nowych rozwiązań szczegółowych prawa administracyjnego, większe niż dotychczas staje się znaczenie poszczególnych grup i grupy te obok, albo w konkurencji z podmiotami indywidualnymi, stają się partnerami administracji publicznej<sup>43</sup>.

Nie wszyscy podzielają zatem pogląd, zgodnie z którym interes publiczny ze swej istoty stanowi przeciwieństwo interesu indywidualnego. Np. Zygmunt Kmiecik stawia tezę, że w demokratycznym państwie prawnym zadaniem administracji powinno być obecnie dążenie – w ramach określonych przez przepisy prawa (dotyczy to przede wszystkim sfery uznania administracyjnego) – do harmonizowania czy też godzenia ze sobą obu tych interesów<sup>44</sup>. W podobnym tonie wypowiada się Andrzej Wróbel, stwierdzając dodatkowo, że z punktu widzenia normatywnie założonych funkcji i celu postępowania administracyjnego granice między interesem publicznym i interesem prawnym obywateli są płynne i nieostre. Autor podkreśla, że funkcja ochronna postępowania administracyjnego nie może być zredukowana do ochrony jednego z tych dóbr, ponieważ ochrona prawnego interesu strony w sposób konieczny jest związana z zapewnieniem zgodności decyzji administracyjnej z prawem, a to służy ochronie interesu publicznego ucieleśnionego w zasadzie praworządności<sup>45</sup>.

---

<sup>41</sup> Na takim stanowisku stoi np. Mirosław Wyrzykowski.

<sup>42</sup> I. Wajnes, *Ochrona praw i interesów jednostki w postępowaniu administracyjnym*, Wilno 1939, s. 17–18.

<sup>43</sup> J. Zimmermann, *Prawo administracyjne...*, s. 263.

<sup>44</sup> Z. Kmiecik, glosa do wyroku NSA z dnia 8 stycznia 1988 r., IV SA 753/87, OSP 1991, z. 7–8, poz. 175.

<sup>45</sup> A. Wróbel, *Interes publiczny...*, s. 707.

Nie zmienia to jednak faktu, że pojmowanie interesu publicznego jako przeciwieństwa interesu prywatnego wciąż znajduje swoje zastosowanie i jest obecne zarówno w doktrynie, jak i orzecznictwie. Aktualny jest zatem pogląd zawarty w jednym z wyroków Sądu Antymonopolowego, że co do zasady interes publiczny dotyczy ogółu, nieokreślonej z góry liczby osób, a nie jednostki, czy też określonej grupy<sup>46</sup>. Przywołany wyrok zapadł w sprawie, w której strona próbowała dowodzić, że ustawa antymonopolowa dotyczy indywidualnych przypadków praktyk monopolistycznych i jej stosowanie nie powinno być uzależnione od naruszenia interesu publicznego. Skład sędziowski przyznał wprawdzie, że interes publiczny w postępowaniu administracyjnym nie jest pojęciem jednolitym i stałym oraz, że w każdej indywidualnej sprawie winien on być konkretyzowany. Pomimo tego wyróżnił cechę, będącą zdaniem Sądu uniwersalną przesłanką do uznania interesu za publiczny, jaką jest zaadresowanie do ogółu. Pogląd ten znalazł oparcie w aprobującej glosie, w której stwierdzono, że do naruszenia interesu publicznego dochodzi zatem, gdy skutki określonych działań mają charakter powszechny<sup>47</sup>. Z taką powszechnością skutków mamy niewątpliwie do czynienia w przypadku zamówień publicznych. W ramach zamówień publicznych wydankuje się bowiem środki publiczne na cele publiczne. Skutki działań realizowanych w ramach udzielania zamówień publicznych mają bądź mogą mieć charakter powszechny. Prawdliwość gospodarowania środkami publicznymi leży bowiem w interesie wszystkich tych, od których środki te pozyskano, podobnie jak prawidłowość w realizacji zadań publicznych.

Drugi typ ujęcia interesu publicznego jest ściśle związany z rozwojem socjologii i pokrewnych nauk społecznych. Punktem wyjścia jest dla niego analiza społeczeństwa pojmowanego nie tyle jako zbiór jednostek, ale grup o zróżnicowanych interesach i dążeniach<sup>48</sup>. W stosunku do poprzedniego ujęcia na pierwszy plan wysuwa się zatem zmiana optyki patrzenia na zbiorowość. Tym razem w centrum zainteresowania zostaje postawiona nie jednostka i reszta społeczeństwa, ale grupy społeczne. Interes publiczny jest pojmowany w tym ujęciu jako wypadkowa interesów grupowych, stanowiąc efekt mediacji w procesie rządzenia i administrowania – jest sferą consensusu najliczniejszych w społeczeństwie grup społecznych<sup>49</sup>. Można ocenić, że ten sposób ujęcia interesu publicznego oddaje lepiej złożoność i różnorodność procesów zachodzących w społeczeństwie, korespondując z wynikami badań nauk społecznych. Miejsce prostego przeciwstawienia pojęć „interes jednostki – interes publiczny” zajmuje kompromis, osiągnięty w drodze wpływów poszczególnych

---

<sup>46</sup> Wyrok Sądu Antymonopolowego z dnia 19 listopada 2001 r., sygn. XVII Ama 2/01 (Dz. Urz. UOKiK z 2002 r. Nr 1, poz. 47).

<sup>47</sup> M. Kastelnik, *Pojęcie „interes publiczny” w orzecznictwie Sądu Antymonopolowego*, Glosa 2004, nr 10, s. 13 i nn.

<sup>48</sup> M. Wyrzykowski, *Pojęcie interesu...*, s. 34.

<sup>49</sup> M. Wyrzykowski, *Pojęcie interesu...*, s. 35.

grup, niejako moderowany poprzez rządzenie i administrowanie. Cenna jest wiedza, że może on występować nie tylko na styku relacji jednostka-społeczeństwo, ale również stanowić wypadkową interesów różnych grup, rodzaj porozumienia, wypracowanego w efekcie ścierania się interesów grupowych, moderowanego przez administrację lub rząd.

Ilustracją prezentowanego poglądu o interesie publicznym jako sferze aksjologicznego consensusu jest wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie: „W świetle art. 7 k.p.a. organ obowiązany jest rozważyć, czy słuszny interes strony i względy społeczne przemawiają za uwzględnieniem jej żądania, bacząc przy tym na to, że interes społeczny (publiczny) z samego założenia nie może być traktowany jako przeciwieństwo interesu indywidualnego, a zadaniem organu podejmującego decyzje w sferze uznania administracyjnego jest harmonizowanie, czy też godzenie tych interesów”<sup>50</sup>. Doktryna potwierdza tezy zawarte w omawianym wyroku – ponieważ omawiany przepis nie wprowadza hierarchii wartości ani zasad rozstrzygania konfliktów między nimi, można przyjąć, że interesy te są prawnie równorzędne, co nakłada na organ rozstrzygający obowiązek harmonizowania tych interesów<sup>51</sup>. Należy przy tym poczynić istotne dla problematyki zamówień publicznych spostrzeżenie, że wartości składające się na interes publiczny mogą mieć konkurencyjny względem siebie charakter (ma to miejsce choćby w prawie zamówień publicznych). W omawianej sprawie, dotyczącej nadania uprawnień do poruszania się jako pojazdy uprzywilejowane pojazdom do przewozu krwi, nastąpiło starcie dwóch wartości: bezpieczeństwa w ruchu drogowym (z zasady narzanej przez pojazdy uprzywilejowane) i ratowania życia i zdrowia ludzkiego poprzez możliwie szybki transport krwi. Sąd stwierdził, że interes skarżącego, prowadzącego działalność w zakresie krwiodawstwa i krwiolecznictwa, nie może być przeciwstawiony interesowi społecznemu wyrażającemu się w bezpieczeństwie ruchu drogowego, skoro ta działalność również wykonywana jest w interesie społecznym.

Specyfiką odniesienia się do consensusu społecznego jest relatywizacja treści pojęcia „interes publiczny”, które nabiera specyficznych cech w szczególnych okolicznościach. Zróżnicowanie i relatywizm podkreśla się w piśmiennictwie, wskazując że interes społeczny (interes publiczny) nie jest kategorią jednolitą. Można w jego obrębie wyróżnić m.in.: interes ogólnonarodowy, interes gminy, interes powiatu itp.<sup>52</sup> Zbigniew Janowicz zauważa nawet, że w praktyce może zachodzić kolizja między różnymi interesami społecznymi<sup>53</sup>. Wyrok NSA z dnia 20 maja 1998 roku jest egzemplifikacją tej tezy: „pewną

---

<sup>50</sup> Wyrok z dnia 26 marca 2008 r. Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie, sygn. VI SA/Wa 85/08.

<sup>51</sup> A. Wróbel, *Interes publiczny...*, s. 705.

<sup>52</sup> M. Zdyb, J. Stelmasiak, *Zasady ogólne Kodeksu postępowania administracyjnego. Orzecznictwo Naczelnego Sądu Administracyjnego z komentarzem*, Lublin 1992, s. 55.

<sup>53</sup> Z. Janowicz, *Kodeks...*, s. 72.



wskazówkę interpretacyjną stanowi art. 7 k.p.a. dotyczący uznania administracyjnego, w myśl którego organy administracji uprawnione są do własnej oceny interesu społecznego i słuszności interesu obywatela i każdorazowo o treści podejmowanego rozstrzygnięcia decydują okoliczności konkretnego przypadku<sup>54</sup>. Relatywne zabarwienie jest szczególnie podkreślone przez tezę o własnej ocenie interesu społecznego przez organy administracji. W świetle tezy wyroku interes publiczny nie ma charakteru uniwersalnego i obiektywnego. Ze względu na relatywny charakter interesu publicznego, organ administracji stosujący prawo musi wykazać się twórczą interpretacją tego pojęcia i kreatywnym procesem kwalifikacji prawnej, warunkowanym przez okoliczności danej sprawy.

Konsekwencją relatywistycznego pojmowania interesu publicznego stanowi wyrok, w którym organ orzekający uznał, że istnienie interesu publicznego musi być jednoznacznie wykazane. W wyroku z dnia 21 czerwca 2001 roku Naczelny Sąd Administracyjny stwierdził: „Należy przypomnieć, że w państwie prawa nie ma miejsca dla mechanicznej i sztywno pojmowanej zasady nadrzędności interesu społecznego nad interesem indywidualnym. Oznacza to, że w każdym wypadku organ orzekający ma obowiązek wskazać, o jaki interes ogólny chodzi, i udowodnić, że jest on tak ważny i znaczący, że bezwzględnie wymaga ograniczenia uprawnień indywidualnych obywatela. Zarówno wykazanie takiego interesu, jak i jego znaczenie, a także przesłanki powodujące konieczność przedłożenia w konkretnym wypadku interesu społecznego nad indywidualny, podlegać muszą wnikliwej kontroli instancyjnej i sądowej, szczególnie wówczas, gdy w ocenie organu w interesie społecznym leży ograniczenie praw obywatela określonych w Konstytucji RP<sup>55</sup>. Sąd, wypowiadając się w sprawie zaskarżenia odmowy uznania obywatelstwa polskiego przez obywatelkę Ukrainy, stwierdził również, że przedkładając w konkretnym wypadku interes społeczny w postaci potrzeby ochrony porządku prawnego nad indywidualny interes strony, organ odwoławczy nie wyjaśnił dokładnie stanu faktycznego i w konsekwencji nie ustalił, czy porządek prawny został naruszony w stopniu, który bezwzględnie wymaga wydania w sprawie decyzji negatywnej.

Ze względu na specyfikę interesu publicznego, przy omawianiu problematyki zamówień publicznych konieczne jest uwzględnienie również grup społecznych, których owe zamówienia dotyczą. Dopiero uwzględnienie interesów poszczególnych grup, posiadających określone interesy w przebiegu procedur o udzielenie zamówienia publicznego, pozwoli na doprecyzowanie, o jakim interesie publicznym można w tym przypadku mówić.

Trzeci typ ujęcia interesu publicznego bazuje na stosunkowo prostym założeniu, że interes publiczny to interes wielu lub większości. Ta niejako matematyczna koncepcja może być atrakcyjna z racji swojej prostoty, ale jednocześnie rodzi niebezpieczeństwo interpretacji mechanicznej, czysto ilościowej i może

<sup>54</sup> Wyrok NSA z dnia 20 maja 1998 r., sygn. I SA/Ka 1744/96 (niepublikowany).

<sup>55</sup> Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego (do 2003.12.31) w Warszawie z dnia 21 czerwca 2001 r. (sygn. V SA 3718/00).

się nie sprawdzić przy bardziej złożonych sytuacjach, w których kolidują ze sobą interesy np. dużych grup społecznych. Trudno bowiem w takiej sytuacji kierować się kryterium czysto ilościowym, dając pierwszeństwo interesowi jednej z grup tylko dlatego, że obejmuje większą liczbę osób. Ale i ten typ rozumienia interesu publicznego nie powinien być z góry eliminowany. Wydaje się bowiem, że co do zasady interes publiczny będzie odnosił się do grup przeważających liczebnie, choć reguła ta zawiera wyjątki.

W świetle powyższej różnorodności, a czasem i rozbieżności poglądów doktrynalnych, należy stwierdzić, że interes publiczny z pewnością nie jest wyłącznie prostą sumą interesów poszczególnych jednostek. Jest to spowodowane faktem, że w odniesieniu do grup społecznych tworzą się nowe potrzeby i oczekiwania, tworząc jakościowo nowe kategorie interesu, różne od indywidualnych. Jednocześnie interesu publicznego nie można w pełni utożsamiać z interesem państwa, organów administracji czy wolą polityczną rządzących. Oczywiście może zachodzić sytuacja znaczącego pokrywania się tych interesów, ale równie prawdopodobną jest częściowa opozycja interesów rządzących i rządzonych czy administrujących i administrowanych. Nawet w państwie o wysokich standardach demokratycznych nie ma gwarancji pełnego i prostego przekładania się woli wyborców na konkretne, szczegółowe działania rządu albo organów administracji, zwłaszcza jeśli weźmie się pod uwagę, że jednym z celów polityki jest walka o zdobycie, utrzymanie i poszerzenie zakresu władzy, a zatem że cele rządzących są szersze niż tylko działanie w interesie publicznym. Dlatego unikając skrajności, najbardziej odpowiednim wydaje się założenie, że w demokratycznym państwie prawa interes organizacji państwowej pokrywa się w znaczącej części z interesem publicznym, ale jednocześnie istnieją też specyficzne różnice, nie pozwalające na pełne utożsamienie tych pojęć. Bliższe stanu faktycznego wydaje się być zatem sformułowanie, że interes publiczny to sytuacja, w której przemawiają pewne wartości społecznie aprobowane<sup>56</sup>.

Najnowsza literatura przedmiotu w dużej mierze podtrzymuje wypracowane wcześniej poglądy na interes publiczny<sup>57</sup>. Przemiany społeczno-gospodarcze powodują wprawdzie, że można mówić o pojawianiu się nowych treści składających się na interes publiczny. Takim przykładem może być dostępność do internetu, stawiana w nowoczesnych państwach jako równie ważna co energia elektryczna albo infrastruktura drogowa. Przemiany demokratyczne zapoczątkowane w 1989 roku sprawiły, że dychotomia interes publiczny – interes prywatny uległa pewnemu zatarciu a interes publiczny częściej jest traktowany jako równorzędny z interesem prywatnym. Podkreśla się także, że tradycyjne przeciwstawienie interesu publicznego interesowi prywatnemu

---

<sup>56</sup> H. Dzwonkowski (red.), *Ordynacja podatkowa*, Warszawa 2008, s. 320.

<sup>57</sup> Cf. np. P. Suwaj, *Konflikt interesów w administracji publicznej*, 2009, A. Mednis, *Prawo do prywatności a interes publiczny*, Zakamycze 2006, K. Płonka-Bielenin, *Zakres pojęcia „interes publiczny” a organizacje pożytku publicznego*, *Administracja* 4/2007, gdzie przywołuje się przede wszystkim monografię K. Wyrzykowskiego i E. Modlińskiego.

w zakresie prawa uległo ewolucji, tzn. interesy prywatne stały się uznane za mające znaczenie dla ogółu i są tak traktowane. Ta istotna zmiana, polegająca na uznaniu interesów jednostkowych, jako części składowej interesu publicznego nastąpiła poprzez ustawowe określenie interesów prywatnych jako publicznych praw podmiotowych<sup>58</sup>. Jednakże podstawowe cechy o charakterze formalnym, dotyczące interesu publicznego, są w nauce postrzegane podobnie. Wciąż przyjmuje się, że pojęcie interesu publicznego ma charakter względny, ponieważ wynika zarówno z kontekstu społecznego, jak i dynamiki przemian społeczno-gospodarczych.

Podsumowując poglądy obecne w nauce prawa na interes publiczny, dostrzegam następujące cechy o charakterze formalnym, które go wyróżniają:

- odniesienie do społecznie akceptowanych wartości, do treści consensu społecznego, takich jak np. chęć racjonalnego wydatkowania środków publicznych, transparentność procedur itp.;
- opozycja do interesu indywidualnego i element reglamentacji, ograniczenia praw jednostki kosztem ogółu;
- działanie w interesie bliżej nie zidentyfikowanej, abstrakcyjnie pojmowanej zbiorowości;
- relatywny charakter treści interesu publicznego;
- bezwzględnie obowiązujący charakter norm prawnych, chroniących interes publiczny.

Pozostaje zatem problem stworzenia definicji interesu publicznego. Przede wszystkim należy uwzględnić poglądy wielu autorów, w tym Eugeniusza Modlińskiego i Mirosława Wyrzykowskiego podkreślających, że stworzenie definicji interesu publicznego jest niemożliwe. Rzeczywiście, w pełni podzielam pogląd, że stworzenie definicji interesu publicznego, która przesądzi o jego treści w każdych okolicznościach, jest niemożliwe. Okoliczności, czynniki zewnętrzne i stany faktyczne są bowiem zbyt różnorodne, aby możliwe było przewidzenie, jaki konkretnie będzie pożądanym przez grupę osób stan rzeczy w danym miejscu i czasie.

Jednak z drugiej strony, w mojej ocenie nie jest w pełni uzasadniony pogląd odbierający interesowi publicznemu w sposób absolutny jakąkolwiek przydatność. Istnieje ku temu kilka powodów.

Po pierwsze, pojawia się zasadnicze pytanie o celowość używania terminu „interes publiczny” i pokrewnych w dużej liczbie przepisów występujących w polskim prawie. Całkowite zanegowanie jakiejkolwiek treści związanej z omawianym pojęciem oznaczałoby, że w systemie prawnym używa się w wielu przypadkach terminu rodzącego istotne trudności interpretacyjne. W tej sytuacji trudno przypisywać racjonalność ustawodawcy, który miałby się posługiwać pojęciami pozbawionymi treści. Groziłoby to zakłóceniem procesu interpretacji przepisów, prowadząc albo do pomijania tego terminu

---

<sup>58</sup> K. Płonka-Bielenin, *Zakres pojęcia „interes publiczny” a organizacje pożytku publicznego*, Administracja 4/2007.

jako bezużytecznego w procesie wykładni prawa, albo odwrotnie – przypisując mu znaczenie całkowicie dowolne, czyli wypełniając go swobodnie pożądaną treścią. Obie te sytuacje, szczególnie z racji częstego używania przez polskiego ustawodawcę terminu „interes publiczny” bądź „interes społeczny”, są trudne do przyjęcia na gruncie obowiązujących przepisów.

Po drugie, umniejszanie znaczenia pojęcia „interes publiczny” odbiera cenne narzędzie, pozwalające dostosować przepisy prawa do zmiennej i często nieprzewidywalnej rzeczywistości. Przepisy prawne, szczególnie dotyczące administracji publicznej, muszą zawierać takie postanowienia, które wprawdzie będą niedookreślone i nieostre, ale zapewnią niezbędną w procesie administrowania elastyczność w stosowaniu prawa.

Dlatego pomimo znaczących trudności definicyjnych, stoję na stanowisku, że uwzględniając dorobek doktryny i orzecznictwa w zakresie interesu publicznego, można zdefiniować to pojęcie. Interes publiczny określam mianem stanu pożądanego przez znaczną część lub większość niedookreślonej, abstrakcyjnie pojmowanej grupy ludzi i dotyczącego tej grupy, stanowiącego pochodną systemu wartości dominującego w tym zbiorze osób i uzależnionego w swojej treści od sfery, której ów pożądaný stan dotyczy, mogącego być odmiennym albo nawet przeciwstawnym interesom prywatnym.

Przyjrzyjmy się po kolei członom proponowanej definicji. Stan pożądaný będzie ogółem warunków, okoliczności, czynników konstytuujących daną sytuację, stanowiącym projekcję ludzkich oczekiwań. Niedookreśloność i abstrakcyjność grupy, generującej te oczekiwania oznacza, że niemożliwym albo trudnym jest stworzenie kompletnej listy tych osób, wskazanych z imienia i nazwiska bądź nazwy organizacji. Projektowany przez tę zbiorowość stan stanowi konsekwencję wspólnych przekonań i jest zrelatywizowany w zależności od tego, jakiego przedmiotu dotyczy. Istotne jest również, że samo wspólne pożądanie określonego stanu nie przesądza jeszcze, że interes jest publiczny. O publicznym charakterze będzie świadczyła jakościowa różnica, występująca między sumą interesów prywatnych a interesem publicznym. Interesu publicznego nie da się bowiem sprowadzić do prostej sumy interesów prywatnych, ale dotyczy on grup ludzi i okoliczności powiązanych z sytuacją tych grup.

## 2. Pojęcie zamówień publicznych sensu stricto

Legalne definicje zamówień publicznych są zawarte zarówno w prawie europejskim, w samej ustawie p.z.p., jak i w powiązanych aktach prawnych. Kluczowe znaczenie ma definicja znajdująca się w dyrektywie nr 2004/18/WE<sup>59</sup>. Zgodnie z art. 1 ust. 1 pkt 2 lit. a) tej dyrektywy, zamówie-

---

<sup>59</sup> Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz. U. UE L 134/114 z dnia 30 kwietnia 2004 r. ze zm.).

nia publiczne oznaczają umowy o charakterze odpłatnym zawierane na piśmie pomiędzy jedną lub więcej instytucjami zamawiającymi a jednym lub więcej wykonawcami, których przedmiotem jest wykonanie robót budowlanych, dostawa produktów lub świadczenie usług w rozumieniu tejże dyrektywy.

Europejski ustawodawca skupił się na umowie, jako czynności prawnej kluczowej dla zamówień, ponieważ wiąże się ona ze złożeniem oświadczenia woli, w którym instytucja dysponująca środkami publicznymi zobowiązuje się do zapłaty. Podobne rozwiązanie przyjął polski ustawodawca w art. 2 pkt 13 p.z.p., w którym zawarł legalną definicję zamówień publicznych. Zgodnie z przywołaną definicją, zamówieniami publicznymi są umowy odpłatne zawierane między zamawiającym a wykonawcą, których przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane. Odpłatność umowy jest rozumiana w doktrynie szeroko – warto zwrócić uwagę na fakt doktrynalnej wykładni rozszerzającej, gdyż jak się później okaże, interpretacja rozszerzająca jest w odniesieniu do przepisów o zamówieniach publicznych nad wyraz częsta, co nie pozostaje bez wpływu na realizowanie interesu publicznego. Jerzy Pieróg zwraca uwagę, że udzielając zamówienia zamawiający zakłada konieczność wydatkowania środków. Nie jest przy tym istotne, czy wydatkowanie to następować będzie bezpośrednio ze środków zamawiającego, przez kredytowanie zamówienia przez wykonawcę, czy poprzez czasowe finansowanie zamówienia przez inny podmiot. W tym ostatnim przypadku mamy do czynienia z zamówieniem publicznym nawet wtedy, gdy zwrot wydatków podmiotowi finansującemu zamówienie następuje np. pośrednio z pobieranych przez wykonawcę opłat eksploatacyjnych, jak w przypadku koncesji na roboty budowlane<sup>60</sup>. W tym samym artykule, w pkt 12 ustawodawca określa zamawiającego jako osobę fizyczną, osobę prawną albo jednostkę organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej obowiązanej do stosowania ustawy. Przepis ten winien być interpretowany razem z art. 3 ustawy p.z.p., który enumeruje podmioty zobowiązane do stosowania ustawy.

Naczelnym kryterium, skutkującym narzuceniem podmiotom obowiązku przestrzegania przepisów o zamówieniach, jest wydatkowanie środków publicznych. A zatem fakt dysponowania środkami publicznymi skutkuje podleganiem rygorom ustawowym w zakresie ich wydatkowania. Można zaobserwować tendencję do możliwie szerokiej wykładni dotyczącej zakresu podmiotowego stosowania zamówień publicznych. Dążenie to znalazło odzwierciedlenie w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (zwanego dalej: ETS), w sprawie 31/87 Gebroeders Beentjes BV<sup>61</sup> przeciwko Holandii, na kanwie której powstało orzeczenie, stanowiące dla doktryny wskazówkę dla definiowania zamawiających. Z racji fundamentalnego znaczenia dla zamówień publicznych, wymaga ono szerszego omówienia.

---

<sup>60</sup> J. Pieróg, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2007, s. 22.

<sup>61</sup> Orzeczenie Trybunału (Czwartej Izby) z dnia 20 września 1988 r. Gebroeders Beentjes BV przeciwko Państwu Holenderskiemu (Sprawa 31/87 „Beentjes”).

Sąd krajowy wystąpił do ETS z pytaniem, czy lokalny komitet konsolidacji gruntów może być uznany za zamawiającego celem ustalenia, czy zamówienia udzielane przez ten podmiot podlegają rygorom zamówień publicznych. Wątpliwości zrodziły się, ponieważ podmiot ten nie miał odrębnej osobowości prawnej i jedynym sposobem interpretacji pozwalającej na zaklasyfikowanie go jako zamawiającego było uznanie za organ państwowy. Trybunał uznał, że pojęcie „organ państwowy” należy interpretować w kategoriach funkcjonalnych, a więc biorąc pod uwagę cel dyrektywy, którym jest zapewnienie swobody zakładania przedsiębiorstw i świadczenia usług. W ocenie trybunału cele te byłyby zagrożone gdyby przyjąć, że przepisy nie mają zastosowania do podmiotu, który formalnie rzecz biorąc nie jest częścią administracji państwowej. Chociaż trybunał nie wyjaśnił źródeł zagrożenia, to doktryna dopatruje się ich w łatwym obchodzeniu przepisów o zamówieniach publicznych poprzez tworzenie jednostek o takich formach organizacyjno-prawnych, które nie mieszczą się w wąskiej definicji zamawiającego<sup>62</sup>.

Przedmiot zamówień publicznych, to znaczy dostawy, usługi i roboty budowlane, obejmuje w praktyce wszystkie dobra, jakie można nabyć. Istotne jest przy tym wskazanie odmiennego niż w Kodeksie cywilnym<sup>63</sup> (zwanym dalej: KC) definiowania dostaw. P.z.p definiuje dostawę w sposób zdecydowanie szerszy niż art. 605 KC, jako nabywanie rzeczy, praw oraz innych dóbr, w szczególności na podstawie umowy sprzedaży, dostawy, najmu, dzierżawy oraz leasingu.

Przegląd podmiotowych i przedmiotowych kryteriów udzielania zamówień publicznych ukazuje zatem szeroki zasięg podmiotowy i przedmiotowy tej regulacji, która obejmuje wszystkich znaczących dysponentów środków publicznych i absolutną większość dostępnych na rynku dóbr, które za te środki można nabyć, a także wszystkie podmioty chcące pozyskać publiczne kontrakty. Wyraźny jest cel, aby obowiązywanie przepisów ustawy p.z.p. uczynić regułą, od której wyjątki przedmiotowe i podmiotowe są ściśle określone. Szczelność systemu uregulowań prawnych dotyczących zasad wydatkowania środków publicznych jest warunkiem wstępnym do tego, aby móc realizować interes publiczny, to znaczy zagwarantować realizację społecznie akceptowanych wartości, takich jak racjonalne wydatkowanie środków czy równe traktowanie wykonawców. Jeżeli bowiem przyjąć, że instytucja zamówień publicznych służy interesowi publicznemu, to gwarancje przestrzegania przepisów dotyczących zamówień będą leżały w interesie publicznym.

Drugim, obok zamawiających, uczestnikiem procesu udzielania zamówień publicznych, są wykonawcy. Ustawa definiuje wykonawcę jako osobę fizyczną, osobę prawną albo jednostkę organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej, która ubiega się o udzielenie zamówienia publicznego, złożyła ofertę lub

---

<sup>62</sup> D. Piasta, *Zamówienia publiczne w Unii Europejskiej, Orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości*, UZP 1999, s. 30.

<sup>63</sup> Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz. U. z 1964 r. nr 16, poz. 93 ze zm.).

zawarła umowę w sprawie zamówienia publicznego<sup>64</sup>. W praktyce ubieganie się o udzielenie zamówienia publicznego jest rozumiane bardzo szeroko. Wystarczy ujawnić swoje zainteresowanie prowadzonym postępowaniem, np. poprzez zadanie pytania dotyczącego specyfikacji istotnych warunków zamówienia albo wystąpienie o przekazanie specyfikacji, aby zyskać status wykonawcy.

Zarówno zakres podmiotowy, jak i przedmiotowy ustawy Prawo zamówień publicznych, jest więc bardzo rozległy. Szeroko pojemne definicje dotyczące zamawiających i wykonawców, obszerny katalog zakresu podmiotowego, stosunkowo wąski katalog wyłączeń przedmiotowych, a także tendencja doktryny i judykatury do rozszerzającej interpretacji stosowania przepisów o zamówieniach skutkują tym, że wydatkowanie zdecydowanej większości środków publicznych wymaga stosowania przepisów ustawy. Obowiązek szerokiej i rozszerzającej interpretacji pojęcia „zamówienia publiczne” dyktuje również prawo europejskie. Jak wskazuje doktryna, nie może bowiem być tak, że skuteczność dyrektyw byłaby łatwo osłabiana przez arbitralną i zawężającą interpretację pojęcia zamówień publicznych lub regulacje wewnętrzne poszczególnych państw członkowskich UE, czego konsekwencją byłoby udzielanie zamówień poza procedurami zamówień publicznych. Do celów dyrektyw dotyczących zamówień publicznych pojęcie zamówienia publicznego powinno być możliwie obszerne i jednolite w całej skali UE<sup>65</sup>.

W świetle powyższego ujawnia się legalna definicja umowy będącej zamówieniem publicznym, określana w doktrynie mianem definicji sensu stricto<sup>66</sup>. Jej essentialia negotii są następujące:

- 1) odpłatność,
- 2) stronami umowy są wykonawca oraz zamawiający,
- 3) przedmiotem umowy są dostawy, usługi lub roboty budowlane<sup>67</sup>.

### 3. Pojęcie zamówień publicznych sensu largo

Definicja zamówień publicznych sensu stricto nie pozwala na wyczerpujące ukazanie związku z interesem publicznym i na oddanie złożoności zjawiska, jakim są zamówienia publiczne. Obejmują one bowiem znacznie szerszy zakres niż sama umowa, gdyż dotyczą zarówno czynności prowadzące do jej zawarcia, jak i etap realizacji postanowień umownych. Prawo zamówień publicznych porządkuje ten ciąg czynności w szereg etapów, między którymi zachodzi związek, warunkujących siebie wzajemnie i składających się na całość.

---

<sup>64</sup> Art. 2 pkt 11 p.z.p.

<sup>65</sup> G. Wicik, P. Wiśniewski, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2007, s. 12.

<sup>66</sup> P. Granecki, *Prawo zamówień publicznych: komentarz*, Warszawa 2007, s. 25.

<sup>67</sup> Ibidem.

Każdy z nich podlega bardzo ścisłej, prawnej regulacji, celem (przynajmniej w założeniach) zminimalizowania wszelkiej dowolności podejmowanych działań, a tym samym zmniejszenia zjawisk patologicznych, wzrostowi transparentności procedur i racjonalizacji wydatków.

Pierwszym etapem zamówienia publicznego jest planowanie wydatków. Następnie potrzeby zamawiających ulegają konkretyzacji, przybierając zmaterializowaną formę w postaci dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (przygotowanie postępowania). Po skonkretyzowaniu potrzeb następuje uzewnętrznienie (najczęściej: upublicznienie) woli zawarcia umowy, proces eliminacji wykonawców i wyboru oferty najkorzystniejszej oraz zawarcie umowy – alternatywnie unieważnienie postępowania. Etap od wszczęcia postępowania do wyboru oferty najkorzystniejszej p.z.p. definiuje jako postępowanie o udzielenie zamówienia<sup>68</sup>. Należy się przy tym zgodzić z Tomaszem Grzeszczykiem i Andrzejem Panasiukiem, że samo zawarcie umowy nie wyczerpuje jeszcze szerokiego pojęcia zamówienia publicznego. Trzeba bowiem traktować również fazę realizacji i rozliczenia jako zamówienie publiczne<sup>69</sup>. Do zamówienia publicznego należy także zaliczyć wszelkie środki odwoławcze i kontrolne obecne w postępowaniu, w postaci zarówno odwołań składanych przez wykonawców, jak i kontroli dokonywanej przez uprawnione organy państwowe. Stanowią one bowiem niezbędny składnik zamówień publicznych, gwarantujący prawidłowe funkcjonowanie systemu. Dopiero te wszystkie elementy składają się na pojęcie zamówienia publicznego w ujęciu opisowym, sensu largo. Jest to definicja opisowa, skupiająca się na poszczególnych fazach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i uwzględniająca również etap po udzieleniu zamówienia, podczas wykonywania umowy, jako że i ten etap podlega regulacjom p.z.p. i jest ważny dla realizacji interesu publicznego.

W związku z tym definiuję zamówienia publiczne sensu largo jako prawnie uregulowany ze względu na interes publiczny proces wydatkowania środków publicznych, na który składają się czynności prowadzące do zawarcia umowy, zawarcie umowy i jej realizacja, dokonywany w celu nabycia określonych dóbr oraz zaspokajający przede wszystkim interes publiczny. Pod sformułowaniem „prawnie uregulowane proces wydatkowania” mam na myśli to, że istotą zamówień publicznych jest wpływanie na czynności wydatkowania środków publicznych i pozyskiwania kontraktów publicznych, w tym reglamentacja tych czynności. W sekwencję czynności składających się na udzielanie zamówienia publicznego ustawodawca czynnie ingeruje i stara się poddać ścisłym rygorom każdą czynność związaną z planowaniem i wydatkowaniem publicznego grosza, wiążąc przepisami prawa zarówno zamawiających, jak i wykonawców. Zamówienia publiczne tworzą zatem zbiór reguł stwarzających prawne

---

<sup>68</sup> Art. 2 pkt 7a p.z.p.

<sup>69</sup> A. Panasiuk, *Publicznoprawne ograniczenia przy udzielaniu zamówień publicznych*, Bydgoszcz-Warszawa 2007, s. 60.



otoczenie, w którym funkcjonują zamawiający i wykonawcy, wyróżniające się dążeniem do możliwie dużej przewidywalności zachowań podmiotów zaangażowanych w zamówienia publiczne, przy jednoczesnej tendencji do eliminacji zachowań o charakterze uznaniowym i nieprzewidywalnym, bądź patologicznym. Oczywiście mowa tu o tendencjach i generalnych kierunkach uregulowań, gdyż wciąż pozostawia się duży margines swobody tak zamawiającym, jak i wykonawcom. Jednakże same przepisy o zamówieniach publicznych wykazują wyraźną skłonność do reglamentowania wszelkiego rodzaju zachowań obecnych przy prowadzeniu i ubieganiu się o kontrakt w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Ścisły związek zamówień publicznych i interesu publicznego ma swoje źródło w istnieniu finansów publicznych i środków publicznych, które stanowią bezpośrednią przesłankę systemowo-prawno-aksjologiczną obowiązywania prawa zamówień publicznych. Finanse publiczne są definiowane w literaturze przedmiotu w różny sposób. Według Paula Marie Gaudemeta i Joëla Moliniera, finanse publiczne stanowią gałąź prawa publicznego, której przedmiotem jest badanie norm odnoszących się do publicznych zasobów pieniężnych oraz operacji tymi zasobami<sup>70</sup>. Określenie sformułowane przez Elżbietę Chojnę-Duch akcentuje natomiast stosunki społeczne i ekonomiczne powstające w trakcie nieustannych, dynamicznie ujętych procesów gromadzenia dochodów i przychodów oraz dokonywania wydatków i rozchodów (gospodarowanie środkami pieniężnymi) na cele publiczne<sup>71</sup>.

Proponowane określenia wskazują na to, że finanse publiczne obejmują procesy związane z gromadzeniem, podziałem i wydatkowaniem środków pieniężnych, które w dużej części pochodzą z ciężarów nakładanych powszechnie na podmioty prywatne, w związku z czym winny być przeznaczane na realizację interesu bądź interesów publicznych. Zamówienia publiczne, które regulują wydatkowanie środków publicznych, poprzez ścisły związek z finansami publicznymi stają się w tej sytuacji potencjalnym narzędziem realizacji interesu publicznego.

Wydatkowaniem środków publicznych w wielu przypadkach rządzą odmienne reguły, niż w przypadku środków prywatnych, a instytucja zamówień publicznych, specyficzna dla wydatkowania publicznych pieniędzy, jest wypadkową tych różnic. Jak wskazuje Ludmiła Lipiec, do podstawowych różnic między finansami publicznymi a prywatnymi należy tryb tworzenia – finanse publiczne oparte są na władztwie finansowym i podporządkowaniu, czyli przymusie prawnym umożliwiającym wiążące kształtowanie sytuacji prawnej podmiotu podporządkowanego przez podmiot nadrzędny, podczas gdy finanse prywatne cechuje równorzędność podmiotów. Oprócz tego przy zarządzaniu finansami publicznymi stosuje się metody polityczne i administracyjne oraz wysoki stopień reglamentacji prawnej, natomiast finanse prywatne opierają

---

<sup>70</sup> P. Gaudemet, J. Molinier, *Finanse publiczne*, Warszawa 2000, s. 17.

<sup>71</sup> E. Chojna-Duch, *Polskie prawo finansowe. Finanse publiczne*, Warszawa 2006, s. 10.

się o metody rynkowe, a niektóre ich aspekty w ogóle nie są regulowane przez prawo pozytywne. Autorka wskazuje także, że w przypadku finansów publicznych przynajmniej jedną stroną stosunku finansowego jest podmiot zaliczany do kategorii podmiotów prawa publicznego, a zatem wyposażony w atrybuty władzy publicznej<sup>72</sup>.

Omawiane rozróżnienie pomiędzy finansami publicznymi a prywatnymi nie ma jednak w przypadku zamówień publicznych charakteru bezwzględnie obowiązującego. Trzeba bowiem podkreślić, że zamówienia publiczne uwzględniają także interesy prywatne oraz rywalizację podmiotów prywatnych jako środek do racjonalizacji wydatków – z tego względu można postawić tezę, że mają one charakter mieszany, w którym aspekty prywatnoprawne i publicznoprawne przenikają się. Ponieważ w sferze zamówień publicznych występują zarówno elementy reglamentacji, jak i rynkowe, dlatego właściwszym podejściem jest rozpatrywanie zamówień publicznych jako wypadkowej cech typowych dla finansów publicznych i prywatnych.

Z perspektywy badania związków zamówień publicznych z interesem publicznym, szczególnie mocno należy zaakcentować ostatnią z wymienianych w literaturze różnic między finansami publicznymi a prywatnymi – różnicę celu. Finanse publiczne ukierunkowane są na realizację interesu publicznego, a prywatne na osiągnięcie dochodów i maksymalizację zysków<sup>73</sup>. Jednak i w tym przypadku nie da się zastosować prostej dychotomii: co prawda w zamówieniach publicznych nie chodzi bezpośrednio o dochody i zysk zamawiających, ale rachunek ekonomiczny pełni istotną rolę zarówno przy tworzeniu opisu przedmiotu zamówienia, jak i kształtowaniu narzędzi służących wyborowi oferty najkorzystniejszej. A zatem konfrontacja finansów publicznych i prywatnych prowadzi nie tyle do bezpośredniego zaklasyfikowania zamówień do jednej z tych kategorii, ile ukazuje charakter zamówień publicznych jako sfery, w której współwystępują cechy typowe zarówno dla publicznych, jak i prywatnych finansów. W przypadku zamówień publicznych dla realizacji interesu publicznego wykorzystywane są więc także narzędzia charakterystyczne dla rynku prywatnego. Istotne znaczenie odgrywa konkurencja rynkowa, rachunek ekonomiczny i podobne, fundamentalne dla rynku prywatnego wartości.

Celem wydatków dokonywanych w trybie zamówień publicznych jest lub powinien być interes publiczny, ponieważ środki są czerpane z publicznych źródeł dochodu. W literaturze prawnofinansowej dochody publiczne definiuje się jako świadczenia pieniężne ustanowione przez organy władzy publicznej, pobierane i gromadzone przez administrację publiczną na rachunkach właściwych budżetów lub publicznych funduszy celowych. Źródła dochodów publicznych pochodzą z dochodu narodowego państwa, w tym z majątku

---

<sup>72</sup> L. Lipiec, komentarz, LEX/el. 2008, Komentarz do art. 3 ustawy z dnia 30 czerwca 2005 r. o finansach publicznych.

<sup>73</sup> L. Lipiec, *Komentarz do art. 3 ustawy z dnia 30 czerwca 2005 r. o finansach publicznych*, komentarz, LEX/el. 2008.

narodowego oraz dochodu narodowego innych państw w formie pożyczek zagranicznych<sup>74</sup>. Dla zamówień publicznych zasadnicze znaczenie ma fakt, że dochody publiczne obciążają obywateli (np. w formie danin publicznych) oraz inne podmioty prywatne. Obciążenie szerokiej grupy podmiotów ciężarami publicznymi w konsekwencji oznacza konieczność przeznaczenia w ten sposób wydatkowanych środków na cele publiczne. Zamówienia publiczne stanowią więc ogniwo szeroko rozumianego obrotu środkami publicznymi.

Istnienie zamówień publicznych oraz blisko z nimi związanych finansów publicznych skutkuje szczególną sytuacją, która może zagrażać interesowi publicznemu. W dyspozycji organów państwa i samorządu terytorialnego znajdują się znaczne kwoty pieniędzy, które winny być wykorzystane nie w interesie dysponenta, ale przede wszystkim w interesie tych, których obciążono daninami. Tym sposobem na organy państwa i samorządu terytorialnego spada odpowiedzialność za możliwie racjonalne spożytkowanie środków pochodzących od podatników, albowiem wraz z uiszczeniem wymaganego przepisami prawa ciężaru publicznego, jednostka traci bezpośredni wpływ na przekazane środki. W praktyce może w pewnym stopniu decydować o przeznaczeniu uiszczonych podatków, opłat itp. jedynie poprzez głosowanie w wyborach do parlamentu (biorąc pod uwagę program gospodarczy określonego ugrupowania), czego oczywiście nie można uznać za dostateczną gwarancję racjonalnego wydatkowania środków, ze względu na małą częstotliwość wyborów i zbyt dużą ogólnikowość oraz brak wiążącego charakteru programów wyborczych.

Podnieść zatem należy, że kategoria finansów publicznych i ściśle z nią powiązana kategoria środków publicznych stwarza szczególną sytuację prawną i faktyczną, z którą wiąże się szereg zagrożeń dotyczących prawidłowości gospodarowania, rozumianej najogólniej jako legalność, gospodarność, celowość i rzetelność, a więc zagrożenie dla interesu publicznego. Na skutek przekazania środków finansowych jednostkom administracji i samorządu terytorialnego, powstają specyficzne uwarunkowania: z jednej strony mamy do czynienia z ogromnymi kwotami pieniędzy, a z drugiej strony brak jest jednoznacznie wskazanego podmiotu, który byłby żywotnie zainteresowany prawidłowością dysponowania tymi środkami. Zachodzi sytuacja, w której podmioty faktycznie zainteresowane przeznaczeniem środków publicznych nie mogą nimi dysponować, natomiast dysponenci z reguły nie są beneficjentami dóbr, nabywanych za publiczne pieniądze. Istnieniu takiego podmiotu nie czyni zadość wskazanie np. Skarbu Państwa, jednostki samorządu terytorialnego itp., gdyż w praktyce występują tylko częściowe analogie do podmiotu prywatnego (np. w kwestii roszczeń osób trzecich), ale nie występuje charakterystyczny dla gospodarki rynkowej mechanizm naturalnego motywowania chęcią zysku i zainteresowania podmiotu, aby jego środki finansowe były zarządzane w sposób jak najbardziej efektywny, celowy, oszczędny itp.

---

<sup>74</sup> C. Kosikowski, *Pojęcie, funkcje i rodzaje dochodów publicznych*, w: *Finanse publiczne i prawo finansowe*, red. C. Kosikowski, E. Ruśkowski, Warszawa 2006, s. 485.

Dlatego mechanizm rynkowy, który z pewnymi ograniczeniami sprawdza się w obrocie prywatnym, nie znajduje jako jedyny zastosowania w gospodarowaniu publicznymi pieniędzmi, stanowiąc tylko jeden z czynników racjonalizowania wydatków.

Na złożoność sytuacji, w jakiej rozporządza się publicznymi pieniędzmi, w szczególności w zakresie ich wydatkowania na różnego rodzaju inwestycje, składa się również specyfika podmiotów zaangażowanych w proces udzielania zamówień publicznych. Najogólniej rzecz ujmując, są to zamawiający i wykonawcy, czyli podmioty wydatkujące środki publiczne oraz podmioty zainteresowane dostarczeniem określonych dóbr w zamian za wynagrodzenie pochodzące ze środków publicznych. Płaszczyzną wspólną dla tych dwóch grup podmiotów jest chęć zbycia określonego dobra przez wykonawców i wola jego nabycia przez zamawiających. Cała reszta stanowi interesy stojące w opozycji, które w drodze procedury udzielania zamówień publicznych, niejednokrotnie na drodze spornej, arbitrażowej bądź sądowej, podlegają wzajemnym modyfikacjom, prowadząc w efekcie do akceptowalnej przez obie strony transakcji. Obopólna akceptacja nie jest jednak regułą w zamówieniach publicznych, gdyż obok korzystnej dla obu stron transakcji możliwe są inne scenariusze, np. niezłożenie oferty przez żadnego z wykonawców albo zmuszenie przez organ odwoławczy do dokonania transakcji, która wprawdzie jest legalna, ale z ekonomicznego punktu widzenia niekorzystna, bądź to dla zamawiającego, bądź dla wykonawcy.

Sprzeczność interesów pomiędzy głównymi uczestnikami procesu udzielania zamówień publicznych wyraża się m.in. w tym, że celem wykonawców jest maksymalizacja zysku oraz zbycie dóbr, które zapewniają tę maksymalizację lub które są w nadmiarze (jest to działanie w interesie prywatnym), podczas gdy celem zamawiających jest najbardziej korzystne ekonomicznie nabycie dóbr najlepiej dostosowanych do potrzeb o charakterze publicznym. Wobec tego interesy zamawiających i wykonawców w sposób naturalny dla gospodarki rynkowej ścierają się.

Wprawdzie przewaga podaży nad popytem stawia w lepszej sytuacji zamawiającego, z drugiej jednak strony zamawiający dysponuje środkami nie swoimi, ale pochodzącymi z budżetu, co rodzi wiele negatywnych konsekwencji<sup>75</sup>. W literaturze przedmiotu podkreśla się, że wykonawcy postępują się aktywnymi, wyrafinowanymi, czasami wręcz agresywnymi formami działań po to, by zdobyć zamówienie i mają na uwadze przede wszystkim swoje cele, a nie interes zamawiającego<sup>76</sup>. Oczywiście jest to sytuacja naturalna i powyższa charakterystyka nie ma na celu piętnowania zachowania wykonawców, ale uwypuklenie specyficznych różnic między uczestnikami procesu udzielania

---

<sup>75</sup> G. Herc, E. Komorowski, P. Szustakiewicz, *Zamówienia publiczne w Polsce: studium prawne*, Warszawa 2005, s. 14.

<sup>76</sup> H. Zalewski, *Prawo zamówień publicznych w polskim systemie zamówień publicznych*, Gdańsk-Bydgoszcz 2005, s. 39.

zamówień publicznych. Po stronie zamawiających występują bowiem dyspenci środków publicznych, których przygotowanie do działań rynkowych jest najczęściej zdecydowanie gorsze, niż po stronie wykonawców. Pomijając problematykę przygotowania i motywacji kadry urzędniczej, dominującej po stronie zamawiających, obiektywnie rzecz ujmując przyznać należy, że różnorodność przedmiotów zamówień, potrzebnych nie tylko do realizacji ustawowych bądź statutowych zadań określonego podmiotu (np. nadawanie programu przez radio publiczne), ale i zakupu środków umożliwiających bieżące funkcjonowanie, jest ogromna. Z tego powodu trudny do praktycznej realizacji jest wymóg posiadania stosownych kompetencji przy udzielaniu zamówień publicznych przez zamawiających we wszystkich dziedzinach, w jakich tych zamówień muszą dokonywać. Odbiegającym od realiów wydaje się bowiem wymaganie np. od pracowników gminy, aby byli specjalistami jednocześnie z zakresu informatyki, technologii żywności, meblarstwa, piernictwa i innych dziedzin. Równie trudno jest wymagać, aby kadra urzędnicza posiadała w tych specjalistycznych dziedzinach wiedzę równą lub większą niż ta, którą dysponują profesjonaliści działający w danym segmencie rynku. Z kolei trudności natury finansowej, zwłaszcza w przypadku mniejszych podmiotów, może sprawić każdorazowe angażowanie biegłych dysponujących wiedzą specjalną.

Tymczasem opisanie przedmiotu zamówienia w sposób odpowiedni, zgodny z potrzebami i przepisami prawa, a także osiągnięcie równorzędnej pozycji negocjacyjnej z wykonawcami wymaga niejednokrotnie wszechstronnej, specjalistycznej wiedzy o nabywanym przedmiocie zamówienia. Zresztą oprócz wiedzy z zakresu techniki, dla w pełni samodzielnego funkcjonowania na rynku konieczny byłby również wymóg posiadania przez urzędników dobrej znajomości prawa oraz ekonomii. Wydaje się, że wymogi dotyczące znajomości wiedzy technicznej, prawnej i ekonomicznej, pozwalających na sprawne funkcjonowanie w prywatnym obrocie gospodarczym, są zdecydowanie zbyt duże. Wymagałoby to angażowania na stanowiska urzędnicze fachowców o unikalnych specjalnościach, radykalnie podnosząc koszty obsługi administracyjnej. Wobec tak wysokich wymogów, jakie stawia gospodarka wolnorynkowa, interesy prywatne wykonawców mogą zagrozić zamawiającym, a pośrednio także interesowi publicznemu.

Kolejnym ważnym aspektem zamówień publicznych jest aspekt społeczny. Zauważyć należy, że prawo zamówień publicznych jest tą dziedziną prawa, której uregulowania w sposób odczuwalny przekładają się na życie społeczne, a więc i na interes publiczny. Dzieje się tak z kilku powodów. Po pierwsze, wydatkowane są duże kwoty publicznych pieniędzy, co z oczywistych względów, omówionych uprzednio, rodzi obawy odnośnie do racjonalności sposobu ich wydatkowania. Po drugie, zamówienia publiczne bardzo często służą zaspokajaniu potrzeb publicznych, niejednokrotnie o żywotnym znaczeniu dla mieszkańców, jak choćby infrastruktura drogowa, remonty placówek publicznych itp. Rodzi to napięcia związane z terminowością świadczeń, tempem pro-

cesu inwestycyjnego oraz jakością nabywanych dóbr. Po trzecie, wydatkowanie dużych kwot pieniędzy przez kadre urzędniczą, będącą jedynie dysponentem powierzonych środków, niejako automatycznie rodzi podejrzenia o korupcję i inne patologie. W mediach niemal codziennie pojawiają się jakieś informacje albo o przewlekłości procedur przetargowych, albo o skandalicznie niskiej jakości nabytych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego dóbr, albo wreszcie o potocznie nazywanym „ustawianiu przetargów”, czyli wpływowaniu w sposób nielegalny na wynik rywalizacji o kontrakt. Nie bez powodów w doktrynie wskazuje się, że zamówienia publiczne, jako obszar styku interesu publicznego z interesami prywatnymi, skutkuje dużym ryzykiem odnoszącym się do uczciwości osób podejmujących decyzje o wydatkowaniu publicznych środków. A zatem sytuacja, gdy urzędnik lub inna uprawniona osoba decyduje o przeznaczeniu dużych kwot pieniędzy na kontrakty wykonywane przez prywatnych przedsiębiorców, może rodzić liczne zagrożenia<sup>77</sup>.

Ostatnią z ważnych kwestii, omawianych w kontekście związków zamówień publicznych i interesu publicznego, jest wpływ wydatków publicznych na rynek podmiotów prywatnych. Skala wydatków dokonywanych z publicznych pieniędzy sprawia, że wszelkie nieprawidłowości tego procesu mogą wpływać negatywnie na sytuację rynkową, na uczciwą konkurencję między wykonawcami, a nawet na sytuację gospodarczą kraju, a więc dotyczyć sfery zdecydowanie wykraczającej poza partykularny interes poszczególnych wykonawców. Inwestycje finansowane z publicznych pieniędzy mogą bowiem zarówno przyczynić się do rozwoju gospodarczego kraju, jak i przeciwnie – pogłębić procesy o negatywnym charakterze.

Powyższe argumenty skłaniają mnie do postawienia tezy, że ostra rywalizacja rynkowa, słabości kadrowe zamawiających, znaczenie społeczne realizowanych za publiczne pieniądze inwestycji czy wreszcie wpływ na przebieg rynkowej rywalizacji sprawiają, że wydatkowanie publicznych pieniędzy napotyka na liczne trudności, prowadząc potencjalnie do nieefektywnego gospodarowania, obciążen zjawiskami patologicznymi i in., a w konsekwencji naruszania interesu publicznego, który przecież powinien być w drodze wydatków publicznych zaspokajany. Z tego względu musi ono podlegać rygorom zdecydowanie większym, niż rynek prywatny. Niewystarczającym jest zdanie się wyłącznie na mechanizmy rynkowe i wykorzystanie naturalnej skłonności do ochrony interesu prywatnego, jako mechanizmu zapewniającego należyte gospodarowanie publicznym groszem, zwłaszcza w obliczu sygnalizowanego już faktu, że po stronie dysponentów środków publicznych brak takiego podmiotu, który mógłby stanowić realny substytut (rozpatrywany w kategoriach realnego zaangażowania w prawidłowość wydatkowania środków) podmiotu prywatnego – właściciela. W miejsce interesu prywatnego pojawia się bowiem konieczność działania w interesie możliwie dużej grupy podmiotów, od których pochodzą

---

<sup>77</sup> G. Herc, E. Komorowski, P. Szustakiewicz, *Zamówienia publiczne w Polsce: studium prawne*, Warszawa 2005, s. 17.

środki finansowe, będące w dyspozycji organów państwa i samorządu terytorialnego. Inaczej mówiąc, w miejsce interesu prywatnego pojawia się kategoria interesu publicznego, który musi być realizowany. Ustawodawca, kierowany ochroną interesu publicznego, zmuszony jest zatem korygować systemowe zagrożenia dla racjonalnego gospodarowania publicznymi pieniędzmi, szczególnie zjawisk korupcyjnych i niegospodarności.

Można więc bez ryzyka błędu powiedzieć, że zamówienia publiczne są zespołem rozwiązań prawnych realizujących interes publiczny. Tezę tę wspiera brzmienie przepisu art. 93 ust. 1 pkt 6 p.z.p., który stanowi, że 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. Jest to jedno z kilku bezpośrednich odwołań do interesu publicznego, obecne w prawie zamówień publicznych. Należy podkreślić fundamentalne znaczenie tego przepisu. Ustawodawca, który przyjął szereg rozwiązań mających za zadanie doprowadzenie do zawarcia umowy między zamawiającym a wykonawcą, jednocześnie dopuszcza unieważnienie całej procedury z racji konfliktu z interesem publicznym. Widać zatem, że realizacja zamówienia publicznego ma leżeć w interesie publicznym a sprzeczność z tym interesem jest dostatecznie ważką przesłankę do unieważnienia całej procedury.

Orzecznictwo arbitrażowe z zakresu zamówień publicznych aż do 2008 roku jest stosunkowo ubogie, jeśli chodzi o problematykę interesu publicznego. W praktyce organu odwoławczego, rozstrzygającego spory wynikłe między wykonawcami a zamawiającymi w procesie udzielania zamówień publicznych, dominującą tezą było stwierdzenie, że interes publiczny nie może być utożsamiany z interesem zamawiającego. Nie jest to stwierdzenie w pełni zgodne z prawdą a w pewnych okolicznościach może zostać uznane za fałszywe. Zamawiającymi są bowiem bardzo często instytucje, których naczelnym zadaniem, z mocy prawa, jest dbanie o realizację interesu publicznego – właśnie na ten cel otrzymują środki publiczne. Jasna jest korelacja między środkami publicznymi, jakie otrzymuje jednostka, a celami czy zadaniami publicznymi, które za zadanie realizować. Uwzględnić należy także omówione już na wstępie przyjmowanie interesu publicznego jako jednej z głównych dyrektyw działania organów administracji. Dlatego można wskazać wiele sytuacji, w których interes zamawiającego (np. zakup sprawnej aparatury do reanimacji) pokrywa się z interesem publicznym (ratowanie życia pacjentów, ochrona zdrowia). A zatem interes publiczny z oczywistych względów może, chociaż nie musi, być utożsamiany z interesem zamawiającego. Niestety, teza o całkowitej odmienności interesów zamawiającego i publicznego dominowała przez kilka lat w orzecznictwie, co ilustrują poniższe przykłady.

W wyroku z dnia 28 stycznia 2005 roku Zespół Arbitrów przy Urzędzie Zamówień Publicznych stwierdził, że: „Interes publiczny nie może być utożsamiany z interesem zamawiającego. W każdym przypadku 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”<sup>78</sup>. Natomiast w wyroku z dnia 13 września 2004 roku Zespół Arbitrów przy Urzędzie Zamówień Publicznych orzekł, że: „Interes publiczny nie może być przy tym utożsamiany z interesem Zamawiającego. Chodzi bowiem o obiektywną kategorię interesu publicznego”<sup>79</sup>.

Prawdopodobnie pierwszą próbę pogłębienia pojmowania interesu publicznego w orzecznictwie dotyczącym zamówień publicznych podjął organ, który w 2007 roku zajął miejsce dotychczasowego Zespołu Arbitrów – Krajowa Izba Odwoławcza. W wyroku z dnia 8 kwietnia 2008 roku Krajowa Izba Odwoławcza przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych KIO/UZP 262/08 stwierdziła, że „Interes publiczny jest to potrzeba ogółu, określonej społeczności czy grupy mieszkańców charakteryzującej się jakąś wspólną cechą np. koniecznością dojazdu do miejsca pracy. Czyli interes publiczny to nie potrzeba jednostki czy mniejszości w jakiejś zorganizowanej grupie osób, tylko potrzeba ogółu”<sup>80</sup>. Należy z aprobatą przyjąć pierwszą próbę scharakteryzowania interesu publicznego w toku rozstrzygnięcia sporów dotyczących zamówień publicznych. Co prawda teza zawarta w omawianym wyroku daleka jest od doskonałości, jednakże stanowi zdecydowany krok naprzód w stosunku do poprzednich wyroków, które najczęściej nie próbowały skonkretyzować treści interesu publicznego na potrzeby konkretnej sprawy. Interesujące jest dostrzeżenie faktu możliwości istnienia interesu publicznego na wielu płaszczyznach, poczynając od całego społeczeństwa, po grupy mieszkańców wyróżnione z faktu na istnienie wspólnej potrzeby, wspólnego problemu, wspólnej sytuacji życiowej. Pokrywa się to w pewnym stopniu z typem definiowania interesu publicznego jako consensusu grup o zróżnicowanych interesach i dążeniach.

Mając na względzie dotychczasowe ustalenia, w procesie badania realizacji interesu w prawie zamówień publicznych konieczne jest określenie funkcji prawa zamówień publicznych w sposób bardziej precyzyjny niż jedynie ochrona interesu publicznego i interesów prywatnych. Trzeba również wskazać w jakim zakresie i w jakich sferach interes publiczny może być przez prawo zamówień publicznych realizowany.

---

<sup>78</sup> Wyrok z dnia 28 stycznia 2005 r. Zespołu Arbitrów przy Urzędzie Zamówień Publicznych (sygn. UZP/ZO/0-143/05).

<sup>79</sup> Wyrok z dnia 13 września 2004 r. Zespołu Arbitrów przy Urzędzie Zamówień Publicznych (sygn. UZP/ZO/0-1446/04).

<sup>80</sup> Wyrok z dnia 8 kwietnia 2008 r. Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych (sygn. KIO/UZP 262/08).



# Funkcje zamówień publicznych i sfery ochrony interesu publicznego

## 1. Funkcje zamówień publicznych

W mojej ocenie zagadnienie funkcji przepisów o zamówieniach publicznych ma charakter fundamentalny, gdyż wiąże się z koniecznością udzielenia odpowiedzi na pytanie o cel i efekty, dla uzyskania których duża liczba podmiotów jest poddana rygorystycznym i złożonym procedurom w procesie inwestycyjnym. Uważam, że w ujęciu najogólniejszym, jedną z zasadniczych funkcji przepisów o zamówieniach publicznych jest realizacja interesu publicznego. Właśnie z powodu realizacji interesu publicznego przez podmioty dysponujące środkami publicznymi, ale również jego ochrony, przed wykonawcami starającymi się o publiczny kontrakt postawiono szereg wymogów i ograniczeń nie występujących w obrocie prywatnym. Sądzę jednak, że szczególny charakter interesu publicznego, a zwłaszcza jego pojemność i niedookreśloność sprawiają, że samo stwierdzenie o realizacji interesu publicznego jako zasadniczej funkcji zamówień nie jest wystarczająco precyzyjne. Dlatego próby wskazania funkcji zamówień publicznych są ściśle związane z procesem dookreślenia, o jakim skonkretyzowanym interesie publicznym można mówić w przypadku udzielania zamówień publicznych.

Zamówienia publiczne obejmują wydatkowanie publicznych pieniędzy, zaś dysponowanie pieniędzmi w konsekwencji rodzi pytanie o prawidłowość tego procesu. A zatem przy próbie dookreślenia, o jakim interesie publicznym a także o jakich funkcjach można mówić w wypadku zamówień, niewątpliwie konieczne jest uwzględnienie racjonalności dokonywanych wydatków. Na takim stanowisku stoi m.in. Jacek Sadowy, obecny (listopad 2011 roku) Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, stwierdzając, że oszczędne i efektywne wydatkowanie środków publicznych jest jednym z trzech zasadniczych celów funkcjonowania systemu zamówień publicznych<sup>81</sup>.

---

<sup>81</sup> 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*, red. H. Nowicki, J. Sadowy, Toruń-Warszawa 2009, s. 173.

W doktrynie dostrzega się niekompletny charakter ustawy p.z.p. jako narzędzia racjonalizacji wydatków: „Samo wprowadzenie w życie ustawy o zamówieniach publicznych nie stanowi gwarancji poprawnego gospodarowania publicznym groszem. Ustawa ma umożliwić oraz sprzyjać prawidłowemu gospodarowaniu pieniędzmi, natomiast sama nie jest w stanie, jak zresztą żaden przepis prawny, doprowadzić do racjonalizacji działań dysponenta środków publicznych”<sup>82</sup>.

Nie brak jednak głosów przeciwnych, wyrażających pogląd, zgodnie z którym przez system zamówień publicznych tworzy się zespół przemyślanych, przygotowanych i dokładnie opisanych reguł postępowania. System zamówień publicznych jest w opinii niektórych zespołem przygotowanych przez ekspertów, znawców problemów rynkowych, narzędzi rynkowych<sup>83</sup>. Trudno zgodzić się ze stwierdzeniem sformułowanym w ten sposób.

Po pierwsze, uważam, że w ramach zamówień publicznych racjonalizacji podlega tylko pewien etap procesu inwestycyjnego. Nie są nim objęte decyzje o charakterze strategicznym, nie determinuje on najbardziej pierwotnego etapu, w którym rodzi się decyzja o konieczności dokonania zakupu i powstają wstępne wytyczne odnośnie do przedmiotu, który zostanie nabyty. Przepisy określają jak kupować, ale nie narzucają tego, co kupować. Po drugie, sądzę, że przepisy o zamówieniach publicznych wcale nie muszą prowadzić do wyboru faktycznie najkorzystniejszej oferty, co szczegółowo wykażę w dalszej części publikacji. Tak więc przepisy o zamówieniach publicznych w mojej ocenie nie zastępują i nie tworzą reguł racjonalnego rozpoznawania potrzeb i nie tworzą wytycznych do sposobu ich zaspokojenia.

Sądzę, że najbliższym rzeczywistości będzie określenie omawianej funkcji zamówień publicznych mianem wspomagania bądź stymulowania racjonalizacji wydatków. Sformułowanie jedynie o ich wspomagającym bądź stymulującym charakterze jest zasadne dlatego, że pomimo licznych instytucji o charakterze racjonalizującym wydatki, p.z.p. wraz z aktami wykonawczymi nie ustrzeże np. przed zbędnymi inwestycjami.

Fakt, że racjonalność wydatkowania środków publicznych jest bezsprzecznie składową interesu publicznego, potwierdza analiza obowiązujących aktów prawnych. Np. w art. 44 ust. 3 ustawy o finansach publicznych (zwanej dalej: u.f.p.) ustawodawca wskazuje, że<sup>84</sup>:

„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;

---

<sup>82</sup> J. A. Laskowski, *Ekonomiczne aspekty zamówień publicznych*, Zamówienia publiczne. Doradca, 6/2000, s. 17.

<sup>83</sup> H. Zalewski, *Prawo zamówień publicznych...*, s. 40.

<sup>84</sup> Ustawa z dn. 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. z 2009 r. Nr 157, poz. 1240 ze zm.).

- 2) w sposób umożliwiający terminową realizację zadań;
- 3) w wysokości i terminach wynikających z wcześniej zaciągniętych zobowiązań”.

Poszukując wartości składających się na interes publiczny i próbując wyka-  
zać sposoby realizacji tego interesu w p.z.p., należy odnieść wskazane powyżej  
zasady do wszelkich dysponentów środków publicznych. Pomimo faktu, że  
nie wszyscy zamawiający są objęci reżimem u.f.p., aksjologiczny fundament  
dysponowania środkami publicznymi, nakreślony w art. 44 ust. 3 u.f.p., ma  
uniwersalny charakter i w sferze wartości znajduje zastosowanie do wszel-  
kich środków publicznych.

Warto przy tym zwrócić uwagę na fakt, że w tej samej jednostce redak-  
cyjnej (art. 44 u.f.p.), zawierającej zasady racjonalnego wydatkowania środ-  
ków publicznych, zawarto też zasadę wydatkowania środków w trybie p.z.p.  
(ust. 4). Systemowe rozlokowanie omawianych przepisów w bezpośrednim  
sąsiedztwie zdaje się sugerować utożsamienie procesu wydatkowania środków  
w drodze zamówień publicznych z jego racjonalizacją.

Terminami, które najczęściej są używane w kontekście racjonalności wydat-  
kowania środków publicznych, jest skuteczność, celowość i efektywność.  
Skuteczność wydatkowania środków publicznych definiuje się jako uzyska-  
nie optymalnej relacji między wyznaczonymi celami i zadaniami a osiągnię-  
tymi efektami ich realizacji<sup>85</sup>. Pod pojęciem celowości wydatkowania środ-  
ków publicznych należy rozumieć zapewnienie zgodności działań jednostki  
w zakresie dokonywania wydatków z jej celami statutowymi, optymalizację  
zastosowanych metod i środków, ich adekwatności dla osiągnięcia założonych  
celów oraz przyjętych kryteriów oceny realizacji celów i zadań. Jest to wybór  
przez dysponenta środków publicznych takiego sposobu finansowania zadań,  
który prowadzi do najbardziej efektywnego gospodarowania środkami publicz-  
nymi<sup>86</sup>. Celowość oznacza nakaz gromadzenia i wydatkowania publicznych  
środków pieniężnych jedynie dla osiągnięcia wytyczonego celu społecznego,  
gospodarczego lub politycznego państwa. Z zasady tej wynika zatem jedno-  
cześnie zakaz wprowadzania takich ciężarów publicznych i wydatków publicz-  
nych, które nie są związane z powinnościami państwa<sup>87</sup>. Natomiast badanie  
efektywności wydatków budżetowych zależy od tego, czy analizie podlegają  
wyznaczone zadania (racjonalizacja wyborów) czy będące do dyspozycji środki  
finansowe, czyli tzw. racjonalizacja kosztów<sup>88</sup>.

---

<sup>85</sup> J. Stankiewicz, *Prawo zamówień publicznych jak instrument racjonalizacji wydatków*  
w: *Ekonomiczne i prawne aspekty racjonalizacji wydatków publicznych*, red. J. Głuchowski,  
A. Pomorska, J. Szołno-Koguc, Lublin 2005, t. 1, s. 231.

<sup>86</sup> J. Glumińska-Pawic, *Wydatki i rozchody budżetowe jednostek samorządu terytorialnego*  
w: *Finanse samorządowe 2005. 395 pytań i odpowiedzi. Wzory uchwał, deklaracji, decyzji*, red.  
C. Kosikowski, Warszawa 2005, s. 264

<sup>87</sup> C. Kosikowski, *Sektor finansów publicznych w Polsce*, Warszawa 2006.

<sup>88</sup> J. Stankiewicz, *Zagadnienia racjonalizacji wydatków publicznych*, w: *Finanse publiczne*  
*i prawo finansowe*, red. C. Kosikowski, A. Ruśkowski, Warszawa 2008, s. 729–730.

Na tym etapie rozprawy celowo nie jest definiowanie pojęcie planowania w kontekście wydatków dokonywanych w trybie ustawy p.z.p. Jest to spowodowane faktem, że planowanie w rozumieniu ustawy p.z.p. ma na celu nie tyle racjonalizację wydatków, co stworzenie narzędzia do sumowania ich wartości w skali roku. Sumowanie, o którym mowa, służy minimalizacji zjawiska dzielenia zamówień w celu ominięcia przepisów ustawy, ma więc za zadanie „uszczelnić” cały system, zablokować ucieczkę spod rygoru przepisów zamówieniowych, natomiast nie skutkuje zrationalizowaniem wydatków bezpośrednio.

Rozpatrując racjonalność wydatkowania środków publicznych pod reżimem przepisów o zamówieniach, konieczne jest uwzględnienie dwóch płaszczyzn, na których winna być ona rozpatrywana. Pierwsza jest związana z tym, że udzielanie zamówień publicznych w bardzo wielu przypadkach wiąże się bezpośrednio z realizacją interesu publicznego w postaci wykonywania zadań publicznych. Pojęcie interesu publicznego będzie w tym ujęciu częściowo zrelatywizowane w zależności od instytucji (zamawiającego), która zamówienia publicznego udziela, czyli skorelowane z zakresem zadań publicznych stawianych przed dysponentem środków publicznych. O treści tego interesu przesądzać będą czy to ustawowo, czy statutowo określone, czy wreszcie zlecone w drodze umowy zadania, które dany zamawiający ma realizować, niemniej jednak będzie on stale obecny. Jest to zatem pierwszy aspekt realizacji interesu publicznego przez zamówienia publiczne – służyć interesowi publicznemu poprzez realizację zadań publicznych w drodze nabywania dóbr.

Pojawia się przy tym wątpliwość, czy można dokonać generalizacji i utożsamiać każdy wydatek dokonany w trybie ustawy p.z.p. z realizacją interesu publicznego. Osią problemu będzie właśnie rozróżnienie, czyj interes jest realizowany – jeszcze publiczny, czy też już prywatny. Problem ze stosowną klasyfikacją może sprawić np. nabywanie aktywów zamawiającego, takich jak papier, meble, komputery, artykuły piśmiennicze i temu podobne. Pomocnym narzędziem w analizie tego zagadnienia może okazać się klasyczny już trójpodział rzeczy publicznych, zaproponowany przez Stanisława Kasznicę. W ramach rzeczy publicznych autor wyróżnił: majątek skarbowy, majątek administracyjny i dobra publiczne<sup>89</sup>. Zgodnie z w/w podziałem, majątek administracyjny nie służy bezpośrednio zaspokajaniu potrzeb publicznych, jak czynią to dobra publiczne (drogi, mosty itp.) i z tego względu można stosować do niego zarówno uregulowania specyficzne dla prawa publicznego, jak i prywatnego.

Istnieją dwa powody uzasadniające stanowisko, zgodnie z którym racjonalizacja wydatków publicznych, jako leżąca w interesie publicznym, może skutkować jego przypisaniem wydatkom związanym jedynie z wewnętrznymi potrzebami zamawiającego: po pierwsze, na zakup majątku administracyjnego wydatkowane są środki publiczne, a po drugie, majątek administracyjny służy swoją wartością użytkową realizacji ściśle określonego celu administracyjnego.

---

<sup>89</sup> S. Kasznica, *Polskie prawo administracyjne*, Poznań 1946, s. 143.

Innymi słowy, aktywa zamawiającego służą zaspokajaniu potrzeb publicznych w sposób pośredni, np. przez stworzenie odpowiednich warunków pracy dla kadry urzędniczej. Pogląd przeciwny, zakładający, że ograniczenia w gospodarowaniu, a szczególnie rygor racjonalności, oszczędności itp. odnosi się jedynie do majątku służącego bezpośrednio zaspokajaniu potrzeb publicznych, skutkowałby praktycznym wyłączeniem dużej części wydatków finansowanych ze środków publicznych spod jakiegokolwiek kontroli. Przepisy o zamówieniach publicznych odnoszą się do dóbr, określanych w nauce administracji mianem majątku administracyjnego i dlatego również do nich stosuje się publiczno-prawne ograniczenia mające gwarantować działanie w interesie publicznym.

Poruszony problem znajduje praktyczne zastosowanie w przypadku konieczności unieważnienia postępowania albo odstąpienia od umowy ze względu na ważny interes publiczny. Gdyby interes publiczny zawęzić jedynie do dóbr publicznych, to w przypadku nabywania majątku administracyjnego niemożliwe byłoby unieważnienie postępowania bądź odstąpienie od umowy ze względu na interes publiczny. Groziłoby to wyłączeniem spod rygoru racjonalności procesu nabywania wielu powszechnych w jednostkach zamawiających dóbr, jak choćby meble, materiały piśmiennicze, komputery itp.

Natomiast nie stwarza żadnych problemów klasyfikacyjnych realizowanie zamówień, określanych w nauce administracji mianem dóbr publicznych, takich jak budowa infrastruktury drogowej czy wałów przeciwpowodziowych, których istnienie można zaliczyć do składowych interesu publicznego, gdyż wykraczają one zdecydowanie poza potrzeby jednostki zamawiającej i służą celom szerszym niż bieżące funkcjonowanie podmiotu, zaspokajając bezpośrednio potrzeby publiczne.

Stwierdzenie, że wydatki dokonywane w reżimie ustawy Prawo zamówień publicznych służą realizacji interesu publicznego w postaci finansowania zadań publicznych nie wyczerpuje jednak złożoności problemu. Ustawa o zamówieniach nie określa bowiem celu wydatków czy też zadań publicznych nałożonych na zamawiających, lecz przede wszystkim sposób, w jaki środki powinny być wydawane. Pomimo różnorodności celów stojących przed zamawiającymi, cechą wspólną łączącą ich jest dysponowanie środkami publicznymi, z czym wiąże się, przynajmniej w założeniu, realizacja interesu publicznego w postaci ich możliwie racjonalnego wydatkowania. To właśnie ten drugi aspekt racjonalności wydatków jest przede wszystkim przedmiotem regulacji przepisów p.z.p. Przepisy o zamówieniach publicznych nie weryfikują bowiem zgodności dokonywanych zakupów z celami statutowymi zamawiającego albo z potrzebami publicznymi, lecz skupiają się na racjonalności samego procesu dysponowania środkami.

Na racjonalizacji wydatków publicznych funkcje zamówień publicznych się nie kończą. W sferze regulacji p.z.p. znajdują się również wykonawcy, którzy rywalizują między sobą o pozyskanie publicznego kontraktu. Zarówno zamawiający, dysponując znacznymi kwotami pieniędzy, jak i wykonawcy, stosując szeroką gamę środków pozwalających pozyskać publiczny kontrakt,

mają wiele potencjalnych okazji, aby naruszyć zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania. A zatem udzielanie zamówień publicznych wiąże się nie tylko z racjonalnością wydatków, ale także z zagwarantowaniem uczciwej konkurencji między wykonawcami. Dlatego drugą funkcją zamówień publicznych, która nabiera coraz większego znaczenia zwłaszcza w efekcie gospodarczych procesów integracyjnych Europy, jest funkcja gwarancji zachowania ochrony uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w procesie ubiegania się o zamówienie. Warto przy tym podkreślić, że ochrona uczciwej konkurencji to wartość, która służy nie tylko samym wykonawcom, ale także zamawiającym. Uczciwe zasady gry rynkowej skutkują bowiem zarówno przejrzystymi zasadami rywalizacji między wykonawcami, jak i owocują składaniem korzystnych ofert.

Ochrona uczciwej konkurencji, którą mają za zadanie chronić zamówienia publiczne, jest wartością powszechnie aprobowaną i znajdująca odzwierciedlenie w obowiązującym prawie. Aksjologiczne podstawy ochrony konkurencji, jako wartości stanowiącej składową interesu publicznego, szczególnie uwidaczniają się w dwóch aktach prawnych: ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów<sup>90</sup> (zwanej dalej: o.k.i.k.) oraz ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji<sup>91</sup> (zwanej dalej: z.n.k.). Przez konkurencję w literaturze przedmiotu rozumie się dążenie wielu niezależnych przedsiębiorców (podmiotów prowadzących działalność gospodarczą) występujących na wspólnym (tym samym) rynku do osiągnięcia takiego samego celu gospodarczego, w szczególności osiągnięcia zysków poprzez prowadzenie interesów z dostawcami, odbiorcami i pracownikami. Konkurencyjność przedsiębiorcy stara się poszerzać swój krąg klientów, co musi się odbyć, przynajmniej w pewnej mierze, kosztem utraty klientów przez innych przedsiębiorców<sup>92</sup>. Należy przy tym zauważyć, że ochrona konkurencji nie jest celem samym w sobie, lecz że konkurencyjność wiąże się z szeregiem korzyści, powszechnie podzielanych przez współczesną naukę, zarówno z zakresu prawa, jak i ekonomii. Do zalet istnienia konkurencyjności można zaliczyć: wzrost produkcji i sprzedaży, obniżenie kosztów, obniżki cen, postęp techniczny, poprawę jakości produktów, zwiększenie efektywności gospodarowania<sup>93</sup>. W doktrynie podkreśla się również, że konkurencyjność stawia duże wymagania względem poszczególnych przedsiębiorców, dlatego w ich indywidualnym interesie leżą praktyki, które tę konkurencyjność zmniejszą lub wyeliminują<sup>94</sup>.

---

<sup>90</sup> Ustawa z dn. 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2007 r. nr 50, poz. 331 ze zm.).

<sup>91</sup> Ustawa z dn. 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 1993 r. nr 153, poz. 1503 ze zm.).

<sup>92</sup> *Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz*, red. J. Szwaja, Warszawa 2006, s. 6.

<sup>93</sup> K. Kohutek, M. Sieradzka, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, LEX, 2008, komentarz do art. 1.

<sup>94</sup> Na tym stanowisku stoi np. J. Szwaja.

Art. 1 ust. 1 ustawy o o.k.i.k. wskazuje, że ustawa określa warunki rozwoju i ochrony konkurencji oraz zasady podejmowanej w interesie publicznym ochrony interesów przedsiębiorców i konsumentów. W doktrynie podziela się stanowisko wyrażone przez Sąd Najwyższy wyrokiem z dn. 27 sierpnia 2003 r.<sup>95</sup>, który z racji merytorycznej zawartości zasługuje na obszerniejszy cytat. W ocenie Sądu „nie każde naruszenie prawa przez przedsiębiorcę uzasadnia wdrożenie postępowania o przeciwdziałanie praktykom monopolistycznym, decyduje o tym naruszenie przez przedsiębiorcę w następstwie stosowania zabronionych praktyk monopolistycznych interesu publicznoprawnego”. Sąd uznał również, że „konieczną przesłanką zastosowania sankcji (...) było istnienie interesu publicznoprawnego w zakresie wyznaczonym ich aksjologią, oraz że naruszenie interesu publicznoprawnego ma miejsce wówczas, gdy skutkami działań sprzecznych z przepisami obu ustaw dotknięty został „szerszy krąg uczestników rynku”, a nie tylko jeden podmiot, względnie gdy działania te wywołały na rynku inne niekorzystne zjawiska” a także że „istnienie interesu publicznoprawnego należy oceniać przez pryzmat szerszego spojrzenia, uwzględniającego całość negatywnych skutków działań monopolisty na określonym rynku”. Podobnie Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów uznał, że „zbiorowy interes konsumentów jest z definicji częścią interesu publicznego”<sup>96</sup>. Skala udzielania zamówień publicznych sprawia, że niezgodne z zasadami uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców praktyki mogą dotknąć szeroki krąg podmiotów. Może to mieć miejsce zarówno w przypadku zamawiających, z racji skali zamówienia jak i jego szczególnego, specyficznego charakteru oraz w przypadku wykonawców, wykorzystujących dominującą pozycję na rynku albo dokonujących zmowy ograniczającej mechanizmy rynkowe.

Podobnie jak ustawa o o.k.i.k., także ustawa o z.n.k. nakłada obowiązek ochrony konkurencji w interesie publicznym. W art. 1 stwierdza się, że: „Ustawa reguluje zapobieganie i zwalczanie nieuczciwej konkurencji w działalności gospodarczej, w szczególności produkcji przemysłowej i rolnej, budownictwie, handlu i usługach – w interesie publicznym, przedsiębiorców oraz klientów”. Jak wskazuje doktryna, interes publiczny polega na zachowaniu konkurencji jako jednego z kół zamachowych gospodarki oraz na jej prawidłowym i efektywnym, a także zgodnym z prawem, uczciwym i niezafałszowanym funkcjonowaniu<sup>97</sup>. Co równie istotne, interes ten nie jest identyczny z interesami pojedynczych przedsiębiorstw państwowych lub spółek handlowych, w których Skarb Państwa ma większość akcji lub udziałów<sup>98</sup>. Podmiotom tym przysługuje ochrona na podstawie ustawy o z.n.k., jako przedsiębiorcom lub

---

<sup>95</sup> Wyrok Sądu Najwyższego z dn. 27 sierpnia 2003 r. (sygn. I CKN 527/01).

<sup>96</sup> Wyrok Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dn. 26 kwietnia 2006 r. (sygn. XVII Ama 101/04).

<sup>97</sup> *Ustawa o zwalczaniu...*, str. 93.

<sup>98</sup> *Ibidem*.

klientom. W odniesieniu do ochrony konkurencji i konsumenta jako składowej interesu publicznego w doktrynie wyjaśnia się, że interes publiczny jest swoistym kompromisem między tym, co istotne z punktu widzenia istnienia państwa, a sferą interesów prywatnych. Niemniej wartości pierwszego rodzaju, czyli istotne dla państwa, w sposób pośredni służą także realizacji interesów indywidualnych, mając w gruncie rzeczy względem tych ostatnich charakter instrumentalny. Ważność interesu publicznego, prowadzącego do ograniczenia wolności działalności gospodarczej, o której mowa w art. 22 Konstytucji, winna być merytorycznie uzasadniona, tak aby w konflikcie z zasadą swobody gospodarowania warunek aksjologiczny przeważał na korzyść ograniczenia. Z pewnością jest to drogowskaz dla wszelkich poczynań w dziedzinie ochrony konsumenta<sup>99</sup>.

Omawiając znaczenie uczciwej konkurencji, ale także racjonalności wydatków, konieczne trzeba też przypomnieć o ścisłym związku ochrony tej wartości z zapobieganiem korupcji w zamówieniach publicznych. Korupcja jest zjawiskiem, które może wpłynąć negatywnie zarówno na racjonalność wydatków, jak i uczciwą konkurencję. Jest więc szczególnie szkodliwa dla interesu publicznego realizowanego przez zamówienia publiczne. Próby przekupstwa mają bowiem z zasady skłonić do naruszenia zasady uczciwej konkurencji poprzez bezprawne wpływanie na wynik postępowania bądź do wydania środków w sposób sprzeczny z zasadami racjonalności, za to korzystnymi dla podmiotu dokonującego przekupstwa. Dlatego zapobieganie korupcji zasługuje na wyodrębnienie jako jedna z funkcji zamówień publicznych.

Konsekwencją tego, że opisywane funkcje zamówień publicznych służą realizacji interesu publicznego, jest fakt, że czuwanie nad ich prawidłową, zgodną z prawem realizacją, służy interesowi publicznemu. Dlatego za ostatnią z funkcji zamówień publicznych można uznać mechanizm kontrolno-arbitrażowy, służący zapewnieniu realizacji dwóch dotychczas wymienionych funkcji. Funkcja ta jest w ramach przepisów o zamówieniach publicznych pełniona przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych oraz przez Krajową Izbę Odwoławczą.

Nie należy także zapominać, że p.z.p. zawiera uregulowania, które mają za zadanie chronić interesy prywatne zarówno zamawiających, jak i wykonawców. Granica między interesami prywatnymi i interesem publicznym jest zresztą niejednokrotnie trudno uchwytna. Możliwe jest bowiem, że w ramach procesu udzielania zamówień publicznych podmioty uczestniczące, chroniąc własne interesy, przyczynią się jednocześnie do ochrony interesu publicznego.

W świetle powyższych ustaleń, za zasadnicze funkcje zamówień publicznych uznaje:

- stymulowanie racjonalizacji wydatków,
- stymulowanie ochrony konkurencji,
- przeciwdziałanie korupcji,

---

<sup>99</sup> E. Wieczorek, artykuł GSP2000.7.625 *Niektóre aspekty ochrony konsumentów w świetle ustawy – Prawo działalności gospodarczej*, Teza nr 4,37982/4, LEX.



- ochronę interesów prywatnych,
- gwarancję przestrzegania uprzednio wymienionych funkcji.

Trzeba przy tym zaznaczyć, że są to funkcje idealne, postulowane.

W literaturze wyróżnia się różnorodne katalogi funkcji zamówień publicznych. Ich dokładniejsza analiza ukaże, że pomimo różnej liczby proponowanych funkcji, wszystkie zawierają się w zbiorze zaproponowanym na potrzeby niniejszej rozprawy. Spośród wielu można wskazać na kryteria wyróżnione przez Mariana Lemke:

- 1) Wprowadzenie mechanizmów antykorupcyjnych do procesu realizacji wydatków publicznych.
- 2) Zapewnienie konkurencyjności, jako podstawowej zasady systemu zamówień publicznych, co prowadzi do wyboru oferty najkorzystniejszej, w świetle oczekiwań zamawiającego.
- 3) Ochrona podmiotów działających na rynku zamówień publicznych, czego gwarantem mają być jasne zasady i procedury.
- 4) Ochrona interesu publicznego, nie tylko poprzez jawność, jasność zasad, przejrzystość reguł, lecz również poprzez kumulację oszczędności związanych z realizacją wydatków publicznych.
- 5) Realizacja polityki gospodarczej państwa, zarówno w sferze przemysłowej, jak i społecznej<sup>100</sup>.

Powyższy katalog funkcji jest praktycznie tożsamy z katalogiem proponowanym przeze mnie. Jedynym dodatkowym punktem jest pkt 5, dotyczący funkcji realizacji polityki gospodarczej państwa, zarówno w sferze przemysłowej, jak i społecznej. Funkcję tę trzeba zaliczyć do wtórnej funkcji przepisów o zamówieniach publicznych. Do funkcji pierwotnych zaliczam takie zastosowania prawa zamówień publicznych, które wynikają wprost z samych przepisów dotyczących zamówień. Inaczej mówiąc, funkcje te są zaimplementowane w prawie dotyczącym zamówień i potencjalnie realizowane przez każdego, kto pod rygorem przepisów p.z.p. dokonuje zakupu dóbr. Funkcje wtórne, inaczej instrumentalne, nie znajdują szerokiego odzwierciedlenia w obowiązujących przepisach o zamówieniach, ale są efektem instrumentalnego traktowania zamówień publicznych, jako narzędzia do wydatkowania pieniędzy, które może być wykorzystane praktycznie w dowolnym celu związanym z wydatkowaniem środków. Zatem wtórne funkcje zamówień publicznych są praktycznie nieograniczone i są w niewielkim stopniu normowane przez przepisy o zamówieniach publicznych. Przykładowo, ustawa p.z.p. nie zawiera regulacji dotyczących bezpieczeństwa przeciwpowodziowego. Jednakże zamówienia publiczne, poprzez zamawianie robót budowlanych na budowę wałów przeciwpowodziowych, mogą posłużyć poprawie ochrony przed powodzią. Zwiastunem rozwoju wtórnych funkcji zamówień publicznych są zielone i społecznie użyteczne zamówienia.

---

<sup>100</sup> M. Lemke, *The experience of centralized enforcement in Poland in: Public procurement the continuing revolution*, red. S. Arrowsmith, M. Trybus, Kluwer Law 2003, s. 104 i n.

W katalogu funkcji zamówień publicznych stworzonym przez Andrzeja Panasiuka, funkcje instrumentalne pełnią rolę dominującą. Autor wyróżnia bowiem funkcje:

- 1) Stymulacyjną – przejawiającą się w możliwości oddziaływania na sektory gospodarki, regiony kraju, poprzez mechanizm prawem przypisanych instrumentów oddziaływania na podaż i popyt.
- 2) Protekcyjnistyczną – wynikającą z możliwości zastosowania ochronnych instrumentów w stosunku do podmiotów funkcjonujących na rynku.
- 3) Aktywizacyjną i decentralizacyjną – obie zmierzające do wzrostu aktywności poszczególnych regionów, poprzez przemyślaną i celową realizację wydatków publicznych na społecznie oczekiwane zadania publiczne.
- 4) Zaufania społecznego do realizowania wydatków publicznych.
- 5) Współdziałania – polegającą na rozwoju współpracy z podmiotami prywatnymi przy realizacji zadań publicznych<sup>101</sup>.

Nie można zaprzeczyć, że zamówienia publiczne istotnie mogą pełnić powyższe funkcje, ale nie jest to efektem stosownych unormowań w przepisach dotyczących zamówień publicznych, ale przede wszystkim skutkiem strategicznych decyzji, prowadzących np. do zaktywizowania danego regionu czy stymulowania sektora gospodarki. W takim przypadku zamówienie publiczne, dokonywane pod rygorem p.z.p., jest jedynie skutkiem przyjętego programu rozwoju społeczno-gospodarczego..

Niektórzy autorzy skupiają się wyłącznie na instrumentalnych funkcjach zamówień publicznych. Tak czyni np. Jose Maria Fernandez Martin, który za funkcje zamówień publicznych uznaje:

- 1) pobudzenie popytu,
- 2) stymulowanie wzrostu gospodarczego,
- 3) ochrona krajowej gospodarki przed konkurencją firm zagranicznych,
- 4) wzmacnianie konkurencyjności wybranych sektorów gospodarki, narzędzie kształtowania polityki regionalnej,
- 5) kształtowanie polityki społecznej<sup>102</sup>.

Również w polskiej doktrynie wyróżnia się funkcje instrumentalne zamówień publicznych, np. alokacyjną i stabilizacyjną, to znaczy dostarczania określonych towarów i usług społeczeństwu oraz wpływanie na koniunkturę gospodarczą poprzez ograniczanie bądź intensyfikację wydatków publicznych<sup>103</sup>.

Katalog funkcji zamówień publicznych zaprezentowany przez Tomasza Grzeszczyka, chociaż wyróżnia się od wcześniej cytowanych autorów stosowaną terminologią, w praktyce powieliła funkcje, które do tej pory zostały wskazane. Autor dowodzi, że w zamówieniach publicznych występują funkcje:

---

<sup>101</sup> A. Panasiuk, *Publicznoprawne ograniczenia...*, s. 48.

<sup>102</sup> J. M. Fernandez Martin, *The EC Procurement Rules: A critical analysis*, 1996, s. 45 i n.

<sup>103</sup> G. Herc, E. Komorowski, P. Szustakiewicz, *Zamówienia publiczne w Polsce...*, s. 91–92.

- 1) Instrukcyjna – gdyż normy informują, jakie są zasady, formy oraz tryb udzielania zamówień publicznych, jaki jest organ właściwy w sprawach o zamówienia publiczne a także jaki obowiązuje tryb rozpatrywania protestów i odwołań złożonych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.
- 2) Regulacyjna – ponieważ normy regulują i organizują postępowanie, określają i porządkują kolejność czynności, podają terminy, ustalają treść obowiązków i kryteria oceny staranności uczestników postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.
- 3) Ochronna – gdyż normy ustalają zasady chroniące interes publiczny oraz interesy uczestników postępowania, przeciwdziałają dowolności traktowania (...) wykonawców ubiegających się o zamówienie oraz dowolności wyboru oferentów i wyboru oferty, stabilizują postępowanie i decyzje.
- 4) Prewencyjna – polegająca na tym, że normy określają konsekwencje naruszeń obowiązującej procedury zarówno dla zamawiającego, jak również dla wykonawców<sup>104</sup>.

Mankamentem ww. katalogu jest to, że wskazuje on funkcje, które nawet ujmowane łącznie nie są dość specyficzne, aby odnosić je tylko do zamówień publicznych. Wielu aktom prawnym można bowiem przypisać zarówno funkcję informowania o sposobie postępowania, porządkowania czynności prawnych i faktycznych, ochrony pewnej kategorii interesów publicznych czy przeciwdziałania zachowaniom niepożądanym. Wydaje się, że jest to katalog o zbyt ogólnym charakterze, aby mógł coś wniesić do procesu badania funkcji zamówień publicznych.

Z różnorodnością interesów chronionych przez prawo zamówień publicznych, w tym ochroną zarówno interesów publicznych, jak i prywatnych, spletają się ściśle kontrowersje dotyczące przynależności prawa zamówień publicznych do określonej gałęzi prawa. Podobnie jak trudno było jednoznacznie zaklasyfikować zamówienia publiczne do sfery finansów publicznych, tak trudno przesądzić, czy należą one do prawa publicznego, czy też prywatnego. Stanowisko nauki nie jest w tym przedmiocie jednolite, co nie dziwi zwłaszcza w sytuacji dużych rozbieżności, jakie są związane z podziałem na prawo publiczne i prawo prywatne. Tym bardziej równie duże kontrowersje musi budzić i budzi możliwość zaklasyfikowania p.z.p. do określonej gałęzi prawa. W doktrynie zgodnie uznaje się współistnienie w prawie zamówień publicznych norm o charakterze cywilnoprawnym i administracyjnoprawnym<sup>105</sup>. Niektórzy badacze (np. Przemysław Szustakiewicz) zasadnie wskazują również na obecność elementów prawa finansowego. Spór o charakterze doktrynalnym zachodzi w sytuacji, w której autorzy próbują wykazać, pomimo uprzedniego

---

<sup>104</sup> T. Grzeszczyk, *Zamówienia publiczne w reformowanej gospodarce polskiej – doświadczenia i przyszłość*, Częstochowa 1996, s. 44.

<sup>105</sup> Na takim stanowisku stoją: R. Szostak, P. Szustakiewicz, A. Panasiuk, A. Rudowald.

wskazania różnorodności gałęzi prawa obecnych w p.z.p., że ustawa ta jest w całości częścią prawa cywilnego. Koronnym argumentem zwolenników pełnej przynależności ustawy p.z.p. do prawa cywilnego jest treść jej art. 14, który stanowi, że: „Do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku – Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej” oraz art. 139 ust. 1: „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”. Drugim argumentem przytaczanym przez zwolenników omawianej koncepcji jest fakt, że zamawiający w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie działa w sferze imperium, lecz w sferze dominium.

Kryterium odsyłania do określonego aktu prawnego, jako przesłanki przynależności ustawy do określonej gałęzi prawa, wydaje się chybiony. P.z.p. zawiera bowiem odesłania do wielu aktów prawnych, zarówno z gałęzi prawa administracyjnego, finansowego, jak i cywilnego. Co więcej, samo postępowanie może być unieważnione ze względu na fakt, że jego prowadzenie nie leży w interesie publicznym, a umowa realizowana na skutek przeprowadzonego postępowania również może być rozwiązana ze względu na interes publiczny.

Drugi argument, o braku stosunku zależności czy też podrzędności między zamawiającym a wykonawcą, również jest chybiony. Sprowadzenie działań administracji jedynie do działań władczych jest znaczącym i nieuprawnionym zawężeniem, jako że tendencje w nowoczesnym państwie są wręcz przeciwne – zwiększa się działalność administracji według zasad właściwych jedynie dla dominium<sup>106</sup>. Nauka administracji dostrzega, że cechą charakterystyczną nowoczesnej administracji jest rozszerzający się zakres współlistnienia podmiotów administracji publicznej i podmiotów niepublicznych i wynikający z niego współdziałanie tych podmiotów w realizowaniu zadań publicznych. W związku z budową demokratycznego państwa prawnego podstawą dla formułowania zmian są procesy prywatyzacji, ograniczenie funkcji administracji rządowej, powołanie i funkcjonowanie administracji samorządowej oraz szersze korzystanie z form prawa cywilnego<sup>107</sup>.

Ze względu na opisane trudności klasyfikacyjne, część autorów zmieniła założenia badawcze i w miejsce obligatoryjnego przyporządkowywania do określonej gałęzi prawa uznała jej złożony, mieszany charakter, zaliczając ją to bądź do kompleksowej regulacji prawnej (przez co rozumie się zespoły norm odnoszące się do jednego przedmiotu, systematycznie należące jednak do kilku gałęzi)<sup>108</sup>, bądź do hybrydalnej dziedziny prawa<sup>109</sup>. Jak wskazuje Przemysław

<sup>106</sup> R. Szostak, *Przetarg nieograniczony...*, s. 30.

<sup>107</sup> K. Płonka-Bielenin, *Zakres pojęcia „zadania publiczne” i próba określenia istoty ich realizacji przez organizacje pożytku publicznego*, *Administracja* 2/2008, s. 147.

<sup>108</sup> Z. Radwański, *Prawo cywilne – część ogólna*, Warszawa 2007, s. 5.

<sup>109</sup> Cf. P. Szustakiewicz, *Zamówienia publiczne jako hybrydalna dziedzina prawa*, *Zamówienia publiczne*. Doradca 05/2007.

Szustakiewicz, „(...) zamówienia publiczne są specyficzną dziedziną prawa, a zatem obszar ich regulacji jest ograniczony, jednak na tyle specyficzny, iż trudno przyjąć, że należą one do jednej gałęzi prawa (...) są zatem hybrydalną dziedziną prawa leżącą na przecięciu trzech wielkich gałęzi prawa; cywilnego, administracyjnego oraz finansowego”<sup>110</sup>.

W podobnym duchu wypowiada się Ryszard Szostak: „publicznoprawna regulacja zamówień publicznych obejmuje przede wszystkim normy nakazujące wykorzystanie oznaczonych instrumentów cywilnoprawnych (procedur) bądź wymuszające zastosowanie określonych przepisów prawa cywilnego w imię zasady, że władza publiczna i podległe jej jednostki realizują dobro publiczne za pośrednictwem środków niewładczych, a wykorzystanie władztwa publicznego stanowi obecnie wyjątek od tej reguły”<sup>111</sup>. Hybrydalność zamówień publicznych sprawia zatem, że wprawdzie stosunkowo niewiele jest tam uregulowań o charakterze administracyjnoprawnym w klasycznym rozumieniu, jako relacji podmiotu administrującego i administrowanego o władczym charakterze, za to niezwykle liczne są uregulowania o charakterze bezwzględnie obowiązującym, determinujących kształt i przebieg procesu wydatkowania środków publicznych.

Złożoność uregulowań dotyczących zamówień publicznych powoduje, że nie można ograniczyć się do prostego przyporządkowywania każdego z rozwiązań prawnych ustawy Prawo zamówień publicznych realizacji interesu publicznego. Ze względu na mieszany charakter przepisów konieczna jest każdorazowe sprawdzenie, czy określony przepis lub instytucja prawna realizuje interes publiczny, czy też np. zabezpiecza interes prywatny.

## 2. Obszary zamówień publicznych, w których interes publiczny jest zagrożony

Zdefiniowanie zamówień publicznych, interesu publicznego oraz ustalenie podstawowych funkcji zamówień publicznych umożliwia podjęcie próby wskazania tych sfer systemu zamówień, w których potencjalnie może dochodzić do naruszenia interesu publicznego i które z tego względu winny być szczególnie chronione. Dla zbadania powyższego zagadnienia konieczne jest uwzględnienie zarówno głównych podmiotów zaangażowanych w proces udzielania zamówień publicznych, jak i sfer oddziaływania między nimi, powstałych w wyniku udzielania zamówienia.

Pierwszym etapem udzielania zamówienia publicznego, regulowanym przez p.z.p., jest szacowanie jego wartości. Ponieważ wartość zamówienia jest przez przepisy skorelowana z restrykcyjnością przepisów chroniących interes publiczny (im wyższa wartość zamówienia, tym więcej publicznoprawnych

<sup>110</sup> P. Szustakiewicz, *Zamówienia publiczne...*, s. 40.

<sup>111</sup> R. Szostak, *Przetarg nieograniczony...*, s. 32.

ograniczeń w nabywaniu dóbr), już na wczesnym etapie zamówienia konieczne jest wprowadzenie regulacji, które zapobiegą nieprawidłowościom związanym z tą czynnością. Blisko powiązaniem z szacowaniem wartości zamówienia jest opis jego przedmiotu, poprzez który zamawiający artykułuje swoje potrzeby, a wykonawcy otrzymują niezbędną informację, służącą przygotowaniu oferty. Jest to etap w procesie udzielania zamówienia publicznego szczególnie istotny dla interesu publicznego, i to z wielu powodów. Jako główne należy wskazać, że błędne opisanie przedmiotu może skutkować nieracjonalnym wydatkowaniem środków publicznych, a faworyzowanie jednych zamawiających kosztem innych wpływa na zachowanie uczciwej konkurencji na rynku. Nie mniej istotne są kryteria, na podstawie których będzie wybierana oferta najkorzystniejsza. Aby zamówienie było realizowane w interesie publicznym, winno promować oferty faktycznie najkorzystniejsze z ekonomicznego i technicznego punktu widzenia tak dla zamawiających, jak i dla społeczeństwa, a z drugiej strony być na tyle przejrzyste, aby proces wyboru najkorzystniejszej oferty był transparentny i zrozumiały. Transparentność i zrozumiałość procedury wyboru ma także istotne znaczenie w mechanizmach zapobiegających korupcji, gdyż niejasne zasady prowadzenia postępowania sprzyjają manipulowaniu jego wynikiem.

Podobnie jak źle opisany przedmiot zamówienia może naruszyć interes publiczny w postaci racjonalności wydatków, tak i niewłaściwy wykonawca może przyczynić się do tego, że zamówienie zostanie zrealizowane w sposób nienależyty, przez co może zaszkodzić żywotnym interesom publicznym, jak choćby mobilność (np. w przypadku nieterminowej budowy drogi) albo bezpieczeństwo (np. w przypadku źle wykonanego wału przeciwpowodziowego albo awaryjnych wozów straży pożarnej). Nierzetelny wykonawca praktycznie zawsze będzie też godził w racjonalność wydatkowania środków publicznych, ponieważ każda nierzetelność stoi w sprzeczności z efektywnym wydawaniem pieniędzy publicznych.

Dla interesu publicznego ważne jest także, aby proces badania i oceny ofert ściśle odzwierciedlał postanowienia zawarte uprzednio w dokumentacji postępowania, pozwolił wyeliminować oferty nie spełniające oczekiwań zamawiającego, wykluczyć niepożądanych wykonawców i doprowadzić do wyboru oferty najkorzystniejszej.

Mając na uwadze fakt, że zamówienie publiczne nie kończy się wraz z podpisaniem umowy, ale obejmuje także proces realizacji postanowień tejże umowy, trzeba podkreślić, że ten etap może w stopniu nie mniejszym niż wcześniej omawiane wystawić na szwank interes publiczny. Można nawet zaryzykować tezę, że na tym etapie zagrożenie nieprawidłowościami jest o tyle większe, że nie występuje mechanizm wzajemnej kontroli przez rywalizujących ze sobą wykonawców, wsparty instytucją odwołania do Krajowej Izby Odwoławczej. W przypadku złej woli ze strony zamawiającego i wykonawcy możliwa jest zmiana umowy wypaczająca wynik postępowania (np. podniesie-

nie ceny umownej), która może zostać wykryta dopiero w przypadku ewentualnej kontroli uprawnionego organu.

Dla pełnego katalogu potencjalnych sfer ochrony interesu publicznego niezbędne jest także uwzględnienie wzajemnych oddziaływań między zamawiającymi i wykonawcami w procesie udzielania zamówień, a w szczególności obiegu informacji. Ograniczanie dostępu do informacji o procesie udzielania zamówienia może drastycznie ograniczyć lub uniemożliwić wykonawcom ubieganie się o jego udzielenie, ukryć fakty, które mogłyby stać się przedmiotem skutecznego odwołania do Krajowej Izby Odwoławczej albo uzasadnionego wniosku o dokonanie kontroli przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, sprowokować wykonawców do złożenia błędnej merytorycznie oferty i skutkować innymi okolicznościami, stojącymi w opozycji do głównych funkcji zamówień publicznych.

W świetle powyższych uwag, za podstawowe obszary zamówień publicznych, w ramach których istnieje potencjalne zagrożenie dla interesu publicznego i które z tego względu wymagające istnienia przepisów mających za zadanie chronić ten interes, uważam:

- sferę opisu przedmiotu zamówienia i szacowania jego wartości;
- ustalanie kryteriów wyboru oferty najkorzystniejszej;
- kryteria doboru wykonawców zamówienia;
- regulacje dotyczące obiegu i formy informacji, przekazywanych w związku z prowadzeniem postępowania;
- regulacje dotyczące badania i oceny ofert;
- regulacje dotyczące wykonywania umowy zawartej w efekcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego;
- systemowe gwarancje przestrzegania przepisów chroniących interes publiczny.

Wymienione obszary będą przedmiotem badań kolejnych rozdziałów niniejszej rozprawy.

# Zasady zamówień publicznych

## 1. Wprowadzenie

W poprzednim rozdziale wskazałem podstawowe obszary zamówień publicznych, w których może być realizowany i zarazem w których może być zagrożony publiczny interes. Każda z tych sfer wyróżnia się specyficznymi jedynie dla niej rozwiązaniami prawnymi, chroniącymi interes publiczny. Reguła ta nie dotyczy zasad prawa, które z racji swojej specyfiki, obejmują praktycznie wszystkie aspekty udzielania zamówień publicznych, uregulowane przez p.z.p.

Generalnie rzecz biorąc, zasady prawa to normy prawne uznanych za szczególnie ważne (zasadnicze) dla danego systemu prawa lub jego części<sup>112</sup>. W polskiej nauce prawa ścierają się dwie główne koncepcje dotyczące istoty zasad prawa: koncepcja Jerzego Wróblewskiego<sup>113</sup> oraz koncepcja środowiska poznańskiego autorstwa Sławomiry Wronkowskiej, Macieja Zielińskiego i Zygmunta Ziemińskiego<sup>114</sup>. Pierwsza, oparta na modelu wykładni klaryfikacyjnej, za zasady prawa uznaje tylko obowiązujące normy prawa pozytywnego, których doniosłość wynika bądź to z kryteriów formalnych (np. wyrażenie danej normy w Konstytucji), materialnych (ponieważ stanowi rację dla całej grupy norm), z kryteriów roli, jaką odgrywa norma w pewnej instytucji prawnej bądź też kryterium doniosłości społecznej<sup>115</sup>. Druga, koncepcja poznańska, oparta na wykładni derywacyjnej, nie ogranicza zasad prawa jedynie norm prawa pozytywnego, ale uwzględnia także normy, których obowiązywanie nie znajduje bezpośrednio uzasadnienia w tekstach prawnych, ale które zostały ustalone na podstawie wniosków z innych norm prawa lub istnieją w doktrynie prawniczej zgodnej co do faktu ich obowiązywania<sup>116</sup>.

<sup>112</sup> W. Gromski, hasło „zasada prawa”, w: *Encyklopedia prawa*, red. U. Kalina-Prasznic, Warszawa 2006, s. 920–921.

<sup>113</sup> K. Opałek, J. Wróblewski, *Zagadnienia teorii prawa*, Warszawa 1969, s. 255–260.

<sup>114</sup> S. Wronkowska, M. Zieliński, Z. Ziemiński, *Zasady prawa. Zagadnienia podstawowe*, Warszawa 1974, s. 211.

<sup>115</sup> K. Ziemiński, *Zasady ogólne prawa administracyjnego*, Poznań 1989, s. 24.

<sup>116</sup> Ibidem, s. 25.



Wydawać by się mogło, że kształt ustawy p.z.p. daje priorytet wąskiemu pojmowaniu zasad. Podejście takie jest uzasadnione normatywnym kształtem samej ustawy, która zawiera jednostkę redakcyjną „Zasady udzielania zamówień”. Jednak z przepisów p.z.p. odnoszących się do różnorodnych kwestii związanych z zamówieniami można wyabstrahować pewne generalne reguły, wykraczające poza zasady enumerowane w art. od 7 do 10 p.z.p. Z racji istnienia dodatkowych zasad niż te wymienione wprost, ograniczenie się do wąskiego rozumienia zasad grozi zubożeniem poznawczym. Ustawodawca, tworząc katalog zasad, nie wyczerpał bowiem wszystkich elementów istotnych dla prawa zamówień publicznych. Dlatego posiłkowanie się szerszym rozumieniem zasad prawa, reprezentowanym m.in. przez Sławomirę Wronkowską, Macieja Zielińskiego i Zygmunta Ziemińskiego, jest uzasadnione odniesieniu do problematyki poruszanej w niniejszej rozprawie.

Funkcja zasad zamówień publicznych w ochronie interesu publicznego jest trudna do przecenienia. Krystian Ziemiński wskazuje kilka najważniejszych zadań zasad prawa (odnosząc się do zasad prawa administracyjnego):

- wyznaczenie kierunku pracom legislacyjnym,
- pełnienie roli dyrektyw interpretacyjnych,
- ujednoczenie praktyki stosowania prawa,
- zapewnienie elastyczności działań podejmowanych przez administrację na podstawie przepisów,
- określenie kierunków działania podejmowanych w ramach uznania administracyjnego, wypełnienie luk w prawie administracyjnym<sup>117</sup>.

Z racji pełnionych funkcji, zasady zamówień publicznych mogą dotyczyć materii mającej kluczowe znaczenie dla interesu publicznego. Poprzez rozległość problematyki, której dotyczą, zasady stanowią uzupełnienie luk w przepisach szczegółowych. W wypadku problemów interpretacyjnych odwołanie się do zasad pozwala na wykładnię zgodną z wolą ustawodawcy, a więc również w sposób chroniący interes publiczny. Odwołanie się do zasad pozwala także rozstrzygać te problemy wynikłe w procesie udzielania zamówień publicznych, które nie są wprost uregulowane przez przepisy szczególne. Z drugiej strony, naruszenie przepisów szczególnych jest najczęściej jednoczesnym naruszeniem zasad zamówień publicznych. Z tego względu np. w odwołaniach do Krajowej Izby Odwoławczej wykonawcy, oprócz przywołania szczegółowych naruszeń prawa, powołują się na zasadę równego traktowania wykonawców. Obok szerokiego zakresu, którego zasady zamówień publicznych dotyczą, równie ważna jest waga zagadnień, których dotyczą. W doktrynie powszechnie podkreśla się szczególne znaczenie unormowań art. od 7 do 10 w zamówieniach publicznych i dlatego za usprawiedliwione uznaje się określenie mianem zasad<sup>118</sup>. Co ważne, zasady wyrażone w art. od 7 do 10 mają jednakowe zastosowanie

---

<sup>117</sup> Ibidem, s. 42.

<sup>118</sup> J. Pieróg, *Zamówienia...*, s. 53.

do wszystkich trybów udzielania zamówień publicznych, a naruszenie czy pominięcie którejs z nich jest uznawane za rażące naruszenie ustawy<sup>119</sup>.

## 2. Zasada uczciwej konkurencji i równego traktowania

Pierwsza z zasad prawa zamówień publicznych to wyartykułowanie naczelnej wartości, która, jak wcześniej wykazano, jest składową interesu publicznego – mowa o obowiązku przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Znajduje ona silne umocowanie nie tylko w p.z.p., ale również w prawie europejskim. Art. 2 najważniejszej w prawie europejskim regulacji dotyczącej zamówień publicznych, czyli Dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 roku w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi, nakazuje instytucjom zamawiającym równe i niedyskryminacyjne traktowanie wykonawców oraz działanie w sposób przejrzysty. W doktrynie wskazuje się, że charakterystyczne dla prawa zamówień publicznych jest to, że zasada równego traktowania wiąże się ściśle z zasadą zapewnienia uczciwej konkurencji i przejrzystości procedur przetargowych, mimo iż czasem w poszczególnych przepisach zawarty jest jedynie obowiązek przestrzegania tej głównej zasady<sup>120</sup>. Istotna dla interpretacji tego przepisu jest także wykładnia art. 12 Traktatu Ustanawiającego Wspólnotę Europejską, który stanowi, że: „W zakresie zastosowania niniejszego Traktatu i bez uszczerbku dla postanowień szczególnych, które on przewiduje, zakazana jest wszelka dyskryminacja ze względu na przynależność państwową (...)”.

Czym jest więc dyskryminacja? W orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich pojęcie dyskryminacji jest opisywane jako różne traktowanie podobnych sytuacji i podobne traktowanie różnych sytuacji<sup>121</sup>. Oznacza to, że o dyskryminacji można mówić w dwóch przypadkach. Pierwszy dotyczy sytuacji, gdy w tych samych okolicznościach faktycznych i prawnych, wobec dwóch lub więcej podmiotów podejmowane są odmienne czynności prawne i faktyczne. Przykładowo, gdy wymagane jest złożenie zaświadczenia o niezaleganiu z podatkami, wobec jednego podmiotu, który tego zaświadczenia nie złożył nie wyciągane są żadne sankcje, podczas gdy drugi zostaje wykluczony z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W drugim przypadku dyskryminacji, w różnych okolicznościach faktycznych i prawnych podmioty

---

<sup>119</sup> J. Pieróg, *op.cit.*, s. 53.

<sup>120</sup> A. Sołtysińska, *Europejskie prawo zamówień publicznych. Komentarz*, 2006, LEX, komentarz do art. 2.

<sup>121</sup> C-13/63, *Włochy v. Komisja Wspólnot Europejskich*, ECR 1963, s. 165, tłumaczenie cytowane za: W. Czapliński, R. Ostrihansky, P. Saganek, A. Wyrozumska, *Prawo Wspólnot Europejskich...*, s. 65.

traktowane są tak samo. Używając przykładu z zaświadczeniem o niezaleganiu z podatkami, zarówno podmiot, który złożył wymagane oświadczenie, jak i podmiot, który go nie złożył, zostają dopuszczeni do dalszych etapów postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Mówiąc o rozumieniu dyskryminacji w prawie wspólnotowym należy pamiętać, że bezpośrednie stosowanie art. 12 TWE<sup>122</sup> może mieć miejsce jedynie w zamówieniach, w których pojawia się element „wspólnotowy”, a więc uczestnictwo podmiotów z innych państw Unii Europejskiej. Jednakże, jak wskazuje się w doktrynie, zasada niedyskryminacji, określona przez dyrektywę 2004/18/WE, obowiązuje nie tylko w sytuacji zróżnicowanego traktowania ze względu na narodowość, ale jest naczelną regułą wszystkich postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, jako zasada związana ściśle z zapewnieniem uczciwej konkurencji<sup>123</sup>. Obowiązek równego traktowania jest jednym z wielu ograniczeń swobody kontraktowania, narzuconych zarówno przez prawo europejskie, jak i prawo krajowe. Trzeba podzielić w pełni pogląd zawarty w komentarzu do europejskiego prawa zamówień publicznych, że udzielenie zamówienia nie jest aktem dokonywanym przez podmioty o charakterze prywatnym – jest to forma dysponowania środkami publicznymi, która ma na celu chronienie interesu publicznego i efektywne wydatkowanie pieniędzy pochodzących z budżetu. Równe traktowanie sprzyja konkurencji, ale i umożliwia prawidłowe dysponowanie środkami publicznymi<sup>124</sup>.

Dyskryminacja może jednak przybierać inną postać, niż tylko różne traktowanie podobnych sytuacji i podobne traktowanie różnych sytuacji. Istnieje bowiem możliwość, że wszystkie podmioty zainteresowane pozyskaniem zamówienia publicznego będą traktowane równo, a pomimo tego część z nich z góry zostanie pozbawiona szans na zwycięstwo. Przekreślenie szans na zwycięstwo może być dokonane poprzez takie opisanie przedmiotu zamówienia bądź takie ustalenie warunków uczestnictwa w postępowaniu, że tylko część lub w skrajnym przypadku jeden podmiot działający w danym segmencie rynku będzie mógł zdobyć publiczny kontrakt. Niemniej jednak, aby można było mówić w tym przypadku o dyskryminacji, konieczne jest zaistnienie jeszcze jednej okoliczności: eliminacja poprzez sposób opisanie przedmiotu zamówienia bądź kształt warunków udziału w postępowaniu, aby mogła zostać uznana za dyskryminującą, musi być pozbawiona merytorycznego, technicznego, gospodarczego czy ekonomicznego uzasadnienia.

Zasada zachowania uczciwej konkurencji winna być interpretowana w świetle przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz ustawy o ochronie konkurencji i konsumenta. Zgodnie z art. 3 ustawy o z.n.k., czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta,

---

<sup>122</sup> Obecnie art. 18 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej.

<sup>123</sup> S. Arrowsmith, *The Law...*, s. 462.

<sup>124</sup> A. Sołtysińska, *Europejskie prawo...*, LEX, komentarz do art. 2.

w szczególności: wprowadzające w błąd oznaczenie przedsiębiorstwa, fałszywe lub oszukańcze oznaczenie pochodzenia geograficznego towarów albo usług, wprowadzające w błąd oznaczenie towarów lub usług, naruszenie tajemnicy przedsiębiorstwa, nakłanianie do rozwiązania lub niewykonania umowy, naśladownictwo produktów, pomawianie lub nieuczciwe zachwalanie, utrudnianie dostępu do rynku, przekupstwo osoby pełniącej funkcję publiczną, a także nieuczciwa lub zakazana reklama, organizowanie systemu sprzedaży lawinowej oraz prowadzenie lub organizowanie działalności w systemie konsorcyjnym. Można zaryzykować stwierdzenie, że w prawnych uregulowaniach dotyczących zamówień publicznych zaimplementowano szereg instytucji prawnych, które pośrednio zmniejszają ryzyko dokonania czynu nieuczciwej konkurencji. Sprzyja temu m.in. dążenie ustawodawcy do zagwarantowania transparentności zamówień publicznych, instytucja wadium i zabezpieczenia należytego wykonania umowy, instytucja postępowania odwoławczo-skargowego itp. Oprócz niektórych instytucji prawnych, zawartych w p.z.p. i mających na celu pośrednie przeciwdziałanie czynom nieuczciwej konkurencji, które szerzej zostaną omówione w dalszej części publikacji, należy pamiętać również o prawnym obowiązku odrzucenia oferty, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji (art. 89 ust. 1 pkt 3 p.z.p.). Jest to przykład regulacji prawnej bezpośrednio chroniącej przed czynami nieuczciwej konkurencji w zamówieniach publicznych. A zatem wyrażona w art. 7 p.z.p. zasada znajduje konkretyzację w rygorystycznym przepisie, który czyn nieuczciwej konkurencji wiąże z eliminacją z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Doktryna podkreśla także związki omawianej zasady zamówień publicznych z ustawą o ochronie konkurencji i konsumenta<sup>125</sup>. W szczególności chodzi tu o ustawowy zakaz porozumień ograniczających konkurencję oraz zakaz nadużywania pozycji dominującej. Jednakże w tym przypadku brak jest instytucji bezpośrednio gwarantujących przestrzeganie artykułów od 6 do 9 ustawy o o.k.i.k. oraz art. 81 i 82 TWE<sup>126</sup>. Zamawiającym, na których spoczywa prawny obowiązek przeprowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców pozostaje do dyspozycji środki w postaci powiadomienia Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów o możliwości naruszenia przepisów oraz stosowanie się do obowiązujących przepisów, które w sposób pośredni mają zabezpieczać przed tzw. „zmową przetargową”.

Pozostaje jeszcze kwestia rozróżnienia treści pojęć „zasada uczciwej konkurencji” i „zasada równego traktowania”. Podstawowej różnicy między zasadą uczciwej konkurencji, a zasadą równości (równego traktowania wykonawców) przedstawiciele doktryny upatrują w fakcie, że zasada zachowania uczciwej konkurencji nakłada na zamawiającego obowiązek baczenia na zachowanie swoje i wykonawców, podczas gdy zasada równości odnosi się tylko do dzia-

<sup>125</sup> Np. J. Pieróg, G. Wicik, P. Wiśniewski.

<sup>126</sup> Obecnie art. 101 i 102 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej.

łań własnych zamawiającego<sup>127</sup>. Innymi słowy, zasada równego traktowania wykonawców dotyczy postępowania wyłącznie samego zamawiającego wobec wykonawców i tylko przez zamawiającego może być naruszona. Uczciwa konkurencja natomiast jest pojęciem szerszym, które dotyczy nie tylko relacji na linii zamawiający-wykonawca, ale także relacji między samymi wykonawcami. Zasadę uczciwej konkurencji może naruszyć zatem nie tylko zamawiający, ale także wykonawcy.

### 3. Zasada obiektywizmu

Naturalną konsekwencją przyjęcia uczciwej konkurencji jako zasady postępowania, jest ustanowienie kolejnej, określanej w doktrynie mianem zasady obiektywizmu. O ile zasada uczciwej konkurencji dotyczy reguł postępowania zamawiającego, jako podmiotu prawa, o tyle zasada obiektywizmu stanowi dyrektywę doboru jego kadry, prowadzącej postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego. Zgodnie z art. 7 ust. 2 p.z.p. „Czynności związane z przygotowaniem oraz przeprowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia wykonują osoby zapewniające bezstronność i obiektywizm”. W wielu przypadkach fakt, kto będzie włączony w procedurę udzielania zamówień, może mieć istotne znaczenie dla prawidłowości czynności dokonywanych w postępowaniu. A zatem dla zabezpieczenia realizacji kluczowej dla ochrony interesu publicznego wartości, którą, jak już wykazano, jest uczciwa konkurencja (a pośrednio i racjonalności wydatków, bo efektem naruszenia uczciwej konkurencji może być nieracjonalność wydatkowania środków), niezbędna jest taka selekcja osób, która zmniejszy ryzyko zaistnienia formalnych i nieformalnych powiązań z wykonawcami. Należy przy tym podkreślić, że oprócz ogólnej dyrektywy ustalania składu osób zaangażowanych w proces udzielenia zamówienia publicznego, dyrektywa ta jest skonkretyzowana w szeregu obowiązków nałożonych na zamawiającego, a dotyczących ograniczeń, mających zapewnić bezstronność i obiektywizm, szczególnie wyraz znajdując w instytucji komisji przetargowej.

Komisja przetargowa jest to instytucja prawna specyficzna dla zamówień publicznych. Fakt jej istnienia ma kilka przyczyn, z których każda znajduje umocowanie w wartościach składających się na interes publiczny. Pierwszą z nich i prawdopodobnie najważniejszą jest chęć stworzenia mechanizmu antykorupcyjnego. Organ kolegialny, podejmując wspólnie decyzje czy rekomendacje podczas przygotowywania bądź prowadzenia procedur zamówieniowych jest bowiem mniej podatny na korupcję niż pojedyncza osoba. Co do zasady trudniej jest nawiązać przez nieuczciwych wykonawców nieformalne kontakty z grupą osób niż z pojedynczą osobą, większa jest też szansa na ujawnienie ewentualnych, nieuczciwych praktyk podejmowanych przez członków komi-

<sup>127</sup> P. Szustakiewicz, *Zasady...*, s. 147.

sji. Ograniczenie możliwości występowania korupcji wpływa też pośrednio na ochronę uczciwej konkurencji, ponieważ korupcja z reguły jest dokonywana po to, aby reguły uczciwej konkurencji wypaczyć.

Drugim powodem istnienia komisji przetargowej jest szczególny charakter zamówień publicznych, wymagający dysponowania szerokim spektrum wiedzy, poczynając od prawniczej a kończąc na specjalistycznej wiedzy z zakresu techniki. Grupa ludzi współpracujących ze sobą w jakiejś zinstytucjonalizowanej formie może, przynajmniej w teorii, zagwarantować sporządzenie dokumentacji prawidłowej zarówno pod względem prawnym, jak i merytorycznym. Tak więc i w tym przypadku o istnieniu komisji przetargowej decyduje interes publiczny w postaci racjonalnego wydatkowania środków publicznych. Racjonalność wymaga bowiem zebrania grupy ekspertów zarówno z dziedziny, której dotyczy przedmiot zamówienia, jak i prawa.

Powołanie komisji przetargowej jest obligatoryjne dla postępowań o wartościach równych albo przekraczających tzw. progi unijne<sup>128</sup> i fakultatywne dla postępowań o wartościach niższych. Komisja przetargowa może mieć charakter stały lub być powoływana do przygotowania i przeprowadzenia określonych postępowań. W doktrynie wskazuje się, że sam fakt powołania komisji przetargowej o stałym charakterze, czy też powoływanie jej do przygotowania i przeprowadzenia określonego postępowania, nie ma wpływu na jej funkcje, zadania czy kompetencje. Nie ma przeszkód, aby u zamawiających prowadzących wiele postępowań w sprawach zamówień publicznych równoległe działało wiele komisji przetargowych, zarówno stałych, jak i powołanych do przygotowania i przeprowadzenia określonych postępowań<sup>129</sup>.

Charakter prawny komisji przetargowej został określony w art. 20 ust. 1 p.z.p., jako zespołu pomocniczego kierownika zamawiającego powoływanego do oceny spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz do badania i oceny ofert. W piśmiennictwie wskazuje się, że jest to organ opiniodawczo-pomocniczy, który nie będzie miał uprawnień do załatwiania spraw administracyjnych w drodze decyzji<sup>130</sup>.

Przepisy umożliwiają rozszerzenie zakresu działania komisji do innych czynności w postępowaniu oraz czynności związanych z przygotowaniem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Praktyka wskazuje, że w większości przypadków zakres obowiązków komisji jest poszerzany i jej członkowie podejmują czynności zarówno przed wszczęciem postępowania, sporządzając stosowne dokumenty, jak i w trakcie postępowania.

Minimalny skład komisji przetargowej wynosi 3 osoby. Należy w tym miejscu zwrócić uwagę na zjawisko nadmiernego rozbudowywania składów komisji przetargowych w sposób pozbawiony merytorycznego uzasadnienia. Jak wskazuje J. Pieróg, przepis o minimum trzyosobowym składzie komisji

---

<sup>128</sup> Czyli kwoty, o których mowa w art. 11 ust. 8 p.z.p.

<sup>129</sup> *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, red. T. Czajkowski, Warszawa 2007, s. 121.

<sup>130</sup> A. Panasiuk, *Publicznoprawne ograniczenia...*, s. 104.

powinien zastanowić zamawiających, którzy dotychczas powoływali komisje w kilkunastoosobowych nawet składach. Wieloosobowe komisje z reguły pracują nieefektywnie, a tzw. przecieki z jej prac są nagminne<sup>131</sup>. Autor słusznie zauważa, że zupełnie nieprzydatna jest komisja, w której część członków w rzeczywistości jest tylko figurantami albo wręcz przebywa na urloпах czy zwolnieniach lekarskich<sup>132</sup>. Niestety, zjawisko powoływania dużej liczby osób w skład komisji przetargowych, z których część nawet nie wie, że znajduje się w tym składzie, jest częstym zjawiskiem. Tego typu praktykom prawdopodobnie przyświeca chęć rozproszenia odpowiedzialności, poprzez zaangażowanie w proces udzielania zamówień publicznych jak największej grupy ludzi. Tymczasem przepisy wskazują, że kierownik zamawiającego określa organizację, skład, tryb pracy oraz zakres obowiązków członków komisji przetargowej, mając na celu zapewnienie sprawności jej działania, indywidualizacji odpowiedzialności jej członków za wykonywane czynności oraz przejrzystości jej prac. Niestety, przepisy nie wskazują na obowiązek powoływania osób posiadających kwalifikacje stosowne do współuczestniczeniu w procedurach zamówieniowych. Nie ma wymogów zarówno kwalifikacji formalnych, jak i faktycznych. Co prawda sam fakt posiadania kompetencji do pracy w komisji przetargowej wydaje się oczywisty, ale jak już powiedziano wcześniej, praktyka bywa inna.

Efektywność realizacji interesu publicznego przez instytucję komisji przetargowej w dużej mierze zależy od odpowiedzialności, jaka mogą ponieść jej członkowie. Odpowiedzialność stanowi bowiem czynnik dyscyplinujący i prewencyjny, powstrzymujący zarówno członków komisji przetargowej, jak i kierownika zamawiającego od działań sprzecznych z prawem, związanych z udzielaniem zamówienia publicznego a także mobilizując do zachowania należytej staranności. Obawa przed realną odpowiedzialnością związaną z uleganiem propozycjom korupcyjnym w sposób oczywisty zniechęca przed tego rodzaju niedozwolonymi działaniami. Jednocześnie poczucie odpowiedzialności komisji za prawidłowe skonstruowanie warunków przetargu, w tym opisanie przedmiotu zamówienia, może pozytywnie wpłynąć na jakość pracy osób zaangażowanych.

Zgodnie z prawem, kierownik zamawiającego, czyli osoba lub organ, który – zgodnie z obowiązującymi przepisami, statutem lub umową – jest uprawniony do zarządzania zamawiającym<sup>133</sup>, ma tak zorganizować prace komisji, aby zapewnić indywidualizację odpowiedzialności jej członków. Jednakże komisja, jako organ kolegialny, ze swojej istoty utrudnia indywidualizację odpowiedzialności. Występując z rekomendacjami do kierownika zamawiającego komisja przetargowa działa jako jeden organ i członkowie komisji chętnie występują w tej roli, gdyż zacierają ona indywidualny udział poszczególnych osób w podejmowaniu decyzji. W praktyce powszechna jest jednak dysproporcja wiedzy

---

<sup>131</sup> J. Pieróg, *Prawo zamówień...*, s. 97.

<sup>132</sup> *Ibidem*, s. 98.

<sup>133</sup> Zgodnie z art. 2 pkt 3 p.z.p.

między poszczególnymi członkami. Jedni dysponują wiedzą z zakresu prawa, inni specjalistyczną wiedzą techniczną, a jeszcze inni wykonują jedynie czynności techniczne, np. wysyłania korespondencji i zabezpieczania integralności dokumentacji. Nieunikniona dysproporcja wiedzy podważa ideę odpowiedzialności kolegialnej.

W świetle powyższych rozważań jasnym staje się fakt, że instytucja komisji przetargowej może pełnić istotną rolę jako środek realizacji interesu publicznego zarówno w aspekcie przeciwdziałania korupcji i ochrony uczciwej konkurencji, jak i w sferze racjonalizacji wydatków. Może ona bowiem zapewnić instytucjonalną współpracę szeregu specjalistów, przyczyniając się do lepszego efektu finalnego, jakim będzie udzielenie korzystnego zamówienia publicznego. Poprzez włączenie większej liczby osób utrudnia zjawiska korupcyjne, ponieważ nieuczciwy wykonawca, aby wpłynąć na podjęcie bezprawnych działań, musi dotrzeć i oddziaływać na większą liczbę osób.

Niestety, specyficzne cechy komisji przetargowej takie jak kolegialność, istotne rozbieżności w zakresie posiadanej przez poszczególnych członków wiedzy, niejednokrotnie służbowa podległość kierownikowi zamawiającego sprawiają, że prace komisji mogą prowadzić do efektów odwrotnych do zamierzonych, naruszając interes publiczny w postaci racjonalnego wydatkowania środków, zapobiegania korupcji i ochrony uczciwej konkurencji. Pierwszym z zagrożeń jest wykorzystywanie komisji przetargowej do rozpraszania odpowiedzialności i ukrywaniu faktycznych winnych naruszeń prawa. Jeżeli komisja przetargowa jest złożona z pracowników zamawiającego, może być poddawana nieformalnym naciskom ze strony kierownika zamawiającego, wykorzystującego zależność służbową i wywierającego presję na podejmowanie bezprawnych działań. Dysproporcje kompetencyjne mogą być też wykorzystywane przez niektórych członków do sugerowania decyzji sprzecznych z prawem a następnie obarczania odpowiedzialnością wszystkich członków komisji. Poza tym kolegialne działania i decyzje mogą skutkować poczuciem bezkarności i mniejszą starannością w wywiązywaniu się z obowiązków.

To wszystko sprawia, że komisja przetargowa jest narzędziem, które dla zapewnienia ochrony interesu publicznego musi być wykorzystywane w sposób umiemy, świadomy, ze szczególnym uwzględnieniem zasady indywidualizacji odpowiedzialności poprzez dokładny opis zadań każdego z członków. W przeciwnym razie, zamiast chronić interes publiczny, instytucja komisji przetargowej może ułatwiać jego naruszenie.

Zachowaniu obiektywizmu służy także obowiązek wyłączenia osób wykonujących czynności w postępowaniu w pewnych okolicznościach, które mogłyby rzutować na ich bezstronność i obiektywizm. Katalog sytuacji skutkujących obligatoryjnym wyłączeniem z postępowania, jest zawarty w art. 17 p.z.p. i obejmuje m.in. osoby które ubiegają się o udzielenie zamówienia, spokrewnieni bądź spowinowaceni z wykonawcą, skazane za przestępstwa gospodarcze itp.



## 4. Zasada udzielania zamówienia wykonawcom wybranym zgodnie z p.z.p.

Zasada udzielania zamówienia wyłącznie wykonawcom wybranym zgodnie z przepisami ustawy posiada istotne znaczenie w realizacji interesu publicznego. Znaczenie tej zasady wynika ze specyfiki prawa zamówień publicznych, wyrażającej się w częstym występowaniu norm bezwzględnie obowiązujących. W doktrynie mocno podkreśla się aspekt publicznoprawnych ograniczeń, uwydatniających się szczególnie silnie w porównaniu do przepisów dotyczących przetargu zawartych w kodeksie cywilnym. Np. Ryszard Szostak wskazuje, że wynikający z bezwzględnie wiążących przepisów szczególny reżim tych zamówień tworzy zespół wyjątkowych ograniczeń mających na celu zapewnienie efektywności wydatków i ochronę innych interesów publicznych<sup>134</sup>. Zdaniem cytowanego autora, reżim ten polega na nałożeniu szeregu obowiązków i zakazów.

Zasada udzielania zamówienia wyłącznie wykonawcom wybranym zgodnie z przepisami ustawy jest niejako zwieńczeniem wszystkich publicznoprawnych ograniczeń narzucanych przez p.z.p. Zgodnie z nią ważnie wybrany jest tylko wykonawca, którego wyboru dokonano pod specyficznym rygiorem norm bezwzględnie obowiązujących o charakterze obowiązków i nakazów, realizujących różne wartości składające się na interes publiczny. Wprowadzając omawianą zasadę, ustawa zamyka jakąkolwiek inną, prawnie dopuszczalną drogę wyboru wykonawcy podmiotom zobligowanym do stosowania przepisów o zamówieniach. Naruszeniem tej zasady będzie nie tylko całkowite zaniechanie stosowania przepisów, ale także stosowanie częściowe, dowolność przejawiająca się w szczególności w zaniechaniu stosowania przepisów o wyborze oferty najkorzystniejszej i niestosowanie się do ustalonych przy wszczęciu kryteriów oceny ofert.

## 5. Zasada jawności

### a) Wprowadzenie

Zasada jawności, wyrażona w art. 8 p.z.p., jest ściśle powiązana z uczciwą konkurencją i równym traktowaniem wykonawców. Jawność funkcjonowania organów publicznych to obecnie wartość powszechnie akceptowana w demokratycznym państwie prawa. Wolność pozyskiwania informacji jest gwarantowana każdemu poprzez art. 54 Konstytucji, natomiast art. 61 zapewnia obywatelom prawo do uzyskiwania informacji o działalności organów władzy publicznej oraz osób pełniących funkcje publiczne. Prawo to obejmuje rów-

<sup>134</sup> R. Szostak, *Przetarg...*, s. 32.

niez uzyskiwanie informacji o działalności organów samorządu gospodarczego i zawodowego, a także innych osób oraz jednostek organizacyjnych w zakresie, w jakim wykonują one zadania władzy publicznej i gospodarują mieniem komunalnym lub majątkiem Skarbu Państwa.

Jak wskazuje doktryna, dostęp do informacji publicznej jest uznawany za konsekwencję przyjęcia zasady zwierzchności narodu wyrażonej w art. 4 ust. 1 Konstytucji<sup>135</sup>. Dzięki temu realna staje się odpowiedzialność osób sprawujących funkcje publiczne przed społeczeństwem<sup>136</sup>. W innym przypadku obywatele nie dysponujący informacjami o biegu spraw publicznych, także w skali lokalnej, nie mogą realizować swoich praw jako członkowie zbiorowości, do której należy władza zwierzchnia<sup>137</sup>.

Rola informacji jest nie do przecenienia – współczesne społeczeństwo jest nazywane informacyjnym ze względu na fakt, że informacja traktowana jest jako szczególne dobro niematerialne, równoważne lub cenniejsze nawet od dóbr materialnych<sup>138</sup>. Szeroki dostęp do informacji jest również kluczowy dla uzyskiwania korzystnych efektów ekonomicznych prowadzonych postępowań. Powszechna dostępność umożliwia zwiększenie liczby podmiotów uczestniczących w postępowaniu o udzielenie zamówienia, z czym wiąże się większa konkurencja, mniejsza szansa na znowę przetargową i w konsekwencji wybór oferty korzystnej dla zamawiającego, co leży w interesie publicznym. Posiadanie odpowiednich informacji umożliwia przede wszystkim wykonawcom zainteresowanym pozyskaniem publicznego kontraktu na kontrolowanie zamawiającego, czy w sposób bezprawny nie faworyzuje innych wykonawców a także weryfikowanie poprawności ofert rynkowych rywali składanych w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Dostępność wiedzy o przebiegu procedur o udzielenie zamówienia publicznego to nie tylko forma „patrzenia na ręce” dysponentom środków publicznych, ale gwarancja możliwie szerokiego włączenia podmiotów w rywalizację o pozyskanie kontraktu. Jawność zamówień sprawia także, że realizowany jest postulat zdobywania zaufania obywateli dla działań szeroko rozumianej administracji. Poza tym, dostępność informacji związanych z zamówieniami publicznymi ułatwia pracę organom powołanym do kontroli zamówień. W interesie publicznym leży zatem to, aby co do zasady jak największa liczba podmiotów miała dostęp do szczegółów dotyczących prowadzonych procedur. Skoro bowiem wydatkowane są publiczne pieniądze, to racjonalną konsekwencją jest również powszechny dostęp do sposobu ich wydatkowania.

<sup>135</sup> P. Winczorek, *Prawo obywatela do informacji*, „Rzeczpospolita” z dnia 24 lutego 2000 r., nr 46.

<sup>136</sup> M. Kłaczyński, s. Szuster, *Komentarz do ustawy o dostępie do informacji publicznej*, LEX/el 2003 Komentarz do art. 1.

<sup>137</sup> P. Winczorek, *Prawo obywatela do informacji*...

<sup>138</sup> Marian Walczak, Uwarunkowania funkcjonowania bibliotek w społeczeństwie informacyjnym, [http://www.bib.edu.pl/jarocin/walczak.html#\\_ftnref3](http://www.bib.edu.pl/jarocin/walczak.html#_ftnref3), data dostępu 8.12.2010 r.

Jest to zasada, z którą wiążą się liczne obowiązki o publicznoprawnym charakterze, nałożone na zamawiających. Należy tu w szczególności wyróżnić dwa aspekty: pierwszy, dotyczący wszelkiego rodzaju ogłoszeń publikowanych w związku z procesem udzielania zamówień publicznych, sprawozdań i obowiązkowo tworzonej dokumentacji postępowań oraz drugi, dotyczący reguł informowania wykonawców o czynnościach dokonywanych w postępowaniu.

Istotny dla omawianej problematyki jawności jest przepis art. 139 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, który stanowi, że umowy są jawne i podlegają udostępnianiu na zasadach określonych w przepisach o dostępie do informacji publicznej. Wątpliwości doktryny wzbudził fakt uznania umów zawartych w efekcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego za informacje publiczne. W szczególności pojawił się problem, czy umowa cywilnoprawna jest informacją publiczną<sup>139</sup>. W uzasadnieniu do nowelizacji ustawy, która po raz pierwszy wprowadziła to postanowienie do nieobowiązującej już ustawy o zamówieniach publicznych jednoznacznie wskazano, że zamawiający opłaca zamawiane dobra ze środków publicznych. W związku z tym interes publiczny musi być w tym przypadku postawiony przed prywatnym<sup>140</sup>, czego efektem jest jawność umów.

## b) Ogłoszenia

Zatajanie prowadzonych procedur było pod rządami ustawy o zamówieniach publicznych jedną z najczęściej stosowanych metod eliminacji potencjalnych wykonawców z możliwości ubiegania się o zamówienie publiczne. Obowiązek zamieszczania ogłoszenia w miejscu publicznie dostępnym nie był realizowany wcale albo był realizowany w sposób uniemożliwiający faktyczne powzięcie wiadomości o wszczęciu postępowania. Popularność tej metody brała się z trudności dowodowych dotyczących naruszenia przepisów w razie ewentualnej kontroli. Ustawodawca przewidział jako dowód zamieszczenia ogłoszenia jedynie oświadczenie wiedzy zawarte w protokole postępowania.

Sytuacja zmieniła się wraz ze stworzeniem instytucji służącej publikowaniu ogłoszeń o postępowaniach również dla zamówień o mniejszych wartościach, względem których nie istniał obowiązek publikowania w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej. W obecnym stanie prawnym każde postępowanie, prowadzone w trybie przetargowym, musi być publicznie ogłaszane i, co szczególnie istotne, istnieją efektywniejsze mechanizmy do weryfikacji faktycznego zamieszczenia ogłoszeń.

Rola ogłoszeń jest silnie zaakcentowana w prawie europejskim, dotyczącym zamówień publicznych, zgodnie z którym ogłaszanie to zasada, od której istnieją szczegółowo opisane wyjątki. Jak wskazuje doktryna w odniesieniu do art. 35 Dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia

<sup>139</sup> W. Łysakowski, *Zamówienia publiczne. Doradca*, nr 3/2003, str. 16.

<sup>140</sup> Ibidem.

31 marca 2004 roku w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi, szybki, tani i skuteczny dostęp do informacji o potencjalnym zamówieniu jest jedną z podstawowych gwarancji jawności i przejrzystości systemu zamówień publicznych wspomagających efektywną realizację zasady równego traktowania wszystkich uczestników postępowania. Jego waga wynika z potrzeby zapewnienia równych szans wszystkim przedsiębiorcom już na samym początku postępowania. Prawidłowa forma poinformowania o zamiarze udzielenia zamówienia nie tylko zapewnia dotarcie tej wiadomości do wszystkich zainteresowanych, ale jednocześnie gwarantuje im ten sam okres na przygotowanie oferty i dokumentacji związanej z uczestnictwem w przetargu. Ogłoszenie o wszczęciu postępowania pośrednio wpływa również na późniejszą sytuację wszystkich podmiotów biorących udział w przetargu – sporządzając swoje oferty kierują się oni kryteriami tam podanymi, co gwarantuje, że każdy z nich może być pewien, jakie okoliczności będą brane pod uwagę podczas oceny przedłożonych propozycji<sup>141</sup>. Szczególnie istotny dla problematyki interesu publicznego jest przepis dyrektywy wskazujący, że „Można odstąpić od publikacji pewnych informacji dotyczących udzielania zamówień lub zawierania umów ramowych, jeżeli ich ujawnienie (...) byłoby sprzeczne z interesem publicznym (art. 35 ust. 4 dyrektywy).

Zastrzeżenie dyrektywy, dotyczące odstąpienia od sprzecznego z interesem publicznym ujawniania informacji, przypomina o złożoności zjawiska. Interes publiczny jest złożonym zbiorem różnych wartości. Ze złożonością wiąże się trudność z jego ochroną w sytuacjach, w których wartości występujące w obrębie interesu publicznego są ze sobą sprzeczne. Taka sytuacja ma miejsce w związku z publikowaniem informacji o postępowaniu, gdyż wymusza wyważenie wartości i wybór tej o większej wadze. Jak wskazano, jawność i przepływ informacji chronią interes publiczny w wielu aspektach, np. jako gwarant zachowania uczciwej konkurencji. Jednocześnie jednak inne wartości, również związane z ochroną interesu publicznego, mogą wyłączać w pewnych przypadkach jawność – np. gdy będzie to związane z bezpieczeństwem państwa. Dlatego w ochronie interesu publicznego leży też stworzenie mechanizmów, które będą godzić sprzeczności w obrębie ochrony interesu publicznego.

Pierwszym z rodzajów ogłoszeń, przewidzianych przez ustawę p.z.p., są wstępne ogłoszenia informacyjne. Ich publikacja, zgodnie z poglądami doktryny „jest tylko wyrazem zamiaru (intencji) zamawiającego i jako takie nie może stanowić podstawy na przykład do roszczenia o wszczęcie właściwego postępowania”<sup>142</sup>. Spory budził obligatoryjny bądź fakultatywny charakter tych ogłoszeń. Został on zakończony przez Trybunał Sprawiedliwości UE, który stwierdził, że publikacja ogłoszenia wstępnego nie jest obowiązkowa zawsze,

---

<sup>141</sup> A. Sołtysińska, *Europejskie prawo zamówień publicznych*, 2006, s. 287–288.

<sup>142</sup> *Ibidem*, s. 54.

lecz obowiązek ten ma charakter względny – istnieje tylko wtedy, gdy zamawiający zamierza skrócić termin składania ofert”<sup>143</sup>. Systemowe wyjaśnienie tego rozwiązania jest takie, że wykonawca, który powziął z dużym wyprzedzeniem informację o planowanym postępowaniu, potrzebuje mniej czasu na sporządzenie oferty.

Drugim rodzajem są ogłoszenia o wszczęciu postępowania. Obowiązek ich publikowania jest szeroki i występuje w trybie przetargu nieograniczonego, ograniczonego, negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego i licytacji elektronicznej, a także w dynamicznym systemie zakupów i konkursie. Zakres informacji zawieranych w ogłoszeniach jest bardzo obszerny i co równie istotne, wyznaczony przepisami o charakterze *ius cogens*. Wskazuje to na charakter ogłoszenia jako medium informacyjnego nie tylko do samego sygnalizowania wszczęcia procedury, ale do konkretyzowania warunków zamówienia. Dlatego już sama lektura ogłoszenia, bez zagłębiania się w pozostałą dokumentację postępowania, pozwala potencjalnym wykonawcom stwierdzić, czy są zainteresowani dalszym zaangażowaniem się w procedurę. Z tego względu zawiera ono kluczowe dla podmiotów planujących wziąć udział w postępowaniu informacje, m.in. nazwę i adres zamawiającego, tryb zamówienia, ogólną charakterystykę przedmiotu zamówienia i termin jego realizacji, warunki uczestnictwa w postępowaniu itp.

Miejsce publikacji ogłoszeń jest uzależnione od wartości szacunkowej zamówienia. Ogłoszenia dotyczące postępowań o niższych wartościach muszą być zamieszczane w Biuletynie Zamówień Publicznych udostępnianym na stronach Urzędu Zamówień Publicznych, natomiast większe pod względem wartości zamówienia ogłasza się na łamach Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej. Istotny jest przepis stanowiący o obowiązku udokumentowania zamieszczenia bądź publikacji ogłoszenia – stanowi to środek walki z patologią, o której wspomniano na początku podrozdziału, dotyczącą niezamieszczania ogłoszeń celem wypaczenia wyników postępowań.

Trzecim rodzajem ogłoszeń, występujących w procedurach zamówieniowych, są ogłoszenia o udzieleniu zamówienia. Udzielenie zamówienia ustawodawca rozumie jako zawarcie umowy, dlatego też publikacja ogłoszenia jest uzależniona od tej czynności. Również i ten aspekt jawności, nazywany w doktrynie przejrzystością *ex post*<sup>144</sup>, leży w ochronie interesu publicznego. Informacje o wynikach postępowania to w praktyce często jedyne uzewewnętrznienie prowadzenia procedury w trybach, w których brak jest wymogu ogłoszeń (np. zapytaniu o cenę lub zamówieniu z wolnej ręki). Wiąże się z tym szereg istotnych dla interesu publicznego konsekwencji. Upubliczniona informacja, że udzielono zamówienia publicznego, szczególnie w procedurze niekonkurencyjnej, może wywołać zainteresowanie uczestników rynku, skutkującym żądaniem wglądu do dokumentacji, umowy i ewentualnym wystąpie-

---

<sup>143</sup> Ibidem, s. 55.

<sup>144</sup> G. Wicik, P. Wiśniewski, *Zamówienia...*, s. 506.

niem do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o przeprowadzenie kontroli. W innej sytuacji mogliby oni dowiadywać się o prowadzonych postępowaniach jedynie poprzez systematyczne monitowanie instytucji o informowanie o procedurach zamówieniowych opierając się o przepisy ustawy o dostępie do informacji publicznej, co w praktyce byłoby trudnym przedsięwzięciem. Informacja o wyniku może też skutkować zwiększeniem konkurencji w przyszłych postępowaniach, mobilizując do aktywności potencjalnych wykonawców i umożliwić im oszacowanie swoich szans na podstawie analizy dotychczasowych wyników<sup>145</sup>.

### c) Reguły przekazywania informacji

Interes publiczny w zamówieniach polega m.in. na ochronie uczciwej konkurencji. Ogromna rola informacji w procesie udzielania zamówień publicznych sprawia, że mogą się one stać narzędziem wpływania na wynik procedur, a więc uczciwą konkurencję zakłócić, co kłóciłoby się z interesem publicznym. Preferowanie pod względem informacyjnym któregokolwiek z wykonawców z jednoczesnym ukrywaniem pewnych informacji przed innymi może wypaczać przebieg postępowania. Wprawdzie zasada przeprowadzania postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, wyrażona w art. 7 ust. 1 p.z.p., może dotyczyć również nieprawidłowości w przekazywaniu informacji, jednak tego rodzaju rozwiązanie prawne jest zbyt ogólne, aby skutecznie chronić interes publiczny. Dlatego oprócz wyżej wskazanej zasady, uległa ona skonkretyzowaniu w zbiorze szczegółowych przepisów, dotyczących reguł przekazywania informacji między zamawiającym a wykonawcami.

W doktrynie podkreśla się wysoki stopień formalizacji obecny w p.z.p., który w procedurach ofertowo-eliminacyjnych nabiera szczególnego znaczenia z racji faktu, że niemal każde elementarne działanie wywiera z góry przewidziany skutek dla postępowania, pełniąc często rolę warunku prawnego względem kolejnych czynności proceduralnych<sup>146</sup>. Uwaga ta odnosi się również do przekazywania informacji, obszernie uregulowanych w przepisach o zamówieniach publicznych.

Pierwsza grupa przepisów, traktujących o obiegu informacji, dotyczy udostępniania dokumentacji przetargowej. Z racji faktu, że dokumentacja przetargowa z zasady zawiera wszelkie informacje potrzebne wykonawcom do sporządzenia oferty, jej dostępność w równym stopniu dla wszystkich wykonawców jest kluczowa dla zapewnienia realizacji zasad zamówień publicznych.

Regułą wyznaczoną przepisami ustawy jest, aby specyfikacja istotnych warunków zamówienia, która w większości trybów stanowi zbiór wszystkich

---

<sup>145</sup> *Zamówienia publiczne w Unii Europejskiej. Dyrektywy dotyczące zamówień publicznych na usługi, dostawy i roboty budowlane*, red. M. Lemke, Warszawa 2001, s. 58.

<sup>146</sup> R. Szostak, *Przetarg...*, s. 40.

warunków przetargowych, nie była udostępniana wcześniej niż ogłoszenie o postępowaniu. Ratio legis przepisu art. 37 ust. 2 p.z.p., który reguluje tę kwestię, jest oczywiste: chodzi o to, aby żaden z wykonawców nie był preferowany w dostępie do dokumentacji, lecz aby każdy miał równe szanse w zapoznaniu się z nią, co jest możliwe po upublicznieniu ogłoszenia w powszechnie dostępnym, ustawowo wskazanym wydawnictwie (Biuletyn Zamówień Publicznych albo Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej).

Praktyka udzielania zamówień publicznych wskazuje, że pomimo ścisłych reguł, dotyczących przygotowania opisu przedmiotu zamówienia, stopień skomplikowania niektórych zamówień jest tak duży, że wykonawcy są zmuszeni wyjaśniać warunki przetargu u zamawiającego. Także i w tym przypadku pojawia się groźba nadużyć, gdyż udzielanie wyjaśnień jednym wykonawcom z pominięciem innych może w dalszych etapach skutkować eliminacją gorzej poinformowanych podmiotów. Ale nawet pomijając stronę patologiczną prowadzenia postępowań uznać należy, że dla zapewnienia równego traktowania niezbędne jest wprowadzenie mechanizmu, który wymusi informowanie wszystkich zainteresowanych na równych zasadach o wątpliwościach związanych z prowadzoną procedurą i z wyjaśnieniami udzielonymi przez zamawiającego<sup>147</sup>.

Zgodnie z art. 38 ust. 2 p.z.p. treść zapytań wraz z wyjaśnieniami zamawiający przekazuje wykonawcom, którym przekazał specyfikację istotnych warunków zamówienia, bez ujawniania źródła zapytania, a jeżeli specyfikacja jest udostępniana na stronie internetowej, zamieszcza na tej stronie. Uprawnieniem zamawiającego jest również zwołanie zebrania wszystkich wykonawców w celu wyjaśnienia wątpliwości dotyczących treści SIWZ. Co szczególnie ważne dla wykonawców, których obecność z jakiegoś powodu jest niemożliwa, zamawiający jest zobligowany do sporządzenia informacji zawierającej zgłoszone na zebraniu pytania oraz odpowiedzi na nie, bez wskazywania źródeł zapytań oraz jej niezwłocznego doręczenia wykonawcom, którym przekazano SIWZ, a jeżeli SIWZ jest udostępniany na stronie internetowej, zamieszczenia ich także na tej stronie. Na analogicznych zasadach odbywa się modyfikacja treści SIWZ z zastrzeżeniem, że w przypadku modyfikacji dotyczących treści ogłoszenia, stosowne sprostowania zamieszcza się w Biuletynie Zamówień Publicznych albo Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej.

Następna grupa przepisów jest związana z informacjami udostępnianymi w związku z czynnością otwarcia ofert. Do tego momentu obowiązuje bezwzględny zakaz zapoznawania się z treścią ofert, co jest podyktowane oczywistymi względami uniknięcia manipulowania wynikami postępowania. W momencie otwarcia ofert zarówno zamawiający, jak i rywalizujący ze sobą

---

<sup>147</sup> W wyroku z dn. 28 maja 2008 (sygn. KIO/UZP 461/08) Krajowa Izba Odwoławcza przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych, powołując się na wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie stwierdziła, iż wyjaśnienia treści SIWZ stanowią wykładnię autentyczną postanowień SIWZ i są wiążące dla ich interpretacji.

wykonawcy zdobywają podstawowe, kluczowe dla wyniku postępowania informacje, w szczególności dotyczące cen ofert. Waga tej czynności jest nie do przecenienia, gdyż możliwie duża liczba świadków uczestniczących w otwarciu minimalizuje późniejsze możliwości nielegalnej zmiany treści dokumentów, szczególnie tych z określoną ceną za realizację przedmiotu zamówienia. Stąd w doktrynie podkreśla się, że otwarcie jest jawne erga omnes, co oznacza, że mogą w nim wziąć udział nie tylko przedstawiciele wykonawców, ale również osoby postronne, zwłaszcza prasa, telewizja lub radio<sup>148</sup>. W piśmiennictwie podkreśla się także, że nie wolno żądać upoważnień do udziału w otwarciu ofert ani też nie powinno się żądać przedstawienia się przez osoby uczestniczące w otwarciu ofert, czego czasem wymagają zamawiający<sup>149</sup>.

Bezpośrednio przed otwarciem ofert zamawiający jest ustawowo zobligowany do podania kwoty, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, a podczas otwarcia ofert musi podać nazwy (firmy) oraz adresy wykonawców, a także informacje dotyczące ceny, terminu wykonania zamówienia, okresu gwarancji i warunków płatności zawartych w ofertach. Również i w tym przypadku, celem uniknięcia dyskryminacji wykonawców nie mogących stawić się na otwarciu ofert, zamawiający jest zobowiązany do niezwłocznego przesłania informacji z otwarcia na wniosek nieobecnych wykonawców.

Konsekwencją opisywanych na początku rozdziału zasad równego traktowania oraz jawności są obowiązki nałożone przez ustawę p.z.p. w zakresie informacji o wynikach postępowania. Ustawa p.z.p. wprowadziła zasadę koncentracji informacji wyników postępowania, skupiając w jednej czynności wymóg poinformowania wykonawców, którzy złożyli oferty, o kluczowych dla postępowania kwestiach.

Zagadnienia związane z obiegiem informacji nabierają szczególnego znaczenia w odniesieniu do procedur odwoławczo-skargowych, przewidzianych przez ustawę p.z.p. Jak wskazuje Ryszard Szostak, z naturalnych względów konkurentom powinna przysługiwać możliwość zaczepienia wadliwej czynności zamawiającego, nie tylko w celu naprawienia wadliwego elementu procedury, lecz także w celu prawidłowego wypełnienia jej toku<sup>150</sup>. Pozyskanie informacji o wadliwej czynności jest warunkiem wstępnym wniesienia odwołania. Poza tym winno ono być możliwie szybkie, aby nie doszło do zawarcia umowy w postępowaniu zawierającym błędy, gdyż w takim przypadku znacznie trudniej naprawić wadliwe czynności, niż w trakcie postępowania. Dlatego w tym przypadku efektywne procedury dostępu do informacji mają wyjątkowe znaczenie, ponieważ pozwalają minimalizować straty wynikające z błędów w procedurze udzielania zamówienia publicznego jeszcze na etapie, w którym błędy te łatwiej naprawić.

---

<sup>148</sup> G. Wicik, P. Wiśniewski, *Prawo zamówień...*, s. 428.

<sup>149</sup> J. Pieróg, *Prawo zamówień...*, s. 286.

<sup>150</sup> R. Szostak, *Przetarg nieograniczony...*, s. 41.



Instytucjonalna gwarancja dochodzenia swoich praw przez wykonawców leży na pograniczu ochrony interesu publicznego i prywatnego. Chociaż sama aktualizacja uprawnień do wniesienia odwołania przez poszczególnych wykonawców chroni ich interes, jednakże gwarancja dostępności do instytucji ochrony interesów prywatnych wykracza poza te interesy i dotyka sfery publicznej. Wynika to z faktu, że efektywna, instytucjonalnie zagwarantowana możliwość dochodzenia swoich praw przez wykonawców stanowi czynnik wpływający na należyte stosowanie prawa przez zamawiających. Wykonawcy, ubiegający się o publiczne kontrakty, są niejednokrotnie silnie zdeterminowani do zwycięstwa w procedurach przetargowych, dlatego zwracają uwagę na najmniejsze uchybienia ze strony wykonawców-rywali oraz ze strony zamawiających. Śledzenie przez dużą grupę podmiotów poczynań zamawiających oraz świadomość, że każde uchybienie może się spotkać z reakcją w postaci wniesienia odwołania, utrudnia prowadzenie działań bezprawnych. Poza tym wniesienie odwołania, chroniące interes prywatny, może jednocześnie służyć interesowi publicznemu. Wyobraźmy sobie np. sytuację, w której zamawiający w dokumentacji przetargowej żąda dostarczenia urządzeń wykorzystujących przestarzałe technologie, których dostarcza tylko jeden wykonawca na rynku. Pozostali wykonawcy, wnosząc odwołanie na nieuzasadnioną dyskryminację, jednocześnie przysłużą się interesowi publicznemu, gdyż nowoczesna technologia sprzyja racjonalnemu wydatkowaniu środków.

Jednakże istnieje pewna granica, po przekroczeniu której instytucjonalna gwarancja dochodzenia swoich praw przez wykonawców zaczyna szkodzić interesowi publicznemu. Tą granicą jest sytuacja, w której odwołania od decyzji zamawiającego zaczynają paraliżować czynności zamawiającego, utrudniać procedury, uniemożliwiać realizację kontraktów po to, aby rynkowym rywalom, składającym najkorzystniejszą ofertę, uniemożliwić czerpanie korzyści z publicznego kontraktu.

Tryb postępowania związanego z obiegiem informacji w przypadku wniesienia odwołania i jego rozstrzygnięcia nie odbiega w swojej istocie od wcześniej opisywanych rozwiązań prawnych.

#### **d) Forma przekazywania informacji**

Ważnym aspektem przekazywania informacji jest forma porozumiewania się zamawiających i wykonawców. Znaczenie formy porozumiewania jest widoczne przy analizie art. 42 dyrektywy 2004/18/WE, która nakazuje, aby wybrane środki komunikacji były ogólnie dostępne i nie ograniczały dostępu wykonawców do procedury przetargowej. Przepis zawarty w art. 42 stawia również wymóg posiadania charakteru niedyskryminacyjnego, ogólnodostępnego i kompatybilnego z technologiami informatycznymi i komunikacyjnymi będącymi w powszechnym użyciu narzędziom wykorzystywanym do celów komunikacji za pośrednictwem środków elektronicznych.

Przepisy zawarte w art. 27 p.z.p., stanowiące implementację postanowień dyrektywy do krajowego porządku prawnego, wskazują jako formy porozumiewania się drogę pisemną, faksową i elektroniczną, z zastrzeżeniem, że wybrany sposób przekazywania oświadczeń, wniosków, zawiadomień oraz informacji nie może ograniczać konkurencji. Wyjątkiem jest dopuszczenie telefonicznego składania wniosków o udział w postępowaniu telefonicznie, z jednoczesnym wysłaniem go w formie pisemnej przed upływem terminu składania. Zgodnie z omawianą już zasadą pisemności, pisemna forma porozumiewania się jest zawsze możliwa.

Powyższe wskazuje na wagę, jaką ustawodawca przywiązuje również do form porozumiewania się. Związane z tym są dwie kwestie. Po pierwsze, wybór mało rozpowszechnionej formy porozumiewania się mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, eliminując z rywalizacji podmioty nie dysponujące stosownymi mediami do komunikowania. Po drugie, uprawnienie do wyboru formy porozumiewania się wraz z zasadą dopuszczalności formy pisemnej w każdym przypadku porządkuje relacje między zamawiającymi i wykonawcami, zapobiegając dowolności i czyniąc cały proces udzielania zamówienia bardziej transparentnym i przewidywalnym.

Na wagę formy porozumiewania się wskazują patologie udzielania zamówień publicznych, które zostały już w doktrynie dostrzeżone, czego dowodzi np. zasygnalizowanie zjawiska w postaci pozbawiania prawa do skutecznego wniesienia protestów przez wyłączanie faksów<sup>151</sup>.

### e) Archiwizowanie informacji

Dokumenty są podstawowym nośnikiem informacji w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego. Aby można było realizować interes publiczny w postaci kontroli przestrzegania przepisów p.z.p., niezbędne są więc prawne gwarancje, że dokumenty postępowania będą przechowywane w sposób, pozwalający na uzyskanie na ich podstawie informacji niezbędnych do oceny prawidłowości zamówienia publicznego. Przechowywanie dokumentów w stanie nienaruszonym umożliwia wykonywanie czynności kontrolnych ex post a także pozwala osobom zainteresowanym, opierającym się na przepisach ustawy p.z.p. i o.d.d.i.p., uzyskiwanie informacji o przebiegu postępowania. Powyższą tezę potwierdza piśmiennictwo, wskazując, że obowiązek sporządzania protokołu wynika z zasad udzielania zamówień publicznych, w szczególności zasady jawności, zgodnie z którą protokół jest udostępniony każdemu, bez obowiązku udowodnienia interesu prawnego lub faktycznego w dostępie do protokołu<sup>152</sup>.

Czynności kontrolne mogą być wykonywane zarówno przez wewnętrzne służby zamawiającego, jak i przez uprawnione organy państwowe, takie jak

---

<sup>151</sup> G. Wicik, P. Wiśniewski, *Prawo zamówień...*, s. 67.

<sup>152</sup> T. Czajkowski (red.), *Prawo zamówień...*, s. 332.

Urząd Zamówień Publicznych, Najwyższa Izba Kontroli czy Regionalna Izba Obrachunkowa. Jako materiał dowodowy może być również wykorzystywany przez prokuraturę i sądy w przypadku postępowań karnych.

Protokół jest prowadzony w trakcie postępowania, co oznacza, że od chwili wszczęcia postępowania aż do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego zamawiający jest obowiązany odzwierciedlać dokonywane w jego toku czynności w protokole<sup>153</sup>. Winien być również sporządzony w formie pisemnej, co stanowi sposób na zwiększenie mocy dowodowej dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia. Materialną gwarancją zasady jawności stanowi przepis art. 96 ust. 3 p.z.p., zgodnie z którym protokół wraz z załącznikami jest jawny, przy czym przez załączniki należy rozumieć oferty, opinie biegłych, oświadczenia, informacja z zebrania wykonawców, zawiadomienia, wnioski, inne dokumenty i informacje składane przez zamawiającego i wykonawców oraz umowa w sprawie zamówienia publicznego. Zaskakujące jest, że pomimo licznych nowelizacji w katalogu załączników wciąż nie wskazuje się SIWZ, jako podstawowego w zamówieniach publicznych dokumentu.

Ustawa p.z.p. zobowiązuje zamawiającego do przechowywania protokołu wraz z załącznikami przez okres 4 lat od dnia zakończenia postępowania o udzielenie zamówienia, w sposób gwarantujący jego nienaruszalność. Za zdarzenie, od którego liczy się bieg terminu czteroletniego uznaje się datę zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Dłuższy okres przechowywania może wynikać z przepisów szczególnych, np. ustawy o narodowym zasobie archiwalnym i archiwach.

## 6. Zasada prymatu trybów przetargowych

Kolejna z zasad dotyczy prymatu trybów przetargowych. Zgodnie z art. 10 ust. p.z.p. przetarg nieograniczony oraz ograniczony są podstawowymi trybami udzielania zamówień, natomiast zastosowanie każdego z pozostałych trybów wskazanych w ustawie jest możliwe tylko w przypadkach prawnie określonych – w związku z tym są trybami preferowanymi. Szczególnie przetarg nieograniczony stwarza warunki do najpełniejszej realizacji wszystkich uprzednio wymienionych zasad. W doktrynie mówi się o „odzwierciedleniu istoty zamówień publicznych” w trybach przetargowych<sup>154</sup>. Dzieje się tak z kilku powodów. Zgodnie z poglądami nauki, „Natura (...) przetargu związana jest ze zjawiskiem jawnej konkurencji, polegającej na dążeniu wielu niezależnych reflektantów do nawiązania transakcji z jednym i tym samym zamawiającym w warunkach celowo zorganizowanego, wielostronnego postępowania eliminacyjnego”<sup>155</sup>.

<sup>153</sup> G. Wicik, P. Wiśniewski, *Prawo zamówień...*, s. 510.

<sup>154</sup> J. Pieróg, *Zamówienia...*, s. 62.

<sup>155</sup> R. Szostak, *Przetarg...*, s. 35.

Pierwszym powodem jest zatem praktycznie nieograniczony dostęp do informacji na temat przetargu. W przetargu nieograniczonym całość dokumentacji, potrzebnej do przygotowania i złożenia oferty, jest dostępna na stronie internetowej zamawiającego, zaś ogłoszenie o wszczęciu postępowania zamieszczane w urzędowym biuletynie.

Drugim powodem tworzenia warunków sprzyjających zachowywaniu zasad zamówień publicznych jest obowiązek skonkretyzowania warunków przetargowych już w momencie wszczęcia postępowania.

Te dwa fakty, to znaczy szeroki dostęp do informacji i co do zasady ostateczny kształt dokumentacji przetargowej najlepiej spełniają postulat jawności procedur, zaś dostęp do dokumentów umożliwia korygowanie ewentualnych uchybień zamawiających w drodze pytań i odwołań. Przetarg ograniczony w mniejszym stopniu spełnia wcześniej opisane warunki z racji faktu, że dostęp do dokumentacji określającej przedmiot zamówienia jest zapewniony po wstępnej selekcji jedynie tym wykonawcom, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, w liczbie nie mniejszej niż 5 i nie większej niż 20. Niezależnie od wskazanych różnic, w uzasadnieniu do projektu ustawy wskazano, że „obie procedury dają podobną gwarancję obiektywności oraz przejrzystości postępowania”<sup>156</sup>.

Użycie pozostałych trybów wymaga zaistnienia przesłanek ustawowych, interpretowanych w sposób ścisły. Potwierdza to wyrok Sądu Najwyższego z dnia 6 lipca 2001 r.<sup>157</sup> (III RN 16/01). Sąd, wypowiadając się o możliwości udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki stwierdził, że ustawa „ma na celu z jednej strony – obiektywizację wyboru wykonawcy zamówienia publicznego i zagwarantowanie tym samym równych szans w ubieganiu się o zamówienia publiczne wszystkim uczestnikom rynku na zasadach wolnej konkurencji, a z drugiej strony – procedury zamówień publicznych mają równocześnie stworzyć gwarancję wyboru tego wykonawcy, który przedstawi ofertę najkorzystniejszą dla zamawiającego, zarówno z punktu widzenia ceny, jak i jakości oraz czasu realizacji zamówienia”. Sąd Najwyższy podkreślił, że odstąpienie od przetargu, jako podstawowego trybu udzielania zamówień publicznych, oraz udzielenie zamówienia publicznego w innym trybie, w tym w szczególności także w trybie tzw. zamówienia z wolnej ręki, jest dopuszczalne jedynie w ustawowo określonych sytuacjach, gdy spełnione są wszystkie prawnie określone przesłanki realizacji zamówienia publicznego w tym trybie, mającym znamiona wyjątku od zasady.

Należy w pełni podzielić zaprezentowane przez Sąd Najwyższy stanowisko. Pomijając sytuacje szczególne, zasadą jest, że aksjologiczny a także ekonomiczny bilans zysków i strat przemawia za tym, aby właśnie tryby zapewniające największą konkurencyjność i jawność postępowań były preferowane.

---

<sup>156</sup> *Uzasadnienie do projektu Prawa zamówień publicznych z dn. 7 listopada 2003 r.*, Druk sejmowy nr 2218, s. 16.

<sup>157</sup> Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 6 lipca 2001 r. (sygn. III RN 16/01).

## 7. Podsumowanie

Lista zasad zamówień publicznych, mająca z założenia stanowić fundament dla wszelkich działań podejmowanych w ramach procesu udzielania zamówień publicznych, zasługuje na ocenę negatywną nie tyle z racji elementów, które zawiera, ale z racji tych, których w niej brakuje. Wszystkie z wymienionych zasad przyczyniają się pozytywnie do realizacji interesu publicznego. Natomiast za niezwykle poważne i daleko sięgające swoimi skutkami należy uznać pominięcie zasady racjonalnego wydatkowania środków publicznych.

Zasady zamówień publicznych powinny stanowić zestaw generalnych dyrektyw, pozwalających w sposób bardziej jednolity interpretować przepisy prawa i nieustannie przypominać, w jakim celu powstał system zamówień publicznych. Zwłaszcza w przypadkach szczególnie złożonych, granicznych, gdy nie sposób jest dokonać szczegółowej interpretacji w oparciu o literalne brzmienie przepisów, powinny dawać podstawę do wykładni systemowej i celowościowej.

Zaniedbanie dotyczące braku zasady racjonalnego wydatkowania środków publicznych burzy równowagę między składowymi interesami publicznymi, jakimi są racjonalność wydatków oraz ochrona uczciwej konkurencji. Tylko ta druga zasada została wyrażona w przepisach, co w oczywisty sposób przesunęło ciężar doktryny, praktyki, orzecznictwa itp. w stronę ochrony konkurencji kosztem racjonalności wydatkowania środków. Wydaje się, jakby ustawodawca skupił się przede wszystkim na groźbie korupcji, nierównego traktowania wykonawców, manipulowania wynikami postępowań itp., zapominając, że istnieje druga, równie istotna składowa interesu publicznego. Co gorsza, racjonalność wydatkowania środków znajduje nikły wyraz w przepisach szczegółowych. Nie jest zatem możliwe, tak jak w przypadku zasady informowania, wyprowadzenie tej zasady z przepisów szczegółowych Prawa zamówień publicznych.

Zaniedbania, o których mowa, mają dalekosiężne konsekwencje, odczuwalne do chwili obecnej. Poprzez niepełną listę zasad zamówień publicznych, z jednoczesnym rozbudowaniem elementów proceduralnych, bardzo łatwo stracić cel stosowania przepisów, absolutyzując kwestie proceduralne i bagatelizując cel prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Bez ryzyka pomyłki można powiedzieć, że w praktyce stosowania przepisów o zamówieniach publicznych, a także w przypadku wielu nowelizacji, cel ten został zagubiony. Zarówno ustawodawca, jak i podmioty zobowiązane do stosowania przepisów, skupiają się na szczegółowych kwestiach proceduralnych. M.in. z tego powodu brak jest zmian zorientowanych na całościowy cel zamówień publicznych, czyli racjonalność wydatkowania środków publicznych, przy zachowaniu uczciwej konkurencji. Większość nowelizacji powierzchownie i wybiórczo koryguje trudności proceduralne, przy okazji tworząc nowe. Tymczasem każda z wprowadzanych zmian winna być rozpatrywana najpierw

w szerokiej perspektywie zasad zamówień publicznych, w tym szczególnie ważnej zasady racjonalnego wydatkowania publicznych pieniędzy.

Postulat zmian związanych z tym niekorzystnym stanem rzeczy jest oczywisty: wprowadzenie zasady racjonalnego wydatkowania środków publicznych, a następnie stopniowe wdrażanie rozwiązań promujących racjonalność gospodarowania do szczegółowych przepisów p.z.p. Być może wprowadzenie nowej zasady zamówień publicznych stanowiłoby impuls dla doktryny i orzecznictwa w przewartościowaniu podejścia do zamówień publicznych, motywację dla zmian legislacyjnych, a także stanowiło element oddziaływania na zamawiających, których obecne przepisy skłaniają do preferowania poprawności proceduralnej, kosztem efektu końcowego.

## Selekcja wykonawców

### 1. Zagadnienia wstępne

Interes publiczny, odnoszony do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, wyraża się przede wszystkim w stymulowaniu racjonalizacji wydatków, stymulowaniu ochrony konkurencji a także w przeciwdziałaniu korupcji. Dla realizacji tych celów, czy też wartości, istotne znaczenie mają właściwości podmiotu, który będzie realizował zamówienie. Dlatego w celu ochrony wartości składających się na interes publiczny konieczne jest zweryfikowanie, czy podmioty, ubiegające się o udzielenie zamówienia publicznego, dają rękojmię należytego wywiązania się z zaciągniętego przez złożenie oferty zobowiązania i czy w ogóle są zdolne do realizacji publicznego kontraktu. Samo złożenie atrakcyjnej z punktu widzenia interesu publicznego oferty nie dowodzi jeszcze, że realizacja zamówienia rzeczywiście zaspokoi interes publiczny. Może bowiem okazać się, że podmiot składający ofertę jest na tyle niewiarygodny, że nie daje dostatecznych gwarancji należytej realizacji umowy.

Właściwy dobór wykonawców ma znaczenie nie tylko dla właściwej realizacji umowy, ale także dla zachowania uczciwej konkurencji. Wynika to z faktu, że pewne podmioty działające na rynku mogły już uprzednio wejść w konflikt z prawem, np. poprzez przestępstwo przekupstwa. Tym samym ich uczestnictwo w kolejnym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zwiększa ryzyko podjęcia bezprawnych działań, wpływających na zachowanie uczciwej konkurencji.

Zachowanie uczciwej konkurencji nie oznacza jedynie ochrony przed podmiotami zagrażającymi bezprawnym wpływaniem na wynik postępowania. Uczciwa konkurencja jest zagrożona również przez samych zamawiających, którzy ustalając warunki udziału w postępowaniu mogą w sposób nieuzasadniony zawężyć krąg podmiotów, które mogą ubiegać się o udzielenie zamówienia. Uzasadniona jest opinia wyrażona przez Ryszarda Szostaka, że celem unormowania dotyczącego warunków udziału w postępowaniu nie jest jakiegokolwiek zawężenie kręgu potencjalnych oferentów, lecz wyłącznie ochrona interesów

publicznych<sup>158</sup>. Zawężenie kręgu potencjalnych wykonawców dokonywane bez uzasadnienia w postaci ochrony interesu publicznego, jest dyskryminacją. Trzeba jednak podkreślić, że granica między warunkami uczestnictwa w postępowaniu stawianymi dla zapewnienia wysokiej jakości nabywanego dobra, a warunkami w sposób bezpodstawny, dyskryminujący eliminującymi podmioty działające na rynku, bywa trudna do określenia. Dzieje się tak dlatego, gdyż każdorazowe ustalenie, czy postawione warunki udziału w postępowaniu są uzasadnione, czy też stanowią dyskryminację, wymaga specjalistycznej wiedzy z zakresu nabywanego w ramach zamówienia publicznego dobra oraz znajomości segmentu rynku, z którego ma pochodzić przedmiot zamówienia. Zakładając nawet, że zarówno zamawiający, jak i wykonawca taką wiedzę dysponują, konieczne jest także, aby dysponował nią również organ rozstrzygający ewentualny spór bądź dokonujący kontroli postępowania. Jest to warunek niełatwy do spełnienia ze względu na niezwykle różnorodność nabywanych dóbr.

Ustawodawca wprowadził złożony i wieloaspektowy model selekcji wykonawców, oparty przede wszystkim na uprawnieniu zamawiających do stawiania warunków udziału w postępowaniu. Realizację interesu publicznego, jako podstawę dla stworzenia możliwości tworzenia warunków uczestnictwa w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, należy rozpatrywać w dwóch aspektach: po pierwsze, w aspekcie obligatoryjnej eliminacji z postępowań o udzielenie zamówienia kategorii podmiotów, których specyficzne cechy czynią je na tyle niewiarygodnymi, że nie dają one gwarancji należytego wykonania zamówienia, a nawet grożą podjęciem bezprawnych działań mających wpływ na wynik postępowania – to negatywny aspekt omawianych warunków. Po drugie, pod kątem zapewnienia udziału podmiotów, których specyficzne cechy, przejawiające się zarówno w spełnianiu warunków o charakterze prawnym (np. posiadanie stosownych zezwoleń na prowadzoną działalność) jak i faktycznym (np. dysponowanie wykwalifikowaną kadrą) dają wysokie prawdopodobieństwo realizacji zamówienia publicznego w sposób należyty – jest to pozytywny aspekt.

Przepisy p.z.p. określają, czego mogą dotyczyć warunki uczestnictwa w postępowaniu:

- 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<sup>159</sup>.

---

<sup>158</sup> R. Szostak, Glosa do wyroku SN z dnia 13 grudnia 1999 r., III CKN 478/98, Samorząd Terytorialny 2001/6/68, LEX.

<sup>159</sup> Art. 22 ust. 1 p.z.p.



Specyfika warunku dotyczącego posiadania uprawnień wyraża się w tym, że nie może być kształtowany przez zamawiających w sposób dowolny. To, jaki będzie kształt warunku dotyczącego uprawnień wykonawcy wynika bowiem z przedmiotu zamówienia, które ma być wykonywane i przepisów prawa, które realizację tego przedmiotu wiążą z posiadaniem uzyskania odpowiedniego przyzwolenia władzy państwowej w formie decyzji administracyjnej. Dlatego w różnych postępowaniach przesłanki do spełnienia warunku będą ulegały zmianie, stosownie do prawnych uwarunkowań, związanych z przedmiotem zamówienia.

Opisywane rozwiązanie ma duże znaczenie dla interesu publicznego. Wynika to z faktu, że wprowadzenie wymogu posiadania uprawnień wynikającego z innych aktów prawnych niż p.z.p. wymusza na uczestnikach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego podporządkowanie się uregulowaniom o publicznoprawnym charakterze, które poprzez reglamentację określonej sfery działalności chronią interes publiczny. Tym sposobem prawo zamówień publicznych selekcjonuje podmioty mające zamiar ubiegać się o udzielenie zamówienia publicznego nie tylko poprzez normy bezpośrednio w nim zawarte, ale również poprzez egzekwowanie ograniczeń wynikających z innych ustaw.

Przesłanki z pkt 2, 3 i 4 omawianego art. 22 p.z.p., odmiennie od uregulowania z pkt 1, charakteryzują się niedookreślonością i występowaniem szerokiego pasa nieostrości. Podkreślić należy, że warunki uczestnictwa w brzmieniu wziętym dosłownie z treści art. 22 stwarzają sytuację niekorzystną z punktu widzenia interesu publicznego. Przede wszystkim są sformułowane bardzo ogólnie. W związku z bardzo ogólną treścią, w praktyce przenoszą na wykonawców uprawnienie do oceny, czy wiedza, doświadczenie, potencjał techniczny i kadrowy oraz sytuacja ekonomiczno-finansowa danego wykonawcy pozwalają zrealizować zamówienie. Taka sytuacja jest niedopuszczalna dla dużej grupy postępowań, zwłaszcza tych skomplikowanych i o znaczącej wartości, gdyż istnieje duże prawdopodobieństwo, że wykonawcy oceniliby swoją zdolność do realizacji zamówienia w sposób nie odpowiadający obiektywnym przesłankom, podyktowany przede wszystkim chęcią pozyskania publicznego kontraktu. Co więcej, w razie problemów wynikłych na etapie realizacji zamówienia publicznego nie sposób byłoby dowieść, że wykonawca, składając oświadczenie z art. 22 ust. 1 p.z.p., złożył nieprawdziwe informacje, gdyż udowodnienie nierealistycznej oceny własnych możliwości byłoby możliwe tylko w skrajnych przypadkach. Poza tym za niedopuszczalną należy uznać sytuację, w której ocena potencjału wykonawcy byłaby dokonywana dopiero na etapie realizacji zamówienia publicznego, gdy wszelkie trudności mogą generować znaczące straty. Istotą warunków uczestnictwa w postępowaniu jest bowiem wyeliminowanie niepożądanych podmiotów jeszcze przed zawarciem umowy.

Zamawiającemu umożliwiono określenie warunków uczestnictwa tak, aby odpowiadały specyfice określonego przedmiotu zamówienia, w szczególności

stopnia jego złożoności, skali itp. Racjonalność wydatkowania środków publicznych wymaga bowiem, żeby zawęzić krąg potencjalnych wykonawców do tych, którzy pod względem merytorycznym spełniają wymogi np. doświadczenia zawodowego czy posiadanego zaplecza technicznego, eliminując podmioty niezdolne do realizacji zamówienia. Ze względu na zróżnicowanie dóbr nabywanych w trybie zamówień publicznych, konieczne jest przy tym zagwarantowanie pewnej swobody w ustalaniu warunków uczestnictwa w postępowaniu, dostosowanych do uwarunkowań związanych z konkretnym zamówieniem.

Specyfika omawianego rozwiązania prawnego wyraża się w tym, że w wersji najogólniejszej warunki z pkt 2, 3 i 4 art. 22 p.z.p. występują zawsze, gdyż w ramach realizacji interesu publicznego musi być zagwarantowane ubieganie się o udzielenie zamówienia tylko tym podmiotom, które posiadają niezbędną wiedzę i doświadczenie oraz dysponują potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia a także znajdują się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia. Ilustruje to teza jednego z wyroków Krajowej Izby Odwoławczej, w której wskazuje się, że zamawiający nie jest zobowiązany, nawet w postępowaniu o wartościach przekraczających progi unijne, wskazywać swoich wymagań w odniesieniu do każdej z przesłanek wymienionych w art. 22 ust. 1 p.z.p. oraz tym samym żądać dokumentów w odniesieniu do każdej z nich, tym niemniej wykonawcy powinni spełniać wszystkie postawione we wskazanym przepisie warunki<sup>160</sup>.

Jednakże ogólnie sformułowany warunek nie zawsze może wystarczać dla zapewnienia odpowiedniej, efektywnej selekcji, stąd możliwość uszczegóławiania warunków odnoszących się do potencjału technicznego i finansowego wykonawców. Jak wskazuje się w piśmiennictwie, dookreślenia tych zwrotów, a co za tym idzie, konkretyzacji warunków udziału w postępowaniu, dokonuje zamawiający<sup>161</sup>. Z powyższą tezą koresponduje wyrok Sądu Okręgowego w Częstochowie z dn. 07.09.2005 r., zgodnie z którym art. 22 ust. 1 p.z.p. odnosi się jedynie do zasad udziału w postępowaniu i nie reguluje, w sposób szczegółowy, potencjału technicznego, doświadczenia czy też sytuacji ekonomicznej wykonawcy. Jest to zadanie zamawiającego, który zna specyfikę zamówienia<sup>162</sup>.

Należy jednak pamiętać, że interes publiczny stanowi pojęcie złożone, konglomerat różnych wartości, wśród których znajduje się także ochrona uczciwej konkurencji. Uprawnienie zamawiającego do kształtowania warunków podmiotowych, oprócz pełnienia niezwykle istotnej funkcji ochrony interesu publicznego, przejawiającego się w zapobieganiu udzielenia zamówienia podmiotom niezdolnym do jego należytej realizacji, może stać się również szkodliwym narzędziem ograniczania konkurencji i tym sposobem naruszać

---

<sup>160</sup> Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych z dn. 17 czerwca 2008 r. (sygn. KIO/UZP 538/08; KIO/UZP 543/08).

<sup>161</sup> G. Wicik, P. Wiśniewski, *Prawo zamówień...*, s. 158.

<sup>162</sup> Wyrok Sądu Okręgowego w Częstochowie z dn. 07.09.2005 r. (sygn. VI Ca 527/05).

interes publiczny. Biorąc pod uwagę opisywaną już zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, powszechnie przyjmuje się, że zamawiający nie dysponuje pełną dowolnością w kształtowaniu warunków podmiotowych odnoszących się do technicznych i finansowych właściwości wykonawcy. Granicę tej swobody wyznacza przede wszystkim zasada przygotowania i prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji.

W omawianym rozwiązaniu, odnoszącym się do kształtowania warunków uczestnictwa, ścierają się dwie wartości składające się na interes publiczny: konieczności wydatkowania środków publicznych w sposób racjonalny z zasadą zachowania uczciwej konkurencji. Z jednej strony zawężanie kręgu podmiotów, które mogą ubiegać się o udzielenie zamówienia, może posłużyć selekcji takich wykonawców, którzy będą dysponowali specjalistycznym doświadczeniem, unikalnym sprzętem, wybitnymi specjalistami w danej branży itp. Z drugiej strony, gdy warunki uczestnictwa w postępowaniu są nieadekwatne do przedmiotu zamówienia, zawężenie kręgu wykonawców jest szkodliwe. Ogranicza się bowiem konkurencyjność, co może wpływać na składanie ofert o wyższych cenach albo nawet całkowicie wyeliminować konkurencyjność, umożliwiając złożenie oferty tylko jednemu podmiotowi. Dlatego omawiane wartości: racjonalność wydatków i uczciwa konkurencja, są możliwe do pogodzenia jedynie w przypadku bardzo starannego doboru warunków udziału w postępowaniu, opartego o dogłębną znajomość rynku i specyfiki samego zamówienia.

Prawdopodobnie mając na względzie powyższe trudności, ustawodawca postawił zamawiającym normatywne ograniczenie w tworzeniu warunków poprzez przepis art. 22 ust. 2 p.z.p., zgodnie z którym zamawiający nie może określać warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Niestety, nie wprowadzono przepisu, który zabraniałby tworzenia warunków zagrażających racjonalnemu wydatkowaniu środków publicznych. W świetle obowiązujących przepisów, w sposób nieuzasadniony faworyzuje się więc uczciwą konkurencję kosztem efektywnego wydatkowania publicznych pieniędzy.

W omawianej problematyce, dotyczącej sposobów ochrony interesu publicznego, istotne jest również, że przepisy odnoszące się do warunków dotyczących właściwości wykonawców mają charakter względny, podczas gdy przepisy chroniące interes publiczny posiadają najczęściej charakter bezwzględnie obowiązujący. Tylko część z unormowań odnoszących się do warunków uczestnictwa w postępowaniu wiąże w sposób bezwzględny. Normy bezwzględnie obowiązujące dają większą pewność odnośnie do sfery, którą regulują, gdyż ich zastosowanie nie może być wolą stron wyłączone lub ograniczone. Są one obecne na wszystkich etapach udzielania zamówień publicznych, stwarzając swego rodzaju ramy i warunki dla kontraktowania, a także sprzyjając przewidywalności działań zaangażowanych podmiotów. Jednakże specyfika zamówień publicznych, wyrażająca się m.in. poprzez ogromną różnorodność

nabywanych dóbr sprawia, że objęcie całego procesu udzielania zamówień normami bezwzględnie obowiązującymi jest niemożliwe. Aby to uczynić, trzeba by przewidzieć w sposób szczegółowy potrzeby w zakresie nabywania dóbr wszystkich zamawiających. Stąd wynika konieczność kompromisu, służącego zapewnieniu elastyczności, pozwalającej na możliwie efektywne stosowanie prawa w różnorodnych sytuacjach, związanych z udzielaniem zamówień publicznych, szczególnie z racji różnorodności podmiotów ubiegających się o udzielanie zamówień i przedmiotu tych zamówień. Przypadek warunków udziału w postępowaniu ukazuje więc, że dla ochrony interesu publicznego nie zawsze konieczne jest wprowadzanie norm bezwzględnie obowiązujących, które generalnie dominują wśród przepisów chroniących interes publiczny. Normy względnie obowiązujące również mogą chronić interes publiczny. Zarówno dla zachowania racjonalności wydatków, jak i uczciwej konkurencji, zamawiający muszą dysponować pewną swobodą w kształtowaniu warunków postępowania. Wprowadzenie w tej sferze uregulowań o charakterze bezwzględny wprowadziłoby szanse na samowolę zamawiających w kształtowaniu warunków procedur dotyczących zamówień publicznych, ale jednocześnie same warunki mogłyby nie przystawać do specyfiki rynku, przedmiotu zamówienia czy podmiotów ubiegających się o kontrakt. Dlatego należy postawić tezę, że w przypadku zamówień publicznym w interesie publicznym leży, aby pozostawić pewną swobodę dotyczącą warunków kontraktowania. Zakres tej swobody powinien być ustalony w drodze analizy praktyki udzielania zamówień publicznych.

Powierzając zamawiającym prawa swobody w kształtowaniu warunków udziału w postępowaniu, konieczne jest wprowadzenie prawnych ograniczeń przeciwko nadużyciom w tej sferze. To zadanie ma wypełniać m.in. ustęp czwarty artykułu 22 p.z.p. dostosowujący polskie prawo do dyrektywy nr 2004/18/WE, która kładzie duży nacisk na zasadę zachowania uczciwej konkurencji. Ogólne unormowania można odnaleźć w pkt 2 preambuły tej dyrektywy, zgodnie z którym „udzielanie zamówień, (...) podlega poszanowaniu zasad Traktatu, a w szczególności zasady swobody przepływu towarów, swobody przedsiębiorczości oraz swobody świadczenia usług, a także zasad, które się z nich wywodzą, takich jak: zasada równego traktowania, zasada niedyskryminacji, zasada wzajemnej uznawalności, zasada proporcjonalności oraz zasada przejrzystości (...)”. Omawiany art. 22 ust. 4 p.z.p. stanowi, że opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia.

Teza dotycząca adekwatności warunków udziału do przedmiotu zamówienia była wielokrotnie przytaczana przez dawny Zespół Arbitrów przy Urzędzie Zamówień Publicznych. Reprezentatywny przykład stanowi wyrok Zespołu Arbitrów, zgodnie z którym „formułowanie warunków wynikających z art. 22 (...) winno odbywać się w granicach, które zapewnią zamawiającemu należyte wykonanie zamówienia, nie wykraczając jednakże poza jego potrzeby w spo-

sób, który mógłby utrudnić uczciwą konkurencję”<sup>163</sup>. Podobne stanowisko zajmuje Krajowa Izba Odwoławcza, stwierdzając w jednym z wyroków, że nie można uznać, że Zamawiający może w dowolny sposób określać warunek, byleby zachować możliwość konkurowania pomiędzy kilkoma wykonawcami. Sam fakt, że istnieją na rynku wykonawcy zdolni spełnić warunek określony przez Zamawiającego nie przesądza jeszcze o dopuszczalności tego warunku. Proporcjonalność czy adekwatność warunku musi odnosić się do przedmiotu zamówienia i przekroczenie granic tego przedmiotu należy uznać za wygórowane wymaganie, nie znajdujące uzasadnienia potrzebami Zamawiającego. Warunek nie może być postawiony w taki sposób, aby w oderwaniu od przedmiotu zamówienia, stanowił barierę dostępu do postępowania<sup>164</sup>.

Zakaz dyskryminacji powinien być jednak równoważony przez postulat nabywania dóbr o jakości adekwatnej do potrzeb zamawiających, gdyż skupienie się wyłącznie na zapewnieniu możliwie szerokiego dostępu do rynku wykonawcom pozbawia normy art. 22 p.z.p. funkcji ochronnych. Doktryna wskazuje, że precyzowanie warunków udziału w postępowaniu nie oznacza nakazu dopuszczenia do udziału wykonawców bez dokonania ich kwalifikacji. Natomiast precyzując warunki udziału w postępowaniu zamawiający powinien opierać się na obiektywnych przesłankach, tak aby dopuszczony do udziału w postępowaniu był każdy wykonawca zdolny do wykonania zamówienia<sup>165</sup>. Podkreśla się nawet, że zamawiający jest obowiązany opisać sposób dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu tak, że wykonawcy, którzy nie są zdolni do należytego wykonania zamówienia publicznego, zostaną wykluczeni z postępowania<sup>166</sup>. Teza ta wskazuje na dużą odpowiedzialność zamawiającego, jaką ponosi, tworząc takie warunki uczestnictwa w postępowaniu, które wyeliminują podmioty niezdolne do realizacji zamówienia w sposób należyty, a więc potencjalnie zagrażające interesowi publicznemu, szczególnie w wypadku zamówień zaspokajających publiczne potrzeby. Widoczne jest przeniesienie akcentów z wartości, jaką jest uczciwa konkurencja, na inną wartość, jaką jest należyte realizowanie zamówienia. Miarą postępowania zamawiającego nie jest zatem jedynie ochrona uczciwej konkurencji przy formułowaniu warunków uczestnictwa w postępowaniu, ale takie sformułowanie warunków, aby interes publiczny był realizowany również poprzez wybór oferty rzetelnego wykonawcy.

Wnioski z powyższych rozważań odnośnie znaczenia warunków udziału w postępowaniu w realizacji interesu publicznego i o konieczności godze-

---

<sup>163</sup> Wyrok Zespołu Arbitrów przy Urzędzie Zamówień Publicznych z dn. 21.01.2005 r. (sygn. UZP/ZO/0-52/05).

<sup>164</sup> Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dn. 19 maja 2008 r. (sygn. KIO/UZP 428/08).

<sup>165</sup> M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Zakamycze 2005, s. 115.

<sup>166</sup> A. Kurowska, M. Sarnowski, G. Wicik, P. Wiśniewski, *Analiza wyroków sądów okręgowych oraz analiza orzeczeń zespołów arbitrów*, Warszawa 2006, s. 95.

nia ochrony uczciwej konkurencji z racjonalnością wydatków, są zbieżne ze stanowiskiem ETS, wskazującego na związek ochrony interesu publicznego z rygoryzmem warunków podmiotowych: „przepisy krajowe, które powodują, że wykonywanie danej działalności gospodarczej przez podmioty zagraniczne jest utrudnione lub mniej korzystne niż dla podmiotów krajowych, mogą być uznane za zgodne z TWE, o ile spełnione są cztery warunki:

- przepisy te są stosowane w sposób niedyskryminacyjny,
- są uzasadnione nadrzędnym interesem publicznym,
- są odpowiednie dla osiągnięcia wyznaczonego celu,
- nie wykraczają poza to, co jest konieczne dla osiągnięcia tego celu (zasada proporcjonalności).”<sup>167</sup>.

Również krajowe orzecznictwo odzwierciedla trudności w harmonizacji składowych interesu publicznego, to znaczy racjonalnego wydatkowania środków z zachowaniem gwarancji konkurencji wykonawców. Ilustruje to wyrok Krajowej Izby Odwoławczej (zwanej dalej: KIO) z 23.06.2008 roku, w którym arbitrzy stoją na stanowisku, że zamawiający ma prawo do takiego opisanie warunków udziału w postępowaniu, aby zapewnić realizację postawionego sobie celu, tzn. wyłonienia wykonawcy, który będzie w stanie należycie wykonać zamówienie. Granicę kompetencji zamawiającego w tym zakresie określają zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Ugruntowana linia orzecznicza wskazuje, że sama okoliczność, że odwołujący się nie spełnia warunków udziału w postępowaniu lub spełnia go ograniczona ilość wykonawców, nie uzasadnia twierdzenia o naruszeniu zasad uczciwej konkurencji w postępowaniu, w szczególności w sytuacji, gdy wymagania zamawiającego są uzasadnione jego potrzebami, które mogą nie zostać zaspokojone przy innym sformułowaniu wymagań<sup>168</sup>. W podobnym duchu wypowiedziała się KIO w wyroku z dn. 08.04.2008 r.oku, który z racji swojej wartości merytorycznej wymaga obszernego cytatu: „W orzecznictwie sądów okręgowych potwierdzono, że utrudnianiem uczciwej konkurencji nie jest takie określenie warunków, które mogą spełnić nieliczni wykonawcy. Wręcz przyjęto, że niemożność spełniania podmiotowych warunków udziału w postępowaniu przez niektórych wykonawców, nie świadczy o niedozwolonym ustanowieniu warunków przez Zamawiającego (...) KIO podziela stanowisko Ryszarda Szostaka (artykuł [w:] St. Prawn./2007/2/55, Udzielenie zamówienia publicznego w trybie tzw. zapytania o cenę. Teza nr 5, 60834/5), że: «według zasad europejskich (...) zamówienie może być udzielone wyłącznie wykonawcy zdolnemu do należytego jego wykonania i wiarygodnemu. Oprócz bezwzględnie koniecznych wymagań ustawowych oferenci muszą spełniać też warunki i właściwości ustalone przez samego zamawiającego, choć w granicach usta-

---

<sup>167</sup> Wyrok Europejskiego Trybunału Wspólnot Europejskich z dn. 27 października 2005 (sygn. C-234/03).

<sup>168</sup> Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dn. 23 czerwca 2008 r. (sygn. KIO/UZP 561/08).

wowo zakreślonych. Wymogi w zakresie predyspozycji do należytej realizacji zamówienia ustala sam zamawiający, kierując się rzeczywistymi potrzebami w odniesieniu do ilości i jakości zamawianego świadczenia»<sup>169</sup>.

W niezwykle istotnym z punktu widzenia omawianej problematyki wyroku z dnia 14.01.2008 roku KIO stwierdziła, że ocenę zasadności warunku uczestnictwa w postępowaniu i jego zgodności z zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców należy rozpatrywać w kontekście jego adekwatności do przedmiotu zamówienia, tj. warunek musi zagwarantować należyte wykonanie zamówienia, przy jednoczesnym zachowaniu niedyskryminującego charakteru, winien mieć na celu ustalenie zdolności określonego podmiotu do wykonania zamówienia, a nadto nie może prowadzić do faworyzowania jednych i tym samym dyskryminacji innych wykonawców<sup>170</sup>. Jest to w dużej mierze powtórzenie tez poprzednio cytowanych wyroków. Jednakże, co bardzo ważne, organ orzekający wskazał, że zamawiający musi mieć na względzie interes publiczny, który wymaga, aby zamówiony produkt lub usługa zostały wykonane. Stwierdzenia tego dotyczy zastrzeżenie organu orzekającego, zgodnie z którym granicą interesu publicznego jest dyskryminacja, która może uniemożliwić uczciwym wykonawcom konkurowanie podczas postępowania<sup>171</sup>.

Rozpatrując instytucję warunków udziału w postępowaniu zauważalny jest konflikt na styku potrzeb zamawiającego odnośnie do wykonawcy, który winien dysponować wystarczającymi do należytego zrealizowania zamówienia właściwościami a koniecznością ochrony uczciwej konkurencji i związanej z tym maksymalizacji dostępności do zamówienia. Praktycznie niemożliwe jest normatywne nakreślenie granicy, pozwalającej osiągnąć kompromis zabezpieczający realizację obu składowych interesu publicznego. Niemożność ta wynika z różnorodności stanów faktycznych, obejmowanych przez zamówienia publiczne. Wobec różnorodności dóbr, różnorodności potrzeb zamawiających, odmienności wykonawców i segmentów rynku na których działają, próba wyznaczenia za pomocą przepisów prawa idealnego kompromisu między składowymi interesu publicznego wydaje się niewykonalna. Możliwe jest jedynie stosowanie zwrotów niedookreślonych i nieostrych, wskazujących na konieczność zachowania zarówno uczciwej konkurencji, jak i racjonalności wydatków przy tworzeniu warunków uczestnictwa w postępowaniu. Zastanawiający jest jednak fakt, że przepisy kładą zdecydowanie większy nacisk na ochronę uczciwej konkurencji, nie wspominając bezpośrednio o tworzeniu warunków uczestnictwa w postępowaniu z poszanowaniem racjonalności wydatkowania środków. Trudno powiedzieć, czy przesądziły o tym przepisy prawa europejskiego, faworyzujące w sferze zamówień publicznych uczciwą konkurencję kosztem postulatu racjonalności wydatkowania środków, czy też

---

<sup>169</sup> Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dn. 8 kwietnia 2008 r. (sygn. KIO/UZP 259/08).

<sup>170</sup> Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dn. 14 stycznia 2008 r. (sygn. KIO/UZP 62/07).

<sup>171</sup> Ibidem.

problematiczne założenie, oparte na przekonaniu, że zagwarantowanie uczciwej konkurencji między wykonawcami automatycznie prowadzi do zagwarantowania racjonalności wydatków.

Po omówieniu generalnych norm i wytycznych, jakie winny spełniać warunki odnoszące się do właściwości wykonawców, pora przyjrzeć się konkretnym rozwiązaniom przewidzianym przez prawo zamówień publicznych, mającym realizować interes publiczny.

## 2. Przyzwolenie władzy na działalność gospodarczą

Reglamentacja działalności gospodarczej jest wyjątkiem od konstytucyjnej zasady wolności tejże działalności, wyrażonej bezpośrednio w art. 20 Konstytucji. Zgodnie z art. 22 Konstytucji, ograniczenie wolności działalności gospodarczej jest dopuszczalne tylko w drodze ustawy i tylko ze względu na ważny interes publiczny. Zgodnie z Konstytucją interes publiczny jest zatem jedyną przesłanką, która może posłużyć jako podstawa do nałożenia ograniczeń na rynek.

Biorąc pod uwagę fakt, że wszelkie formy działalności gospodarczej winny podlegać ograniczeniom wyłącznie ze względu na interes publiczny, należy zauważyć, że prawo zamówień publicznych stwarza w tej sferze nie tyle nowe ograniczenia realizujące interes publiczny, ile egzekwuje istniejące przepisy w dziedzinie obowiązków związanych z przyzwoleniem władzy na określone rodzaje działalności gospodarczej. Przepisy p.z.p. stawiają wymóg, aby każdy z wykonawców, który ubiega się o udzielenie zamówienia powiązanego z prawnie reglamentowaną działalnością, posiadał stosowną zgodę w postaci wymaganej przepisami prawa decyzji administracyjnej. Rozwiązanie takie należy uznać za słuszne przy zastrzeżeniu, że reglamentacja działalności w danej dziedzinie rzeczywiście służy ochronie interesu publicznego. Ramy niniejszej pracy i omawiana problematyka nie pozwala na ocenę wszystkich przypadków reglamentacji i ich zasadności.

Jeśli reglamentacja określonej działalności gospodarczej faktycznie realizuje interes publiczny, to wykonawca, który spełnił wymagane przepisami prawa kryteria, odnoszące się do regulowanej działalności gospodarczej, daje większą rękojmię należytej realizacji zamówienia publicznego, niż wykonawca nie posiadający stosownej zgody. Z całą pewnością można stwierdzić, że sam fakt posiadania wymaganej przepisami prawa zgody na działalność nie przesądza jeszcze o należyтым wykonaniu określonego zamówienia w zakresie tej działalności. Przykładowo, zażądanie zezwolenia na odbieranie odpadów komunalnych nie gwarantuje zamawiającemu, że przedmiotowa usługa będzie świadczona w sposób terminowy. Dla zwiększenia prawdopodobieństwa, że świadczenie zostanie zrealizowane w sposób należyty, konieczne jest dokonanie szeregu innych czynności, jak np. wprowadzenie odpowiednich kar



umownych do projektu umowy stanowiącego część specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Na korzyść opisywanego rozwiązania przemawia fakt, że chroni ono przed wykonawcami działającymi nielegalnie, bez przyzwolenia władzy państwowej. Tak więc ustawa ma za zadanie zapewnić egzekwowanie istniejącego prawa w zakresie ograniczeń w prowadzeniu działalności gospodarczej. Zgodnie z prawem zamówień publicznych, do postępowania dotyczącego reglamentowanej działalności mogą zostać dopuszczone jedynie te podmioty, które uzyskały wymaganą prawem decyzję administracyjną, co oznacza, że na mocy obowiązujących przepisów spełniają prawne wymagania.

Rozporządzenie w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane<sup>172</sup> (zwane dalej r.w.s.r.d.) precyzuje, jakie dokumenty mogą być żądane od wykonawców na potwierdzenie, że posiadają uprawnienia do wykonywania określonej działalności lub czynności. Zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 1 omawianego rozporządzenia, zamawiający może żądać koncesji, zezwolenia lub licencji, jeżeli ustawy nakładają obowiązek posiadania koncesji, zezwolenia lub licencji na podjęcie działalności gospodarczej w zakresie objętym zamówieniem publicznym.

W nauce prawa dostrzegalna jest ożywiona dyskusja nad znaczeniem terminów „koncesja”, „zezwolenie” i „licencja”<sup>173</sup>. Ustawodawstwo polskie jest szczególnie bogate, jeżeli chodzi o liczbę terminów używanych w odniesieniu do pozwoleń administracyjnych. Stosowane są takie zwroty jak „zezwolenie”, „pozwolenie”, „zgoda”, „koncesja”, „licencja” itp<sup>174</sup>. Pomimo wielu prób wskazania różnic pomiędzy poszczególnymi terminami, nie uzyskano jednoznacznych rezultatów.

Np. Dariusz Kijowski stoi na stanowisku, że wśród szeroko rozumianych pozwoleń administracyjnych można wyróżnić pewną grupę aktów o cechach na tyle specyficznych, że pozwala to na wyodrębnienie ich jako szczególnej grupy – koncesji – w ramach pozwoleń administracyjnych. Autor wskazuje, że istotą typowego pozwolenia administracyjnego jest wiążące ustalenie niezastnienia żadnej, dającej się oprzeć na obowiązującym prawie, wystarczającej przeszkody w podjęciu określonej działalności czy innego rodzaju zachowań<sup>175</sup>. Koncesje w opinii Dariusza Kijowskiego wyróżnia to, że nadają ich adresatom szczególną pozycję wśród innych podmiotów prawa, wyrażającą się w możliwości – i równocześnie – obowiązku prowadzenia działalności na

---

<sup>172</sup> Rozporządzenie w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2009 r. Nr 226, poz. 1817).

<sup>173</sup> Szeroko na ten temat wypowiada się D. Kijowski w monografii *Pozwolenia w administracji publicznej*, Warszawa 2000.

<sup>174</sup> D. Kijowski, *Pozwolenia w administracji publicznej*, Warszawa 2000, s. 71.

<sup>175</sup> *Ibidem*, s. 301.

rzecz ogółu mieszkańców i jednostek organizacyjnych, stanowiącej realizację zadań bądź uprawnień należących do państwa lub jednostki samorządu terytorialnego<sup>176</sup>. Kluczowe dla wyróżnienia w obrębie pozwoleń administracyjnych podtypu zwanego koncesją jest więc ustalenie, czy prowadzenie działalności wymagającej uzyskania pozwolenia dotyczy działalności z zakresu obowiązków administracji publicznej (wtedy będziemy mieli do czynienia z koncesją), czy też działalności nie związanej z obowiązkami administracji (wtedy będziemy mieli do czynienia z typowym pozwoleniem administracyjnym). Podobnie uważa Bolesław Walawski, wiążąc pojęcie koncesji z wykonywaniem czynności o wysokiej użyteczności publicznej, stanowiących z tego właśnie względu sferę aktywności państwa, które mogą jednak być odstąpione do wykonywania jednostkom prywatnym<sup>177</sup>.

Powstaje zatem problem, jakich dokumentów może żądać zamawiający od wykonawców na podstawie rozporządzenia w.s.r.d., które mówi jedynie o koncesjach, zezwoleniach i licencjach. Czy można żądać wyłącznie decyzji administracyjnych nazwanych explicite przez przepisy prawa koncesjami, zezwoleniami bądź licencjami? Tego rodzaju interpretacja mogłaby być groźna dla interesu publicznego – zamawiający traciliby bowiem możliwość żądania takich pozwoleń administracyjnych w zakresie działalności objętej przedmiotem zamówienia, którym ustawodawca nadał nazwę inną niż koncesja, zezwolenie bądź licencja. Uważam, że wobec braku konsekwencji w nazewnictwie odnoszącym się do pozwoleń administracyjnych a także wobec sporów w nauce dotyczących faktycznego znaczenia tych terminów, katalog wskazany w rozporządzeniu należy traktować jako dotyczący wszelkiego typu pozwoleń na działalność/czynność objętą danym zamówieniem. Zresztą w piśmiennictwie poruszającym problematykę zamówień publicznych często podkreśla się, że wyliczenie zawarte w § 1 ust. 1 pkt 1 r.w.s.r.d. ma charakter przykładowy i dotyczy wszelkiego rodzaju koncesji, zezwoleń, licencji, zgód, dyplomów, świadectw, zaświadczeń itp., nadających prawną możliwość działania w określonym zakresie<sup>178</sup>. Potwierdza to orzecznictwo, zgodnie z którym „Przez uprawnienia do wykonywania określonej działalności należy bowiem rozumieć wszelkie koncesje, licencje, zezwolenia etc. Należą do nich szczególnie kwalifikacje zawodowe”<sup>179</sup>. A zatem rozszerzająca wykładnia przepisów skutkuje egzekwowaniem wszelkich form reglamentacji w procedurach zamówieniowych.

W omawianym rozwiązaniu należy z aprobatą przyjąć konsekwencję ustawodawcy, który obejmując reglamentacją różne sfery działalności gospodarczej, egzekwuje je również w przypadku zamówień publicznych. W świetle powyższego nasuwa się spostrzeżenie, że prawo zamówień publicznych wprowadza ochronę interesu publicznego także poprzez eliminację podmiotów nie posiadających

<sup>176</sup> Ibidem, s. 303–304.

<sup>177</sup> B. Walawski, *Pozwolenia i koncesje administracyjne w prawie polskim*, Wilno 1939, s. 120.

<sup>178</sup> G. Wicik, P. Wiśniewski, *Prawo zamówień...*, s. 159.

<sup>179</sup> Wyrok Zespołu Arbitrów z dn. 08 marca 2007 r. (sygn. UZP/ZO/0-209/07).

jących formalnych uprawnień do realizacji specyficznego przedmiotu zamówienia, co jest weryfikowane podczas procedury udzielania zamówienia publicznego. Dzieje się tak przy założeniu, że zdobycie wymaganego uprawnienia w zakresie reglamentowanej działalności jest równoznaczne albo przynajmniej zwiększa szanse na to, że dany podmiot faktycznie jest w stanie realizować zamówienie. Jak już wcześniej wspomniano, pozytywne wnioski odnoszące się do omawianego rozwiązania prawnego są dopuszczalne wyłącznie przy zastrzeżeniu, że podmioty na rzecz których wydano stosowne decyzje administracyjne, zezwalające na prowadzenie reglamentowanej działalności, mogą dawać większą rękojmię należytego wykonania zobowiązań umownych niż podmioty działające bezprawnie i nie posiadające odpowiednich zgód. Tak więc p.z.p., wymuszając swoimi uregulowaniami wylegitymowanie się lub przynajmniej oświadczenie o posiadaniu uprawnień do działania w prawie reglamentowanych obszarach rynku, przyczynia się w tym zakresie do ochrony interesu publicznego.

Jednocześnie należy wyraźnie zaznaczyć, że egzekwowanie posiadania stosownych zgód na określoną działalność samoistnie nie daje jeszcze gwarancji, że postępowanie będzie zrealizowane zgodnie z interesem publicznym. Można je traktować jedynie jako składową obszernego katalogu czynników przyczyniających się do realizowania zamówień w tymże interesie.

### **3. Znaczenie potencjału technicznego i ekonomicznego wykonawcy**

W świetle obowiązującego prawa każdy, kto ubiega się o udzielenie zamówienia publicznego, musi posiadać niezbędną wiedzę i doświadczenie oraz dysponować potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Uczestnictwo podmiotów niezdolnych do realizacji zamówienia stałoby w oczywistej sprzeczności z interesem publicznym, i to zarówno z powodu nieracjonalnego wydatkowania środków publicznych, jak i uniemożliwienia bądź utrudnienia realizacji zadań publicznych.

Weryfikacja obowiązku spełniania wymogów dotyczących koniecznego do realizacji zamówienia potencjału odbywa się poprzez złożenie stosownego oświadczenia, w którym deklarowana jest posiadanie wystarczającego do realizacji zamówienia w zakresie wiedzy, doświadczenia, potencjału technicznego, kadrowego i finansowego. Prawny obowiązek posiadania odpowiedniego do wykonania zamówienia potencjału należy uznać za korzystny dla realizacji interesu publicznego, gdyż posiadanie odpowiednich zasobów kadrowych i technicznych z oczywistych względów jest *conditio sine qua non* realizacji zamówienia publicznego. Jednak samo oświadczenie wiedzy wykonawcy, dotyczące zdolności do realizacji zamówienia, nie jest dostateczną gwarancją zabezpieczenia interesu zarówno samych zamawiających, jak i interesu publicznego. Podmiot zainteresowany pozyskaniem kontraktu będzie zawsze

dążył do jak najkorzystniejszej oceny własnych możliwości. Wykonawcy mogą świadomie przeceniać swój potencjał zdolności do zrealizowania zamówienia licząc, że na etapie realizacji umowy, szczególnie w przypadku robót budowlanych, pozycja negocjacyjna zamawiającego osłabnie i zdecyduje się na ustępstwa dotyczące warunków realizacji, gdyż każda próba rozwiązania umowy może wiązać się z trudnościami o charakterze organizacyjnym, finansowym itp. W takiej sytuacji nierzetelni wykonawcy mogą prowadzić swego rodzaju negocjacje na etapie wykonywania umowy, zmuszając zamawiających do ustępstw. Zjawisko to może się nasilać szczególnie w czasach dekoniunktury gospodarczej, gdy pozyskanie kontraktu publicznego przesądza o uchronieniu firmy przed upadłością.

Dla zabezpieczenia racjonalnego wydatkowania środków publicznych, stanowiącego składową interesu publicznego, konieczna jest selekcja wykonawców w sposób, który uprawdopodobni należyta realizację zamówienia. Dla realizacji interesu publicznego niezbędne są zatem dodatkowe instrumenty, konkretyzujące wymóg ustawowy w postaci szczegółowych kryteriów, od których uzależniona jest możliwość wzięcia udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i zawarcie umowy. W związku z tym ustawodawca wyposażył zamawiających w szeroki wachlarz instrumentów, które w sposób elastyczny, uzależniony od specyfiki określonego postępowania, pozwalają konstruować warunki uczestnictwa. Niedookreśloność przepisów skłoniła nawet komentatorów do określenia przepisów art. 22 ust. 1 pkt 2, 3 i 4 mianem blankietowych, gdyż właściwą treścią wypełnia je zamawiający<sup>180</sup>.

Niestety, blankietowość przepisów dotyczących kształtowania warunków uczestnictwa w postępowaniu, chociaż posiada niewątpliwe zalety, zapewniając elastyczność w tworzeniu warunków, może stwarzać zagrożenie dla interesu publicznego, umożliwiając zamawiającym tworzenie warunków naruszających uczciwą konkurencję. Dlatego swoboda zamawiających musi posiadać normatywne ramy, w obrębie których będą mogli się poruszać. Ramy takie konstytuuje dyspozycja art. 22 ust. 4 p.z.p., nakazująca, aby opis sposobu oceny warunków był związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do opisu przedmiotu zamówienia.

Jak widać, zamawiający są obarczeni dużą odpowiedzialnością, aby tworząc warunki selekcji wykonawców zapewnić uczciwą konkurencję, ale zarazem wyeliminować podmioty niezdolne do należytego wykonania zamówienia. W związku z tym wspomniana już blankietowość przepisów, czyli ich duża niedookreśloność, jest po części pozorna. Decydując się na postawienie szczegółowego warunku uczestnictwa w postępowaniu i związane z nim żądanie dokumentów, zamawiający mają ściśle ograniczone, prawnie uregulowane możliwości wyboru. Należy zaznaczyć, że z zadania tego zamawiający często wywiązują się w sposób niewłaściwy, co znajduje odbicie w przedmiocie sporów toczonych przed Krajową Izbą Odwoławczą i Zespołem Arbitrów, w któ-

---

<sup>180</sup> J. Pieróg, *Prawo zamówień...*, s. 101.

rych prawidłowość warunków odnoszących się do właściwości wykonawców jest jedną z częstszych materii.

Pierwszym z kryteriów selekcji wykonawców jest posiadanie odpowiedniej wiedzy i doświadczenia zawodowego. Marek Safjan wskazuje, że obiektywizacja wzorca staranności zakłada posługiwanie się pewnym modelem postępowania dłużnika w ramach istniejącego stosunku zobowiązaniowego, który jest następnie porównywany z zachowaniem dłużnika na tle konkretnej sytuacji<sup>181</sup>. Wynika z tego, że należyta staranność ma charakter zobiektywizowany, stanowi pewien model i dlatego można posługiwać się jako miernikiem starannością wykazaną w uprzednio realizowanych przez wykonawców zleceniach. Doświadczenie w piśmiennictwie określa się jako „pewną umiejętność zdobytą i ugruntowaną w trakcie praktyki (nabyciem wprawy) a nie dokonany (przeprowadzony) eksperymentem czy też próbą”<sup>182</sup>. Jest to inaczej nabycie wprawy, biegłość<sup>183</sup>. Natomiast wymóg posiadania odpowiedniej wiedzy wiąże się bezpośrednio z dysponowaniem przez wykonawców odpowiednim know-how, znajomością technologii czy metodologii, w jakiej ma być wykonane zamówienie<sup>184</sup>.

Wiedzę i doświadczenie wykonawcy można zweryfikować, żądając wykazu zrealizowanych dostaw, usług lub robót budowlanych. W doktrynie i orzecznictwie przyjmuje się powszechnie, że zrealizowanie oznacza czynność dokonaną, a zatem na przestrzeni wyznaczonych przepisami ram czasowych konieczne jest zakończenie zamówienia, które ma służyć do wylegitymowania się wymaganym w określonym postępowaniu doświadczeniem – wyjątkiem są świadczenia o charakterze okresowym bądź ciągłym. Konieczne jest określenie ścisłych, stosunkowo wąskich ram czasowych, ponieważ w dobie intensywnych przemian technologicznych, a także na skutek fluktuacji kadr, doświadczenie zawodowe ulega szybkiej dewaluacji. Dlatego prawo dopuszcza legitymowanie się doświadczeniem w zakresie dostaw i usług z ostatnich 3 lat, a w zakresie robót budowlanych – 5 lat.

Ponieważ wykaz zrealizowanych kontraktów jest w praktyce, podobnie jak oświadczenie z art. 22 p.z.p., oświadczeniem wiedzy wykonawcy, wprowadzono element zwiększający wiarygodność oświadczenia poprzez możliwość żądania dokumentów potwierdzających, że kontrakty te zostały wykonane należycie (w przypadku dostaw i usług) lub zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone (dla robót budowlanych), obligatoryjnie pochodzących od osoby trzeciej<sup>185</sup>. Zwiększenie wiarygodności składanych

<sup>181</sup> M. Safjan, w: *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. K. Pietrzykowski, Warszawa 2005, s. 853.

<sup>182</sup> J. Dolecki, *Zamówienia publiczne. Doradca*, nr 5/2003, s. 57.

<sup>183</sup> Wyrok Sądu Okręgowego Warszawa-Praga z dn. 05 sierpnia 2005 r. (sygn. IV CA 239/05).

<sup>184</sup> M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, *Prawo zamówień...*, s. 113.

<sup>185</sup> § 1 ust. 1 pkt 2 i 3 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2009 r. Nr 226, poz. 1817).

dokumentów ma na celu ochronę interesu publicznego. Można jednak mieć uzasadnione wątpliwości, czy w sytuacji, w której nieuczciwy wykonawca złoży nieprawdziwe oświadczenie wiedzy o zrealizowanych zamówieniach, wymóg potwierdzenia dokumentu od osoby trzeciej powstrzyma go przed jego podrobieniem. Funkcja ochronna tego wymogu może przejawiać się co najwyżej w zwiększonej odpowiedzialności karnej związanej z popełnieniem przestępstwa przeciwko wiarygodności dokumentów, natomiast od strony praktycznej czy też technicznej nie utrudnia składania dokumentów przez nieuczciwych wykonawców.

Wprawdzie r.w.s.r.d. nie konkretyzuje, o jakie dokumenty chodzi, jednakże przyjmuje się, że mogą to być wszelkiego rodzaju dokumenty, które potwierdzą należyte wykonanie. Ilustruje to reprezentatywna dla orzecznictwa i doktryny teza jednego z wyroków KIO, zgodnie z którym dokumenty – referencje mają potwierdzać jedynie, że roboty zostały wykonane należycie. Jest to dokument nie pochodzący od wykonawcy składającego ofertę, ale od osoby trzeciej<sup>186</sup>. We wskazanym wyroku stwierdza się również, że ani zamawiający, ani wykonawcy nie mogą narzucać zakresu referencji, innego niż wynika to z treści rozporządzenia. Co prawda tego typu ograniczenie mogłoby być przydatne dla lepszej weryfikacji doświadczenia zawodowego, ale jednocześnie stanowiłoby poważne utrudnienie dla wykonawców, którzy musieliby zdobywać skonkretyzowane pod względem treści dokumenty na potrzeby każdego z postępowań, w których chcieliby wziąć udział.

Warunki odnoszące się do wiedzy i doświadczenia wykonawcy należy uznać za jedno z najskuteczniejszych narzędzi selekcji podmiotów ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego. Związane jest to ze stosunkowo przejrzystym i prostym mechanizmem działania, który do ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego dopuszcza jedynie tych wykonawców, którzy już wykonali w sposób należyty zbliżone pod kątem wartości i rodzaju zamówienie. Oczywiście i tutaj pozostaje pole do nadużyć i sporów, ogniskujących się na kwestii adekwatności wartości i przedmiotu kontraktów, które należycie zrealizował wykonawca, z przedmiotem i wartością postępowania, o które się ubiega. Pomimo tego, uprawnienie zamawiających do weryfikacji wykonawców pod kątem ich wiedzy i doświadczenia jest najbardziej czytelnym i efektywnym narzędziem selekcji spośród tych, które udostępnił ustawodawca.

Następnym narzędziem służącym zwiększeniu prawdopodobieństwa, że zamówienie zostanie zrealizowane zgodnie z interesem publicznym, czyli w sposób należyty, jest umożliwienie żądania od wykonawców wykazu elementów infrastruktury technicznej, którymi dysponuje wykonawca. Jest to związane z ustawowym wymogiem dysponowania przez wykonawcę potencjałem technicznym, który umożliwi realizację zamówienia publicznego. Tak też definiuje potencjał techniczny doktryna, określając go mianem „możli-

---

<sup>186</sup> Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dn. 09 kwietnia 2008 r. (sygn. KIO/UZP 270/08).

wości wykonania zamówienia publicznego za pomocą potrzebnych do tego narzędzi i urządzeń”<sup>187</sup>. Stosownie do zasady uczciwej konkurencji i w celu zwiększenia potencjalnego kręgu wykonawców mogących ubiegać się o udzielenie zamówienia, powszechnie przyjmuje się, że dysponowanie potencjałem technicznym to nie tylko występowanie jako właściciel (posiadacz samoistny) narzędzi i urządzeń, ale także użytkownik, zastawnik, najemca, dzierżawca lub mający inne prawo (np. wynikające z umowy leasingu).

O ile trudno polemizować z faktem, że w wielu postępowaniach dysponowanie specjalistycznym sprzętem jest warunkiem niezbędnym dla należytej realizacji zamówienia, o tyle praktyczna skuteczność tego narzędzia selekcji wykonawców jest dyskusyjna. Warunek może bowiem mieć znaczenie jedynie w przypadku sprzętu (narzędzi, urządzeń), które są na rynku deficytowe, np. z racji ich unikalności, bądź szczególnego zapotrzebowania rynkowego w danym czasie. W takiej sytuacji postawiony warunek może rzeczywiście weryfikować umiejętności organizacyjne wykonawcy, który potrafi zapewnić sobie niezbędny do realizacji zamówienia sprzęt. W każdym innym przypadku trudno stwierdzić, że narzędzie to dokonuje jakiejś wartościowej z punktu widzenia interesu publicznego selekcji, gdyż w gospodarce rynkowej z zasady podaż dóbr jest większa niż popyt, a więc nie powinno być trudności z zapewnieniem niezbędnych narzędzi i urządzeń.

W przypadku robót budowlanych i usług ustawodawca umożliwia zamawiającemu żądanie od wykonawców informacji na temat przeciętnej liczby zatrudnionych pracowników lub liczebności personelu kierowniczego. Jest to warunek rzadko stosowany, gdyż ma czysto ilościowy charakter, nie umożliwiając różnicowania kadry w zależności od posiadanej wiedzy, doświadczenia i kwalifikacji. Brak takiego zróżnicowania czyni go narzędziem nieprzydatnym dla ochrony interesu publicznego, gdyż nie pozwala on na praktyczną ocenę zdolności bądź niezdolności podmiotu do realizacji zamówienia.

Aby udokumentować potencjał kadrowy wykonawcy, można żądać także wykazu osób, którymi wykonawca dysponuje i które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji i zakresu wykonywanych przez nie czynności. Dzięki temu można w sposób szczegółowy, uzasadniony oczywiście specyfiką konkretnego postępowania, postawić warunki uczestnictwa w ubieganiu się o zamówienie publiczne. Po pierwsze, mowa jest o osobach, które będą uczestniczyć w realizacji zamówienia. Następuje więc bezpośrednie powiązanie z konkretnym postępowaniem i wymóg złożenia oświadczenia woli przez wykonawcę, że zadeklarowane osoby będą uczestniczyć w postępowaniu. Po drugie, można postawić wymóg odnoszący się do ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia. Daje to szerokie możliwości dostosowania warunku do bardzo różnych postępowań. Oprócz tego, prawo umożliwia żądanie dokumentów stwierdzających, że osoby, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, posiadają

<sup>187</sup> G. Wicik, P. Wiśniewski, *Prawo zamówień...*, s. 162.

wymagane uprawnienia, jeżeli ustawy nakładają obowiązek posiadania takich uprawnień. Po trzecie, co równie istotne, w oparciu o wymagany dokument można żądać aby określona osoba na etapie realizacji umowy wykonywała określone funkcje.

Należy przy tym pamiętać, że w r.w.s.r.d. określa się maksymalny zakres żądanych informacji i stawianych warunków a zamawiający może zrezygnować z części z nich, jeżeli okoliczności postępowania nie wymagają szczegółowego dokumentowania zdolności do realizacji zamówienia. Można więc uznać, że zamawiającym zostało udostępnione elastyczne, rozbudowane narzędzie służące do realizacji interesu publicznego w postaci eliminacji wykonawców niezdolnych do sprostania wymogom zamówienia.

Efektywność warunku w zakresie potencjału kadrowego jest uzależniona od podobnych czynników, jak w przypadku wymogów dotyczących potencjału technicznego. W przypadku pracowników o specjalnościach unikatowych bądź szczególnie poszukiwanych na rynku, narzędzie to faktycznie może prowadzić do selekcji właściwych, zdolnych do realizacji zamówienia podmiotów. Miało to np. ogromne znaczenie w przypadku robót budowlanych realizowanych w okresie koniunktury w budownictwie w latach 2007/2008, gdy na rynku występowały niedobory pracowników o określonych specjalnościach.

Dobra kondycja finansowa wykonawcy jest jednym z niezbędnych warunków dla zrealizowania każdego zamówienia. Podmiot spełniający wszystkie wymagania techniczne, ale stojący na krawędzi bankructwa, nie daje rękąmi należytego wykonania umowy. W każdej chwili może on utracić płynność finansową i zaprzestać wywiązywania się ze zobowiązania umownego wobec zamawiającego, bądź wobec innych partnerów biznesowych. Dlatego w interesie publicznym leży fakt, aby każdy wykonawca był również od strony finansowej przygotowany do realizacji zamówienia. Jednakże złożoność współczesnych procesów mikroekonomicznych stawia przed ustawodawcą niezwykle trudne zadanie wyposażenia zamawiających w takie instrumenty, które pozwolą na rzeczywistą eliminację podmiotów niezdolnych ekonomicznie do realizacji zamówienia, unikając zarazem niecelowej dyskryminacji. Podjętą próbę można określić mianem nieudanej.

Pierwszym z narzędzi do weryfikacji kondycji finansowej wykonawców jest sprawozdanie finansowe. Sprawozdanie finansowe sporządzone w oparciu o przepisy ustawy o rachunkowości może dać każdemu zainteresowanemu kompleksową i dokładną informację na temat kondycji finansowej przedsiębiorstwa<sup>188</sup>. Należy jednak wskazać, że wymóg sporządzania sprawozdania finansowego, w pewnym uproszczeniu, ciąży na wszystkich osobach prawnych oraz spółkach handlowych a także na podmiotach, których przychody netto ze sprzedaży towarów, produktów i operacji finansowych za poprzedni rok obrotowy wyniosły co najmniej równowartość w walucie polskiej 1.200.000

---

<sup>188</sup> G. Bednarczyk, *Wiarygodność ekonomiczna wykonawcy*, „Zamówienia publiczne. Doradca” 2008, nr 2/08, str. 5.



euro. W pozostałych przypadkach zamawiający może żądać jedynie innych dokumentów określających obroty oraz zobowiązania i należności. Problem wskazywany w piśmiennictwie polega na tym, że w dokumentach tych nie znajdziemy zobowiązań i należności. Wskazuje się, że „jedynym źródłem takiej informacji może być oświadczenie samego wykonawcy, o ile oczywiście będzie on w stanie ustalić te wielkości w odniesieniu do konkretnej daty”<sup>189</sup>. Postawienie warunku oddającego kondycję finansową przedsiębiorstwa jest zatem trudne, na co wskazuje publikacja Urzędu Zamówień Publicznych: „jest trudne (...) z tego względu, że potwierdzenie spełniania tych warunków może być w praktyce oparte tylko na trzech dokumentach” – o których była mowa wyżej. W przywołanej publikacji podkreśla się również, że „stawianie wymogu prowadzenia działalności z zyskiem, a w szczególności z zyskiem na określonym poziomie, nie jest rozwiązaniem właściwym. Wielu wykonawców może nie móc wykazać się zyskiem, choć wcale nie musi to oznaczać, że ich sytuacja ekonomiczna jest zła”<sup>190</sup>.

W piśmiennictwie wskazuje się również, że podanie wartości zobowiązań i należności niewiele daje bez szerszego kontekstu<sup>191</sup>. Dlatego wydaje się, że obowiązujące przepisy nie dają dostatecznych instrumentów, pozwalających na precyzyjne określenie kondycji finansowej tych wykonawców, którzy nie są zobowiązani do sporządzania sprawozdania finansowego.

Jednak nawet w przypadku dysponowania odpowiednimi wskaźnikami, w praktyce zamówień publicznych znaczne trudności stwarza wybór metody pozwalającej na zweryfikowanie, czy wykonawca znajduje się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia publicznego<sup>192</sup>. Z tego względu kryterium odnoszące się do wskaźników finansowych wykonawcy, jeżeli jest stosowane, odnosi się najczęściej do wskaźnika bieżącej płynności finansowej (relacja aktywów obrotowych do zobowiązań bieżących), którą praktyka udzielania zamówień publicznych oraz orzecznictwo dotyczące zamówień publicznych ukształtowały na poziomie 1,2<sup>193</sup>.

Innymi parametrami do badania kondycji finansowej wykonawcy jest wysokość posiadanych środków finansowych oraz zdolność kredytowa wykonawcy. Dokumentami potwierdzającymi te parametry mogą być informacje banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, w których wykonawca posiada rachunek. Również i te narzędzia nie stwarzają możliwości do rzetelnej oceny

---

<sup>189</sup> Ibidem, str. 7.

<sup>190</sup> T. Czajkowski, *Zamówienia publiczne...*, s. 127.

<sup>191</sup> G. Bednarczyk, *Wiarygodność ekonomiczna wykonawcy*, „Zamówienia publiczne. Doradca” 2008, nr 2/08, str. 9.

<sup>192</sup> P. Wiśniewski, *Warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego – zagadnienia podstawowe*, <http://finanse-publiczne.pl>, data dostępu 06.01.2010 r.

<sup>193</sup> Cf. Z. Raczkiewicz, *Ocena sytuacji ekonomicznej i finansowej oferentów*, Prawo Zamówień Publicznych nr 2/2006. Zdaniem Z. Kosarzewskiego, wskaźnik bieżącej płynności finansowej nie powinien być mniejszy niż 1 za ostatni rok obrachunkowy: Z. Kosarzewski, *Dokumenty – sprawozdanie finansowe*, Zamówienia publiczne. Doradca nr 11/2005.

sytuacji finansowej wykonawcy. Zdolność kredytowa jest bowiem szacowana przez banki w sposób abstrakcyjny i hipotetyczny, bez odniesienia do konkretnego celu kredytu i nie stanowi promesy do jego udzielenia. Natomiast posiadania pieniędzy na koncie w momencie składania ofert jest również miernikiem niepewnym, ponieważ wykonawca może uzyskać krótkoterminową pożyczkę, zwiększając stan swojego konta do wymaganego poziomu, po czym pożyczkę spłacić. Poza tym stan konta nie oddaje całokształtu zobowiązań i wiarygodności wykonawcy.

Polisa ubezpieczeniowa lub inny dokument potwierdzający, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności, stanowi ostatni z instrumentów służących potwierdzeniu, że podmiot ubiegający się o udzielenie zamówienia znajduje się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia. Zabezpieczenie jest tu dwojakiego rodzaju: po pierwsze, szacowanie ryzyka przez ubezpieczyciela stanowi parametr zwiększający wiarygodność wykonawcy – istnieje duże prawdopodobieństwo, że ubezpieczyciel nie podjąłby się ubezpieczenia podmiotu którego specyficzne cechy pozwoliłyby sądzić, że istnieje duże prawdopodobieństwo zaistnienia zdarzenia objętego ubezpieczeniem. Nawet przy zgodzie ubezpieczyciela sądzić należy, że z racji ryzyka wysokość składki ubezpieczeniowej byłaby bardzo duża. Po drugie, wyrządzenie szkody objęte odpowiedzialnością deliktową lub nienależyte wywiązanie się ze zobowiązania w ramach odpowiedzialności kontraktowej, o ile wchodzi w zakres ubezpieczenia, powoduje, że wykonawca nie straci płynności finansowej będąc zmuszony do wypłaty odszkodowania.

Niestety, również i ten instrument jest w znaczącej mierze nieprzydatny. Wymóg polisy ubezpieczeniowej należy bowiem interpretować w powiązaniu z art. 809 Kodeksu cywilnego, czyli traktować jako dokument potwierdzający zawarcie umowy ubezpieczenia. Natomiast omawiane rozporządzenie nic nie mówi o możliwości żądania samej umowy ubezpieczenia, jak i ogólnych warunków ubezpieczenia, o których mowa w art. 812 KC. Tym sposobem wiedza zamawiającego, oparta jedynie na dokumencie potwierdzającym zawarcie umowy ubezpieczenia, jest cząstkowa i nie pozwala na stwierdzenie, czy umowa ubezpieczenia faktycznie zagwarantuje wypłatę odszkodowania w razie naruszenia interesu zamawiającego.

Instrumenty mające za zadanie weryfikować sytuację ekonomiczną i finansową potencjalnych wykonawców należy uznać za niezbyt udane i przydatne. Wygląda na to, że ustawodawca starał się stworzyć równoważnik złożonych procedur audytu finansowego poprzez wprowadzenie możliwości żądania kilku dokumentów, zawierających szcątkowe informacje dotyczące aspektów ekonomicznych i finansowych. Udostępnione narzędzia nie pozwalają ocenić w sposób rzetelny kondycji finansowej wykonawców, a przez swoją nieadekwatność względem zakładanego celu mogą jedynie utrudniać proces wyboru oferty najkorzystniejszej, tworząc dodatkowe ogniska sporów, komplikując

proces badania i oceny ofert oraz grożąc nieuzasadnioną eliminacją podmiotów. Dlatego absolutnie nie negując znaczenia kondycji finansowej wykonawców dla interesu publicznego trzeba zauważyć, że przepisy w obecnym kształcie nie ułatwiają zadania doboru właściwych podmiotów. Dopuszczanie do nieprofesjonalnych prób oceny kondycji finansowej wykonawców przez niewykwalifikowane osoby na podstawie szczątkowych informacji powinno być, moim zdaniem, zastąpione możliwością żądania gwarancji bankowej (promesy gwarancji) albo podobnego dokumentu. W ten sposób zamawiający zyskiwaliby dostęp do analizy dokonanej przez podmiot profesjonalnie zajmujący się szacowaniem ryzyka i kondycji podmiotów uczestniczących w obrocie gospodarczym.

#### 4. Eliminacja nierzetelnych wykonawców

Jednym z zagrożeń dla racjonalności wydatków publicznych jest uzyskanie zamówienia publicznego przez podmiot, którego działania dokonane w przeszłości mogą świadczyć o braku rzetelności, rozumianej jako wypełnianie w sposób należyty funkcji związanych z występowaniem w obrocie gospodarczym. Stąd pojawia się konieczność wprowadzenia mechanizmu selekcji, który nie tylko będzie dotyczył zdolności do realizacji zamówienia mierzonej kryteriami potencjału technicznego, doświadczenia itp., ale weźmie pod uwagę negatywne zachowania podmiotu z przeszłości. Katalog zachowań negatywnych ma w dużej mierze uznaniowy charakter. Z racji swojej uznaniowości, zestawienie cech podmiotu wykluczających go z każdego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego może stanowić pole do dyskusji o poprawności doboru poszczególnych przesłanek wykluczenia. Trzeba jednak pamiętać, że w przypadku prawa polskiego zbiór przesłanek skutkujących wykluczeniem z postępowania jest determinowany prawem europejskim, a konkretniej dyrektywą nr 2004/18/WE.

Ustawowy zakaz uczestnictwa określonych kategorii podmiotów w procesie udzielania zamówień publicznych ma chronić przed takimi wykonawcami, których udział groziłby poważnymi, niekorzystnymi następstwami dla wydatkowania publicznych pieniędzy. Katalog przesłanek wykluczenia stanowi ograniczenie o publicznoprawnym charakterze i posiada charakter bezwzględnie obowiązujący. Nie pozostawia on pola do kalkulacji ryzyka podmiotom udzielającym zamówień, lecz z góry przesądza, że dopuszczenie do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego niektórych podmiotów przekracza granice ryzyka związanego ze szczególnym rygorem, jaki winien obowiązywać przy wydatkowaniu środków publicznych. O ile bowiem w obrocie między podmiotami prywatnymi skala dopuszczalnego ryzyka jest większa, gdyż ewentualne ujemne następstwa poniesie przede wszystkim podmiot, który ryzyko podjął, o tyle w przypadku dysponowania pieniędzmi publicznymi

efekty nieracjonalnej gospodarki odnoszą się, w mniej lub bardziej dotkliwy sposób, do całego społeczeństwa. Ustawodawca nie zakłada działania z należytą starannością przez zamawiających, którzy mogliby przecież sami weryfikować sytuację podmiotów, z którymi potencjalnie można zawrzeć umowę. W miejsce tego ustanowiono obligatoryjne procedury weryfikacyjne, którym musi poddać się każdy, kto ubiega się o kontrakt na zamówienie publiczne. Obejmują one różnorodne w swojej istocie sytuacje, których cechą wspólną jest przyjęcie jako kryterium braku wiarygodności.

Regulacje w prawie polskim, odnoszące się do przesłanek wykluczenia wykonawców, przenoszą na grunt polski postanowienia art. 45 dyrektywy 2004/18/WE, zgodnie z którym z udziału w zamówieniu wykluczany jest każdy kandydat lub oferent, który został skazany prawomocnym wyrokiem sądu z powodu dopuszczenia się co najmniej jednego z poniższych czynów i który znany jest instytucji zamawiającej:

- a) udział w organizacji przestępczej, zgodnie z definicją takiej organizacji zawartą w art. 2 ust. 1 wspólnego działania Rady 98/733/WSiSW;
- b) korupcja, zgodnie z definicją zawartą odpowiednio w art. 3 aktu Rady z dnia 26 maja 1997 r. oraz art. 3 ust. 1 wspólnego działania Rady 98/742/WSiSW;
- c) oszustwo w rozumieniu art. 1 Konwencji o ochronie interesów finansowych Wspólnot Europejskich;
- d) udział w praniu pieniędzy, zgodnie z definicją art. 1 dyrektywy Rady 91/308/EWG z dnia 10 czerwca 1991 roku w sprawie uniemożliwienia korzystania z systemu finansowego w celu prania pieniędzy.

Co szczególnie interesujące dla tematyki niniejszej pracy, dyrektywa przewiduje, że państwa członkowskie mogą przewidzieć możliwość odstępiania od przestrzegania powyższych wymogów, z uwagi na interes ogólny (który można utożsamić z interesem publicznym). Artykuł 45 dyrektywy 2004/18 określa kryteria kwalifikacji, które odnoszą się do sytuacji podmiotowej wykonawców i mają za zadanie ustalić jego wiarygodność jako uczestnika gier rynkowych. Kryteria, na podstawie których może dojść do wykluczenia danego kandydata z uwagi na uznanie go za niewiarygodnego, dotyczą przede wszystkim jego prawidłowego i zgodnego z przepisami funkcjonowania na rynku. Nie mają one nic wspólnego z wielkością przedsiębiorstwa ani z jego potencjałem ekonomicznym czy technicznym. Ich charakter uzasadnia ograniczenie zasady równego traktowania – trudno bowiem, by realizacja tej zasady wymuszała na zamawiających dysponujących publicznymi środkami udzielanie zamówień podmiotom, które nie są uczciwymi uczestnikami gier rynkowych lub są w ogóle niezdolne do prowadzenia jakiejkolwiek działalności gospodarczej<sup>194</sup>. Jednakże interes ogólny, jako pojęcie relatywne i charakteryzujące się zmiennością treści w zależności od okoliczności konkretnej sytuacji, może usprawiedliwiać dopuszczenie podmiotów z założenia nierzetelnych do

---

<sup>194</sup> A. Sołtysińska, *Europejskie prawo...*, Lex, komentarz do art. 45 dyrektywy 2004/18/WE.

umowy zawartej w efekcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Przyczyną może być np. monopol w zakresie świadczenia określonych dostaw bądź usług. W takiej sytuacji rozważenia wymaga fakt, czy lepiej realizować zadanie publiczne z udziałem podmiotu o wątpliwej reputacji, czy w ogóle zrezygnować bądź z realizacji zadania publicznego, bądź z zapewnienia niezbędnych zamawiającemu świadczeń. Dyrektywa daje możliwość stworzenia takich przepisów, które w szczególnych przypadkach stawiają wyżej interes publiczny przejawiający się w dostępie do określonych świadczeń niż ryzyko związane z uczestnictwem nierzetelnego podmiotu.

Na gruncie polskich przepisów<sup>195</sup>, pierwszą z przesłanek wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest wyrządzenie szkody poprzez niewykonanie zamówienia lub nienależyte wykonanie, jeżeli szkoda ta została stwierdzona prawomocnym orzeczeniem sądu wydanym w okresie 3 lat przed wszczęciem postępowania. Ustawodawca wyszedł z założenia, że jeśli ktoś wyrządził szkodę podczas realizacji zamówienia publicznego, to jego wiarygodność jest na tyle niska, że powinien przez 3 lata od wydania prawomocnego wyroku sądu mieć zakaz ubiegania się o udzielanie kolejnych zamówień publicznych. Środkiem dla realizacji tego przepisu, pozwalającego na ustalenie faktu wyrządzenia szkody, ma być istniejący na stronie internetowej Urzędu wykaz wykonawców, którzy wyrządzili szkodę. Natomiast na zamawiających został nałożony obowiązek przekazywania odpisów prawomocnych orzeczeń sądu stwierdzających wyrządzenie szkody Prezesowi UZP.

Eliminacja podmiotów, które realizując zamówienie publiczne wyrządziły szkodę, jest co do zasady zgodna z interesem publicznym, w szczególności w kwestii racjonalności wydatkowania środków publicznych. Wyrządzenie szkody stoi bowiem w jawnej sprzeczności z efektywnością i celowością realizacji zamówienia publicznego, zaś wyrządzenie szkody w niedalekiej przeszłości zwiększa prawdopodobieństwo, że takie zdarzenie będzie miało miejsce ponownie. Jednakże obowiązujące w tym zakresie przepisy posiadają pewne mankamenty, skutkujące zmniejszeniem ich wartości jako narzędzia realizacji interesu publicznego.

Po pierwsze, praktyka realizowania kontraktów do których doszło w efekcie procedury udzielenia zamówienia publicznego dowodzi, że zamawiający zaspokajają się w większości przypadków egzekwowaniem kar umownych, niezwykle rzadko wstępując na drogę sądową. Konieczność bieżącego zaspokajania potrzeb czy to własnych, czy publicznych, czyni drogę sądową, z racji swojej czasochłonności, z reguły nieprzydatną.

Po drugie, zastanawia fakt, czemu sankcjonowane jest jedynie wyrządzenie szkody w efekcie realizacji zamówienia publicznego, a nie kontraktu objętego stricte prywatnoprawnym reżimem. Jeżeli chodzi o merytoryczno-techniczny aspekt, rynek zamówień publicznych nie różni się od rynku konsumenckiego i wyrządzenie szkody podmiotowi nie objętemu reżimem zamówień publicz-

---

<sup>195</sup> Art. 24 p.z.p.

nych daje takie same podstawy do uznania określonego wykonawcy za nie rokującego na należyte wykonanie zamówienia, jak wyrządzenie szkody podmiotowi nie stosującemu p.z.p.

Po trzecie, skutek wykluczenia został powiązany nie z datą wyrządzenia szkody, ale z datą prawomocnego orzeczenia sądu. Oznacza to, że zakaz ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego będzie najczęściej obejmował okres znacznie późniejszy niż 3 lata (z racji długotrwałości procedury przed sądem oraz możliwością wytoczenia powództwa nie niezwłocznie, ale do upływu przedawnienia), co wydaje się sankcją nadmiernie dolegliwą.

Po czwarte, wątpliwości budzi brak ustalenia progu szkody, od którego uzależnione jest wykluczenie z postępowania. Wydaje się bowiem, że o poziomie wiarygodności podmiotu świadczy nie tylko sam fakt wyrządzenia szkody, ale także jej wielkość.

Po piąte, trzeba wziąć pod uwagę poruszany w piśmiennictwie problem usterki legislacyjnej, wpływającej na prawidłowość stosowania omawianego narzędzia weryfikacji wykonawców. Wskazuje się, że zależność między urzędowym wykazem a wykluczeniem ma charakter jednokierunkowy, w tym sensie, że umieszczenie wykonawcy na stronie internetowej UZP powinno skutkować jego wykluczeniem, natomiast brak jego personaliów na tej liście nie zwalnia zamawiającego od wykluczenia, o ile istnieje prawomocne orzeczenie sądu<sup>196</sup>. Tym samym zamawiający są narażeni na rażące naruszenie przepisów p.z.p., z racji faktu, że nie wykluczyli wykonawcy, nawet gdy na stronach Urzędu Zamówień Publicznych nie było stosownej informacji.

Oprócz powyższych zastrzeżeń, podkreślana jest również zbyt ogólnikowość przepisu, nie korelująca z licznymi problemami proceduralnymi postępowania przed sądem, co dodatkowo utrudnia ustalenie momentu, w którym dany wykonawca podlega wykluczeniu z postępowania<sup>197</sup>.

W konsekwencji narzędzie, mające z założenia służyć realizacji interesu publicznego, w praktyce okazuje się mało przydatne, dając jedynie iluzoryczną ochronę przed nierzetelnymi wykonawcami, a jednocześnie grożąc nadmiernymi konsekwencjami w postaci wieloletniej eliminacji z rynku zamówień publicznych tym, którzy wyrządzili szkodę na minimalną w stosunku do wartości danego zamówienia wartość.

Nowelizacja z marca 2011 roku wprowadziła nowy warunek eliminujący niepożądane podmioty. Z postępowania wyklucza się wykonawców, z którymi dany zamawiający rozwiązał albo wypowiedział umowę w sprawie zamówienia publicznego albo odstąpił od umowy w sprawie zamówienia publicznego, z powodu okoliczności, za które wykonawca ponosi odpowiedzialność, jeżeli rozwiązanie albo wypowiedzenie umowy albo odstąpienie od niej nastąpiło w okresie 3 lat przed wszczęciem postępowania, a wartość niezrealizowanego

---

<sup>196</sup> J. Kaspryszyn, *Wykluczenie wykonawcy z ubiegania się o zamówienie publiczne z powodu wyrządzenia szkody*, „Prawo zamówień publicznych” 2008, nr 3/2008, s. 27.

<sup>197</sup> Szerzej na ten temat: J. Kaspryszyn, *Wykluczenie wykonawcy z ubiegania...*, s. 26–29.

zamówienia wyniosła co najmniej 5% wartości umowy. Zarzuty podnoszone przeciwko temu przepisowi są dwojakiego rodzaju. Po pierwsze, zamawiający zostaje postawiony w charakterze sędziego we własnej sprawie, samodzielnie oceniając odpowiedzialność wykonawcy. Po drugie, można mieć uzasadnione wątpliwości, czy wartość wynosząca zaledwie 5% umowy odpowiada postanowieniom dyrektywy unijnej, która w art. 45 ust. 2 lit. d mówi o zawinieniu w kwestii poważnego wykroczenia zawodowego.

Kolejną okolicznością dyskwalifikującą podmioty chcące otrzymać kontrakt publiczny jest pozostawanie w stanie likwidacji lub upadłości. W przeciwieństwie do poprzednio omawianej, niedopracowanej regulacji, niniejsza jest w pełni uzasadniona i faktycznie może być uznana za realizującą interes publiczny. Należy w pełni zgodzić się z celowością tego unormowania, szczególnie, gdy weźmie się pod uwagę istotę likwidacji i upadłości. Najistotniejszą cechą podmiotu postawionego w stan upadłości jest bowiem jego niewypłacalność. Zgodnie z art. 11 ust. 1 ustawy prawo upadłościowe i naprawcze<sup>198</sup>, dłużnik jest niewypłacalny, jeżeli nie wykonuje swoich wymagalnych zobowiązań. Dłużnika będącego osobą prawną albo jednostką organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej, której odrębna ustawa przyznaje zdolność prawną, uważa się za niewypłacalnego także wtedy, gdy jego zobowiązania przekroczą wartość jego majątku, nawet wówczas, gdy na bieżąco te zobowiązania wykonuje. Zgodnie z poglądami doktryny nieistotne jest, czy dłużnik nie wykonuje wszystkich zobowiązań czy też tylko niektórych z nich, czy nie wykonuje wymagalnych zobowiązań pieniężnych czy też niepieniężnych. Nieistotny też jest rozmiar niewykonanych przez dłużnika zobowiązań, przyczyna niewykonania zobowiązań oraz to, czy są to zobowiązania związane z prowadzoną działalnością gospodarczą czy zawodową, czy też inne zobowiązania<sup>199</sup>.

Jedynym odstępstwem przepisów o zamówieniach publicznych odnoszących się do obowiązku wykonawcy w stanie upadłości jest zawarcie przez niego układu zatwierdzonego prawomocnym postanowieniem sądu, jeżeli układ z wierzycielami nie przewiduje ich zaspokojenia poprzez likwidację majątku upadłego. Dokumentem, którego może żądać zamawiający na potwierdzenie likwidacji bądź upadłości jest aktualny odpis z właściwego rejestru albo aktualne zaświadczenie o wpisie do ewidencji działalności gospodarczej, jeżeli odrębne przepisy wymagają wpisu do rejestru lub zgłoszenia do ewidencji działalności gospodarczej.

Za celowy należy uznać również obowiązek wykluczenia podmiotu w stanie likwidacji, która jest procedurą zmierzającą do zakończenia jego bytu

---

<sup>198</sup> Ustawa z dn. 28 lutego 2003 r. Prawo upadłościowe i naprawcze (Dz. U. z 2003 r. Nr 60, poz. 535 ze zm.).

<sup>199</sup> A. Jakubecki, F. Zedler, *Komentarz do art. 11 ustawy z dnia 28 lutego 2003 r. Prawo upadłościowe i naprawcze* (Dz.U.03.60.535), w: A. Jakubecki, F. Zedler, *Prawo upadłościowe i naprawcze. Komentarz*, Zakamycze, LEX, 2003.

prawnego, co z oczywistych względów nie pozwala uznać podmiotu za zdolny do realizacji zamówienia, w szczególności w dłuższym przedziale czasowym.

Zaleganie z daninami o publicznoprawnym charakterze jest również przesłanką, która czyni podmiot partnerem niewiarygodnym, nie gwarantującym należytego wywiązywania się z kontraktu. Niewiarygodność ta ma dwojaki charakter: świadczy o nieprzestrzeganiu prawa przez podmiot, a także może dowodzić jego problemów finansowych. Dlatego zasadą jest, że z postępowania wyklucza się wykonawców, którzy zalegają z uiszczeniem podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne. Wyjątek stanowi okoliczność, w której wykonawca uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie, rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu. Inicjatywa wykonawcy przejawiająca się w chęci naprawy popełnionych zaniedbań i udokumentowana stosownymi decyzjami administracyjnymi, w ocenie ustawodawcy minimalizuje ryzyko nierzetelnego wywiązywania się ze zobowiązania przez wykonawcę.

Omawiane rozwiązanie z perspektywy ochrony interesu publicznego należy uznać za udane. Nie pozostawia ono miejsca na dowolność oceny – jest jednoznaczne i chroni przed podmiotami nierzetelnymi, ponieważ bezprawne unikanie ponoszenia ciężarów publicznych stanowi dowód niewiarygodności i nierzetelności podmiotu.

Kolejnym kryterium eliminacji podmiotów, które mogłyby wykonać nie-należycie zamówienie publiczne, jest obowiązek wykluczenia takich wykonawców, w których osoby piastujące wysokie stanowiska (zarządzanie bądź bycie współnikiem) popełniły określoną kategorię przestępstw, a w przypadku podmiotów zbiorowych wykluczenie wykonawców, względem których sąd orzekł zakaz ubiegania się o zamówienia, na podstawie przepisów o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary.

Podkreślić należy, że ustawodawca nie zdecydował się na odrębną typizację czynów zabronionych przeciwko zamówieniu publicznemu w samej ustawie p.z.p., pomimo powszechnie podnoszonego zagrożenia prawidłowości postępowania o zamówienie publiczne. Karnoprawna ochrona systemu zamówień publicznych opiera się zatem przede wszystkim na regulacji Kodeksu karnego, którą należy odnosić do zachowań występujących w postępowaniu o zamówienie publiczne<sup>200</sup>.

Pewne grupy przestępstw i udział podmiotów, której je popełniły, w sposób szczególny zagrażają prawidłowości procedur udzielania zamówień publicznych. Z oczywistych względów są to przestępstwa popełnione w związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego. Oprócz tego obowiązujące przepisy jako zagrażające prawidłowości realizacji umowy a więc skutkujące wykluczeniem z postępowania wskazują popełnienie przestępstwa przekupstwa, przestępstwo przeciwko obrotowi gospodarczemu, przestępstwo

---

<sup>200</sup> M. Makowski, *Z problematyki efektywności karnoprawnej ochrony zamówień publicznych*, Prawo Zamówień Publicznych, nr 4/2008, s. 78.



skarbowe, przestępstwo przeciwko prawom osób wykonujących pracę zarobkową, przestępstwo przeciwko środowisku, przestępstwo udziału w zorganizowanej grupie albo związku mających na celu popełnienie przestępstwa lub przestępstwa skarbowego oraz każde przestępstwo popełnione w celu osiągnięcia korzyści majątkowych. Specyfika katalogu przestępstw wskazuje na to, że ustawodawca chroni nie tylko prawidłowość realizacji kontraktu, ale także stara się wyeliminować takich wykonawców, których udział groziłby próbami przekupstwa i innymi czynami zagrażającymi prawidłowości dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej. Zdumienie budzi natomiast pominięcie przestępstw przeciwko dokumentom. W procesie przygotowywania ofert poświadczanie za zgodność z oryginałem dokumentów jest czynnością niezwykle częstą. Tymczasem znany jest mi przypadek wykonawcy, który w wyciągu z Krajowego Rejestru Karnego miał wpis dotyczący popełnienia przestępstwa fałszowania dokumentów a poświadczal je na potrzeby przetargu za zgodność z oryginałem bez żadnych sankcji prawnych. Niewątpliwie trudno uznać jako wiarygodne poświadczenie za zgodność z oryginałem dokumentu przez osobę skazaną za fałszerstwo.

Omawiając kryteria selekcji wykonawców z punktu widzenia interesu publicznego, nie sposób pominąć istotnej luki w ochronie karnoprawnej. Głównym powodem jej występowania jest nieprzystające do prawnych uwarunkowań brzmienie art. 305 Kodeksu karnego, który penalizuje udaremnianie lub utrudnianie w celu osiągnięcia korzyści majątkowej jedynie przetargu publicznego. Zdaniem doktryny przetarg ma charakter publiczny wówczas, jeżeli przeprowadza go instytucja publiczna lub inna osoba działająca na podstawie upoważnienia ustawowego, przy czym liczba osób mogących w nim wziąć udział nie jest z góry ograniczona<sup>201</sup>. Tym samym hipotezą artykułu 305 nie jest objęta część trybów konkurencyjnych, w jakich przeprowadza się zamówienia publiczne, jak np. negocjacje bez ogłoszenia czy zapytanie o cenę. Tryby te, z racji ograniczenia liczby podmiotów posiadających wiedzę o prowadzonym postępowaniu, są bardziej narażone na zaistnienie czynów karalnych niż postępowania dające szeroki, publiczny dostęp. Co więcej, brzmienie przepisu mówiące o przetargu jako „dokonywanym” zdaje się oznaczać, że zachowania odnoszące się do czynności poprzedzających przetarg nie są objęte sankcją karną z art. 305 KK<sup>202</sup>. Tymczasem, jak zostanie dowiedzione w dalszej części pracy, czynności poprzedzające postępowanie są obarczone dużym ryzykiem zaistnienia zjawisk patologicznych. W świetle powyższego uznać należy, że brzmienie art. 305 KK wymaga pilnej interwencji ustawodawcy, gdyż w brzmieniu obecnym jego funkcja ochronna jest marginalizowana.

Listę podmiotów podlegających obligatoryjnemu wykluczeniu z postępowania ze względu na prawdopodobną nierzetelność zamykają podmioty zbior-

---

<sup>201</sup> A. Marek, komentarz, LEX 2007, *Komentarz do art. 305 kodeksu karnego*, (w:) A. Marek, *Kodeks karny. Komentarz*, LEX, 2007, wyd. IV.

<sup>202</sup> M. Makowski, *op.cit.*, str. 78.

rowe, wobec których sąd orzekł zakaz ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego. W rozumieniu ustawy o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary<sup>203</sup> podmiotem zbiorowym jest osoba prawna oraz jednostka organizacyjna niemająca osobowości prawnej, której odrębne przepisy przyznają zdolność prawną, z wyłączeniem Skarbu Państwa, jednostek samorządu terytorialnego i ich związków, spółka handlowa z udziałem Skarbu Państwa, jednostki samorządu terytorialnego lub związku takich jednostek, spółka kapitałowa w organizacji, podmiot w stanie likwidacji oraz przedsiębiorca niebędący osobą fizyczną, a także zagraniczna jednostka organizacyjna. Orzeczenie wobec w/w podmiotów zakazu o ubieganie się o udzielenie zamówienia publicznego jest jednym z fakultatywnych środków karnych.

## 5. Problem udziału wykonawcy w przygotowywaniu zamówienia

Istotnym zagrożeniem dla prawidłowości prowadzonego postępowania a także dla interesu publicznego jest sytuacja, w której dany podmiot najpierw uczestniczy w przygotowaniu postępowania, a następnie ubiega się o udzielenie zamówienia jako jeden z wykonawców. Na stronie Urzędu Zamówień Publicznych zamieszczono opinię (niestety nie podpisaną), że wykonawca, który przygotowywał postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego (lub przy przygotowaniu oferty posługiwał się osobami, które postępowanie przygotowywały) ma przewagę konkurencyjną nad innymi wykonawcami w tym postępowaniu, co ma miejsce zarówno wtedy, gdy np. zainspirowałby pewne postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jak i wtedy, gdyby wcześniej aniżeli inni znał jej treść<sup>204</sup>. Obowiązek wykluczenia wykonawców, którzy wykonywali bezpośrednio czynności związane z przygotowaniem prowadzonego postępowania lub posługiwali się w celu sporządzenia oferty osobami uczestniczącymi w dokonywaniu tych czynności jest wedle tej opinii egzemplifikacją dwóch podstawowych zasad p.z.p., tj. zasady równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji między nimi<sup>205</sup>. Podnosi się tutaj dwie kwestie, rzutujące w sposób istotny na prawidłowość procedury: po pierwsze, podmiot przygotowujący materiały mające zostać wykorzystane przy prowadzeniu postępowania może tak opisywać parametry techniczne, aby to on był preferowany bądź w skrajnym przypadku aby to on jako jedyny spełniał wszystkie warunki techniczne. Podmioty przygotowujące opis przedmiotu zamówienia na rzecz zamawiającego tworzą go niejednokrotnie używa-

---

<sup>203</sup> Ustawa z dnia 28 października 2002 r. o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary (Dz. U. z 2002 r. Nr 197, poz. 1661 ze zm.).

<sup>204</sup> [www.uzp.gov.pl](http://www.uzp.gov.pl), opinia prawna nr 48, data dostępu 12.03.2010 r.

<sup>205</sup> Ibidem.

jąc nazw własnych sprzętu, który mają w ofercie i tym samym zrzucając na konkurencję ciężar udowodnienia, że oferowane produkty są równoważne pod względem technicznym. Przez przygotowujących postępowanie preferowane są również technologie i inne rozwiązania techniczne, w których doświadczenie posiadają oni doświadczenie. Drugim zagrożeniem dla prawidłowości procedury o udzielenie zamówienia, w której uczestniczy podmiot przygotowujący to zamówienie, jest przewaga informacyjna. Przygotowując postępowanie przyszły wykonawca z oczywistych względów pozyskuje informacje wcześniej często również w większym zakresie, niż pozostali wykonawcy. Już sama wcześniejsza znajomość przedmiotu zamówienia może prowadzić do korzystniejszej pozycji, dając np. czas na negocjacje z dostawcami sprzętu, który miałby potem zostać zaoferowany zamawiającemu.

Do czynności związanych z przygotowaniem postępowania p.z.p. zalicza dokonanie opisu przedmiotu zamówienia, oszacowanie wartości przedmiotu zamówienia oraz przygotowanie specyfikacji istotnych warunków zamówienia<sup>206</sup>. Są to niezwykle istotne dla przebiegu postępowania czynności. Dlatego w pełni należy podzielić pogląd zawarty w opinii ze strony UZP o przewadze podmiotów uczestniczących w tych czynnościach nad pozostałymi wykonawcami.

Powstaje jednak problem, czy w każdym przypadku wykluczenie wykonawcy uczestniczącego w przygotowaniu postępowania jest zasadne z punktu widzenia interesu publicznego. Można mieć względem tego uzasadnione wątpliwości. Przygotowanie postępowania nie zawsze musi wiązać się z nieuczciwymi praktykami a sam przedmiot zamówienia może być na tyle precyzyjnie opisany, że wcześniejsze zapoznanie się z nim w toku przygotowywania postępowania nie daje przewagi konkurencyjnej nad innymi wykonawcami. W takiej sytuacji dolegliwa sankcja w postaci wykluczenia z postępowania pozbawiona jest podstaw. Ustawodawca przewidział wyjątek, w hipotezie normy zamieszczając zastrzeżenie, że nie wyklucza się wykonawcy, jeśli jego udział w postępowaniu nie utrudni uczciwej konkurencji. Jak wskazuje orzecznictwo, „koniecznym warunkiem jest, aby udział tych osób prowadził do zachwiania konkurencji, tj. równowagi szans każdego uczestnika na uzyskanie zamówienia. Zatem, jeżeli udział tych osób nie utrudni uczciwej konkurencji, zamawiający nie ma podstaw do wykluczenia wykonawcy z postępowania”<sup>207</sup>. Wskazuje się również, że sam fakt wykonywania czynności związanych z przygotowywaniem postępowania nie może sam w sobie przesądzać o wykluczeniu wykonawcy. Taka interpretacja przepisu art. 24 ust. 2 pkt 1 byłaby niezgodna z jego ratio legis, bowiem należy brać pod uwagę charakter czynności, stopień ich wykorzystania w postępowaniu oraz bezpośredni wpływ na przebieg i wynik<sup>208</sup>.

<sup>206</sup> Art. 29–38 p.z.p.

<sup>207</sup> Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dn. 31 stycznia 2008 r. (sygn. KIO/UZP 6/08).

<sup>208</sup> Wyrok Zespołu Arbitrów z dn. 15 czerwca 2005 r. (sygn. UZP/ZO/0-1330/05).

Prezentowane rozwiązanie prawne, chociaż u podstaw racjonalne, tworzy ogromne trudności w kwestii wykazania, że udział podmiotu w przygotowaniu postępowania zaburzył bądź też nie zaburzył uczciwej konkurencji.

## 6. Znaczenie wadium

Wadium stanowi istotny instrument w arsenale środków mających za zadanie eliminację podmiotów niewiarygodnych, nie dających rękojmi należytego wykonania umowy. Jednak jego specyfika znacząco odbiega od warunków dotyczących właściwości wykonawców. W kształcie nadanym przez art. 46 p.z.p. wadium spełnia dwie funkcje. Po pierwsze, stanowi warunek uczestnictwa w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Po drugie, u podstaw wadium leży potrzeba szczególnej ochrony interesu publicznego na wypadek złożenia atrakcyjnej oferty przez rzekomego oferenta (ukrywającego swoją tożsamość) działającego celowo dla „rozbicia przetargu” bądź na wypadek oferenta lekkomyślnie składającego ofertę obliczoną na samo wygranie przetargu bez liczenia się z konsekwencjami w postaci konieczności wykonania zobowiązania<sup>209</sup>.

Jednakże, podobnie jak w wielu innych analizowanych przypadkach, również i w instytucji wadium widać wpływ ochrony uczciwej konkurencji, jako równie istotnego co wybór wiarygodnego wykonawcy składnika interesu publicznego. Celem ochrony przed dyskryminacją, ustanowienie wadium w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego jest prawnie limitowane do 3% wartości zamówienia. Chodzi o to, aby zbyt wysoka kwota wadium nie stała się czynnikiem eliminującym podmioty zdolne do realizacji zamówienia, ale nie dysponujące wystarczającą ilością środków na wniesienie wadium.

Jednocześnie prawo wymaga, aby powyżej tzw. progów unijnych, czyli w postępowaniach o znacznej wartości, wadium było obligatoryjne. W ten sposób podjęto próbę minimalizacji dyskryminacyjnego potencjału instytucji wadium (poprzez wyznaczenie górnego pułapu), ale jednocześnie doceniono jego potencjał ochronny, który został uznany za szczególnie istotny w postępowaniach o znacznej wartości (poprzez wprowadzenie obowiązku jego żądania).

Ustawa p.z.p. przewiduje szczegółowe formy, w jakich może być wniesione wadium (pieniędzy, poręczeniach bankowych lub poręczeniach spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, z tym że poręczenie kasy jest zawsze poręczeniem pieniężnym, gwarancjach bankowych, gwarancjach ubezpieczeniowych, poręczeniach udzielanych przez podmioty, o których mowa w art. 6b ust. 5 pkt 2 ustawy z dnia 9 listopada 2000 roku o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości). Ścisłe określono również sytuacje, w któ-

---

<sup>209</sup> R. Szostak, *Przetarg nieograniczony...*, s. 63.

rych wadium musi być zatrzymane przez zamawiającego. Są to przypadki, w których wykonawca:

- w odpowiedzi na wezwanie nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 p.z.p. lub pełnomocnictw, chyba że udowodni, że wynika to z przyczyn nieleżących po jego stronie,
- odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie,
- nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy,
- zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy.

Enumeratywnie wskazane przypadki obowiązkowego zatrzymania wadium oddają niejednokrotnie podkreślaną w niniejszej pracy specyfikę zamówień publicznych, które tworzą złożony system publicznoprawnych obowiązków, minimalizując, tam gdzie to tylko możliwe, dowolność zachowań zarówno zamawiających, jak i wykonawców. Także instytucja zatrzymania wadium ma sformalizowany charakter, gdyż wylicza jedyne, ale i obowiązkowe sytuacje, w których musi być ono zatrzymane. Jak można zauważyć, sankcją w postaci zatrzymania wadium są objęte czynności wykonawcy mające charakter działań nielojalnych, mających na celu niewywiązanie się z uprzednio zaciągniętego zobowiązania w postaci złożenia oferty. Pierwsza z czynności stanowi odpowiedź na powszechnie stosowaną przez wykonawców praktykę uchylania się od zobowiązania zawartego w ofercie poprzez celowe składanie dokumentacji z brakiem podlegającym sanowaniu, którego sanowanie było uzależnione od woli wykonawcy. W sytuacji, w której z jakichkolwiek przyczyn dalsze uczestnictwo w postępowaniu nie leżało w interesie wykonawcy, nie uzupełniał on w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego brakujących dokumentów i tym sposobem skutecznie uchylał się od zawarcia umowy. Stanowiło to często podstawę do tworzenia tzw. „zmów przetargowych”. Nowelizacja p.z.p., która weszła w życie 24.10.2008 roku, miała za zadanie ukrócić tę praktykę. Niestety, nie zamknęła ona drogi dla innych sposobów bezkarnego uchylenia się od skutków złożenia oferty, a jednocześnie stała się przyczyną licznych sporów między zamawiającymi a wykonawcami dotyczących wadiów, które niejednokrotnie sięgają setek tysięcy złotych.

Pozostałe przesłanki obejmują czynności bezpośrednio związane z zawieraniem umowy, przy czym należy podkreślić szeroki zakres hipotezy ostatniego punktu, który mówi o „przyczynach leżących po stronie wykonawcy”, a więc dopuszcza również okoliczności niezawinionie, na skutek których zawarcie umowy jest niemożliwe. W doktrynie jako przykład takich okoliczności podaje się utratę uprawnień do wykonywania prac wchodzących w zakres przedmiotu umowy oraz postawienie wykonawcy w stan upadłości<sup>210</sup>.

---

<sup>210</sup> G. Wicik, P. Wiśniewski, *Prawo zamówień...*, s. 306.

## 7. Podsumowanie

Aby realizować istotne dla interesu publicznego funkcje, przepisy odnoszące się do selekcji wykonawców powinny spełniać szereg warunków: eliminować niepożądane podmioty, selekcjonować najbardziej pożądanym wykonawców, zapobiegać dyskryminacji i innym bezprawnym formom eliminacji wykonawców z rynku. Innymi słowy, kluczowe znaczenie mają dwa aspekty:

- racjonalizacja wydatkowania środków publicznych rozumiana przede wszystkim jako faktyczna zdolność wykonawcy do zrealizowania zamówienia, czy to wynikająca z potencjału techniczno-kadrowo-finansowego, czy też z uprzednich zachowań, mogących świadczyć o jego rzetelności lub jej braku;
- zapobieganie dyskryminacji i stymulowanie uczciwej konkurencji.

Złożoność i różnorodność sfery działalności ludzkiej, której dotyczą przepisy o zamówieniach publicznych powoduje, że wprowadzenie zgodnych z interesem publicznym regulacji jest zadaniem trudnym. Jednym z powodów trudności jest fakt, że racjonalność wydatkowania środków i ochrona uczciwej konkurencji mogą stać we wzajemnej sprzeczności. Z jednej strony, dla zwiększenia prawdopodobieństwa zachowania uczciwej konkurencji a także dla należytego dostosowania warunków selekcji wykonawców do specyfiki określonego przedmiotu zamówienia i segmentu rynku, którego dotyczy, niezbędne jest zapewnienie elastyczności regulowań. Omawianą potrzebę stara się realizować pkt 2, 3 i 4 art. 22 ust. 1 p.z.p., wprowadzający dużą swobodę dla zamawiających w określaniu tego, jakie podmioty mogą ubiegać się o udzielenie zamówienia publicznego. Z drugiej strony elastyczność i duży zakres swobody w uprawnieniach zamawiających odnoszących się do tworzenia warunków udziału w postępowaniu ma też swoje ujemne cechy: grozi decyzjami pochopnymi, nadmiernie ryzykownymi, dopuszczającymi do uczestnictwa podmioty, względem których można orzec, że nie dają rękojmi należytego zrealizowania zamówienia. Racjonalność wydatkowania środków publicznych może prowadzić do stawiania wysokich wymagań odnośnie wykonawców – jednocześnie konkurencyjność postępowania wymaga, aby warunki były możliwie liberalne, zapewniając szeroki dostęp wykonawców do ubiegania się o zamówienie.

System weryfikacji podmiotów ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego ma zatem charakter kompromisowy, co w tym przypadku oznacza, że musi gwarantować ochronę dwóch głównych wartości składających się na interes publiczny w zamówieniach: uczciwą konkurencję oraz racjonalne wydatkowanie środków. Ponieważ wartości te bywają przeciwstawne, konsekwencją jest to, że wzmacniając ochronę jednej z nich osłabia się jednocześnie ochronę drugiej.

Konflikt racjonalizacji wydatków z ochroną uczciwej konkurencji jest szczególnie widoczny w problematyce uczestnictwa podwykonawców w postępowaniu

niu i oceny spełniania przez nich warunków udziału. Udział podwykonawców w sposób zasadniczy wpływa na poziom konkurencyjności w postępowaniach, a jego waga jest podkreślana w prawodawstwie unijnym. Zgodnie z art. 47 ust. 2 dyrektywy 2004/18/WE, wykonawca może, w stosownych sytuacjach oraz w przypadku konkretnego zamówienia, polegać na zdolnościach innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi powiązań. Musi on w takiej sytuacji udowodnić instytucji zamawiającej, że będzie dysponował niezbędnymi zasobami, np. przedstawiając w tym celu stosowne zobowiązanie takich podmiotów. Podobną funkcję pełni art. 48 ust. 3 te samej dyrektywy.

O udzielenie zamówienia mogą się zatem ubiegać firmy, które wprowadzić same nie mają stosownych zasobów pozwalających spełnić warunki udziału w postępowaniu i zrealizować zamówienie, ale opierając się na podmiotach trzecich uzyskują wymagany potencjał. Jednakże uczestnictwo podwykonawców generuje także szereg istotnych trudności, mogących uczynić mechanizmy selekcji wykonawców nieefektywnymi, dopuszczając do uczestnictwa w postępowaniu podmioty nie będące w stanie zrealizować zamówienia i zagrażając w ten sposób interesowi publicznemu.

Po pierwsze, powstaje pytanie, w jakim zakresie warunki uczestnictwa w postępowaniu, stawiane wykonawcom, mają dotyczyć również podwykonawców. Np. czy obligatoryjne przesłanki wykluczenia z postępowania należy stosować do podwykonawców na tych samych zasadach, czy też wprowadzić mniej rygorystyczne wymagania, zdając się na wiedzę, doświadczenie i zdolność kalkulacji ryzyka przez wykonawcę w doborze swoich współpracowników. Zmniejszenie wymogów odnoszących się do właściwości podwykonawców wprowadzić może sprzyjać konkurencji w ramach postępowań, ale jednocześnie grozi zaangażowaniem w realizację zamówienia publicznego podmiotów stwarzających zagrożenie dla prawidłowości tej realizacji.

Po drugie, należy ustalić, w jakim stopniu wykonawca, legitymując się swoim potencjałem technicznym, finansowym lub kadrowym, może opierać się na podwykonawcach, np. czy w celu potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu może legitymować się doświadczeniem zawodowym podwykonawcy. Zwiększenie zakresu, w którym wykonawca może legitymować się potencjałem technicznym, finansowym lub kadrowym podwykonawcy, powiększa krąg podmiotów, które mogą brać udział w postępowaniach. Jednakże nadmierne rozszerzenie uprawnień do legitymowania się przez wykonawców cudzym potencjałem może prowadzić w skrajnych przypadkach do sytuacji, gdy w postępowaniu będą brali udział wykonawcy bez jakiegokolwiek doświadczenia czy zdolności do zrealizowania zamówienia, opierający się całkowicie na podwykonawcach. Dyskusyjne jest, czy podmiot, który w pełni korzysta z cudzych zasobów, daje rękojmię należytej realizacji zamówienia publicznego.

Po trzecie, trzeba rozstrzygnąć, jaką rolę w realizacji zamówienia mają pełnić podwykonawcy, których potencjałem technicznym, kadrowym lub finan-

sowym legitymują się wykonawcy, ubiegający się o udzielenie zamówienia. Czy mają oni obligatoryjnie uczestniczyć w realizacji zamówienia publicznego, czy też mogą być zastąpieni innymi podmiotami. Jeżeli uznać, że na etapie realizacji umowy dopuszczalna jest zmiana podwykonawców, konieczne jest wprowadzenie rozwiązań, które będą każdorazowo weryfikować nowych podwykonawców. Gdy się tego nie zrobi, istnieje groźba, że wykonawca na etapie składania ofert będzie legitymował się podwykonawcami spełniającymi warunki uczestnictwa w postępowaniu po to, aby w trakcie realizacji umowy zmienić ich na podmioty niespełniające wymogów postępowania.

Prawo europejskie nie daje pełnego rozwiązania omawianych problemów. Punkt 32 preambuły do dyrektywy nr 2004/18/WE w celu zachęcenia małych i średnich przedsiębiorstw do udziału w rynku zamówień publicznych zaleca uwzględnienie przepisów na temat podwykonawstwa. Zgodnie z art. 25 w/w dyrektywy, w dokumentach zamówienia instytucja zamawiająca może żądać lub zostać zobowiązana przez Państwo Członkowskie do żądania od oferenta wskazania w jego ofercie tej części zamówienia, której wykonanie zamierza on zlecić stronom trzecim w ramach podwykonawstwa, a także do podania wszystkich proponowanych podwykonawców.

Ustawodawca krajowy przyjął rozwiązanie, które faworyzuje konkurencyjność w obrębie postępowania kosztem systemowych zabezpieczeń przed nierzetelnymi wykonawcami. W kluczowym dla omawianej problematyki art. 26 ust. 2b Prawa zamówień publicznych wskazuje się, że wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Dopuszczenie w tak szerokim zakresie udziału podwykonawców skutkuje tym, że wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia, w którym postawiono np. wymóg odpowiedniego doświadczenia zawodowego, nie musi osobiście, jako podmiot prawa, posiadać żadnego doświadczenia. Wystarczy, że uzyska pisemne zobowiązanie podwykonawców, którzy oświadczą, że udostępnią swoje zasoby na potrzeby realizacji zamówienia, aby warunek udziału w postępowaniu uznać za spełniony.

Istotne jest również to, że względem podwykonawców nie obowiązują rygorystyczne przepisy dotyczące obligatoryjnego wykluczenia z postępowania w określonych ustawowo przypadkach. Wprawdzie § 1 ust. 2 r.w.s.r.<sup>211</sup> dopuszcza możliwość żądania dokumentów potwierdzających, że podwykonawcy nie podlegają wykluczeniu z postępowania, ale prawo nie przewiduje żadnych sankcji w wypadku, gdy ze złożonych dokumentów będzie wynikało, że ma miejsce jedna z sytuacji opisanych 24 ust. 1 Pzp. W toku postępowania może się zatem okazać, że wykonawca legitymuje się doświadczeniem

---

<sup>211</sup> Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2009 r. Nr 226, poz. 1817).



czy potencjałem technicznym firm będących w stanie likwidacji lub upadłości lub użyje podwykonawców skazanych za przestępstwa przeciwko obrotowi gospodarczemu, a zamawiający nie będzie posiadał środków na wyeliminowanie wykonawcy wraz z jego nierzetelnymi podwykonawcami z postępowania.

Przyjęte rozwiązania prawne stwarzają zatem pole do manipulacji, pozwalających unikać przepisów eliminujących wykonawców nie dających rękojmi należytego wykonania zamówienia. Wystarczy, że wykonawca, który z mocy prawa podlega wykluczeniu ze wszystkich postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, wynajmie osobę, która posłuży mu jako wykonawca, samemu występując w roli podwykonawcy i w ten sposób będzie mógł uczestniczyć w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego.

Wprawdzie Jacek Sadowy, pełniący w chwili pisania niniejszej rozprawy (lipiec 2010 roku) funkcję Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych wyraził opinię, że brak wykazania spełniania wymagań odnoszących się do podmiotu trzeciego stanowi podstawę do niedopuszczenia podmiotu trzeciego do wykonania części zamówienia. W takich też okolicznościach nie jest możliwe wykazanie zamawiającemu, że będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, co ma skutkować wykluczeniem zamawiającego z postępowania<sup>212</sup>. Stanowisko wyrażone przez Prezesa, chociaż sprzyjające interesowi publicznemu, nie znajduje jednoznacznego potwierdzenia w obowiązujących przepisach. Przepisy odnoszą się bowiem jedynie do sytuacji, w których należy wykluczyć z postępowania wykonawców, nie uzależniając wykluczenia od spełniania warunków przez podwykonawców. Art. 24 ust. 2 pkt 4 p.z.p. nakazuje wykluczenie z postępowania wykonawców, którzy nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu. Prawo nie reguluje kwestii wykluczania wykonawców za to, że ich podwykonawcy podlegają wykluczeniu z postępowania.

Podkreślenia wymaga również fakt, że nie została jednoznacznie uregulowana kwestia zamiany podwykonawców na etapie realizacji umowy. W przypadku wykonawców przedstawiciele doktryny zgodnie przyznają, że niedopuszczalne są jakiegokolwiek zmiany stron umowy na etapie jej realizacji<sup>213</sup>. Jest to pogląd jak najbardziej zasadny, ponieważ zmiany podmiotów zawartej umowy podważałyby sens całego procesu udzielania zamówienia publicznego, niwelując zastosowane uprzednio procedury selekcji wykonawców i wyboru oferty najkorzystniejszej. Z drugiej jednak strony przepisy nie regulują kwestii zmian dotyczących podwykonawców – a należy przecież pamiętać, że zgodnie z prawem wykonawca osobiście nie musi posiadać żadnego doświadczenia, potencjału technicznego, kadrowego czy finansowego, lecz całkowicie oprzeć się na podwykonawcach. Oznacza to, że w świetle obowiązujących przepi-

---

<sup>212</sup> J. Sadowy, *Nowe regulacje w prawie zamówień publicznych*, w: Informator Urzędu Zamówień Publicznych Nr 1, UZP 2010, s. 29.

<sup>213</sup> Na tym stanowisku stoją m.in.: J. Pieróg, T. Czajkowski, G. Wicik, P. Wiśniewski, M. Płużański.

sów niedopuszczalne są zmiany wykonawcy, który samodzielnie może nie posiadać żadnych możliwości w zrealizowaniu zamówienia, a nieuregulowana pozostaje kwestia podwykonawców, na których może spoczywać cały ciężar realizacji umowy. Pewną wskazówką w omawianej kwestii może być opinia Prezesa UZP, zgodnie z którą za dopuszczalne należy uznać zmiany podmiotów trzecich na etapie realizacji zamówienia na zasobach których wykonawca opierał się wykazując spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Kierując się jednak art. 7 ust. 1 ustawy oraz uznając istotność dokonywanych zmian w świetle art. 144 ust. 1 ustawy zmianę taką należy uznać za dopuszczalną pod warunkiem, gdy zmiana została dopuszczona na etapie przetargu oraz nowy podwykonawca wykaże spełnianie warunków w zakresie nie mniejszym niż wskazany na etapie postępowania o zamówienie publiczne dotychczasowy podwykonawca<sup>214</sup>.

Inne zagadnienie, odnoszące się do wszystkich narzędzi weryfikacji wykonawców, dotyczy wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego, na co zezwala art. 23 ust. 1 p.z.p. Generalnie uznać należy, że możliwość taka służy zwiększeniu konkurencyjności. Przepisy zezwalające na wspólne ubieganie się o udzielenie zamówienia pozwalają bowiem, aby w sytuacji, w której żaden z wykonawców samodzielnie nie spełnia warunków postawionych na podstawie art. 22 ust. 2, 3 i 4 p.z.p., mogli je spełnić łącznie. Celem art. 23 ust. 1 p.z.p. jest zatem umożliwienie grupie wykonawców połączenia ich potencjału technicznego, ludzkiego, ekonomicznego i finansowego w sytuacji, gdy każdy z osobna nie spełnia warunków udziału w postępowaniu określonych przez zamawiającego. W orzecznictwie i piśmiennictwie co do zasady przyjmuje się, że warunki określone w art. 22 ust. 1 pkt 2, 3 i 4 p.z.p. mogą spełniać wspólnie wszyscy wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia (suma potencjałów wszystkich wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia). Jak podkreśla się w orzecznictwie dotyczącym zamówień publicznych, zasadą wykonawców konsorcjalnych jest łączenie ich doświadczeń zawodowych<sup>215</sup>. Ma to istotne znaczenie dla ochrony interesu publicznego, skonkretyzowanego w ochronie uczciwej konkurencji. Poprzez możliwość wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia można przełamać faktyczny monopol bądź oligopol obecny na niektórych specyficznych segmentach rynku i tym samym zmusić firmy dominujące na rynku do włączenia się w rywalizację. Tezę tę potwierdza orzecznictwo, zgodnie z którym ustawodawstwo polskie jak i unijne w celu zapewnienia możliwości udziału w postępowaniu podmiotom słabszym na danym rynku dopuściło możliwość składania ofert wspólnych<sup>216</sup>.

Problematyczną kwestią pozostaje jednak sposób oceny spełniania warunku opartego o art. 22 ust. 1 p.z.p., to znaczy dotyczący posiadania wymaganych

---

<sup>214</sup> J. Sadowy, *Nowe regulacje...*, s. 22.

<sup>215</sup> Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dn. 18.01.2008 r. (sygn. KIO/UZP 86/07).

<sup>216</sup> Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dn. 28.01.2008 r. (sygn. KIO/UZP 117/07).

ustawowo uprawnień do określonej działalności lub czynności. Część przedstawicieli doktryny<sup>217</sup> uważa, że w przypadku ustanowienia takiego warunku wymóg spełniać muszą wszyscy wykonawcy. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej zaczyna pojawiać się słuszna tendencja do relatywizowania tego wymogu w zależności od okoliczności konkretnego postępowania i roli poszczególnych podmiotów w jego realizacji. Trudno bowiem wymagać od podmiotu, który w ramach zamówienia zajmuje się jedynie stroną finansową całego przedsięwzięcia, do posiadania uprawnień dotyczących np. zezwolenia na świadczenie publicznych usług telekomunikacyjnych. Często przykładem jest również łączenie się w konsorcja firm krajowych i zagranicznych, przy czym firmy krajowe zajmują się przede wszystkim prawidłowością strony formalnej przedsięwzięcia, podczas gdy firmy zagraniczne legitymują się stosownymi uprawnieniami, doświadczeniem itp. Przykładem elastycznego podejścia odnośnie warunków podmiotowych jest wyrok KIO z dn. 31 marca 2008 r., zawierający stanowisko, zgodnie z którym „bez względu na dopuszczalność co do zasady uznaje się za spełniony warunek z art. 22 ust. 1 pkt 1 p.z.p., jeżeli zezwolenie na wykonywanie określonej działalności będą posiadały tylko te podmioty, które będą wykonywały część zamówienia objętego wymogiem zezwolenia na podstawie odrębnych przepisów prawa. W stosunku do pozostałych podmiotów – członków konsorcjum, stawianie takiego wymogu nie jest konieczne (...). Należy jednakże uznać, za orzecznictwem sądów, za dopuszczalne wymaganie posiadania odpowiednich uprawnień przez wszystkich członków konsorcjum (orzeczenia Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 5 marca 2007 roku oraz z dnia 18 grudnia 2006 roku). W doktrynie powyższą kwestię sugeruje się rozstrzygać w zależności od przedmiotu zamówienia, przyszłej umowy”<sup>218</sup>.

Ze względu na lakoniczność przepisów dotyczących wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego, wątpliwości może budzić również fakt, jak winien postąpić zamawiający w przypadku, w którym spośród podmiotów występujących wspólnie część podlega wykluczeniu z postępowania, a część nie. Doktryna opowiada się w tej sytuacji za obowiązkiem wykluczenia wszystkich podmiotów występujących wspólnie, o ile którykolwiek z nich podlega wykluczeniu z postępowania: „Należy przyjąć, że jest niedopuszczalne, aby zamówienie było realizowane przez wykonawców działających wspólnie, z których choćby jeden podlega wykluczeniu”<sup>219</sup>.

Kolejnym istotnym mankamentem ochronnej funkcji warunków podmiotowych, związanym z dopuszczeniem do wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego, jest zagadnienie sposobu legitymowania się doświad-

---

<sup>217</sup> Np. J. Pieróg, *Prawo zamówień...*, s. 104.

<sup>218</sup> Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dn. 31.03.2008 r. (sygn. KIO/UZP 223/08; KIO/UZP 231/08).

<sup>219</sup> *Prawo zamówień...*, red. T. Czajkowski, s. 130; podobnie: G. Wicik, P. Wiśniewski, *Prawo zamówień...*, s. 173.

zeniem zdobytym podczas realizacji kontraktu wspólnie z innym podmiotem. Przepisy nie regulują bezpośrednio tego, jak winno być oceniane doświadczenie podmiotu, który wykonywał kontrakt wspólnie z innym. Problem polega na tym, czy przypisywać danemu podmiotowi doświadczenie w realizacji jakiegoś kontraktu w całości, tak jak gdyby realizował on to zamówienie samodzielnie, czy też próbować wyegzekwować stosowny dokument, który wskaże, za jaką część zamówienia faktycznie był odpowiedzialny wykonawca i w związku z tym jakie doświadczenie realnie zdobył. Wydaje się, że kluczowe dla omawianego problemu jest ustalenie funkcji (celu), jakie ma pełnić wymóg doświadczenia zawodowego. Jeśli przyjmując za definicją słownikową, że doświadczeniem zawodowym jest umiejętność zdobyta i ugruntowaną w trakcie praktyki, to konsekwencją musi być uznawanie jedynie takiego doświadczenia, które zostało nabyte poprzez faktyczne wykonywanie określonych czynności, a nie przez formalną, umowną więź z innym podmiotem. Dlatego uzasadnionym jest, aby w wykazie zrealizowanych dostaw, usług albo robót budowlanych wymagać od wykonawców precyzyjnego określenia zakresu prac realizowanych wspólnie z innymi podmiotami. Niemniej jednak rozwiązania prawne w obowiązującym kształcie nie regulują wystarczająco precyzyjnie tej kwestii, co stwarza pola do nadużyć, poprzez umożliwienie legitymowania się doświadczeniem zawodowym w zakresie, w którym faktycznie nie realizowało się danego przedsięwzięcia. Niestety, istnieją w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej wyroki przeczące prezentowanej tezie<sup>220</sup>.

Szczegółowa analiza instrumentów selekcji wykonawców, przeprowadzona w niniejszym rozdziale, dowodzi, że ich efektywność w wypełnianiu funkcji związanych z realizacją interesu publicznego jest silnie zróżnicowana w zależności od konkretnego instrumentu. Trudno dokonać jednoznacznej, zbiorczej oceny wszystkich instrumentów weryfikacji wykonawców w zakresie realizowania interesu publicznego. Można wśród nich wskazać zarówno instrumenty przydatne i praktyczne, jak choćby obowiązek wykluczania podmiotów będących w stanie upadłości bądź likwidacji czy też możliwość stawiania warunku dotyczącego doświadczenia zawodowego wykonawcy, jak i narzędzia nieprzydatne lub wręcz szkodliwe, jak np. wykluczanie podmiotów, które wyrządziły szkodę bez podania kwoty szkody i bez uwzględnienia złożoności procedury przed sądem. Dlatego należy stwierdzić, że obowiązujące przepisy wymagają szeregu szczegółowych zmian, likwidujących mankamenty opisywane w niniejszym rozdziale.

---

<sup>220</sup> Przykładowo w wyroku z 26.01.2010 r. sygn. KIO/UZP 1777/09 skład orzekający stwierdził, że brak jest podstaw prawnych do ograniczania możliwości wykazywania doświadczenia uczestnika konsorcjum tylko do zakresu faktycznie realizowanych przez niego czynności w ramach danego zamówienia. Takie stanowisko ma wynikać z faktu solidarnej odpowiedzialności w ramach konsorcjum. Niestety Izba nie wyjaśniła, w jaki sposób można zdobyć doświadczenie zawodowe poprzez sam fakt solidarnej odpowiedzialności, bez faktycznej realizacji zamówienia.

Niezależnie od cząstkowych ocen efektywności rozwiązań prawnych dotyczących selekcji wykonawców, nie sposób pominąć jeszcze jednej kwestii ogólnej, odnoszącej się do skali tych uregulowań. Wielość narzędzi udostępnionych zamawiającym, w tym liczba możliwych do zażądania dokumentów, stwarza bowiem szczególne zagrożenie w postaci nadmiernej komplikacji i formalizmu procesu udzielania zamówień publicznych. Wielość narzędzi, z założenia chroniących interes publiczny może bowiem skłaniać ku temu, aby stawiać jak najwięcej warunków uczestnictwa w postępowaniu i żądać jak największej liczby dokumentów, co rzekomo zapewni wybór najlepszego wykonawcy. W skrajnych przypadkach zamawiający wykorzystują wszystkie prawnie dopuszczone instrumenty selekcji wykonawców, traktując to jako regułę w prowadzonych przez siebie postępowaniach. Kierują się przy tym pozornie racjonalnym założeniem, że w razie procedury kontrolnej będą mogli wykazać, że dbali o interes zamawiającego i interes publiczny poprzez maksymalne wykorzystanie dostępnych rozwiązań prawnych odnoszących się do selekcji wykonawców. Niestety, założenie to bardzo często jest nieuzasadnione i skutkuje nadmiernym, chociaż niestety trudnym do skutecznego zaskarżenia czy wyciągnięcia innych sankcji formalizmem i wydłużaniem procedur, związanym z uzupełnianiem dokumentów, wyjaśnieniami itp. Ponieważ wraz ze wzrostem liczby wymagań w zakresie warunków uczestnictwa w postępowaniu i dokumentów żądanych na ich potwierdzenie wzrasta prawdopodobieństwo pomyłek ze strony wykonawców, możliwe są sytuacje, w których nadmiar warunków wyeliminuje wykonawców mogących z powodzeniem zrealizować zamówienie, na co wskazuje np. ich doświadczenie zawodowe, ale wykluczonych tylko dlatego, że na czas nie uzupełnili jednego z wielu wymaganych dokumentów. Nadmierna liczba i złożoność warunków sprawia też kłopot samym zamawiającym, którzy mają duże trudności z prawidłową analizą żądanych przez siebie dokumentów, takich jak sprawozdania finansowe czy polisy ubezpieczeniowe. Przedłuża to proces badania ofert, zmusza do występowania o dodatkowe wyjaśnienia do wykonawców, stanowi podstawę do wnoszenia odwołań przez konkurujące podmioty – czyli zamiast chronić interes publiczny, narusza jego podstawowe zasady, jakimi jest racjonalność wydatkowania środków publicznych, w tym jego terminowość. Zjawisko to potrafi generować także straty, ponieważ na skutek komplikacji formalnych wykluczani bywają wykonawcy, oferujący oferty po znacznie niższej cenie niż rywale.

Z analizy sposobów selekcji wykonawców wyprowadzam następujące wnioski:

- obowiązujące rozwiązania są obarczone szeregiem istotnych wad, dotyczących poszczególnych, choć nie wszystkich, narzędzi weryfikacji wykonawców;
- unormowania dotyczące selekcji wykonawców na podstawie ich właściwości zawierają dwie istotne luki o charakterze systemowym: pierwsza dotyczy braku jasnego mechanizmu selekcji podwykonawców, druga

nieprecyzyjnych uregulowań odnośnie podmiotów wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego;

- brak jest uregulowań pozwalających na zminimalizowanie złych, godzących w interes publiczny praktyk nadużywania narzędzi selekcji przez zamawiających.

O ile w dwóch pierwszych przypadkach konieczna jest zmiana przepisów, o tyle w trzeciej kwestii możliwe jest eliminowanie nieprawidłowości poprzez promowanie dobrych praktyk właściwego korzystania z narzędzi.

Pomimo licznych mankamentów, związanych z regulacjami dotyczącymi warunków odnoszących się do właściwości wykonawców, ich istnienie jest niezbędne, aby zamówienia publiczne mogły realizować interes publiczny. Niezależnie od istniejących wad, konieczny jest mechanizm eliminacji podmiotów niezdolnych do realizacji zamówień. Nawet najlepsze rozwiązania prawne nie zwolnią jednak zamawiających od rzetelnego przygotowywania warunków, polegającego na znalezieniu proporcji pomiędzy koniecznością zachowania konkurencji a dostosowaniem wymaganych właściwości podmiotów do specyficznych cech określonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

## Wybór oferty najkorzystniejszej

### 1. Zagadnienia wstępne

Ustalenia poprzednich rozdziałów rozprawy wskazują na racjonalność wydatków publicznych oraz ochronę uczciwej konkurencji jako podstawowe wartości składające się na interes publiczny w zamówieniach. Wartości te mają szczególne znaczenie podczas wyboru oferty najkorzystniejszej. To, jaka oferta zostanie wybrana w efekcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jest bowiem bezpośrednio związane z skutecznością, celowością i efektywnością wydatkowania środków. Na wybór oferty najkorzystniejszej składa się w szczególności: opis przedmiotu zamówienia, ocena zgodności złożonych ofert z wymogami zamawiającego, odrzucenie ofert niezgodnych z wymaganiami oraz zastosowanie uprzednio przyjętych kryteriów dla wskazania zwycięskiej oferty.

Proces alokacji środków publicznych jest zjawiskiem wykraczającym poza zamówienia publiczne. Przepisy dotyczące zamówień publicznych nie przesądzają o wstępnych, wyjściowych celach, jakie winny przyświecać podmiotom odpowiedzialnym za opis przedmiotu zamówienia. Decyzje strategiczne o najogólniejszym, kierunkowym charakterze w zakresie tego, czy i jakie dobra mają zostać nabyte, zapadają poza reżimem Prawa zamówień publicznych. Przepisy p.z.p. obowiązują od momentu, w którym nastąpiły już decyzje o charakterze strategicznym, że należy nabyć jakieś dobro i gdy następuje skonkretyzowanie parametrów tego dobra w drodze opisu przedmiotu zamówienia. Dlatego realizacji interesu publicznego nie należy rozpatrywać w kategoriach racjonalności decyzji inicjujących sam proces wydatkowania środków publicznych, czyli najogólniejszych wytycznych dotyczących tego, co ma być kupione. Proces decyzyjny prowadzący do generalnych ustaleń odnoszących się do konieczności zakupu określonych dóbr pozostaje poza systemem zamówień publicznych.

Istnieje szereg zagadnień związanych z procesem wyboru oferty najkorzystniejszej i jego wpływem na interes publiczny. W zakresie opisu przedmiotu zamówienia można postawić pytanie, czy obowiązujące rozwiązania prawne dają możliwość zamawiającym dostosowania przedmiotu zamówienia

do swoich wymagań (w tym skonkretyzowaniu generalnych założeń odnośnie nabywanego dobra). Innymi słowy, czy mechanizmy wprowadzone przepisami p.z.p. i aktów wykonawczych pozwalają na wyartykułowanie potrzeb zamawiającego w sposób umożliwiający mu nabycie tego, czego potrzebuje, unikając sytuacji, w której jest zmuszany do nabycia dóbr niechcianych/niepożądanych. Po drugie, problematyczne jest, czy przepisy sprzyjają poprawie relacji poniesionych nakładów do uzyskanych celów zamówienia publicznego. Po trzecie, wypada odpowiedzieć, czy istnieją mechanizmy promujące uczciwą konkurencję – czy istnieją rozwiązania minimalizujące nieuzasadnioną merytorycznie (technicznie) i racjonalnie eliminację podmiotów mogących zrealizować zamówienie poprzez opis przedmiotu zamówienia. Po czwarte, należy zbadać, czy obowiązujące przepisy minimalizują szansę na zaistnienie zjawisk korupcyjnych. Każde z czterech wymienionych zagadnień jest wprost związane z interesem publicznym w zamówieniach.

Te same kwestie należy uwzględnić przy analizie procesu badania ofert. W tym przypadku konieczne jest ponadto ustalenie, czy istnieją rozwiązania pozwalające na weryfikację zgodności ofert z wymaganiami zamawiającego i czy istnieją efektywne mechanizmy selekcji złożonych ofert prowadzące do wyboru oferty najkorzystniejszej. Chodzi o zweryfikowanie, czy faktycznie wprowadzono mechanizm eliminacji ofert niezgodnych z wymaganiami zamawiającego, w celu uniknięcia groźby doprowadzenia do zawarcia umowy z wykonawcą oferującym dobro o parametrach odmiennych od wymaganych przez zamawiającego. Z drugiej strony, biorąc pod uwagę zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, trzeba sprawdzić, czy obowiązujące przepisy sprzyjają zminimalizowaniu prowadzącej do dyskryminacji samowoli zamawiających w zakresie badania ofert.

Natomiast analizując mechanizm oceny ofert trzeba jeszcze odpowiedzieć na pytanie, czy obowiązujące przepisy dotyczące kryteriów oceny ofert rzeczywiście prowadzą do wyboru oferty najkorzystniejszej, w szczególności czy stymulują minimalizowanie ponoszonych środków i maksymalizowanie efektów.

## **2. Znaczenie opisu przedmiotu zamówienia**

Opis przedmiotu zamówienia to prawnie uregulowane wyartykułowanie potrzeb w zakresie dóbr, jakie chce nabyć zamawiający, wykorzystując środki publiczne. Aby przeanalizować tę sferę regulacji prawnych pod kątem realizacji interesu publicznego, należy zwrócić szczególną uwagę na trzy kwestie.

Po pierwsze, prawidłowo stworzone narzędzia opisu przedmiotu zamówienia winny umożliwiać zamawiającym skonkretyzowanie swoich potrzeb odnośnie do pożądanego dobra. Konkretyzacja ta powinna być na tyle precyzyjna, aby stworzyć przynajmniej potencjalną możliwość realizacji interesu publicznego w dwóch aspektach: wydawania środków publicznych w sposób



racjonalny i nabywania dóbr pożądaných, pozwalających na należyte wywiązywanie się z zadań publicznych nałożonych na konkretnego zamawiającego. Poprzez opisanie przedmiotu zamówienia można wpłynąć zarówno na relację poniesionych na dane zamówienie publiczne nakładów do uzyskanych efektów, jak i zgodność nabywanego dobra z celem, jakiemu ma służyć.

Po drugie, zauważyć należy, że powyższe założenia, odnoszące się do opisu przedmiotu zamówienia, nie mają charakteru absolutnego. Są one równoważone przez konieczność realizacji innej składowej interesu publicznego, to jest ochrony uczciwej konkurencji. Jest bowiem wysoce prawdopodobne zaistnienie sytuacji, że nabyte zostanie dobro pożądanе, za cenę nie odbiegającą od rynkowej, pozwalającą należycie realizować zadania zamawiającego, ale zostanie to dokonane z pogwałceniem reguł uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Opiswana sytuacja może też przybierać bardziej skrajne odmiany, gdy np. na skutek zachowań korupcyjnych zostanie nabyte dobro po cenie zawyżonej. Dlatego wpływ opisu przedmiotu zamówienia na realizację interesu publicznego może być w pełni rozumiany dopiero przy uznaniu znaczenia dwóch grup podmiotów uczestniczących w procesie udzielania zamówień publicznych, to znaczy zamawiających i wykonawców. Cechy dóbr, które zamawiający zamierza nabyć, mają bowiem znaczący wpływ na ochronę uczciwej konkurencji. Parametry zawarte w opisie przedmiotu zamówienia posiadają bezpośredni wpływ na to, jakie podmioty będą mogły rywalizować ze sobą o pozyskanie publicznego kontraktu. A zatem, poprzez określenie parametrów w opisie przedmiotu zamówienia, ustalany jest krąg podmiotów, które mają szansę ubiegać się o udzielenie zamówienia.

Po trzecie, zarówno z racjonalizacją wydatkowania środków publicznych, jak i ochroną uczciwej konkurencji, będzie ściśle związane zagadnienie przeciwdziałania korupcji, jako zjawisko, które narusza obydwie wskazane wartości. Wbrew powszechnie przyjętym poglądom, określane kolokwialnym mianem „ustawiania przetargów”, bezprawne wpływanie na wynik procedur konkurencyjnych może być dokonywane nie tylko na etapie z udziałem wykonawców, przy czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, ale jeszcze przed wszczęciem postępowania, na etapie przygotowywania dokumentacji, a szczególnie opisu przedmiotu zamówienia.

Sposób opisania przedmiotu zamówienia ma fundamentalne znaczenie dla procedury udzielania zamówień<sup>221</sup>. Przesądza bowiem o tym co zamawiający kupuje, a więc i kto może złożyć ofertę w postępowaniu. Jak wskazują przedstawiciele doktryny, każda nieprawidłowość w specyfikacji technicznej przedmiotu zamówienia może spowodować ograniczenie swobody kontraktowania, poprzez stworzenie warunków, które zawężą udział w postępowaniu tylko wybranych wykonawców, mogących jako jedyni zrealizować przedmiotowe zamówienie publiczne<sup>222</sup>. Czasami techniczne specyfikacje opisujące

<sup>221</sup> G. Wicik, P. Wiśniewski, *Prawo zamówień...*, s. 209.

<sup>222</sup> A. Panasiuk, *Publicznoprawne ograniczenia...*, s. 186–187.

przedmiot zamówienia, projekt, czy też materiał, z którego ma być wykonany oraz technologię, mogą wykluczać wielu potencjalnych wykonawców z udziału w danym postępowaniu<sup>223</sup>. Na szczególną pozycję zamawiającego związaną z uprawnieniem dotyczącym opisu przedmiotu zamówienia wskazuje KIO w jednym z wyroków: „zasada równości stron w stosunkach cywilnoprawnych doznaje w przypadku zamówień publicznych ograniczenia wynikającego ze sformalizowanego sposobu udzielania zamówień publicznych. Z założenia Zamawiający stoi na mocniejszej pozycji, gdyż dokonuje on samodzielnie określenia warunków realizacji zamówienia, kierując się przy tym zasadą celowego i racjonalnego wydatkowania środków publicznych. Sformalizowana procedura udzielania zamówień publicznych wymusza nierówną pozycję stron, gdzie Zamawiający jako gospodarz postępowania posiada dużą swobodę kształtowania przyszłego stosunku zobowiązaniowego”<sup>224</sup>. Stosunkowo silna pozycja może być niestety nadużywana, co w sposób szczególny uwidacznia się przy opisywaniu przedmiotu zamówienia.

Jako najczęściej stosowane środki bezprawnego wpływu na wynik postępowań wskazuje się:

- nadmierny formalizm wymagań stawianych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia;
- brak kryteriów oceny ofert, brak opisu stosowania kryteriów oceny;
- ustalanie wymagań niejednoznacznych, powodujących uznaniowość oceny;
- brak w specyfikacji istotnych informacji o przedmiocie zamówienia, przy domniemaniu przekazania takich informacji (nieformalnie) niektórym tylko wykonawcom;
- niedokładne opisywanie przedmiotu zamówienia, uniemożliwiające rzetelne przygotowanie oferty;
- określanie przedmiotu zamówienia za pomocą obiektywnych technicznych określeń, ale tak szczegółowych, że przesądzają one o możliwości wykonania zamówienia tylko przez określony podmiot;
- stawianie takich warunków wykonania zamówienia, które spełnić może wyłącznie wykonawca wcześniej (nieformalnie) poinformowany<sup>225</sup>.

Jak widać, lista możliwych nieprawidłowości jest długa i z całą pewnością nie ma charakteru zamkniętego.

Poniesione szkody związane z nieprawidłowościami przy opisie przedmiotu zamówienia mogą dotyczyć tak zamawiających, jak i wykonawców. Dyskryminacja dotycząca poszczególnych wykonawców szkodzi nie tylko ich interesom prywatnym, ale interesowi publicznemu, gdyż narusza zasady uczciwej konkurencji i zaburza funkcjonowanie wolnego rynku. W mojej opinii poprzez dyskryminację w opisie przedmiotu zamówienia należy rozumieć

---

<sup>223</sup> Ibidem.

<sup>224</sup> Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dn. 18 marca 2008 r. (sygn. KIO/UZP 196/08).

<sup>225</sup> A. Panasiuk, *Publicznoprawne ograniczenia...*, s. 179.

takie określenie wymogów dotyczących zamawianego dobra, które nie znajdując merytorycznego, gospodarczego, ekonomicznego czy technicznego uzasadnienia zawęży krąg podmiotów zdolnych do ubiegania się o udzielenie zamówienia. Poprzez nieuzasadnione z punktu widzenia technicznego/merytorycznego ograniczenia, eliminuje się z rywalizacji część graczy rynkowych, co stoi w sprzeczności z zasadami uczciwej konkurencji. W procesie ubiegania się o zamówienie publiczne powinien bowiem mieć możliwość udziału każdy, kto jest w stanie zrealizować zamówienie w sposób należyty.

Natomiast zamawiającym, na skutek niewłaściwego, nieprecyzyjnego, nieprofesjonalnego opisu przedmiotu zamówienia zagraża nabycie dóbr, które nie odpowiadają ich potrzebom. Taka sytuacja naruszy racjonalność wydatkowania środków i zdolność do wykonywania zadań publicznych. Nieprecyzyjne opisanie przedmiotu zamówienia ma bowiem liczne, negatywne następstwa. W pewnych okolicznościach może sprzyjać faworyzowanym wykonawcom, gdy z nieformalnych źródeł wiedzą, jakie były szczegółowe zamiary zamawiającego odnośnie do nabywanego dobra. W ten sposób tylko nieformalnie poinformowani o zamiarach zamawiającego podmioty mogą złożyć ofertę spełniającą wymogi postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Z drugiej strony, brak precyzji może otworzyć drogę dla dóbr o jakości poniżej przeciętnej rynkowej, nie zaspokajających w pełni potrzeb zamawiającego, a w skrajnych przypadkach nawet nieprzydatnych, co przeczy racjonalności wydatkowania publicznych pieniędzy. Poza tym, błędnie opisany przedmiot zamówienia może prowadzić do składania takich ofert, które nie gwarantują osiągnięcia maksymalnej efektywności ekonomicznej, czyli maksymalizowaniu relacji poniesionych nakładów do efektów. Przykładowo, nieznajomość rynku może spowodować, że podczas opisu przedmiotu zamówienia postawiony zostanie wymóg realizacji zamówienia w oparciu o przestarzałą, nieefektywną technologię.

Podsumowując tę część rozważań na temat opisu przedmiotu zamówienia, jako jedno z zasadniczych zagrożeń dla interesu publicznego należy wskazać nabycie dóbr niezgodnych z zamierzeniami, potrzebami i celami zamawiającego. Poza tym zamawiającym zagraża niekorzystna relacja poniesionych nakładów do uzyskanych efektów. Największym niebezpieczeństwem dla wykonawców i uczciwej konkurencji między nimi jest nieuzasadniona eliminacja z możliwości ubiegania się o udzielenie zamówienia. Możliwe jest także oddziaływanie zjawisk korupcyjnych na kształt przedmiotu zamówienia. Wszystkie wymienione zjawiska stoją w opozycji do interesu publicznego, ponieważ zagrażają zarówno racjonalności wydawania publicznych pieniędzy, zachowaniu uczciwej konkurencji, jak również grożą korupcją.

Rozwiązania prawne, mające za zadanie minimalizować bądź eliminować omawiane zagrożenia, są obecne w prawie europejskim. Konieczność zachowania ochrony uczciwej konkurencji jest silnie akcentowana w dyrektywie nr 2004/18/WE. Zgodnie z art. 23 ust. 2: „Specyfikacja techniczna powinna umożliwiać oferentom jednakowy dostęp i nie może powodować tworzenia

nieuzasadnionych przeszkód w otwarciu zamówień publicznych na konkurencję”. Warto w tym miejscu zwrócić uwagę na ważne z punktu widzenia omawianej problematyki sformułowanie o „nieuzasadnionych przeszkodach”. Opis przedmiotu zamówienia, precyzując z zasady cechy nabywanego dobra, w sposób oczywisty eliminuje inne dobra. W warunkach idealnych dla konkurencji wszyscy wykonawcy, którzy funkcjonują w szeroko rozumianym segmencie rynku, winni mieć możliwość złożenia ofert. Odbываłyby się to jednak ze szkodą dla jakości oferowanych dóbr. Dlatego unijny prawodawca dopuszcza z założenia powstawanie przeszkód dla oferowania jakichkolwiek produktów, przy zastrzeżeniu, że są one uzasadnione.

Przepisy dotyczące sposobu opisu przedmiotu zamówienia zaczynają się od ogólnych wytycznych, zawartych w art. 29 p.z.p., chociaż należy mieć na względzie omawiane już uprzednio zasady zamówień publicznych. Zgodnie z ust. 1 przywoływanego artykułu, przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Przywołana norma prawna określa cel, środki i czynniki wymagające uwzględnienia przy sporządzaniu opisu przedmiotu zamówienia.

Co do zasady uznać należy, że przepis ten jest zgodny z interesem publicznym. Z pewnością precyzyjny i wyczerpujący opis przedmiotu zamówienia korzystnie wpływa na proces udzielania zamówienia publicznego, gdyż zmniejsza ryzyko występowania omawianych już zagrożeń, związanych z wyartykułowaniem przez zamawiającego swojej woli w sposób niejasny. Niestety, należy zauważyć, że unormowanie to ma bardzo ogólny charakter i używa zwrotów nieostrych. O ile jest zatem poprawne odnośnie do wartości, które reprezentuje, o tyle ogólnikowość zmniejsza jego praktyczne znaczenie dla realizacji interesu publicznego. Wysoki stopień ogólności uregulowań prawnych ma prawdopodobnie zapewnić elastyczność, niezbędną wobec różnorodności dóbr nabywanych w procesie udzielania zamówień publicznych. Z drugiej strony, niedookreśloność regulacji przenosi ciężar działań zgodnych z interesem publicznym na samych zamawiających, którzy każdorazowo, w oparciu o specjalistyczną wiedzę powinni ocenić, czy wywiązali się z obowiązku zgodnego z prawem opisu przedmiotu zamówienia. Duża rola zostaje również wyznaczona orzecznictwu i doktrynie, które powinny ogólnikowe wytyczne wypełnić treścią.

W literaturze przedmiotu wskazuje się, że jednym z podstawowych celów ustawodawcy jest jednoznaczność przedmiotu zamówienia<sup>226</sup>. Oznacza to, że wykonawcy muszą mieć zapewnioną możliwość rozumienia opisu w ten sam sposób<sup>227</sup>. Bez jednoznacznego, zrozumiałego dla wszystkich wykonawców działających profesjonalnie w danej branży opisu przedmiotu zamówienia

---

<sup>226</sup> G. Wicik, P. Wiśniewski, *Prawo zamówień...*, s. 210.

<sup>227</sup> *Ibidem*.

w ogóle niemożliwa jest rywalizacja na równych warunkach. Dla przykładu, Sąd Okręgowy w Zielonej Górze zauważył, że naruszeniem ustawy jest wprowadzenie w błąd choćby jednego wykonawcy i nie ma przy tym znaczenia, że inny wykonawca złożył ofertę zgodną z oczekiwaniami zamawiającego<sup>228</sup>. Podobnie uznało KIO, stwierdzając, że opis przedmiotu zamówienia powinien być na tyle czytelny, by wykonawca nie miał problemu z jego zrozumieniem, bowiem nie może on ponosić negatywnych konsekwencji zaniedbania Zamawiającego<sup>229</sup>.

Nakaz opisu przedmiotu zamówienia w sposób wyczerpujący oznacza, że z opisu musi wynikać możliwie dokładny zakres zamówienia i warunki jego realizacji<sup>230</sup>. Z tym unormowaniem wiąże się jednak zagrożenie dla racjonalności wydatkowania środków publicznych, gdyż możliwa jest interpretacja, zgodnie z którą wyczerpujący charakter zakresu zamówienia oznacza jego pełne dookreślenie. Gdyby rzeczywiście w ten sposób interpretować przepisy, groziłoby to ogromnymi trudnościami dla zamawiających, którzy musieliby w sposób drobiazgowy przewidywać skalę zamawianych dóbr. Aby uniknąć interpretacji prowadzącej do absurdu, należy omawiany przepis czytać całościowo, uwzględniając nakaz opisywania przedmiotu zamówienia tak, aby uwzględnić wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Zamówienie nie musi być opisane w sposób bezwzględnie dokładny, ale na tyle precyzować przewidywany zakres, aby umożliwić sporządzenie oferty, a szczególnie kalkulację ceny. Gdy margines niepewności będzie na tyle duży, że niemożliwe stanie się skalkulowanie ceny, uznać należy, że nie został dopełniony obowiązek wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia.

Konieczne jest przy tym wskazanie na groźne dla interesu publicznego konsekwencje opisu ofert, w których nie jest jasno uregulowane zobowiązanie zamawiającego odnośnie do zakresu nabywanych dóbr. Stawia to w uprzywilejowanej pozycji wykonawców, którzy uprzednio realizowali zamówienia na rzecz podmiotu wszczynającego postępowanie, gdyż posiadają oni wiedzę co do prawdopodobnego zakresu zamówienia. Niebezpieczeństwo dostrzegł m.in. dawny Zespół Arbitrów przy UZP, stwierdzając w jednym z wyroków, że sporządzony przez Zamawiającego opis przedmiotu zamówienia nie pozwala na prawidłowe skalkulowanie ceny oferty, przez co narusza zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, określone art. 7 Prawa zamówień publicznych, stwarza dogodniejsze warunki dla wykonawców, którzy realizowali wcześniej to zamówienie i praktyczne znają jego specyfikę<sup>231</sup>. Dla podmiotów posiadających tę wiedzę ryzyko gospodarcze jest mniejsze, co oczywiście może wpłynąć na obniżenie ceny.

---

<sup>228</sup> Wyrok Sądu Okręgowego w Zielonej Górze z dn. 13 maja 2005 r. (sygn. II Ca 109/05).

<sup>229</sup> Wyrok Krajowej Izby odwoławczej z dn. 11 marca 2008 r. (sygn. KIO/UZP 161/08).

<sup>230</sup> G. Wicik, P. Wiśniewski, *Prawo zamówień...*, s. 211.

<sup>231</sup> Wyrok Zespołu Arbitrów z dn. 03 lipca 2007 r. (sygn. UZP/ZO/0-773/07).

Wprowadzenie obowiązku jednoznaczności w opisywaniu przedmiotu zamówienia nie jest wystarczające. Możliwe jest bowiem naruszenie zasad ochrony uczciwej konkurencji nie tylko poprzez niejednoznaczność w opisie przedmiotu zamówienia, ale również poprzez użycie opisu jednoznacznego, ale np. wskazującego produkt oferowany wyłącznie poprzez jeden podmiot. Dlatego dla ochrony interesu publicznego, a szczególnie dla ochrony uczciwej konkurencji, konieczne jest wprowadzenie normy o ogólnym charakterze, zakazującej wszelkich praktyk, które poprzez postanowienia zawarte w opisie przedmiotu zamówienia utrudniają uczciwą konkurencję. Problem ten stara się rozwiązać art. 29 ust. 2 p.z.p., zakazujący opisywania przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. W doktrynie przypisuje się temu unormowaniu miano „zasady neutralności opisu przedmiotu zamówienia”<sup>232</sup>, co oznacza zakaz jakichkolwiek form dyskryminacji. Innymi słowy, przedmiot zamówienia nie powinien zawierać żadnych parametrów, danych itp., które bez przesłanek merytoryczno-technicznych ograniczają możliwości rywalizacji podmiotów o publiczny kontrakt.

Ponieważ zakaz opisywania przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję ma charakter bardzo ogólny, możliwa jest jego różnorodna interpretacja, w tym skrajnie rygorystyczna. Przykładem takiej daleko idącej interpretacji przepisów jest wyrok Sądu Okręgowego w Lublinie, w którym wskazuje się na konieczność eliminacji z opisu przedmiotu zamówienia wszelkich sformułowań, które mogłyby wskazywać na konkretnego wykonawcę, eliminowałyby konkretnych wykonawców uniemożliwiając im złożenie oferty lub powodowały sytuację, w której jeden z wykonawców byłby bardziej uprzywilejowany od innych<sup>233</sup>. Nie można zgodzić się z takim stanowiskiem. Jak już wskazano w niniejszym rozdziale pracy, opis przedmiotu zamówienia powinien realizować nie tylko interes publiczny rozumiany jako ochrona uczciwej konkurencji, ale także odzwierciedlać specyficzne potrzeby zamawiającego i potrzeby publiczne, jeśli przedmiotem postępowania jest nabycie dobra zaspokajającego potrzeby publiczne. Racjonalność wydatkowania środków wymaga eliminowania rozwiązań, które z ekonomicznego albo technicznego punktu widzenia są niekorzystne. Neutralność opisu przedmiotu zamówienia, rozumiana jako brak eliminacji jakiegokolwiek wykonawcy, jest założeniem nierealistycznym i ryzykownym. Skutkuje bowiem przyzwoleniem na oferowanie przedmiotu zamówienia o dowolnej jakości, w ramach opacznie rozumianej zasady niedyskryminacji i ochrony uczciwej konkurencji. Tymczasem zjawisko istnienia podmiotów, które nie są w stanie zrealizować postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, jest naturalne. Zgodnie z art. 20 Konstytucji, podstawą ustroju gospodarczego Rzeczypospolitej Polskiej jest gospodarka rynkowa, a to między innymi oznacza, że jej konstytutywną cechą jest zabieganie producentów (wykonawców) o zainteresowanie odbiorców (zamawia-

---

<sup>232</sup> G. Wicik, P. Wiśniewski, *Prawo zamówień...*, s. 214.

<sup>233</sup> Wyrok Sądu Okręgowego w Lublinie z dn. 09 listopada 2005 r. (sygn. II Ca 587/05).

jących) i dostosowywanie się do ich potrzeb, a nie na odwrót. Oczywistym jest, że w procesie rywalizacji pewne podmioty lepiej dostosowują się do potrzeb odbiorców, a inne gorzej. Dlatego uznać należy, że ustawy zakaz opisywania przedmiotu zamówienia w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję, należy rozumieć jako zabronienie opisywania przedmiotu, który z braku przesłanek obiektywnych, technicznych, merytorycznych faworyzuje jednej podmioty kosztem innych. Taki pogląd zdaje się być przyjmowany przez Krajową Izbę Odwoławczą. Zgodnie ze stanowiskiem KIO, Zamawiający nie jest zobligowany zmieniać postanowienia specyfikacji tak, aby uwzględnić uwarunkowania konkretnych wykonawców<sup>234</sup>. Stosownie do poglądów Izby wyrażanych w orzecznictwie, opisanie przedmiotu zamówienia z poszanowaniem przepisów prawa nie jest jednoznaczne z koniecznością zdolności realizacji zamówienia przez wszystkie podmioty działające na rynku w danej branży<sup>235</sup>. Co więcej, Izba stwierdziła, że ingerowanie w opis przedmiotu zamówienia dokonany stosownie do konkretnych potrzeb Zamawiającego nie znajduje uzasadnienia<sup>236</sup>. Arbitrzy orzekli również, że Zamawiający ma prawo określić przedmiot zamówienia oraz warunki udziału w postępowaniu w sposób odpowiadający jego indywidualnym potrzebom. Fakt, że wymogi określone zostały w sposób, który nie pozwala wziąć udziału w postępowaniu wszystkim działającym w danej branży na rynku podmiotom, nie przesądza, iż doszło do naruszenia zasady uczciwej konkurencji<sup>237</sup>. Również dawny Zespół Arbitrów orzekł, że określenie przedmiotu zamówienia w sposób obiektywny nie musi oznaczać konieczności zdolności realizacji zamówienia przez wszystkie podmioty ubiegające się o zamówienie<sup>238</sup>.

Podobny pogląd jak Zespół Arbitrów i Krajowa Izba odwoławcza wyraziło Ministerstwo Spraw Wewnętrznych i Administracji, tworząc rekomendacje dla wymogów zakupu sprzętu komputerowego. Wskazało ono, że opis wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia ma przede wszystkim pozwalać na dokonanie zakupu zgodnego z obiektywnymi potrzebami zamawiającego, gwarantować uczciwą konkurencję pomiędzy dostawcami, co nie musi być równoznaczne ze sformułowaniem wymagań w sposób pozwalający na spełnienie wymagań technicznych wszystkim podmiotom działającym w danej branży. Ministerstwo stwierdziło także, że zamawiający ma prawo do takiego sformułowania swych wymagań, by mógł wybrać ofertę najlepiej odpowiadającą jego specyficznym potrzebom. Nie musi to wcale oznaczać, że wybrana przez

<sup>234</sup> Wyrok Krajowej izby Odwoławczej z dn. 29 maja 2008 r. (sygn. KIO/UZP 468/08; KIO/UZP 480/08).

<sup>235</sup> Wyrok Krajowej izby Odwoławczej z dn. 21 kwietnia 2008 r. (sygn. KIO/UZP 311/08).

<sup>236</sup> Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dn. 11 kwietnia 2008 r. (sygn. KIO UZP 275/08).

<sup>237</sup> Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dn. 20 marca 2008 r. (sygn. KIO/UZP 204/08).

<sup>238</sup> Wyrok Zespołu Arbitrów z dn. 02 października 2007 r. (sygn. UZP/ZO/0-1177/07; UZP/ZO/0-118/07).

jednego zamawiającego oferta będzie równie korzystna dla innych zamawiających<sup>239</sup>.

Pomimo zastrzeżeń do jednostronnej, nadmiernie rygorystycznej interpretacji przepisu, zakazującego opisywania przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, nie należy zapominać o zagrożeniach związanych z dyskryminacją wykonawców. Złożony charakter interesu publicznego sprawia, że w zakresie zamówień publicznych winien on wyrażać się nie tylko poprzez dążenie do racjonalizacji wydatków, ale również poprzez prawne stymulowanie uczciwej konkurencji i zapobieganie korupcji. Szkodliwość nieuzasadnionego faworyzowania określonych podmiotów wykracza bowiem poza samo naruszenie interesów prywatnych, z zasady zmniejszając konkurencyjność postępowania, zwiększając ceny i grożąc obniżeniem jakości oferowanych dóbr.

Dyskryminacja, czyli nieuzasadnione eliminowanie podmiotów z możliwości ubiegania się o zamówienie publiczne, może przybrać wiele form. Dyskryminacja bezpośrednia polega na wskazaniu wprost produktu, który może zaoferować jeden podmiot albo wąska grupa podmiotów, pomimo, że uwarunkowania merytoryczne, techniczne lub ekonomiczne pozwalają na zaakceptowanie również produktów konkurencyjnych. Przed tym zjawiskiem ma chronić art. 29 ust. 3 p.z.p., zgodnie z którym przedmiotu zamówienia nie można opisywać przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia. Tylko w sytuacji, gdy jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia i zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, dopuszczalne jest wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy „lub równoważny”. Jak w jednym z wyroków orzekła KIO, zamawiający, wskazując na konkretny produkt i jednocześnie pomijając minimalne wymagania dotyczące oczekiwań, w zakresie rozwiązania równoważnego, narusza art. 29 ust. 3 ustawy p.z.p., a tym samym i art. 29 ust. 1 i 2 ustawy p.z.p., zasadę uczciwej konkurencji i zasadę równego dostępu do zamówienia publicznego określone w art. 7 ustawy p.z.p.<sup>240</sup>. Chociaż nie jest to wymogiem ustawowym, to logika systemu zamówień publicznych skłoniła KIO do uznania, że nie wystarczy samo użycie sformułowania „lub równoważny”. Zdaniem Izby, zamawiający dopuszczając złożenie oferty na system równoważny, winien wskazać, jakie cechy powinien on spełniać, aby mógł być uznany za równoważny. Jest to o tyle istotne, że na podstawie swoich wymagań określonych wyraźnie w SIWZ zamawiający dopiero będzie mógł ocenić, czy złożone oferty na system równoważny są zgodne z treścią SIWZ. Bez określenia takich wymagań, nie będzie to możliwe<sup>241</sup>. W ten sposób organ orzekający chroni przed

---

<sup>239</sup> www.uzp.gov.pl, dział: opinie prawne (12.04.2010)

<sup>240</sup> Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dn. 11 kwietnia 2008 r. (sygn. KIO/UZP 272/08).

<sup>241</sup> Wyrok Krajowej izby Odwoławczej z dn. 09 kwietnia 2008 r. (sygn. KIO/UZP 268/08).



praktyką używania sformułowania „lub równoważny” jedynie dla pozorów, bez faktycznego umożliwienia składania ofert równoważnych.

Interes publiczny, a szczególnie uczciwa konkurencja, jako jego składowa, jest zagrożony także przez dyskryminację pośrednią. W odróżnieniu od dyskryminacji bezpośredniej, za dyskryminację pośrednią należy uznać takie opisywanie przedmiotu zamówienia, które wprawdzie nie wskazuje bezpośrednio na dany produkt albo producenta, ale w sposób nie uzasadniony obiektywnymi przesłankami technicznymi tworzy wymogi nadmierne, zawyżone, zawężające grono podmiotów zdolnych do złożenia ofert. Zapobieganie dyskryminacji pośredniej nie oznacza zrezygnowania z jakości nabywanych dóbr, ale ma chronić przed nadużywaniem uprawnień i określaniem parametrów technicznych motywowane jedynie chęcią eliminacji określonych wykonawców, bez jakichkolwiek podstaw merytorycznych.

Pomimo stosunkowo bogatego dorobku doktryny i orzecznictwa w zakresie zasad tworzenia opisu przedmiotu zamówienia, należy wskazać na kilka poważnych problemów, które sprawiają, że należyte realizowanie interesu publicznego może budzić zasadnicze wątpliwości.

Ogólny, niedookreślony charakter regulacji dotyczących opisu przedmiotu zamówienia w powiązaniu ze znaczeniem tej czynności powoduje, że wokół niego ogniskuje się wiele sporów między zamawiającymi a wykonawcami, które z oczywistych względów wydłużają procedurę udzielania zamówień publicznych. Praktyka dowodzi, że równie dużo jest przypadków, w których racja leży po stronie zamawiających, jak i wykonawców. Wydaje się jednak, że szczególnie groźne dla interesu publicznego są nieprzemyślane decyzje organów orzekających, w szczególności dawnego Zespołu Arbitrów, przyjmujące błędne założenie, że zakaz dyskryminacji oznacza dopuszczenie do złożenia ofert przez każdego z wykonawców działających w danym segmencie rynku. To niebezpieczne zjawisko, które obecnie, wobec wyższego poziomu merytorycznego składów orzekających nieco straciło na znaczeniu, było potęgowane przez praktykę niepowoływania biegłych dysponujących specjalistyczną wiedzą techniczną w postępowaniu przed składem orzekającym. Należy uznać to za działanie niedopuszczalne w obliczu faktu, że weryfikacja prawidłowości opisu przedmiotu zamówienia i ewentualnie sytuacji dyskryminacji (bezpodstawnej eliminacji niektórych wykonawców) wymusza posiadanie wiedzy technicznej. To nie stopień komplikacji i rozległość przepisów o przedmiocie zamówienia jest przyczyną problemów i sporów a właśnie ich ogólnikowość. Dlatego dla rozstrzygnięcia sytuacji spornych odnoszących się do opisu przedmiotu zamówienia w absolutnej większości przypadków konieczne jest dysponowanie biegłym. Jak wspomniano, linia orzecznicza uległa od czasu powołania Krajowej Izby Odwoławczej pewnej modyfikacji, uwzględniając nie tylko interes publiczny w postaci ochrony konkurencji, ale także interes publiczny jako nabywanie dóbr adekwatnych do należytej realizacji zadań publicznych. Pomimo pozytywnych zmian w tym zakresie, powoływanie biegłych wciąż należy do rzadkości

w praktyce Krajowej Izby Odwoławczej. Wydaje się, że w tym zakresie przepisy powinny nie tylko dopuszczać możliwość powoływania biegłych, ale w złożonych przypadkach obligować do tego organ orzekający. W każdym przypadku, w którym do ustalenia stanu faktycznego wymagane jest posiadanie wiadomości specjalnych, a oświadczenia stron sporu są w tej kwestii rozbieżne, powinni być powoływani biegli. Pozorne koszty związane z tą czynnością mogą zostać zawiązką zwrócone, gdy uda się uniknąć podejmowania rozstrzygnięć wymuszających na zamawiających nabywanie dóbr, które z obiektywnych przyczyn nie odpowiadają lub nie w pełni odpowiadają potrzebom, co stoi w opozycji do interesu publicznego jako racjonalnego gospodarowania środkami publicznymi.

Kolejny problem, związany z opisem przedmiotu zamówienia i jego wpływem na interes publiczny, dotyczy możliwości adekwatnego do potrzeb wyrażania woli nabycia określonych dóbr przez zamawiających. Możliwość opisanego przedmiotu zamówienia tak, aby nabyć rzeczywiście pożądane dobra, jest dla interesu publicznego niezwykle istotna. Zakładając bowiem, że zamawiający w sposób racjonalny wyznaczy parametry dóbr, które chce nabyć, powinien dysponować narzędziami do skonkretyzowania swojej woli w opisie przedmiotu zamówienia tak, aby dobra o określonych parametrach uzyskać. Opis przedmiotu zamówienia jest obwarowany regułami, które mają za zadanie uczynić opis czytelnym, zobiektywizować go, nakreślić jasne reguły dotyczące oceny zgodności oferty z opisem i wyeliminować dyskryminację. To zadanie nie jest zbyt trudne do realizacji w przypadku, w którym zamawiający nabywa dobra bezpośrednio związane z działalnością, którą prowadzi, np. jeżeli filharmonia kupuje fortepian, a przedsiębiorstwo wodnokanalizacyjne przeprowadza zamówienie na remont wodociągu. Problem pojawia się w przypadku, w których zamawiający są zmuszeni do nabywania dóbr jedynie pośrednio związanych z ich działalnością. Przepisy p.z.p. nie zawierają żadnych odstępstw od rygorystycznych reguł opisu przedmiotu zamówienia dla zamówień, które nie są bezpośrednio związane z profilem działania zamawiającego. Tym samym wielu zamawiających staje przed koniecznością wykazania się wiedzą, którą co do zasady dysponują jedynie podmioty profesjonalnie zajmujące się jakimś profilem działalności gospodarczej. Jako typowe przykłady można wskazać materiały biurowe, komputery czy żywność. W każdej z tych branż zamawiający musi dysponować wiedzą specjalistyczną, szczegółową, gdyż bez niej nie spełni wymogów prawa lub nabędzie dobro odbiegające od oczekiwań. Problem nie jest aż tak widoczny w przypadku jednostek dużych, o zróżnicowanej strukturze organizacyjnej, które stać na zatrudnienie wyspecjalizowanych służb, ewentualnie na skorzystanie z usług specjalistycznych podmiotów zewnętrznych. Natomiast w jednostkach mniejszych sprawa się komplikuje. Koszty, jakie poniosłaby jednostka korzystając z usług ekspertów w danej dziedzinie uczyniłyby zamówienie publiczne nieracjonalnym w sensie ekonomicznym. W praktyce więc opis przedmiotu zamówienia wielokrotnie jest tworzony,

z racji braku wystarczającej wiedzy, niewłaściwie, przez co nabywane dobra są niskiej jakości.

Dla zilustrowania problemu można posłużyć się prostym przykładem materiałów piśmienniczych. Poziom jakości wykonania w tym segmencie rynku wykazuje ogromne dysproporcje, znajdujące odbicie w cenach, natomiast niezwykle trudne do wyrażenia językiem technicznym. Na niewiele zda się wprowadzenie innych niż cena kryteriów (odnoszących się do jakości), ponieważ obiektywna ocena jakości ofert również wymaga wiedzy specjalistycznej, a w niektórych przypadkach wręcz specjalistycznych narzędzi badawczych. Niestety, na gruncie obowiązujących przepisów zamawiający nie może napisać wprost, że chciałby długopis firmy X, Y albo Z, o których wie, że są niezawodne, co czyniłoby zadość zasadzie konkurencji, gdyż rywalizowałyby ze sobą kilka firm i wiele podmiotów oferujących produkty tych firm. Brak możliwości, oczywiście w szczególnych okolicznościach, bezpośredniego wskazania na kilka marek sprawia, że oferowane są wyjątkowo złej jakości produkty, względem których trudno jest wyegzekwować zobowiązania gwarancyjne. Alternatywą jest próba zaawansowanego technicznie opisu za pomocą parametrów technicznych, co jednak zdecydowanie przekracza możliwości przeciętnego zamawiającego.

Powyższy przykład może wydawać się błahy, ale warto podkreślić, że jest to jedna z głównych, obok kwestii długotrwałości procedur i afer korupcyjnych, cech zamówień publicznych, która w potocznej ocenie skłania do ich negatywnej oceny jako instrumentu nieefektywnego, sprzyjającemu zakupom dóbr złej jakości. Jeśli nieefektywność w nabywaniu dóbr, które dla wszystkich pracowników zamawiających stanowią dobra codziennego użytku, przenieśmy na skalę ogólnopolską, odnosząc to do materiałów biurowych, mebli, sprzętu komputerowego itp., to okaże się, że problem nie jest błahy, ale że mamy do czynienia ze zjawiskiem nieracjonalnego wydawania publicznych pieniędzy na skalę masową.

Wydaje się, że częściowym choćby rozwiązaniem powyższego problemu może być tam, gdzie to możliwe, angażowanie ekspertów, którzy dokonają transpozycji oczekiwań zamawiającego na język fachowy, techniczny, eliminując w ten sposób oferty poniżej minimalnej wymaganej jakości. Takie opisy techniczne w przypadku dóbr, które nie podlegają intensywnym zmianom technicznym, jak choćby materiały biurowe, mogłyby być wykorzystywane wielokrotnie. Poza tym Prezes Urzędu Zamówień Publicznych powinien, w ramach swoich ustawowych obowiązków, propagować w przypadku dóbr nabywanych powszechnie przez absolutną większość zamawiających, propagować zgodnie z prawem i jednocześnie adekwatne do potrzeb, wzorcowe opisy przedmiotu zamówienia. Oprócz tego, zasadnym może być szersze korzystanie z usług tzw. centralnych zamawiających, przeprowadzających zamówienia na dużą skalę na rzecz mniejszych podmiotów i dysponujące odpowiednio przygotowanym personelem.

Ostatnim zagadnieniem związanym z opisem przedmiotu zamówienia jest szacowanie jego wartości. Istnieją trzy główne powody, dla których wartość szacunkowa zamówienia ma wpływ na ochronę interesu publicznego.

Po pierwsze, wartość szacunkowa zamówienia sytuuje procedurę w określonej grupie postępowań, klasyfikowanych według wartości i różniących się między sobą stopniem rygorystyki unormowań prawnych o charakterze publicznoprawnym. Do postępowań o wartości nie przekraczającej równowartości kwoty 14000 euro przepisów ustawy nie stosuje się, czyli wszelkie instytucje ochrony interesu publicznego nie znajdują zastosowania. Kolejne progi kwotowe skutkują coraz większymi obostrzeniami, odnoszącymi się do zakresu obligatoryjnie żądanych dokumentów, żądania wadium, miejsc publikacji ogłoszeń, terminów związania ofertą, obowiązków informowania Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, a więc tych wszystkich instytucji, które z założenia mają sprzyjać realizacji interesu publicznego. Każde bezprawne zmniejszenie wartości postępowania, czy to przez zaniżenie jego wartości, czy przez nieuzasadniony podział, wyłącza wydatkowanie środków publicznych z kolejnych instytucji ochrony interesu publicznego, aż do skrajnego przypadku, w którym przepisów p.z.p. nie stosuje się wcale. Tak więc tylko dokonywanie szacunków z należytą starannością gwarantuje poprawne funkcjonowanie rozwiązań chroniących interes publiczny.

Po drugie, prawidłowość oszacowania zamówienia ściśle współgra z uprawnieniem zamawiającego do unieważnienia postępowania w sytuacji, w której cena najkorzystniejszej oferty przewyższa kwotę, jaką zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Ustawodawca przewidział tę instytucję na wypadek złożenia ofert o cenach wygórowanych, które skutkowałyby zaciągnięciem przez zamawiającego zobowiązania przekraczającego zarówno jego możliwości płatnicze, jak i rynkową cenę danego przedmiotu postępowania, prowadząc do nieracjonalności wydatkowania środków publicznych i tym samym sprzeczności z interesem publicznym. Przy poprawnym dokonaniu czynności szacowania wartości zamówienia zamawiający, ustalając górny próg możliwego wydatku, jest zabezpieczony przed przepłacaniem za nabywane dobro. Instytucja ta spełnia swoją rolę przy założeniu, że wartość szacunkowa zamówienia ustalona jest z należytą starannością i dzięki temu oddaje przeciętną, ewentualnie maksymalną rynkową cenę danego przedmiotu, a więc stwarza ograniczenie dla zakupu dóbr oferowanych za ceny przekraczające ceny rynkowe. Przy przeszacowaniu wartości zamówienia zamawiający naraża się na zakup nieracjonalny, zbyt drogi. Natomiast w wypadku niedoszacowania wartości zamówienia istnieje inne ryzyko: zaniżenie kwoty jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację może doprowadzić do tego, że wszystkie złożone oferty ją przekroczą, co pozwoli zamawiającemu na manipulowanie wynikiem postępowania. W wypadku, gdy wygra podmiot z przyczyn nieformalnych pożądanym, zamawiający znajdzie dodatkowe środki na sfinansowanie zamówienia i doprowadzi do zawarcia umowy. Natomiast gdy zwycięży wykonawca niepożądany, zamawiający

unieważni postępowanie z powodu braku środków. Jest to oczywiście działanie bezprawne. Krajowa Izba Odwoławcza wskazuje, że w takim przypadku, jeśli wykonawcy uznali, że kwoty podane na otwarciu ofert, to znaczy wielkość środków jakie zamawiający planuje przeznaczyć na realizację zamówienia, są zaniżone i nierealne, mogą formalnie oprotestować tę czynność<sup>242</sup>.

Trzecim zagadnieniem powiązanim wskazującym na znaczenie czynności szacowania wartości zamówienia publicznego jest sposób agregacji wartości poszczególnych przedmiotów planowanych zamówień. Problem ten jest związany z ustaleniem składu koszyka dóbr, jakie są nabywane w danym zamówieniu publicznym. W zależności od składu koszyka dóbr, które mają zostać nabyte, będzie się zmieniała wartość zamówienia. A ponieważ wraz ze zmniejszeniem wysokości wartości szacunkowej zamówienia wiąże się szereg stopniowanych złagodzeń procedury, mających chronić interes publiczny, niewłaściwe sumowanie i podział poszczególnych zamówień grozi obchodzeniem przepisów p.z.p.

W polskim ustawodawstwie odpowiedzią na zagrożenia związane z niewłaściwym szacowaniem wartości zamówienia ma być art. 32 ust. 2 p.z.p., zabraniający podziału zamówienia na części celem uniknięcia stosowania przepisów ustawy. Jednakże zasadniczą trudnością związaną zarówno ze stosowaniem wspomnianego przepisu, jak i ogólniej z agregacją wartości zamówień, jest brak prawnych regulacji, które stwarzałyby zobiektywizowane reguły sumowania albo dzielenia zamówień. Ustawodawca nie sprecyzował niestety reguł agregacji a pewne wskazówki daje jedynie doktryna. W piśmiennictwie wskazuje się, że podział zamówienia na części ma miejsce wtedy, gdy powiązane ze sobą w sposób funkcjonalny i czasowy dostawy, usługi lub roboty budowlane celowo nie są łączone w jednym postępowaniu, a brak obiektywnych i uzasadnionych powodów, by zlecać je oddzielnie<sup>243</sup>. Podkreśla się również, że przepis art. 32 ust. 2 Pzp nie zakazuje podziału zamówienia, jeżeli podział jest zasadny z przyczyn technologicznych, organizacyjnych lub gospodarczych<sup>244</sup>.

Odnosnie do zagadnienia prawidłowego dzielenia i sumowania przedmiotu zamówień (agregacji) na roboty budowlane wypowiedział się Trybunał Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich. Zdaniem Trybunału Sprawiedliwości, w odniesieniu do robót budowlanych kwestia, czy mamy do czynienia z jednym zamówieniem (składającym się z części), czy też z wieloma odrębnymi zamówieniami, musi być rozstrzygnięta w świetle funkcji ekonomicznej i technicznej, jakie ma spełniać wynik prac budowlanych<sup>245</sup>. A zatem również w przypadku robót budowlanych stosuje się zasady podziału postępowań analogiczne do dostaw i usług, uzasadnione przez powiązania funkcjonalne.

---

<sup>242</sup> Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dn. 18 czerwca 2008 r. (sygn. KIO/UZP 544/08; KIO/UZP 548/08).

<sup>243</sup> G. Wicik, P. Wiśniewski, *Prawo zamówień...*, s. 230.

<sup>244</sup> J. Pieróg, *Prawo zamówień...*, str. 144.

<sup>245</sup> Orzeczenie Trybunału Europejskiego z 5 października 2000 r. w sprawie C-16/98.

Przy założeniu, że publicznoprawne ograniczenia służą albo przynajmniej mają służyć ochronie interesu publicznego i ustaleniu, że ich restrykcyjność rośnie wraz z wartością zamówienia, stoję na stanowisku, że należyte szacowanie wartości zamówienia jest istotnym elementem wpływającym na efektywność stosowania przepisów. Wszelkie nieprawidłowości, polegające przede wszystkim na zaniżaniu wartości zamówienia, skutkują obejściem przepisów. Tymczasem proces ustalania wartości szacunkowej zamówienia, chociaż stanowi istotny element całego systemu prawnych instytucji chroniących interes publiczny, nie jest w sposób dostateczny uregulowany prawnie. W szczególności brak jednoznacznych dyrektyw dotyczących agregacji wartości poszczególnych postępowań. Jest to niebezpieczne dla interesu publicznego z tego względu, że jak poprzednio wskazano, manipulowanie podziałami i łączeniem poszczególnych przedmiotów zamówień pozwala na unikanie stosowania prawnych mechanizmów ochronnych.

Jedynym pozytywnym aspektem istniejącego stanu rzeczy jest stosunkowo duża jednolitość poglądów doktryny i orzecznictwa w odniesieniu do generalnych dyrektyw, jakie winny być brane pod uwagę przy dokonywaniu agregacji.

### 3. Badanie ofert

Badanie ofert stanowi kolejną sferę, w której istotne znaczenie ma interes publiczny. O ile opis przedmiotu zamówienia stanowi artykulację potrzeb zamawiającego, o tyle w procesie badania ofert najistotniejsze jest sprawdzenie, czy to, co zaoferowali wykonawcy jest zgodne z wymaganiami określonymi w dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Działania w interesie publicznym można zatem upatrywać w kilku aspektach:

- w odrzuceniu ofert niezgodnych z wymaganiami zamawiającego;
- wyjaśnieniu treści ofert, względem których zachodzą wątpliwości odnośnie do tego, czy są zgodne z wymaganiami;
- zagwarantowaniu, że proces badania ofert nie będzie prowadzony w sposób stronniczy, dyskryminując jednych wykonawców kosztem innych, co naruszałoby ochronę uczciwej konkurencji;
- minimalizowaniu zjawisk korupcyjnych.

Aby realizacja powyższych celów była możliwa, proces badania ofert powinien wyróżniać się kilkoma zasadniczymi cechami:

Umożliwiać weryfikację zgodności treści oferty z opisem przedmiotu zamówienia na tyle dokładną, żeby można było odrzucić wszystkie oferty, które nie spełniają wymogów zamawiającego określonych w dokumentacji postępowania. Jest to związane z wymogiem racjonalnego wydatkowania środków publicznych, oczywiście przy założeniu, że w sposób racjonalny zostały przez zamawiającego wskazane parametry pożądaných dóbr. Jeśli więc założyć, że przedmiot zamówienia został opisany w sposób zgodny z interesem publicz-

nym i przeszedł pomyślnie przez ewentualne procedury zapytań odnoszących się do specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz procedury odwoławcze, to wymogi określone opisem przedmiotu zamówienia powinny być respektowane.

- W proces badania ofert powinny być włączone narzędzia, pozwalające na wyjaśnianie wątpliwości złożonych z ich treścią. Złożoność nabywanych dóbr wymaga bowiem, aby istniały procedury pozwalające na ustalenie, jak treść dokumentów składających się na ofertę jest rozumiana przez obie strony.
- Racjonalizacja wydatkowania środków publicznych wymaga również, aby istniał mechanizm korygowania drobnych uchybień, nie rzutujących na wynik postępowania, które mogłyby doprowadzić do eliminacji korzystnych ofert.
- Konieczne jest wprowadzenie mechanizmu minimalizującego czy eliminującego nieuzasadnioną dowolność zamawiającego w podejmowanych czynnościach, która mogłaby naruszać zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a tym samym interes publiczny.

Podobnie jak w przypadku potwierdzania spełniania warunków udziału w postępowaniu, również w sytuacji dokumentowania zgodności przedmiotu zamówienia z jego opisem ustawodawca wyposażył zamawiających w możliwość dodatkowej weryfikacji. Powodów tego rozwiązania jest kilka, a wśród nich można wskazać chęć eliminacji ofert niezgodnych z opisem przedmiotu zamówienia spowodowanych zarówno celowym wprowadzaniem w błąd przez wykonawcę, starającego się za wszelką cenę uzyskać zamówienie, jak i niestarannością albo niedbalstwem wykonawców, którzy nie zapoznali się dostatecznie dokładnie z dokumentacją postępowania i nie zweryfikowali parametrów oferowanego przez siebie dobra.

Katalog żądanych dokumentów jest otwarty, co w dużej mierze uelastycznia to unormowanie i pozwala dostosować szczegółowe wymogi do okoliczności konkretnego postępowania. Pz.p oraz r.w.r.s.d. nie przewidują przy tym obligatoryjnego żądania jakichkolwiek dokumentów z tej grupy, pozostawiając woli zamawiających określenie konieczności ich żądania. Podstawowe znaczenie dla weryfikacji zgodności ofert z opisem przedmiotu zamówienia, ma możliwość żądania od wykonawców próbek, opisów, fotografii, opisów urządzeń technicznych, instrukcji obsługi itp. Dzięki nim zamawiający może samodzielnie sprawdzić, czy deklaracje wykonawców odnośnie do spełniania przez ich oferty wymogów postępowania odpowiadają rzeczywistości. Inną formą weryfikowania poprawności składanych ofert jest możliwość żądania zaświadczeń wydawanych przez niezależne od wykonawców podmioty, zajmujące się poświadczaniem, że określony podmiot spełnia zadane normy jakościowe.

Dla interesu publicznego jest korzystne, że w wielu przypadkach dopiero dokumenty dotyczące zgodności oferowanych produktów z opisem przedmiotu zamówienia wykazują, że to, co oferuje wykonawca, odbiega od wymagań

zamawiającego. Dysponowanie jedynie oświadczeniem wykonawcy, że jego oferta odpowiada wymogom postępowania, opiera się wyłącznie na własnej ocenie wykonawcy. Na skutek celowego działania wykonawcy albo na skutek braku należytej staranności przy sporządzaniu oferty, deklaracja wykonawcy o zgodności treści oferty z wymogami specyfikacji istotnych warunków zamówienia może nie odpowiadać stanowi faktycznemu. Co prawda, zamawiający nie ma gwarancji zarówno braku fałszerstwa dokumentu, jak i tego, że wykonawca wprawdzie dostarczy dokumenty zgodne z wymaganiami, ale na etapie realizacji umowy będzie oferował produkt niezgodny z opisem przedmiotu zamówienia. Jednakże ryzyko związane z fałszerstwem (w tym odpowiedzialność karna) zmniejsza szanse na jego dokonanie (ma charakter prewencyjny), a dysponowanie próbkami oferowanego produktu sprawia, że w razie ewentualnego sporu w ręku zamawiającego jest istotny dowód, pozwalający wykazać niezgodność treści świadczenia z umową.

Podobnie jak w przypadku dokumentów odnoszących się do właściwości wykonawców, tak możliwość żądania dokumentów dotyczących właściwości przedmiotu zamówienia może stać się przedmiotem nadużyć. Np. zamawiający może zażądać zaświadczeń podmiotu uprawnionego do kontroli jakości (certyfikatów) ze wskazaniem na konkretnego wystawcę certyfikatu. Powoduje to dyskryminację wykonawców, którzy mogą oferować produkty o identycznych bądź lepszych parametrach niż konkurenci, ale uzyskane certyfikaty nie pochodzą od podmiotu wskazanego przez zamawiającego. Poza tym możliwe jest zażądanie certyfikatu bez wskazania, jakie konkretnie parametry winien potwierdzać. Prowadzi to do licznych komplikacji w procesie badania ofert, gdyż załączone do ofert certyfikaty, jeśli już pochodzą od różnych wystawców, mogą różnić się zakresem parametrów, których istnienie potwierdzają. W szczególnych przypadkach, gdy okaże się, że ze względu na nieprecyzyjny opis parametrów, które miałyby potwierdzać certyfikaty, oferty stają się nieporównywalne (złożone certyfikaty nie są równoważne względem siebie), postępowanie może być unieważnione ze względu na wadę, uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy.

Racjonalność w procesie badania i oceny ofert domaga się również mechanizmów pozwalających na korekcję błędów na tyle drobnych bądź oczywistych, że odrzucenie na ich podstawie oferty stwarzałoby sytuację nieproporcjonalnych sankcji w stosunku do popełnionego uchybienia. Wraz z wprowadzeniem mechanizmu dokonywania korekt pojawia się jednak niebezpieczeństwo nadużywania tego rodzaju rozwiązań dla manipulowania wynikami postępowania, np. poprzez uznawanie pewnych błędów za podlegające sanowaniu u „pożądanych wykonawców”, a jednocześnie arbitralne i niesprawiedliwe traktowanie błędów u wykonawców „niepożądanych”. Problem jest o tyle poważny, że z powodu stopnia komplikacji niektórych nabywanych dóbr, niestaranności wykonawców a także złożoności samych procedur, błędy zdarzają się nad wyraz często.



Patrząc z perspektywy historii zamówień publicznych, obserwuje się tendencję do stopniowego łagodzenia przesłanek odrzucenia ofert i wprowadzania stopniowej deregulacji, wprowadzającej niezbędną elastyczność. Warto przypomnieć o skrajnym rygoryzmie przepisów w ustawie o zamówieniach publicznych z dnia 10 czerwca 1994 roku (Dz. U. z 1994 r. Nr 76, poz. 344). Zgodnie z art. 45, ofertę odrzucało się, gdy nie odpowiadała zasadom określonym w ustawie i nie spełniała wymagań określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Kolejny przepis, 27a, wprowadzony ustawą z dnia 29 sierpnia 1997 roku o zmianie ustawy o zamówieniach publicznych (Dz. U. z 1997 r. Nr 123, poz. 778) i zastępujący art. 45, był również rygorystyczny, gdyż nakazywał odrzucać ofertę, która jest sprzeczna z ustawą lub specyfikacją istotnych warunków zamówienia. W praktyce oznaczało to odrzucanie ofert za najdrobniejsze uchybienia nie tylko w treści, ale i formie, np. na porządku dziennym było odrzucanie za nietrwałe połączenie stron oferty, brak parafy na jednej z kilkuset stron, błędy w numeracji stron itp. To wysoce niekorzystne rozwiązanie, stojące w całkowitej opozycji do interesu publicznego, istniało w zamówieniach publicznych wiele lat. Dopiero ustawa z 2004 roku zmieniła ten stan rzeczy, uzależniając obowiązek odrzucenia od niezgodności treści oferty ze specyfikacją, nie odnosząc się natomiast do formy.

Pomimo opisywanych zmian, unormowania dotyczące zamówień publicznych wciąż były bardzo rygorystyczne, gdyż łączyły obowiązek odrzucenia oferty z jakąkolwiek niezgodnością treści. W przypadku zamówień złożonych, szczególnie na roboty budowlane, skutkowało to całkowitym paraliżem procedur. Utartą praktyką stało się dokonywanie przez wykonawców gruntownych analiz ofert konkurentów, aby doszukać się choćby najmniejszej niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, doprowadzając tym samym albo do odrzucenia ofert korzystniejszych i wyboru własnej, albo do unieważnienia postępowania. Wystarczyła najmniejsza, nic nie znacząca wobec zakresu całego przedmiotu zamówienia pomyłka (np. zaoferowanie o kilka metrów mniej, niż w opisie przedmiotu zamówienia, kabla elektrycznego), aby odrzucono ofertę o cenie niższej od następnej w kolejności czasem o kilkaset tysięcy złotych i więcej, bądź unieważniono postępowanie prowadzone od wielu miesięcy – i co ważne, wszystko w majestacie prawa. Praktyka „polowania” na błędy konkurentów wpłynęła wreszcie na zmianę przepisów – po 14 latach od wprowadzenia ustawy o zamówieniach publicznych.

Szkodliwe następstwa stosowania przepisów, paraliżujące proces inwestycyjny, skutkujące marnotrawstwem polegającym na wyborze droższych ofert i innymi patologiami, doprowadziły w końcu do tego, że ustawą z dn. 04.09.2008 roku o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw, postawiono wymóg poprawy w ofertach wykonawców innych (niż oczywiste omyłki pisarskie i rachunkowe) omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty. Rzecz jasna, przepis ten stworzył

inny problem, polegający na trudnościach w ustaleniu, jakie zmiany w treści oferty można uważać za istotne, a jakie nie. Mimo wszystko, dla racjonalności wydatkowania środków publicznych, ale także dla zachowania uczciwej konkurencji, jest to zmiana korzystna, gdyż zezwala na pewien margines błędów, których w zamówieniach publicznych o skomplikowanym przedmiocie trudno uniknąć. Jednakże do chwili obecnej nie ukształtowało się jednolite stanowisko doktryny i Krajowej Izby Odwoławczej odnośnie do tego, co jest miarą istotności albo nieistotności zmian w treści oferty.

Chociaż powinien istnieć mechanizm korekty drobnych błędów w dokumentach składanych przez wykonawców, to jednak racjonalność wydatkowania środków wymaga, aby odrzucać oferty, które są w sposób istotny niezgodne z postanowieniami dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Jest to zachowanie racjonalne oczywiście przy założeniu, że wymagania postawione przez zamawiającego są tak skonstruowane, że faktycznie prowadzą do wyboru rozwiązań sprzyjających efektywnemu i zgodnemu z celami zamawiającego wydatkowaniu środków. Jeżeli bowiem dokumentacja postępowania jest źle skonstruowana, to egzekwowanie jej nieracjonalnych postanowień będzie szkodzić interesowi publicznemu. Możliwie precyzyjne określenie przesłanek prowadzących do odrzucenia oferty sprzyja natomiast zachowywaniu uczciwej konkurencji, ponieważ chroni przed dowolnością decyzji zamawiającego. Brak jednoznacznie określonych przesłanek odrzucenia ofert grozi także eskalacją zjawisk korupcyjnych. Z tych powodów przepisy dotyczące odrzucenia ofert mają znaczący wpływ na interes publiczny.

Przepisy ustawy p.z.p. zawierają katalog przesłanek, które skutkują obligatoryjnym odrzuceniem oferty. Ryszard Szostak wskazuje, że u podstaw omawianego obowiązku leży nie tylko ochrona interesów pozostałych wykonawców, ale także ochrona interesu publicznego<sup>246</sup>. Należy w pełni podzielić to stanowisko. Ustawodawca przewiduje sytuacje, wobec których uznanie oferty za ważną i ewentualne zawarcie umowy wiązałoby się dla zamawiającego z ryzykiem nieracjonalnego wydatkowania środków i nierzetelnego realizowania zadań publicznych. Stara się również stworzyć jasne reguły, aby każdy potencjalny wykonawca był świadomy, w jakiej sytuacji jego oferta zostanie odrzucona.

Wśród przesłanek skutkujących obowiązkiem odrzucenia oferty należy wskazać jej niezgodność z ustawą. Kontrowersje może budzić fakt, czy ustawodawca miał na myśli każdy akt rangi ustawowej, czy też ustawę p.z.p. Zgodnie z wydaną przez Urząd Zamówień Publicznych publikacją pt.: „Prawo zamówień publicznych – komentarz”, przez ofertę niezgodną z ustawą należy rozumieć ofertę niezgodną z zasadami udzielania zamówień, jak też z poszczególnymi przepisami p.z.p., z przepisami aktów wykonawczych wydanych na podstawie p.z.p. a także z przepisami aktów prawnych, do których p.z.p. się odwołuje<sup>247</sup>. W pełni podzielam powyższy pogląd. Znaczenie tego przepisu dla ochrony

---

<sup>246</sup> R. Szostak, *Przetarg nieograniczony...*, s. 96.

<sup>247</sup> *Prawo zamówień...*, s. 304.

interesu publicznego jest dość jasne. Chroni on interes w sposób pośredni, eliminując możliwość dopuszczenia do oceny i wyboru jako najkorzystniejszej oferty, która jest niezgodna z przepisami o zamówieniach publicznych. Skoro ustawa p.z.p. zawiera wiele rozwiązań prawnych, mających za zadanie chronić interes publiczny, to w mojej ocenie zdecydowana większość naruszeń tych przepisów jednocześnie godzi w interes publiczny. Należy jednak zaznaczyć, że zakres stosowania tego przepisu jest stosunkowo niewielki, ponieważ ustawodawca nakłada prawne obowiązki głównie na zamawiającego, dlatego rzadko można się spotkać z odrzuceniem oferty na podstawie tej przesłanki. Najczęściej spotykanymi sytuacjami, skutkującymi odrzuceniem oferty jest jej złożenie w języku innym niż polski bez zgody zamawiającego oraz nieustanowienie pełnomocnika przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia<sup>248</sup>.

Kolejną przesłanką odrzucenia oferty jest niezgodność jej treści z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (zwanej dalej: SIWZ). Ratio legis omawianego unormowania przejawia się w założeniu, że zamawiający w sposób prawidłowy definiuje potrzeby publiczne tworząc opis przedmiotu zamówienia i jakiegokolwiek odstępstwo musi godzić w ten interes, a zatem skutkuje odrzuceniem oferty. Założenie to można uznać za słuszne, jeśli ma się na względzie fakt, że wykonawcom przysługuje możliwość wstąpienia na drogę odwoławczo-skargową oraz uprawnienie w postaci zapytań do SIWZ, co pozwala korygować ewentualne błędy popełnione przez zamawiających jeszcze przed złożeniem ofert. Nie zabezpiecza to oczywiście przed nieodpowiedzialnym działaniem instytucji, które wprawdzie dokonają zakupu zgodnego z prawem, ale niecelowego. Jednak co do zasady uznać należy istnienie fikcji prawnej racjonalnego zamawiającego za słuszne, a każdy odmienny za prowadzący do nieprzewidywalnych trudności interpretacyjnych.

Obowiązek odrzucenia ofert, których złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, jest konsekwencją zasady zachowania uczciwej konkurencji. Godne uwagi jest podkreślenie faktu, że w pewnych przypadkach czyn nieuczciwej konkurencji może być w indywidualnej sytuacji korzystny ekonomicznie dla zamawiającego. Będzie to miało miejsce np. w przypadku, w którym wykonawca zaferuje sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu. Należy jednak podkreślić, że doraźna korzyść zostanie w dalszej perspektywie zniwelowana przez wykonawcę, który oferując produkty poniżej kosztów wyeliminuje konkurencję i stanie się monopolistą w danym segmencie rynku, wraz ze wszelkimi negatywnymi konsekwencjami tego stanu rzeczy. Z tego powodu uzasadnione jest, że każdy czyn nieuczciwej konkurencji skutkuje sankcją w postaci odrzucenia oferty.

---

<sup>248</sup> J. E. Nowicki, *Badanie i ocena ofert*, „Zamówienia Publiczne doradca” 2007, nr 6, s. 37–42.

Następny przepis, nakazujący odrzucenie oferty, która zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, również chroni interes publiczny. Za bezsporne uznać należy, że jednym z zasadniczych celów ustawy p.z.p., co zostało już wykazane, jest racjonalizacja wydatków publicznych, przejawiająca się m.in. w uzyskiwaniu możliwie niskiej ceny za dany przedmiot zamówienia. Jednak w pewnych sytuacjach uzyskanie bardzo niskiej ceny może zamiast korzyści przynieść trudności, a nawet straty. Wobec braku legalnej definicji „rażąco niskiej ceny”, jej mianem określa się ceny niewiarygodne, nierealistyczne, szczególnie w odniesieniu do przeciętnych cen rynkowych. W doktrynie mówi się o cenie spekulacyjnej, która dla wykonawcy niesie ryzyko niewywiązania się z kontraktu, a dla zamawiającego niebezpieczeństwo uwikłania się w źle rokujące przedsięwzięcie<sup>249</sup>. Warto przy tym podkreślić jedną z tez Trybunału Sprawiedliwości, zgodnie z którą niedopuszczalne, jako sprzeczne z zasadą wspierania rzeczywistej konkurencji w zamówieniach publicznych, jest automatyczne, wyłącznie na podstawie arytmetycznego kryterium, uznawanie za rażąco niskie i odrzucanie ofert o cenach poniżej pewnego poziomu (np. tańszych o więcej niż 10% od średniej ceny wszystkich złożonych ofert albo poniżej wartości szacunkowej ustalonej przez zamawiającego), bez dania oferentom możliwości wykazania, że ich oferta jest rzetelna<sup>250</sup>. Dlatego podobnie jak i w przypadku innych określeń nieostrych, niezbędne jest zbadanie szczegółowych okoliczności towarzyszących złożeniu oferty z ceną, która rodzi podejrzenia wartością odbiegającą od rynkowych.

Obowiązek odrzucenia oferty wykluczonego wykonawcy albo wykonawcy niezaprośzonego do składania ofert to logiczna konsekwencja procedury selekcyjnej, eliminującej wykonawców, którzy z powodów posiadania określonych cech nie dają rękojmi należytego wykonania zamówienia. Stworzono w ten sposób systemowe zabezpieczenie przed rozpatrywaniem ofert tych podmiotów, które w pierwszej fazie procedur ocennych zostały negatywnie zweryfikowane jako niezdolne do poprawnej realizacji zamówienia.

Błąd w obliczeniu ceny to kolejna przesłanka odrzucenia oferty, wymieniana w katalogu zawartym w art. 89 p.z.p. Podnieść należy, że jakiegokolwiek nieprawidłowości w cenie mają daleko sięgające konsekwencje, jako że cena jest w zdecydowanej większości postępowań dominującym kryterium wyboru oferty najkorzystniejszej. Wszelkie niejasności dotyczące tego parametru mogą rzutować na poprawność dokonanego wyboru i stwarzać okazję do nadużyć. Omawiany przepis blokuje rozmaite formy modyfikowania cen ofert zawierających błędy po ich otwarciu, co mogłoby prowadzić np. do celowego podwyższania cen i innych zachowań wypaczających cel procedury przetargowej w postaci racjonalizacji wydatkowania środków publicznych. Jednocześnie wprowadzono wyjątek od tej zasady, polegający na dopuszcze-

---

<sup>249</sup> G. Wicik, P. Wiśniewski, *Prawo zamówień...*, s. 452.

<sup>250</sup> Orzeczenie Trybunału Sprawiedliwości z dn. 22 czerwca 1989 w sprawie C-103/88 (Constanzo).

niu możliwości poprawiania oczywistych pomyłek rachunkowych. Pojęcie „oczywistej omyłki rachunkowej” nie posiada legalnej definicji, ale w kontekście systemowego usytuowania tego przepisu uznać należy, że za omyłkę oczywistą można uznać taką, względem której możliwa jest poprawa tylko w jeden sposób. Jednoznaczność możliwej poprawki chroni przed manipulacjami odnoszącymi się do ceny i tym samym wyniku postępowania. Przepis ten ma łagodzić rygoryzm przepisów stanowiących o obowiązkach odrzucania ofert i niwelować skutki łatwych do poprawienia omyłek w ofertach, które w innej sytuacji musiałyby zostać odrzucone nawet przy oferowaniu korzystnych warunków realizacji zamówienia.

Obowiązek odrzucenia oferty nieważnej na podstawie odrębnych przepisów jest konstytuowany przez art. 89 ust. 1 pkt 8 p.z.p. W związku z brzmieniem tego przepisu, katalog przesłanek odrzucenia oferty, pozornie zamknięty, pozostaje w praktyce otwarty, gdyż hipoteza omawianego przepisu obejmuje każdą przesłankę nie objętą wcześniejszymi przypadkami wyliczonymi w katalogu art. 89, a skutkującą nieważnością oferty. Zabezpiecza się w ten sposób zamawiających przed rozpatrywaniem ofert, które z mocy prawa są nieważne i na podstawie których nie byłoby prawnie skuteczne roszczenie o zawarcie umowy na warunkach przedstawionych w ofercie.

Do najczęstszych przesłanek podlegających hipotezie art. 89 ust. 1 pkt 8 zalicza się:

- brak własnoręcznego podpisu na dokumencie;
- złożenie oferty przez osobę, która znajdowała się w stanie wyłączającym świadome albo swobodne podjęcie decyzji i wyrażenia swej woli;
- złożenie oferty dla pozor<sup>251</sup>;
- złożenie oferty niezgodnie z zasadami reprezentacji.

## 4. Ocena ofert

Ocena ofert na podstawie ustalonych kryteriów pełni szczególną funkcję w procesie mającym prowadzić do wyboru oferty najkorzystniejszej. Kryterium, jako podstawowe pojęcie językowe, nie zostało ustawowo zdefiniowane. Zgodnie z definicją słownikową, kryterium to czynnik służący za podstawę oceny, wyboru lub kwalifikacji<sup>252</sup>.

Jacek Jagielski mianem kryterium określa punkt widzenia (punkt odniesienia), miernik, optykę, z perspektywy których dokonywane jest ocenianie<sup>253</sup>. Powyższa definicja ujawnia wpływ kryteriów, służących wyborowi oferty najkorzystniejszej, na interes publiczny. Skoro bowiem kryterium będzie punkt odniesienia, z którego dokonuje się oceny złożonych ofert, to od jego kształtu

<sup>251</sup> G. Wicik, P. Wiśniewski, *Prawo zamówień...*, s. 461.

<sup>252</sup> sjp.pwn.pl, hasło „kryterium”, data dostępu 7.08.2010 r.

<sup>253</sup> J. Jagielski, *Kontrola administracji publicznej*, Warszawa 2007, s. 48.

będzie uzależnione to, czy wybrana oferta będzie rzeczywiście najkorzystniejsza ekonomicznie, technicznie itp. i czy najlepiej zaspokoi interes publiczny. W przeciwnym wypadku, gdy zostanie przyjęty niewłaściwy punkt odniesienia, wybór oferty może interes publiczny naruszyć.

Jak wskazuje Ryszard Szostak, w odniesieniu do przetargu (a także innych postępowań o konkurencyjnym charakterze) jako eliminacyjnego sposobu kontraktowania, kryterium powinno być cechą (właściwością) umożliwiającą wartościujące porównanie konkurencyjnych ofert<sup>254</sup>. Zgodnie z poglądem przywołanego autora, kryteria oceny ofert to mierniki umożliwiające zarówno sprawiedliwe porównanie ofert, jak i gwarantujące wybór rzeczywiście najkorzystniejszej oferty<sup>255</sup>. Co szczególnie ważne, kryterium musi cechować się zdolnościami pomiarowymi, umożliwiającymi wartościowanie poszczególnych propozycji umownych (miernik wystarczająco zobiektywizowany), gdyż w przeciwnym wypadku w ogóle nie może być mowy o jakimkolwiek sensownym kryterium. Wskazuje się również, że kryteria mają zapewnić przejrzystość oceny ofert, pewność prawną oraz standaryzację wszystkich postępowań o udzielenie zamówienia publicznego. Intencją przepisów jest zagwarantowanie, aby oferenci już przygotowując oferty mogli jednoznacznie przewidzieć, które aspekty oferty są najważniejsze dla zamawiającego i jak będą one oceniane<sup>256</sup>. Przydatne jest również rozróżnienie na cele ekonomiczne, to znaczy uzyskanie najlepszej ceny lub najlepszego bilansu ekonomicznego ceny w stosunku do pozostałych kryteriów i pozaekonomiczne, np. zastosowanie technologii najlepszych z punktu widzenia wpływu na środowisko<sup>257</sup>.

Dla analizy czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej, niezbędne jest rozróżnienie na przymiot oferty najkorzystniejszej w znaczeniu formalnym, to znaczy przedstawiającej najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów (zgodnie z art. 2 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych) oraz w znaczeniu faktycznym, to znaczy najlepszym zrealizowaniem zasady racjonalnego wydatkowania środków. Ideałem jest, żeby oba z tych znaczeń jak najpełniej pokrywały się podczas wybierania oferty najkorzystniejszej. Gdy zostaną przyjęte właściwe kryteria oferty ofert, czyli gdy punkt widzenia, z którego będą wartościowane oferty, zostanie ustalony w odpowiedni dla specyfiki danego postępowania sposób, wtedy oferta najkorzystniejsza w znaczeniu formalnym będzie jednocześnie ofertą najkorzystniejszą w znaczeniu faktycznym. Prawidłowe określenie kryteriów oceny oferty jest procesem skomplikowanym, wymagającym indywidualnego podejścia do każdego postępowania i uwzględnienia zasad udzielania zamówień publicznych, a szczególnie obowiązku przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji

---

<sup>254</sup> R. Szostak, *Kryteria oceny ofert*, „Zamówienia publiczne. Doradca” 2003, nr 9, s. 39.

<sup>255</sup> Ibidem, s. 40.

<sup>256</sup> M. Partyka, *Kryteria oceny ofert*, „Zamówienia publiczne. Doradca” 2005, nr 6, s. 29.

<sup>257</sup> Ibidem, s. 32.

oraz równe traktowanie wykonawców. Ustawa samoistnie nie gwarantuje, że wybrana oferta rzeczywiście będzie we wszystkich aspektach najkorzystniejsza.

Definicja legalna określa najkorzystniejszą ofertę jako 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<sup>258</sup>. Definicja legalna mówi jedynie o formalnych cechach oferty najkorzystniejszej i aspektach proceduralnych, nie przesądzając o faktycznym, merytorycznym aspekcie.

Można ulec mylnemu wrażeniu, że dopiero na etapie oceny ofert dokonuje się ich wartościowanie. Tymczasem w przypadku zamówień publicznych ocena ofert stanowi końcowy etap złożonego procesu, polegającego na selekcji wykonawców, następnie na selekcji ofert pod kątem ich zgodności z warunkami postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i korekcie możliwych do sanowania uchybień. Dlatego moim zdaniem za nie w pełni zasadne należy uznać pojawiające się w doktrynie tezy, że dominacja kryterium cena (które w postępowaniach udzielonych w 2008 roku było jedynym kryterium w niemal 90% postępowań) jest zjawiskiem niepokojącym, wpływającym negatywnie na interes publiczny<sup>259</sup>. Trzeba pamiętać, że inne niż cenowe kryteria oceny ofert polegają na stopniowaniu wybranych parametrów nabywanego dobra. W przypadku, w którym jedynym kryterium jest cena, zamawiający wcale nie musi nabywać dóbr gorszej jakości, niż w przypadku kilku kryteriów oceny ofert. Wszystko zależy od tego, na jakim poziomie ustali się minimalne parametry wpływające na jakość nabywanego dobra w opisie przedmiotu zamówienia. Pogląd, który utożsamia kryterium cenowe z niską jakością nabywanych dóbr może świadczyć o niepełnym zrozumieniu mechanizmu selekcji oferty najkorzystniejszej. Zapomina się bowiem o znaczeniu opisu przedmiotu zamówienia, o jego kluczowej roli dla jakości nabywanych dóbr. Co więcej, wprowadzenie kryterium innego niż cenowe wymaga dogłębnej znajomości rynku i przeprowadzenia licznych symulacji, pozwalających stwierdzić, czy aby na pewno zawsze największa suma punktów z różnych kryteriów będzie faktycznie prowadziła do wyboru oferty najkorzystniejszej. Nie brakuje bowiem przypadków oferowania np. absurdalnie długich terminów gwarancji (99 lat) i podobnych manipulacji kryteriami, co skutkuje wyborem oferty z wyższą niż konkurencja ceną i do tego wcale nie korzystniejszej technicznie. Ustawa p.z.p., dostosowując się do dyrektywy nr 2004/18/WE, wskazuje przykładowy katalog kryteriów, których można użyć

---

<sup>258</sup> Art. 2 pkt 5 p.z.p.

<sup>259</sup> Cf. J. Dolecki, *Zamówienia publiczne – efektywny instrument prawny czy biurokratyczna procedura*, Urząd Zamówień Publicznych 2009, s. 30, podobnie S. Wikariak, *Tanie oferty nie zawsze najlepsze dla inwestycji*, Rzeczpospolita 16.07.2009 r.

do oceny ofert: jakość, funkcjonalność, parametry techniczne, zastosowanie najlepszych dostępnych technologii w zakresie oddziaływania na środowisko, koszty eksploatacji, serwis oraz termin wykonania zamówienia<sup>260</sup>. Należy zwrócić uwagę na ogólnikowy charakter tych określeń. Z całą pewnością nie można ich stosować bezpośrednio, ponieważ w tak ogólnym brzmieniu nie realizowałyby zadań, które mają wypełnić.

Powyższe uwagi prowadzą do konkluzji, że cena oferty, przy prawidłowo sporządzonym opisie przedmiotu zamówienia, może prowadzić do wyboru oferty faktycznie najkorzystniejszej, natomiast liczba kryteriów innych niż cena nie gwarantuje wysokiej jakości nabywanych dóbr. Nie ma prostego przełożenia między liczbą kryteriów i jakością nabywanych dóbr, lecz każdy przypadek winien być badany indywidualnie, ze szczególnym uwzględnieniem przedmiotu zamówienia.

Dla problematyki kryteriów oceny ofert istotny jest również aspekt ochrony uczciwej konkurencji – kryterium ma za zadanie uczynić czytelnymi i przewidywalnymi działania zamawiającego. Wykonawca, opierając się na ujawnionych w ogłoszeniu lub dokumentacji postępowania kryteriach, powinien mieć jasność co i w jakim stopniu będzie wpływało na wybór jego oferty jako najkorzystniejszej. Z tego względu w doktrynie mówi się często o konieczności obiektywizacji kryteriów wyboru oferty<sup>261</sup>. Obiektywizacja winna być rozumiana w dwóch aspektach: od strony wykonawców powinno to oznaczać, że będą mogli już w trakcie przygotowywania ofert określić, jakie cechy oferty są preferowane i umożliwiają uzyskanie większej liczby punktów, a jakie mniejszej, co umożliwi im rozważenie najkorzystniejszej z ich punktu widzenia kombinacji ceny i pozostałych, ocenianych cech oferty. Z perspektywy zamawiającego obiektywizacja oznacza, że musi on być związany regułami określonymi w dokumentacji postępowania i realizować je wprost, bez pozostawiania miejsca na subiektywne opinie osób oceniających, np. członków komisji przetargowej.

A zatem, aby kryterium można było uznać za obiektywne, powinno ono uczynić czytelnym proces oceny zarówno ze strony wykonawcy, informując go o preferowanych cechach oferty, jak i zamawiającego, wiążąc go ścisłymi i jednoznacznymi regułami oceny ofert. Innymi słowy, punkt odniesienia do dokonywania oceny, dla zagwarantowania zachowanie uczciwej konkurencji, winien być tak ustalony, aby ocena nie miała charakteru indywidualnego i subiektywnego, lecz była prostym przeniesieniem mierzalnych parametrów oferty (np. cena, termin realizacji, częstotliwość pracy procesora komputerowego) na liczbę punktów. Wszelkie odstępstwo od obiektywizmu niweluje skuteczność mechanizmów ochronnych zaimplementowanych w ustawie p.z.p. i tym samym godzi w interes publiczny. Co prawda można dopuścić

---

<sup>260</sup> Art. 91 ust. 2 p.z.p.

<sup>261</sup> Na tym stanowisku stoją wszyscy autorzy komentarzy do ustawy Prawo zamówień publicznych, np. G. Wicik, P. Wiśniewski, J. Pieróg, M. Płużański *et al.*



hipotetyczną sytuację, w której arbitralna decyzja zamawiającego, bazująca na nieprecyzyjnych kryteriach oceny ofert, ochroni interes publiczny, gdyż wyeliminuje ofertę zawierającą produkt o złej jakości. Jednakże ryzyko związane z upowszechnieniem praktyki arbitralnych decyzji jest ogromne, gdyż podważa sens istnienia mechanizmów ochronnych, skoro w kluczowym momencie procedury, obejmującej wybór oferty najkorzystniejszej, pozostawia swobodę decyzyjną zamawiającemu, w miejsce związania go obiektywnymi regułami wyartykułowanymi już od momentu wszczęcia postępowania.

O konieczności obiektywizacji kryteriów oceny ofert wypowiedział się Trybunał Sprawiedliwości, który stwierdził, że kryteria oceny ofert nie mogą być dowolne i uznaniowe, dające zamawiającemu nieograniczoną swobodę arbitralnego wyboru oferty, lecz muszą być sformułowane obiektywnie i odnosić się wyłącznie do przedmiotu zamówienia. Ponadto kryteria powinny być opisane wystarczająco szczegółowo, nie wystarczy ogólne wskazanie „oferta najkorzystniejsza” lub odesłanie do przepisów krajowych<sup>262</sup>. Analogicznie orzekła Krajowa Izba Odwoławcza, stwierdzając, że oprócz art. 91 ust. 2 nieobiektywność kryterium może naruszyć art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, dotyczący uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców w postępowaniu. Wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego powinni mieć możliwość uczciwego konkurowania między sobą, a nieobiektywne kryteria powodują rozbieżności i możliwość oferowania swoich usług w sposób naruszający tę zasadę<sup>263</sup>. Podobnie orzekł dawny Zespół Arbitrów: „Zamawiający nie określił, co rozumie pod pojęciem jakości, dopuścił, więc do dowolności w ocenie jakości przez członków komisji (...). Takie postępowanie stanowi naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy – Prawo zamówień publicznych i uniemożliwia obiektywną ocenę oferowanego produktu”<sup>264</sup>.

Znaczenie kryteriów oceny ofert wyraża się więc nie tylko w stymulowaniu wyboru oferty najkorzystniejszej. Dotyczy ono również stworzenia pewności prawnej, przejrzystych reguł dla wszystkich wykonawców, przewidywalności czynności zamawiającego. Prawo zamówień publicznych nie wprowadza natomiast, wbrew temu, co może sugerować ustawowy termin „oferta najkorzystniejsza”, prawnego mechanizmu, który doprowadziłby w sposób automatyczny do wyboru takiej oferty, która najlepiej odpowiada zarówno potrzebom zamawiającego, jak i realizacji interesu publicznego. To, czy wybrana na podstawie przyjętych kryteriów oferta będzie faktycznie najkorzystniejsza, czy w najlepszym stopniu zaspokoi interes publiczny rozumiany jako racjonalne wydatkowanie środków, zależy od zamawiającego i tego, jakie kryteria przyjmie.

---

<sup>262</sup> Orzeczenie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z dn. 20 września 1988 r. (sygn. C-31/87 Beentjes).

<sup>263</sup> Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dn. 07 grudnia 2007 r. (sygn. KIO/UZP 1386/07).

<sup>264</sup> Wyrok Zespołu Arbitrów z dn. 28 czerwca 2007 r. (sygn. UZP/ZO/0-746/07).

W postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego cena zawsze musi stanowić jedno z kryteriów oceny ofert. Nie bez powodu zakłada się bowiem, że to, ile należy zapłacić za ofertę w absolutnej większości przypadków stanowi istotny element, mający wpływ na decyzję i stanowi ważny element racjonalizacji wydatków publicznych. Podkreślić jednak trzeba, że ustawodawca nie określił minimalnej wagi, jaką można przypisać cenie. Tym samym obowiązek obecności ceny jako jednego z kryteriów jest w gruncie rzeczy fikcyjny, gdyż niezwykle łatwo zmarginalizować go, przypisując minimalną wagę (1% albo ułamek procenta).

Istnieją sytuacje, w których prawny brak możliwości używania kryteriów subiektywnych w ocenie ofert może negatywnie wpływać na interes publiczny, skutkując nabyciem dóbr niepożądanych. Co do zasady zgodzić się należy, że jedynie obiektywizm dokonywanej oceny jest gwarancją poprawnego funkcjonowania mechanizmów ochronnych ustawy p.z.p. Nie zmienia to jednak faktu ogromnych trudności w zakupie dóbr, w przypadku których trudno podczas oceny posługiwać się wyłącznie obiektywnymi kryteriami. Jako przykład może posłużyć zakup kawy albo herbaty. Przy posiadaniu stosownej wiedzy można opisać tak parametry nabywanych używek, że spełnią one wysokie wymagania odnośnie do jakości, ale nawet produkty o identycznej jakości z punktu widzenia stosownych norm mogą mieć odmienny smak, który będzie czynił je produktami o nierównoważnym charakterze. Innym przykładem są kalendarze, które wprawdzie można częściowo opisać za pomocą parametrów technicznych, ale względem których, w świetle obowiązujących przepisów, niemożliwe jest zastosowanie kryterium takiego jak estetyka. Walory estetyczne mogą mieć też znaczenie np. w wypadku tak powszechnego we wszystkich instytucjach dobra, jakim są meble biurowe. Również i tutaj możliwe jest sparametryzowanie opisu przedmiotu zamówienia, ale pewne niemierzalne aspekty, jak wspomniana estetyka, pozostają poza legalnymi możliwościami oceny przez zamawiającego.

Powyzsza trudność wydaje się mieć nieusuwalny charakter, gdyż jak wspomniano wcześniej, subiektywizm w ocenie narusza fundamenty systemu prawnego zamówień publicznych, otwierając furtkę dla dowolności, arbitralności i związanych z tym nadużyć. Jedyнным, co można znaleźć na usprawiedliwienie istniejącego stanu rzeczy, jest fakt, że w większości opisywana trudność nie rzutuje w sposób istotny na interes publiczny. Ustawodawca przewidział również szczególne przypadki, w których zamawiający jest zwolniony zarówno ze sformalizowanych reguł opisywania przedmiotu zamówienia, jak i obiektywizmu w ocenie ofert.

## 5. Przewlekłość procedur udzielania zamówień publicznych

W procesie wydatkowania środków publicznych czas odgrywa niezwykle istotną rolę. Dla podmiotów objętych rygiorem przepisów o finansach publicznych liczy się m.in. terminowe wydawanie środków. Zgodnie z art. 181 ust. 1 u.o.f.p., zasadą w wydatkowaniu środków publicznych jest, że niezrealizowane kwoty wydatków budżetu państwa wygasają z upływem roku budżetowego. Zasada roczności wydatków budżetowych oznacza, że kwoty wydatków, które nie zostały wykorzystane przed upływem roku budżetowego, wygasają, co oznacza wygaśnięcie uprawnień danej jednostki do dokonania wydatku w wysokości kwoty, która nie została dotychczas wykorzystana<sup>265</sup>.

Termin realizacji ma też oczywiste znaczenie dla interesu publicznego – realizacja inwestycji w wyznaczonym terminie pozwala na zaspokojenie bez zbędnej zwłoki istotnych potrzeb publicznych, jak nowa droga, most, szkoła. W większości przypadków w interesie publicznym będzie leżała nie tylko terminowość, czyli realizacja inwestycji zgodna z uprzednio stworzonym planem, ale również realizacja możliwie szybka. Wielokrotnie bowiem zdarza się, że władze podejmują decyzje o inwestycjach w sytuacjach, w których są one konieczne do natychmiastowej realizacji i każdy dzień bezczynności grozi niepożądanymi konsekwencjami.

Niestety, procedury udzielania zamówień publicznych, szczególnie tych o dużych wartościach, są niezwykle czasochłonne. Statystyki czasu potrzebnego na udzielenie zamówień za rok 2009 dla postępowań o wartości przewyższającej kwoty, o których mowa w art. 11 ust. 8 p.z.p., są następujące:

**Tabela 1. Statystyki czasu potrzebnego na udzielenie zamówień (2009 rok)**

tryb zamówienia	Średni czas trwania postępowania (w dniach)		
	roboty budowlane	dostawy	usługi
przetarg nieograniczony	123	104	76
przetarg ograniczony	253	102	111
negocjacje z ogłoszeniem	241	284	197
dialog konkurencyjny	135	229	224

Źródło: Sprawozdanie z funkcjonowania systemu zamówień publicznych w 2010 roku, Urząd Zamówień Publicznych, s. 24.

Jak nietrudno zauważyć, przeciętny czas trwania postępowania na roboty budowlane, prowadzonego w najpopularniejszym trybie przetargu nieograniczonego, wynosi 4 miesiące a dla dostaw – ponad 3 miesiące.

<sup>265</sup> A. Borodo, *Polskie prawo finansowe – zarys ogólny*, Toruń 2005, s. 67.

Co więcej, wszczęcie procedury wiąże się także ze stworzeniem stanu niepewności względem terminu zawarcia umowy – w praktyce nie można go przewidzieć nie tylko odnośnie do daty dziennej, ale nawet miesiąca zawarcia. Wprawdzie przepisy o zamówieniach publicznych zawierają pewne mechanizmy mające za zadanie dynamizować poszczególne etapy procedury, ale ogólny bilans czyni zamówienia procedurą czasochłonną i nieprzewidywalną odnośnie do terminu zawarcia umowy.

Ilustracją dla zawartych powyżej tez zostanie uczyniony przetarg nieograniczony, jako najczęściej stosowana procedura, szczególnie dla dużych inwestycji. Zgodnie z obowiązującymi przepisami, termin składania ofert dla postępowań o znaczącej wartości wynosi minimum 40 dni. Czas ten jest podyktowany zapewnieniem zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, gdyż nadmierne skrócenie terminu mogłoby stać się narzędziem eliminacji części podmiotów – zbyt krótki termin na przygotowanie i złożenie ofert premiowałby tych wykonawców, którzy wcześniej od pozostałych powzięli informację o postępowaniu, np. z nieformalnych źródeł. Jednakże już na tym etapie wykonawcy mają prawo do wnoszenia odwołań na działanie bądź zaniechanie zamawiającego. Efektem jest stan niepewności tak dużej, że w praktyce uniemożliwiający jakiegokolwiek prognozy dotyczące otwarcia ofert.

Od dnia publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich wykonawcy mają 10 dni na wniesienie odwołania. Wniesienie odwołania jest również możliwe po dokonaniu przez zamawiającego modyfikacji SIWZ albo udzieleniu odpowiedzi na pytania wykonawców. Krajowa Izba odwoławcza ma 15 dni na rozpoznanie odwołania, z tym, że jest to jedynie termin instrukcyjny i może być przekroczony bez żadnych sankcji dla KIO. Odpisy wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze wraz z uzasadnieniem doręcza się w terminie 3 dni. W ciągu 7 dni od dnia doręczenia orzeczenia Izby można wnieść skargę do sądu, który ma na rozpoznanie sprawy miesiąc. Identyczna procedura może się ponownie pojawić w przetargu, tym razem po ogłoszeniu wyboru oferty najkorzystniejszej, odrzuceniu ofert i wykluczeniu wykonawców. Do tego trzeba jeszcze doliczyć termin związania ofertą, wykorzystywany przez zamawiających na badanie i ocenę ofert, który maksymalnie wynosi 90 dni z możliwością przedłużenia o kolejnych 60.

Należy zatem zauważyć, że jednym z czynników wpływających na czasochłonność i nieprzewidywalność procedur przetargowych jest ograniczenie interesu publicznego kosztem interesów prywatnych, w postaci zapewnienia szerokiego dostępu do procedur odwoławczo-skargowych. To właśnie ten element szczególnie rzutuje na tempo prowadzonych postępowań. Powstaje jednak pytanie, czy przeciwne założenie systemowe, pozbawiające możliwości dochodzenia swojego prywatnego interesu a pozostawienie kontroli nad prawidłowością procedur w rękach organu państwowego, byłoby dla interesu publicznego korzystne? Wydaje się, że przede wszystkim z racji skali przeprowadzanych postępowań konieczne byłoby stworzenie ogólnokrajowej sieci

placówek prowadzących kontrole prowadzonych postępowań, co wiązałoby się z ogromnymi wydatkami. Nie wydaje się bowiem możliwe, aby Urząd Zamówień Publicznych w obecnym kształcie podołał obowiązkowi obligatoryjnych kontroli na szeroką skalę. Teoretycznie można też rozważyć zwiększenie zakresu obowiązków i skali działania innych organów kontroli, jak Najwyższa Izba kontroli czy Regionalne Izby Obrachunkowe. Pamiętać jednak należy, że kontrola następcza mogłaby w wielu przypadkach jedynie stwierdzać naruszenia i ewentualnie wnioskować o nałożenie stosownych kar, gdyż zamówienia byłyby już zrealizowane, natomiast kontrola uprzednia, prowadzona przed zawarciem umowy o udzielenie zamówienia publicznego, również byłaby czasochłonna i przedłużała całą procedurę.

Pamiętać również trzeba, że efektywna kontrola zamówień publicznych na szeroką skalę wymagałaby urzędników o wyjątkowo wszechstronnej wiedzy, gdyż wiele uchybień w zamówieniach publicznych wiąże się ściśle ze sposobem opisu przedmiotu zamówienia a stwierdzenie tego typu uchybień bez wiedzy specjalistycznej jest praktycznie niemożliwe. Oprócz tego pozostawienie wydatkowania środków publicznych bez szerokiej kontroli organów państwowych, ewentualnie, tak jak jest obecnie, bez szerokich uprawnień do dochodzenia swoich praw przez wykonawców, wydaje się rażąco godzić w interes publiczny. Dlatego uznać należy, że wykonawcy, którzy niejednokrotnie swoimi odwołaniami i skargami przedłużają procedury, jednocześnie pełnią funkcję, w sposób pośredni rzecz jasna, użyteczną publicznie. Ich specjalistyczna wiedza pozwala ujawniać nieprawidłowości dotyczące przedmiotu zamówienia, np. ograniczające zasadę uczciwej konkurencji. Nieprawidłowości te są sygnalizowane jeszcze przed zawarciem umowy i albo likwidowane przez zamawiającego, albo przez Krajową Izbę Odwoławczą w efekcie wyroku stanowiącego konsekwencję arbitrażu.

Drugim nieprzewidywalnym elementem w procedurze udzielania zamówień publicznych są pytania ze strony wykonawców dotyczące dokumentacji postępowania. Po upublicznieniu informacji o wszczęciu postępowania i umożliwieniu zapoznania się z dokumentacją przez wykonawców, może pojawić się bardzo duża liczba pytań, co wydłuża procedurę udzielenia zamówienia. Winne takim sytuacjom są nie tyle same procedury zamówień publicznych, co raczej niestaranne przygotowanie dokumentacji ze strony zamawiających. Duża liczba pytań, które w większych postępowaniach niejednokrotnie sięgają kilkuset i więcej, skutecznie wydłuża procedurę, zmuszając zamawiających do przekładania terminu składania ofert. Zdarzają się też przypadki celowego zadawania dużej liczby pytań, aby poprzez wywołane tym przesunięcie terminu otwarcia ofert zapewnić sobie więcej czasu na przygotowanie oferty. Tak więc interes publiczny, polegający na ochronie uczciwej konkurencji, przemawia za jak najszerszym dostępem wykonawców do informacji o postępowaniu, w tym szerokie możliwości zadawania pytań. Z drugiej strony, inna składowa interesu publicznego, racjonalność wydatkowania środków, a w szczególności

terminowość realizacji zadań, może klócić się z uprawnieniami do zadawania pytań, gdyż prowadzi do spowolnienia procedur zamówieniowych.

Także i w tym przypadku trudno wskazać proste rozwiązanie pozwalające przyspieszyć procedurę. Abstrahując od nadużyć prawa, polegających na zadawaniu bardzo wielu pytań celem wymuszenia przesunięcia terminu składania ofert i przygotowania sobie czasu na sporządzenie oferty, pytania w wielu przypadkach są po prostu konieczne dla prawidłowego przygotowania oferty. Pozbawienie wykonawców tego uprawnienia mogłoby skutkować zwiększeniem liczby składanych ofert niezgodnych z opisem przedmiotu zamówienia i tym samym zwiększyć liczbę unieważnianych postępowań z powodu braku ważnych ofert. Analogicznie zatem do poprzedniej sytuacji, ochrona pozycji wykonawców w praktyce sprzyja w sposób pośredni ochronie interesu publicznego, gdyż praktyka dowodzi, że zadawane pytania prowadzą często do identyfikacji nieprawidłowości merytorycznych w przedmiocie zamówienia i ich prostowania w drodze zmiany postanowień zawartych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Tak więc poprzez pytania może dojść do korekty przedmiotu zamówienia, nienależycie opisanego przez zamawiającego.

Podsumowując ten wątek rozważań, stwierdzić należy, że specyfika zamówień publicznych stwarza liczne przeszkody dla szybkiego procedowania. O ile bowiem racjonalność wydatkowania środków wymaga skracania czasu potrzebnego na procedury związane z przygotowaniem i przeprowadzaniem postępowania, o tyle konieczność zapewnienia uczciwej konkurencji między wykonawcami wymusza zapewnienie szerokiego dostępu do informacji związanych z zamówieniami publicznymi. To z kolei oznacza, że dla zachowania uczciwej konkurencji (a także dla ochrony interesów prywatnych) trzeba zagwarantować wykonawcom ustawowo czas niezbędny na powzięcie wiadomości o wszczęciu postępowania, wyjaśnieniu problemów związanych z nieprecyzyjnymi postanowieniami dokumentów dotyczących zamówienia, a także skorygowania w drodze procedury odwoławczo-skargowej wadliwych czynności zamawiających. Skrócenie ustawowych terminów na dokonywanie poszczególnych czynności z całą pewnością przyspieszyłoby proces inwestycyjny, racjonalizując wydatkowanie środków publicznych w aspekcie terminowości, ale jednocześnie mogłoby zagrozić uczciwej konkurencji. Zbyt krótki czas dany wykonawcom, potrzebny na zdobycie informacji i podjęcie działań korygujących ewentualne nieprawidłowości, sprawiłby, że ich uprawnienia w zakresie pozyskiwania informacji, wyjaśnień i odwołań stałyby się iluzoryczne.

## 6. Podsumowanie

Trudno jednoznacznie odpowiedzieć na pytanie, czy rozwiązania prawne odnoszące się do wyboru oferty najkorzystniejszej, w pełni chronią interes publiczny. Patrząc z perspektywy ochrony interesu publicznego, polegającego na racjonalnym wydatkowaniu środków publicznych, trzeba powiedzieć, że

uregulowania mające doprowadzić do oferty najkorzystniejszej posiadają czy-  
sto instrumentalny charakter i w żadnej mierze nie gwarantują, że nabyte  
w drodze zamówienia publicznego dobro będzie najkorzystniejsze spośród  
oferowanych. Prawo zamówień publicznych nie zawiera praktycznie żadnych  
uregulowań, które samoistnie kierowałyby tok postępowania w stronę wyboru  
oferty w najlepszy sposób realizującej zadania publiczne zamawiającego i naj-  
korzystniejszej pod względem ekonomicznym. Osiągnięcie efektu w postaci  
zaspokojenia poprzez zamówienie publiczne interesu publicznego w możliwie  
najwyższym stopniu, zależy tylko i wyłącznie od zamawiającego.

Oprócz tego podkreślić należy, że zamówienia publiczne nie tylko nie pro-  
wadzą samoistnie do wyboru oferty najlepiej realizującej interes publiczny,  
ale w wielu przypadkach mogą utrudnić realizację tego celu. Dzieje się tak  
z kilku przyczyn. Pierwszą i prawdopodobnie najważniejszą jest fakt, że skła-  
dową interesu publicznego, realizowanej przez zamówienia publiczne, jest nie  
tylko maksymalizowanie racjonalności wydatków, ale również ochrona uczci-  
wej konkurencji i wprowadzenie mechanizmów antykorupcyjnych. Niestety, te  
składowe interesu publicznego pozostają dość często we wzajemnym konflik-  
cie, gdyż istnieje wiele sytuacji, w których zamawiającym zależy na zawężeniu  
zakresu produktów, które w drodze zamówienia publicznego mają zostać  
nabyte, podczas gdy zachowanie uczciwej konkurencji wymaga rozszerzania  
zakresu potencjalnie nabywanych dóbr. Także mechanizmy antykorupcyjne,  
wprowadzając wiele przepisów bezwzględnie obowiązujących w zakresie spo-  
sobu dojścia do wyboru oferty w postępowaniu, czynią to kosztem racjonal-  
ności procesu wydatkowania środków.

Opisywane trudności są obecne na wszystkich etapach procesu, mają-  
cego w założeniu skutkować wyborem najkorzystniejszej oferty. Problemy są  
widoczne już na etapie szacowania wartości zamówienia, gdyż brak precyzji  
uregulowań umożliwia obchodzenie przepisów za pomocą manipulowania war-  
tością szacunkową zamówienia i koszyka dóbr w konkretnym postępowaniu.

Rozwiązania prawne regulujące sposób opisywania przedmiotu zamówienia  
również nie w pełni zabezpieczają interes publiczny. W przepisach widoczne  
są próby obiektywizacji czynności opisu przedmiotu zamówienia tak, aby  
umożliwić każdemu z potencjalnych wykonawców ubieganie się o udzielenie  
zamówienia na takich samych zasadach. Dążenie do zobiektywizowania  
opisu przedmiotu zamówienia poprzez jego jednoznaczność i wyczerpujący  
charakter prowadzi do trudności ze strony zamawiających we właściwym  
wyartykułowaniu swoich potrzeb. Wobec braku rozróżnienia odnoszącego się  
do opisywanego przedmiotu, wymusza się posiadanie wiedzy specjalistycznej  
w praktycznie każdym segmencie rynku. Efektem jest zjawisko nabywania  
dóbr niskiej jakości w takich segmentach rynku jak materiały biurowe, meble  
biurowe, produkty spożywcze itp. Sytuacja przypomina postawienie wymogu  
konsumentowi, aby idąc do sklepu, zamiast sięgać po konkretne produkty na  
półce, musiał znać skład chemiczny mydła, budowę kalkulatora, normy jako-  
ściowe kawy i recepturę kleju. Właśnie z takimi problemami muszą borykać

się zamawiający i, co trzeba podkreślić, najczęściej nie radzą sobie właściwie, opisując przedmiot zamówienia tak ogólnie, że nabywają najtańszy i najgorszy produkt na rynku, bądź wprost wskazując na producenta, czym dla odmiany łamią prawo.

Pomimo niejednokrotnie wygórowanych wymagań odnoszących się do sposobu opisu przedmiotu zamówienia publicznego, obowiązujące przepisy nie eliminują całkowicie zjawiska tworzenia opisu przedmiotu zamówienia w sposób dyskryminujący niektórych uczestników obrotu gospodarczego. Można bowiem opisać przedmiot zamówienia za pomocą prawnie wymaganych norm technicznych, ale w sposób, który wskaże np. na produkt określonej firmy.

Do nieco bardziej optymistycznych wniosków skłania analiza rozwiązań dotyczących badania ofert. Na aprobatę zasługuje zwłaszcza, przyjęta po kilkunastu latach niekorzystnych dla interesu publicznego uregulowań, możliwość poprawiania w ofertach wykonawców omyłek niepowodujących istotnych zmian w treści. W pozostałym zakresie należy stwierdzić, że prawidłowość procesu badania ofert jest w dużej mierze uzależniona od kompetencji zamawiającego. Ustawodawca wyposażył zamawiających w stosunkowo obszerny zestaw narzędzi analizy ofert, takich jak możliwość żądania dokumentów dotyczących właściwości przedmiotu zamówienia czy możliwość żądania wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Można powiedzieć, że w świetle obowiązujących przepisów nie ma problemu z niedostatkiem rozwiązań, które pozwolą zweryfikować zgodność treści oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, natomiast istnieje problem ich nadużywania i niedostatecznych kompetencji osób badających oferty.

Analiza kryteriów oceny ofert prowadzi do wniosku, że również i w tym przypadku uregulowania samoistnie nie promują wyboru oferty najkorzystniejszej, gdyż racjonalność kryteriów, które doprowadzą do wyboru oferty faktycznie najkorzystniejszej, zależy wyłącznie od zamawiającego.

Uwzględniając zatem kluczową rolę racjonalności wydatków i zasadę uczciwej konkurencji, jako wartości składających się na interes publiczny, trzeba stwierdzić, że interes ten jest realizowany przez przepisy o zamówieniach publicznych jedynie częściowo. Ze wskazanych powyżej wartości, zdecydowanie większy nacisk jest położony na ochronę uczciwej konkurencji. Dowodzi tego stopień szczegółowości uregulowań odnoszących się do procesu wyboru oferty najkorzystniejszej, które przede wszystkim kreują prawne otoczenie, wyznaczają formalne reguły zachowań podmiotów uczestniczących w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, determinują czynności podmiotów w określonych sytuacjach, a zatem skupiają się na aspektach czysto formalnych, pomijając aspekt jakości nabywanych dóbr, kluczowy dla racjonalności wydatków. Formalny rygoryzm, żeby nie powiedzieć biurokratyzm, stworzony przez regulacje odnoszące się do wyboru oferty w postępowaniu, ma za zadanie standaryzować terminologię używaną w procesie udzielania zamówienia publicznego i zachowania podmiotów. Chodzi o to, aby, na ile to



tylko możliwe, eliminować wszelką dowolność, nieprzewidywalność, nieczytelność procedur, które mogłyby zostać wykorzystane do dyskryminowania jednych wykonawców kosztem innych.

Okazuje się więc, że ochrona konkurencji i racjonalność wydatków w przypadku zamówień publicznych ujawniają wiele punktów, w których następuje kolizja tych wartości. Zabezpieczenia, mające za zadanie chronić uczciwą konkurencję, są jednocześnie przeszkodą w doprowadzeniu do wyboru oferty najkorzystniejszej, i to zarówno na etapie opisu przedmiotu zamówienia, badania, jak i oceny ofert. Im bardziej ustawodawca stara się stworzyć prawne gwarancje ochrony uczciwej konkurencji, poprzez wyznaczanie sztywnych reguł postępowania zamawiającym i wykonawcom, tym więcej przeszkód tworzy się dla racjonalności wydatków.

Pierwszą, zasadniczą przeszkodą na drodze racjonalności wydatków jest czas – rozwiązania związane z dostępem do informacji, z udzielaniem wyjaśnień, z dochodzeniem swoich praw przed Krajową Izbą Odwoławczą, są szalenie czasochłonne. Sztywne reguły, odnoszące się do postępowania zamawiających ze złożonymi ofertami, mogą także prowadzić do eliminacji korzystnych ekonomicznie czy technicznie propozycji. Może się okazać, że uchybienia formalne w postaci niezłożenia danego dokumentu na czas albo złożenie podpisu przez nieuprawnioną osobę trwale eliminują oferty, które z perspektywy ekonomicznej i technicznej są najkorzystniejsze.

Istnieje również inny aspekt zagadnienia realizacji interesu publicznego, dotyczący zamawiających. Te sfery, w których zamawiającym pozostawiono swobodę w zakresie doboru narzędzi prowadzących do wyboru oferty, obfitują w nadużycia, przejawiające się przede wszystkim w nadmiernej biurokratyzacji procedur wyrażającej się w nieuzasadnionym merytorycznym żądaniu dokumentów. Nie jest zatem tak, że za patologie w zamówieniach publicznych odpowiadają jedynie niewłaściwe przepisy. Wiele do życzenia pozostawia również zachowanie zamawiających, którzy nieumiejętnie korzystają z uprawnień i swobody wyboru, przyznanych im przez przepisy o zamówieniach publicznych. Zjawisko nieumiejętnego korzystania z uprawnień przez zamawiających budzi uzasadnione obawy odnośnie do tego, czy prostą receptą na poprawę efektywności procedur o udzielenie zamówienia publicznego jest poszerzenie sfery swobód zamawiających np. w zakresie opisu przedmiotu zamówienia. Wydaje się, że powinien to być proces stopniowy, ewolucyjny, monitorowany przez uprawnione organy, gdyż obecne zachowania zamawiających, ilustrowane choćby poprzez treść wyroków Krajowej Izby Odwoławczej, świadczą, że nie są oni gotowi na dużą dozę swobód w sferze kształtowania warunków postępowania.

# Znaczenie unormowań w zakresie umów dla interesu publicznego

## 1. Umowa w zamówieniach publicznych

Legalna definicja zamówienia publicznego określa je mianem umowy odpłatnej, zawieranej między zamawiającym a wykonawcą<sup>266</sup>, co akcentuje znaczenie umowy w postępowaniu o udzielanie zamówienia publicznego. Zawarcie umowy stanowi jedną z najważniejszych, jeśli nie najważniejszą, czynność w postępowaniu. Znaczenie umowy w procesie udzielania zamówienia wynika z faktu, że obejmuje ona zgodne oświadczenie woli zamawiającego i wykonawcy, dotyczące wzajemnego spełniania świadczeń. Z czynnością tą związane są więc dwie doniosłe konsekwencje: po pierwsze, stanowi ona podstawę do wydatkowania środków publicznych a po drugie, skutkuje spełnieniem świadczenia przez wykonawcę na rzecz zamawiającego, co prowadzi do nabywania dóbr, które w sposób pośredni lub bezpośredni zaspokajają potrzeby publiczne. Unormowania dotyczące umów zawieranych w procesie udzielania zamówień publicznych mają więc duże znaczenie dla interesu publicznego. Proces udzielania zamówień publicznych nie kończy się bowiem na wyborze oferty, ale w praktyce dopiero na wzajemnym wywiązaniu się stron umowy z ciążących na nich zobowiązań. Dlatego wszelkie wartości, które są składowymi interesu publicznego w procesie przygotowywania dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jego ogłoszenia oraz badania i oceny ofert, winny być przestrzegane również na etapie między wyborem oferty najkorzystniejszej a zawarciem umowy oraz na etapie realizacji umowy.

Umowa zawierana w efekcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest umową cywilną, ale charakteryzującą się licznymi ograniczeniami o publicznoprawnym charakterze. W opinii Joanny Wyporskiej-Frankiewicz umowa cywilna w czystej postaci nie nadaje się do realizacji stojących przed administracją zadań, trzeba ją dopiero dostosować do tego celu, a to dostosowanie następuje na drodze regulacji administracyjnoprawnej. Dlatego też niezbędne jest wprowadzenie ograniczeń, poprzedzających

---

<sup>266</sup> Art. 2 pkt 13 p.z.p.

wchodzenie podmiotów administracji w relacje majątkowe, w postaci procedury zamówień publicznych<sup>267</sup>.

Do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Oznacza to, że wołą ustawodawcy nie było wyodrębnienie samodzielnego typu umowy nazwanej, lecz jedynie wprowadzenie pewnych ograniczeń, podyktowanych potrzebą ochrony interesu publicznego, przy poszanowaniu kodeksowej typologii kontraktów cywilnoprawnych<sup>268</sup>. Badając cechy charakterystyczne dla umów zawieranych w efekcie zamówienia publicznego, należy wskazać na dużą częstotliwość występowania takich cech, jak to, że jedną ze stron jest podmiot publiczny, przedmiotem zamówienia może być zadanie publiczne, realizowane zadania urzeczywistniają interes publiczny. Ta ostatnia cecha znajduje szczególny wyraz w art. 145 p.z.p., który uprawnia zamawiającego do odstąpienia od umowy, jeśli jej wykonanie nie leży w interesie publicznym. Joanna Lemańska wskazuje, że umowa cywilna, jako prawna forma działania administracji, wykorzystywana jest do realizacji nałożonych na administrację zadań, co powoduje, że mamy do czynienia z podwójną regulacją prawną. Zawieranie umów przez podmioty administracji regulowane jest zarówno przepisami prawa cywilnego, jak i prawa administracyjnego. W oparciu o przepisy prawa cywilnego zbudowana jest sama konstrukcja tych umów, chociaż przepisy prawa administracyjnego znacznie ingerują w formę i treść konkretnej umowy. To z kolei pozwala na odróżnienie tych umów od innych, które są regulowane wyłącznie przepisami prawa cywilnego. Umowa cywilna będąca równocześnie prawną formą działania administracji różni się zatem od umów cywilnych, które nie mają takiego charakteru, przede wszystkim tym, że regulowana jest nie tylko przepisami prawa cywilnego, ale także przepisami prawa administracyjnego<sup>269</sup>.

Pomimo faktu objęcia umów przepisami Kodeksu cywilnego oraz kognicją sądów powszechnych wszelkich sporów wynikających z umów zawartych w efekcie zamówień publicznych, ograniczenia podyktowane ochroną interesu publicznego i cechy specyficzne są znaczące. A. Panasiuk wskazuje pięć zasadniczych cech umów o zamówienie publiczne. Są to:

- ograniczona możliwość swobody kontraktowania;
- brak szablonów i typizacji umów, poza pewnym stypizowaniem procesu prowadzącego do zawarcia umowy;
- zasada szczególnej pewności i bezpieczeństwa obrotu;
- przewaga umów krótkoterminowych;

---

<sup>267</sup> J. Wyporska-Frankiewicz, *Publicznoprawne formy działania administracji o charakterze dwustronnym*, Oficyna 2010, Lex 2.4.3, logowanie z dn. 02.03.2010.

<sup>268</sup> R. Szostak, Glosa do wyroku SN z dnia 10 kwietnia 2003 r., III CKN 1320/00, Lex, teza 1.

<sup>269</sup> J. Lemańska, *Umowa administracyjna a umowa cywilna*, (w:) *Institucje współczesnego prawa administracyjnego. Księga jubileuszowa Profesora zw. dra hab. Józefa Filipka*, Kraków 2001, s. 421–422.

- podwyższony standard staranności przy wykonywaniu umów<sup>270</sup>.

Konieczne jest jednak podkreślenie, że spośród wymienionych cech o znaczeniu ochronnym, jedynie pierwsza, to znaczy ograniczona możliwość swobody kontraktowania, znajduje swoje normatywne odzwierciedlenie w przepisach dotyczących zamówień publicznych. Pozostałe cechy to raczej efekt utrwalonej praktyki udzielania zamówień publicznych. Dlatego na plan pierwszy przy analizie cech szczególnych umów o udzielenie zamówienia publicznego wysuwają się ograniczenia w swobodzie kontraktowania.

W procesie analizy znaczenia dla interesu publicznego czynności zawarcia umowy i realizacji jej postanowień w zamówieniach publicznych jest konieczne uwzględnienie dwóch aspektów: rozwiązań mających gwarantować niezmienność postanowień umownych i rozwiązań zapewniających elastyczność postanowień umownych.

Konieczność zapewnienia rozwiązań gwarantujących niezmienność postanowień umownych jest skutkiem tego, że czynność zawarcia umowy stanowi efekt złożonej procedury selekcjonowania wykonawców i wyboru oferty najkorzystniejszej. Celem wyboru zdolnego do realizacji zamówienia wykonawcy i najkorzystniejszej oferty, a także dla zachowania reguł uczciwej konkurencji, poddaje się zamawiających i wykonawców licznym obowiązkom o publiczno-prawnym charakterze. Dowolność zmian zarówno w zakresie przedmiotu, jak i podmiotu zawartej umowy pozbawiłaby sensu całą procedurę zamówienia publicznego. Jaki bowiem byłby sens tego, że np. oferta, którą wybrano, była faktycznie najkorzystniejsza spośród złożonych, skoro w następstwie zmian umowy podwyższono by cenę albo obniżono jakość/ilość nabywanego dobra. Aby zatem utrzymać w mocy korzystne skutki przeprowadzenia procedury udzielenia zamówienia, konieczne jest stworzenie obostrzeń w zakresie możliwości dokonywania zmian w zawartej umowie. Jakakolwiek dowolność zmian umowy groziłaby możliwością wypaczenia wyniku prowadzonego postępowania. Dowolność w zakresie zmiany postanowień umownych może skutkować także nasileniem zjawisk korupcyjnych i innych sposobów deformowania wyników procedury przez wspólne działanie zamawiających i wykonawców. Nietrudno bowiem wyobrazić sobie sytuację, w której wykonawca składa ofertę najkorzystniejszą, ale wcześniej wchodzi w zmwowę z zamawiającym, który po wyborze oferty pozwoli mu np. na podwyższenie ceny oferty bądź obniżenie parametrów przedmiotu świadczenia. Dla interesu publicznego ważne jest też zapewnienie gwarancji zgodności realizowanej umowy ze zobowiązaniem zawartym w ofercie i zabezpieczenie przed sytuacjami, w których nierzetelny wykonawca zacznie realizować świadczenie o parametrach gorszych niż deklarowane.

Tak więc zagwarantowanie, że umowa zawarta w efekcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie będzie w sposób dowolny zmieniana, co do zasady leży w interesie publicznym. Są jednak dwa warunki, które muszą

---

<sup>270</sup> A. Panasiuk, *Publicznoprawne ograniczenia...*, s. 61.

być spełnione, aby powyższe stwierdzenie odpowiadało rzeczywistości: oferta wybrana w efekcie procedury o udzielenie zamówienia publicznego musi być najkorzystniejsza nie tylko z formalnego punktu widzenia (liczba zdobytych punktów), ale również faktycznie, natomiast cała procedura musi być przeprowadzona z poszanowaniem zasady uczciwej konkurencji. W takim przypadku w interesie publicznym będzie zachowanie wszystkich postanowień umownych w mocy przez cały czas obowiązywania umowy.

Z powyższych względów unormowania ustawy p.z.p. obejmują czynności związane zarówno z zawarciem umowy stanowiącej konsekwencję prowadzonego postępowania, jak i jej realizacją. Dopiero taka szerokość regulacji ustawowej może prawnie gwarantować realizację interesu publicznego. Założenie przeciwne, pozwalające na pełne urzeczywistnienie cywilistycznej zasady swobody umów, pozbawiałoby jakiegokolwiek sensu wszelkie dotychczas omawiane regulacje chroniące interes publiczny, ponieważ strony, poprzez zgodne oświadczenia woli, mogłyby dowolnie (w granicach prawa cywilnego) modyfikować treść i warunki świadczenia, odbiegając nawet znacznie od jego pierwotnych założeń.

Drugi aspekt, na który należy zwrócić uwagę badając realizację interesu publicznego w czynności zawarcia umowy i realizacji jej postanowień, wydaje się stać w sprzeczności do uprzednio omówionego. Aby bowiem uczynić zadość składowej interesu publicznego, jaką jest racjonalność wydatkowania środków publicznych, nie zawsze wystarczy zagwarantować niezmiennność postanowień umownych. Różnorodność i niestabilność czynników wpływających na warunki realizacji umowy, takich jak tempo zmian technologicznych, wahania parametrów rynkowych itp. sprawia, że nawet najlepsze w chwili zawierania umowy dla zamawiającego i dla interesu publicznego postanowienia umowy mogą z upływem czasu stać się niekorzystne. Postanowienie umowne, pierwotnie służące interesowi publicznemu, sprzyjające racjonalności wydatków publicznych, po zmianie okoliczności towarzyszących realizacji umowy mogą stać się powodem nieefektywnego wydawania publicznego grosza.

Powstaje zatem istotny problem: jak ukształtować instytucję umowy i jej zmian w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, aby w toku realizacji chronić postanowienia leżące w interesie publicznym, ale jednocześnie zachować niezbędną elastyczność.

Dla omawianej problematyki umów zawieranych w efekcie zamówień publicznych, kluczowe znaczenie mają artykuły 140 i 144 p.z.p. Próbuje one eliminować wszelkie elementy postępowania, które skutkowałyby nieprzewidywalnością i stanowiły zagrożenie dla uczciwej konkurencji. Art. 144 wprowadza kontrowersyjny wymóg przewidywania już na etapie tworzenia dokumentacji postępowania wszelkich zmian. Największe wątpliwości budzi kwestia wskazania istotnych zmian nieprzewidywalnych, gdyż siłą rzeczy prowadzi albo do powtórzenia w dokumentacji treści uchylonego swego czasu przepisu o dopuszczalności zmian nieprzewidywalnych (co w kontekście tego, że przepis o możliwości zmian został uchylony, może zostać uznane za postanowienie

sprzeczne z prawem), albo zmusza zamawiających do rozbudowanej kazuistyki i prób przewidzenia wszelkich okoliczności, które mogłyby skutkować koniecznością zmian w umowie. Jest to w dobie zmian technologicznych, kryzysu gospodarczego i innych tego typu fluktuacji po prostu nie do przyjęcia. Można odnieść wrażenie, że przepisy nie uwzględniają w dostatecznej mierze jednego z zasadniczych celów p.z.p., jakim jest racjonalne wydatkowanie publicznych pieniędzy. Trudności związane z nadmiernym usztywnieniem regulacji podkreśla się w piśmiennictwie, podnosząc, że treść przepisu powoduje ogromne komplikacje przy tworzeniu umów<sup>271</sup>. Elementy ochronne nie mogą stać w opozycji do realiów rynkowych i specyfiki różnorodnych zamówień, których udzielają zamawiający. Obowiązek przewidywania na etapie przygotowywania dokumentacji wszelkich możliwych zmian jest nadmiernym formalizmem i stawia wymóg nie do spełnienia, szczególnie gdy uwzględni się horyzont czasowy procedur, które niejednokrotnie trwają rok. Nie chroni on przed zamieszczeniem w dokumentacji klauzul ogólnych, stanowiących mniej lub bardziej dokładne powtórzenie uchylonego przepisu p.z.p. Nie zabezpiecza także przed bezprawnymi zmianami, gdyż za obowiązkiem przewidywania wszelkich warunków zmiany nie idzie jakakolwiek nowa instytucja kontrolna. Może on natomiast uderzać w interes publiczny w sytuacji, gdy zajdzie nieprzewidziana w dokumentacji i projekcie umowy zmiana. W takiej sytuacji stronom pozostanie jedynie skorzystanie z art. 357<sup>1</sup> Kodeksu cywilnego, który w sytuacji w której z powodu nadzwyczajnej zmiany stosunków spełnienie świadczenia jest połączone z nadmiernymi trudnościami albo grozi jednej ze stron rażąca strata, czego strony nie przewidywały przy zawarciu umowy, uprawnia sąd do oznaczenia sposobu wykonania zobowiązania, wysokości świadczenia lub orzeczenia o rozwiązaniu umowy. Oznacza to oczywiście dodatkowe procedury, dodatkowe koszty i stratę czasu, w miejsce elastycznego reagowania na zmiany.

Następnym zagadnieniem, związanym z analizą realizacji interesu publicznego przez przepisy o umowach, jest generalny nakaz zawierania umów na czas nieoznaczony. Istnieje kilka powodów dla tego unormowania. Zasadniczym powodem jest dążenie do zachowania uczciwej konkurencji i w związku z tym do możliwie obiektywnego opisu przedmiotu zamówienia. Umowa na czas nieoznaczony, z natury nie precyzująca czasu jej trwania, w przypadku świadczeń o charakterze okresowym albo ciągłym oznaczałaby praktycznie nieokreślony zakres zamówienia. Groziłoby to wszystkimi negatywnymi konsekwencjami, szczególnie zaś groźbą manipulowania informacjami o faktycznych zamiarach zamawiającego dotyczących czasu trwania umowy, niemożnością poprawnego skalkulowania ceny oferty i innymi, wynikającymi z niedookreślonego przedmiotu zamówienia. Możliwość wypowiedzenia umowy z wynikającym z Kodeksu cywilnego okresem wypowiedzenia stwarzałaby także stan

---

<sup>271</sup> P. Granecki, *Komplikacje związane z umową zamówienia publicznego*, Rzeczpospolita, 06.01.2009 r.

niepewności dla zamawiającego, który nie miałby gwarancji niezakłóconego świadczenia przez z góry określony czas. Wyjątek stworzono dla umów na dostawę: wody za pomocą sieci wodno-kanalizacyjnej lub odprowadzania ścieków do takiej sieci, energii elektrycznej z sieci elektroenergetycznej, gazu z sieci gazowej, ciepła z sieci ciepłowniczej, licencji na oprogramowanie komputerowe oraz usługi przesyłowe lub dystrybucyjne energii elektrycznej lub gazu ziemnego, które można zawierać na czas nieoznaczony<sup>272</sup>.

Przepisy przewidują również ograniczenie dla umów na świadczenia okresowe lub ciągłe, które co do zasady winny być zawierane na maksymalnie 4 lata. Dłuższy termin obowiązywania umowy jest możliwy, jeżeli wykonanie zamówienia w dłuższym okresie spowoduje oszczędności kosztów realizacji zamówienia w stosunku do okresu czteroletniego lub jest to uzasadnione zdolnościami płatniczymi zamawiającego lub zakresem planowanych nakładów oraz okresem niezbędnym do ich spłaty<sup>273</sup>. Jednakże fakt ten, jako mogący potencjalnie godzić w interes publiczny na skutek związania się zamawiającego niekorzystnymi warunkami umownymi na długi czas, został powiązany z obowiązkiem informacyjnym na rzecz Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych. Tym sposobem Prezes Urzędu, posiadając informacje o zawarciu tego typu umowy, może podjąć stosowne kroki w postaci kontroli, weryfikując, czy nie naruszono przepisów prawa.

## 2. Prawo odstąpienia od umowy

Regułą jest, że zamówienia publicznego udziela się w ściśle określonym celu, najczęściej dla zaspokojenia z góry oznaczonych potrzeb publicznych. Jeżeli postępowanie zostało przeprowadzone zgodnie z prawem, wybrana oferta była najkorzystniejsza spośród złożonych, a wykonawca należycie wywiązuje się ze zobowiązania, to w interesie publicznym leży, aby świadczenie wynikające z umowy było w całości zrealizowane. Strony nie mają, typowej dla obrotu prywatnoprawnego, pełnej swobody w znoszeniu stosunku prawnego wykreowanego na skutek przeprowadzonego postępowania. Wobec braku wyraźnego przepisu ograniczenie to wyprowadzić należy w drodze wnioskowania a *minori ad maius* z mającego charakter zakazujący art. 144 p.z.p. (dawniej art. 76 ustawy o zamówieniach publicznych). Jeśli bowiem zakazane są swobodne zmiany postanowień zawartej umowy o zamówienie publiczne, to tym bardziej nie wolno jej całkowicie znosić (rozwiązywać)<sup>274</sup>.

Instytucja prawna, która wprowadza wyjątek od zaprezentowanego powyżej rozwiązania, jest zawarta w art. 145 p.z.p. Zgodnie z tym przepisem, w razie

---

<sup>272</sup> Art. 143 ust. 1 i 1a p.z.p.

<sup>273</sup> Art. 142 ust. 2 p.z.p.

<sup>274</sup> R. Szostak, Głosa do wyroku SN z dnia 10 kwietnia 2003 r., III CKN 1320/00, Lex, teza 3.

zaistnienia istotnej zmiany okoliczności powodującej, że wykonanie umowy nie leży w interesie publicznym, czego nie można było przewidzieć w chwili zawarcia umowy, zamawiający może odstąpić od umowy w terminie 30 dni od powzięcia wiadomości o tych okolicznościach. Przepis ten ma charakter *iuris cogentis*, dlatego nie jest możliwe wyłączenie umowne tego uprawnienia zamawiającego.

Znaczenie tego unormowania dla problematyki poruszanej w niniejszej pracy jest nie do przecenienia. Przepis ten, jak mało który w p.z.p., ukazuje wysoką rangę interesu publicznego w procesie udzielania zamówień publicznych. Omawiane rozwiązanie ukazuje bowiem, że kluczowa dla całej procedury udzielania zamówienia czynność prawna, jaką jest zawarcie umowy, może zostać zniesiona, gdy wykonanie umowy nie leży w interesie publicznym. Prawo zamówień publicznych ustanawia zatem dodatkową, w stosunku do Kodeksu cywilnego, przesłankę rozwiązania umowy zawartej w efekcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W doktrynie jednomyślnie wskazuje się, że regulacja ta funkcjonuje obok istniejących w prawie cywilnym przypadków odstąpienia od umowy, takich jak np. umowne prawo odstąpienia<sup>275</sup>. Mamy zatem do czynienia ze specyficznym dla zamówień publicznych rozwiązaniem prawnym, które ma za zadanie ochraniać interes publiczny.

Wobec ustawowego zakazu jakichkolwiek nieprzewidzianych zmian w umowie, tego typu unormowanie ma za zadanie ochraniać interes publiczny, gdy na skutek niestaranności, niedbalstwa albo z powodu obiektywnych przyczyn zamawiający na etapie przygotowywania dokumentacji i prowadzenia postępowania nie przewidział wystąpienia okoliczności, które uczyniły realizację zamówienia niecelowym bądź szkodliwym z punktu widzenia interesu publicznego. Może jednak powstać wątpliwość, czy uprawnienia zamawiającego do rozwiązania umowy, wynikające z przepisów Kodeksu cywilnego, nie są wystarczającą gwarancją ochrony interesu publicznego na etapie wykonywania umowy. Wydaje się, że sens istnienia tego przepisu będzie zachowany jedynie wtedy, gdy zagrożenia dla interesu publicznego będą obejmowały takie sytuacje, które na gruncie prawa cywilnego nie dają prawa do wypowiedzenia bądź odstąpienia od umowy.

W świetle powziętych w rozdziale I pracy ustaleń, niezgodność z interesem publicznym może oznaczać wydatkowanie środków publicznych w sposób nieracjonalny, albo ustanie możliwości wypełniania zadania publicznego, które miało być realizowane umową. Dlatego w mojej ocenie prawo odstąpienia od umowy z uwagi na interes publiczny pozwala rozwiązać łączący zamawiającego i wykonawcę stosunek prawny, gdy w toku realizacji umowy okaże się, że np. na rynku pojawią się tańsze substytuty nabywanego dobra, gwałtowne załamanie na rynku wymusi oszczędności środków publicznych, a więc wszystkie te okoliczności, które na gruncie prawa cywilnego nie stanowiłyby jeszcze dostatecznych przesłanek do odstąpienia od umowy albo jej wypowiedzenia.

---

<sup>275</sup> Tak: G. Wicik i P. Wiśniewski, J. Pieróg, M. Płużański.



Pogląd przeciwny, utożsamiający umowne odstąpienie od umowy ze względu na interes publiczny z odstąpieniem na podstawie KC sprawiłby, że art. 145 byłby jedynie pozbawionym sensu powtórzeniem przepisów prawa cywilnego.

Należy przy tym wskazać na odrębność odstąpienia od umowy na podstawie art. 145 p.z.p. i odstąpienia obecnego w nauce prawa cywilnego, które co do zasady znosi stosunek prawny z mocą wsteczną<sup>276</sup>. Wprawdzie pogląd odnośnie do art. 145 p.z.p., traktujący go jako znoszący stosunek prawny z mocą wsteczną, prezentuje m.in. Urząd Zamówień Publicznych w wydanej przez siebie publikacji<sup>277</sup>. Na szczęście, część przedstawicieli doktryny bierze pod uwagę podczas procesu wykładni również brzmienie ust. 2 art. 145 p.z.p. stanowiącego, że wykonawca może żądać wyłącznie wynagrodzenia należnego z tytułu wykonania części umowy<sup>278</sup>. Możliwość żądania wynagrodzenia należnego z tytułu wykonania części umowy oznacza, że na skutek wypowiedzenia na podstawie art. 145 p.z.p. stosunek prawny nie jest zniesiony z mocą wsteczną, gdyż w przeciwnym razie strony byłyby zobowiązane zwrócić sobie wszelkie świadczenia. To z kolei pozwala na mocy omawianego przepisu dokończyć również czynności odstąpienia od umowy *ex nunc*.

### 3. Nieważność umowy

Ponieważ postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego ma prowadzić do zawarcia umowy, sankcja w postaci jej nieważności stanowi jedną z najpoważniejszych możliwych konsekwencji. Celem enumeracji przypadków, w których zachodzi nieważność umowy jest stworzenie mechanizmu eliminującego zobowiązania, które na skutek różnego rodzaju nieprawidłowości mogłyby naruszać w pierwszym rzędzie interes publiczny, jak i interesy prywatne. Szerzej na temat motywów tak drastycznych sankcji dotyczących zawartych z naruszeniem prawa umów mówi się w dyrektywie 2007/66/WE z dnia 11 grudnia 2007 r.<sup>279</sup> W pkt 13 dyrektywa wskazuje, że dla zwalczania bezprawnego udzielania zamówień, które zostało uznane przez Trybunał Sprawiedliwości za najpoważniejsze naruszenie prawa wspólnotowego w dziedzinie zamówień publicznych ze strony zamawiającego, należy przewidzieć skuteczne, proporcjonalne i odstraszające sankcje. Dlatego umowa zawarta na podstawie bezprawnego, bezpośredniego udzielenia zamówienia powinna być z zasady uważana za nieskuteczną. Zgodnie z dyrektywą, nieskuteczność stanowi najlepszy sposób przywrócenia konkurencji i stworzenia nowych per-

---

<sup>276</sup> *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. K. Pietrzykowski, Warszawa 2005, t. I, s. 1050.

<sup>277</sup> *Prawo zamówień...*, s. 424.

<sup>278</sup> Np. G. Wiciak, P. Wiśniewski, *Prawo zamówień...*, s. 692.

<sup>279</sup> Dyrektywa 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 grudnia 2007 r. zmieniająca dyrektywy Rady 89/665/EWG i 92/13/EWG w zakresie poprawy skuteczności procedur odwoławczych w dziedzinie udzielania zamówień publicznych (Dz.U.UE.L.07.335.31).

spektyw handlowych podmiotom gospodarczym, które zostały bezprawnie pozbawione możliwości udziału w procedurze udzielania zamówień.

Katalog przesłanek, na podstawie których umowa podlega unieważnieniu (art. 146 p.z.p.) obejmuje różnorodne sytuacje, ale ich cechą wspólną jest to, że naruszenie miało istotny wpływ na wynik postępowania. Najogólniejsza z przesłanek unieważnienia dotyczy sytuacji, w której naruszenie przepisów ustawy miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania. W praktyce stwarza to niezwykle szeroki krąg przesłanek skutkujących nieważnością umowy. Dzieje się tak, bo niemal każde uregulowanie p.z.p. chroni interes publiczny i tworzy przy tym cały system przepisów, gdzie naruszenie choćby jednego z nich może mieć poważne konsekwencje dla wyniku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Dlatego niemal każde naruszenie przepisów ustawy p.z.p. potencjalnie może godzić w wartości składające się na interes publiczny, które są ustawowo chronione i wypaczy wynik postępowania. Dotyczy to szczególnie zasady przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Z tego powodu trudno uznać sankcję nieważności wyrażoną w p.z.p. za nadmiernie surową. Stanowi ona logiczną konsekwencję systemu ochronnego stworzonego przez ustawę o zamówieniach publicznych i dla podniesienia efektywności instrumentów ochronnych musi przewidywać surowe konsekwencje naruszeń.

Obok hipotezy obejmującej bardzo szerokie spektrum przypadków, jaką jest naruszenie przepisów określonych w ustawie p.z.p., które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania, przewidziano także bardziej szczegółowe sytuacje. Pierwsza grupa dotyczy naruszenia przesłanek wyboru trybów, które w sposób znaczący zawężają krąg potencjalnych wykonawców: jest to zamówienie w trybie z wolnej ręki, negocjacje bez ogłoszenia i zapytanie o cenę. Obok tego, fundamentalne dla procesu udzielania zamówień publicznych znaczenie informacji sprawia, że sankcją nieważności dotknięta została również umowa zawarta w efekcie postępowania, w którym nie dopełniono ustawowego obowiązku publikacji ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych albo w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej. Brak opublikowania ogłoszenia odbiera w ogóle postępowaniu cechy publiczne, w związku z czym również i ta przesłanka jest adekwatna do stopnia szkodliwości, jakie niesie uchybienie obowiązkowi informacyjnym.

Surowe konsekwencje są przewidziane także dla prób podważenia efektywności środków ochrony prawnej, polegających albo na podpisaniu umowy przed upływem przewidzianych prawem terminów na odwołanie, albo na zawarciu umowy przed rozpatrzeniem odwołania przez Krajową Izbę Odwoławczą. Jednakże zakaz zawarcia umowy przed wydaniem orzeczenia przez KIO nie ma charakteru bezwzględnie. Izba może bowiem, na wniosek zamawiającego, uchylić zakaz zawarcia umowy, jeżeli niezawarcie umowy mogłoby spowodować negatywne skutki dla interesu publicznego przewyższające korzyści związane z koniecznością ochrony wszystkich interesów, w odniesieniu do

których zachodzi prawdopodobieństwo doznania uszczerbku w wyniku czynności zamawiającego. Pomimo wagi, jaką posiada zabezpieczenie interesów prywatnych, ustawodawca przewidział przypadki, w których interes publiczny zostanie postawiony wyżej, gdyż ryzyko ewentualnego naruszenia interesu prywatnego zostanie skompensowane przez uniknięcie strat spowodowanych odkładaniem zawarcia umowy i realizacji zamówienia publicznego. Podobne motywy prawdopodobnie leżały u podstaw nadania KIO uprawnienia do skrócenia czasu obowiązywania umowy w miejsce jej unieważnienia, gdy utrzymanie umowy w mocy leży w ważnym interesie publicznym.

Do umów w sprawie zamówień publicznych będą się również odnosić wszelkie przesłanki nieważności określone w odrębnych przepisach, w tym w szczególności wskazane w art. 58 § 1 i 2 Kodeksu cywilnego<sup>280</sup>.

## 4. Podsumowanie

Przepisy dotyczące umów zawieranych w efekcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego muszą godzić dwie przeciwstawne tendencje: do zapewnienia elastyczności umów i do zapewnienia ich maksymalnej zgodności z treścią oferty. Zarówno gwarancja elastyczności umów, jak i ich pełnej zgodności z treścią oferty, posiada racjonalne przesłanki istnienia. Wydaje się jednak, że dla interesu publicznego niewłaściwym jest opowiedzenie się tylko za jedną z omawianych tendencji, a raczej potrzebny jest kompromis. Całkowita dowolność w zmianach umowy w ogóle wypaczyłaby sens organizowania postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, natomiast rygorizm dążący do eliminowania zmian nie przystaje do realiów gospodarczych i może prowadzić do nieracjonalnego wydatkowania środków publicznych.

Niestety, w obecnym stanie prawnym przeważało stanowisko rygorystyczne, które eliminuje zarówno jakiegokolwiek zmiany między wyborem oferty najkorzystniejszej a zawarciem umowy, jak i w sposób radykalny ogranicza możliwość zmiany już zawartych umów, z wyjątkiem sytuacji, gdy konkretne zmiany zostały przewidziane jeszcze przed złożeniem ofert, bądź są nieistotne. W przypadku wieloletnich inwestycji, wobec gospodarczych fluktuacji oraz zdarzeń losowych, uregulowania te powinny być jak najszybciej zmienione.

Także norma dotycząca prawa odstąpienia w razie zaistnienia istotnej zmiany okoliczności powodującej, że wykonanie umowy nie leży w interesie publicznym, czego nie można było przewidzieć w chwili zawarcia umowy, nie spełniła założeń polegających na ochronie interesu publicznego. Zdawałoby się, że ustawodawca, stawiając nierealistyczny nakaz przewidywania zdarzeń nieprzewidywalnych na etapie sporządzania dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, pozostawił jednak możliwość odstąpienia od

---

<sup>280</sup> M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, LEX, 2007, wyd. III, pkt 1.

umowy w przypadkach nadzwyczajnych, gdy interes publiczny jest zagrożony. Przy dokładniejszym przyjrzeniu się temu rozwiązaniu okazuje się, że jego walor ochronny dla interesu publicznego jest iluzoryczny. Uwidacznia się to szczególnie, gdy bada się relację art. 145 p.z.p., traktującego o możliwości odstąpienia od umowy w wypadku braku interesu publicznego z art. 495 Kodeksu cywilnego, dopuszczającego wygaśnięcie stosunku zobowiązaniowego wobec niezawinionej niemożności jednego ze świadczeń wzajemnych. Wydawać by się mogło, że przepis dotyczący odstąpienia wobec niezgodności świadczenia z interesem publicznym powinien być interpretowany szerzej niż art. 495 KC, to znaczy nie tylko dotyczyć obiektywnej, następczej niemożności świadczenia, ale np. sytuacji, w których pojawiają się tańsze, konkurencyjne dobra, w których wprowadzane są oszczędności ze względu na kryzys, zmiana planów inwestycyjnych itp. sytuacje, gdzie dalsze spełnianie świadczenia jest nie tyle niemożliwe, co mało racjonalne. Niestety, zarówno w doktrynie<sup>281</sup>, jak i orzecznictwie dominuje tendencja do zdecydowanie zawężającej interpretacji przepisu 145 p.z.p. Interpretacja zawężająca pozbawiła omawiany przepis funkcji ochronnych, czyniąc go w zasadzie równoważnym w zakresie stosowania do art. 495 KC. Można przypuszczać, że niewłaściwe stosowanie przepisu art. 145 p.z.p., prowadzące do marginalizacji jego funkcji realizacji interesu publicznego, może wynikać w pewnej mierze z braku zgody w doktrynie i orzecznictwie, w czym wyraża się interes publiczny w sferze zamówień publicznych. Niezależnie od przyczyn, zamawiającym zostało odebrane narzędzie w walce z nieracjonalnym wydatkowaniem publicznych pieniędzy.

Podsumowując unormowania dotyczące umów w zamówieniach publicznych i ich roli dla realizacji interesu publicznego trzeba stwierdzić, że interes publiczny nie jest w tej sferze chroniony należycie. Obowiązujące przepisy i dominująca praktyka orzecznicza doprowadziły do nadmiernej sztywności unormowań, do formalizmu posuniętego na tyle daleko, że przestał on przystawać do realiów gospodarczych. Niewątpliwie w rozwiązaniach dotyczących umów konieczne jest podejście kompromisowe, próbujące pogodzić sprzeczne tendencje. W chwili obecnej dominuje stanowisko jednostronne, u swoich podstaw mające założenie, że każdą zdarzenie przyszłe da się przewidzieć i że przewidywania te muszą być w pełni odzwierciedlone już w momencie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

---

<sup>281</sup> Cf. G. Wicik. P. Wiśniewski, *Prawo zamówień...*, str. 691; *Prawo zamówień...*, s. 424.

# Pozycja i znaczenie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych

## 1. Pozycja ustrojowa i zadania Prezesa UZP

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych rozpoczął działalność wraz z wejściem w życie ustawy o zamówieniach publicznych, to znaczy 01.01.1995 roku. Prezes Urzędu jest centralnym organem administracji rządowej, właściwym w sprawach zamówień publicznych, nadzorowanym przez Prezesa Rady Ministrów. Tak jak w wielu przypadkach, gdy organ centralny podlega nadzorowi Prezesa Rady Ministrów, tak też w przypadku Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przepisy nie precyzują, na czym ów nadzór ma polegać i jakimi środkami ma się posługiwać<sup>282</sup>. Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, jak zresztą cała administracja, ma służyć dobru (interesowi) publicznemu. Jacek Jagielski wskazuje, że dominującą treścią funkcji i działań urzędów centralnych jest bieżące stosowanie prawa i realizacja wynikających zeń zadań administracyjnych. Jednocześnie przywoływany autor zauważa, że urzędy centralne, poprzez działania administratorskie, projektodawcze itp., współuczestniczą w wypracowywaniu polityki w stosunku do dziedzin znajdujących się w zakresie ich działania<sup>283</sup>. Oznacza to, że potencjał urzędów centralnych w realizacji interesu publicznego jest znaczny, ponieważ dotyczy nie tylko bieżącego administrowania, wydawania rozstrzygnięć w zakresie problemów ogólnych czy też w indywidualnych sprawach, ale obejmuje współkształtowanie rozwiązań o charakterze systemowym, strategicznym i politycznym.

Zakres ustawowych zadań stojących przed Prezesem Urzędu w zakresie zamówień publicznych jest bardzo szeroki. Można wskazać kilka najważniejszych pól aktywności, na których może on realizować interes publiczny. Jedną z istotniejszych dla interesu publicznego funkcji Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych jest kontrola, jako sfera prowadząca nie tylko do wykrywania nieprawidłowości, ale również źródło cennej wiedzy na temat globalnego funkcjonowania systemu zamówień publicznych. Prezes Urzędu ma możliwość

---

<sup>282</sup> J. Jagielski, *Administracja centralna*, w: *Prawo administracyjne*, red. M. Wierzbowski, Warszawa 2007, s. 184.

<sup>283</sup> *Ibidem*, s. 185.

uzyskiwania poprzez kontrolę wiedzy z zakresu nieprawidłowości w systemie zamówień publicznych. Jest on zatem organem, który posiada uprawnienia pozwalające na pozyskanie informacji, czy istniejące przepisy, instytucje i praktyka służą interesowi publicznemu, czy też istnieją zjawiska naruszające ten interes. Gromadzenie i przetwarzanie informacji pozyskanych w efekcie przeprowadzanych kontroli, obligatoryjnej sprawozdawczości dokonywanej przez zamawiających oraz analizy orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej, pozwalają na dokonanie analiz jakości funkcjonowania systemu i przekazywania tej wiedzy zarówno organom państwowym, jak i społeczeństwu. Uzyskana wiedza może być wykorzystana zarówno przy projektach zmian obowiązujących przepisów, jak i tworzeniu wytycznych, opinii, przykładowych dokumentacji itp. promujących dobre praktyki w zamówieniach.

Do zadań Prezesa należy także zapewnienie funkcjonowania środków ochrony prawnej przewidzianej prawem zamówień publicznych. O ile instytucja odwołań do Krajowej Izby Odwoławczej służy przede wszystkim ochronie interesów prywatnych, o tyle ma ona pośredni wpływ także na ochronę interesu publicznego. Możliwość szybkiego rozpatrzenia odwołania się od czynności zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia stanowi bowiem mechanizm zapobiegający naruszeniom prawa.

Gdyby więc prawne obowiązki Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych ująć w ramach idealnego, postulowanego modelu, moim zdaniem powinien on składać się z następujących elementów:

- pozyskiwania informacji – z procedur kontrolnych, orzecznictwa KIO, Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości, śledzenia poglądów nauki prawa i mediów;
- przetwarzania informacji – w drodze analiz o ilościowym (statystycznym) i jakościowym charakterze;
- upowszechniania wiedzy dotyczącej prawa zamówień publicznych i prawidłowych praktyk stosowania prawa wśród podmiotów stosujących p.z.p. oraz piętnowania praktyk negatywnych, poprzez publikowanie opinii prawnych, literatury fachowej, organizowanie szkoleń itp.;
- inicjowania zmian prawnych, stanowiących konsekwencję wniosków płynących z dokonywanych analiz;
- interwencji władczej – w postaci wydawania decyzji administracyjnych w przypadkach czynności w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego o znacznej wartości i szczególnie narażonych na nieprawidłowości a także w postaci decyzji dotyczących kar za naruszenie przepisów.

Wszystkie prezentowane elementy potencjalnej aktywności Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych mogą służyć interesowi publicznemu. Trzeba jednak zauważyć, że specyfiką prezentowanego modelu jest to, że jakiegokolwiek nieprawidłowości w jednym z elementów rzutują na resztę. Przykładowo, niepełne albo błędne informacje na etapie kontroli wpłyną na jakość dokonywanych analiz. Niewłaściwe wnioski z analiz będą rozpowszechniane wśród podmiotów stosują-

cych p.z.p., co pogłębi istniejące nieprawidłowości lub wykreuje nowe itd. Analiza działalności Prezesa UZP wykaże, że jego potencjał w ochronie interesu publicznego nie jest w pełni wykorzystany. Istnieją bowiem nieprawidłowości, mające niekorzystny wpływ na funkcjonowanie całego systemu zamówień publicznych.

## 2. Ingerencja Prezesa UZP w proces udzielania zamówień publicznych

Władcza ingerencja Prezesa UZP może stanowić istotny aspekt publicznonprawnych ograniczeń chroniących interes publiczny. Do obszarów szczególnie narażonych na nieprawidłowości i zarazem szczególnie podatnych na regulację w postaci władczych rozstrzygnięć organu państwowego zaliczam wybór trybu postępowania. Dotyczy to trybów, które ograniczają swobodę konkurencji wykonawców w stosunku do trybów podstawowych (przetargu nieograniczonego i ograniczonego), w skrajnym przypadku w ogóle eliminując konkurencję (tryb zamówienia z wolnej ręki).

Obserwując zmiany przepisów obowiązującej niegdyś ustawy o zamówieniach publicznych oraz obecnej ustawy p.z.p. można jednak dostrzec proces polegający na systematycznym zmniejszaniu sfery władczych rozstrzygnięć Prezesa, podejmowanych w formie decyzji administracyjnych i odnoszących się do możliwości prowadzenia postępowań w określonych trybach. W pierwotnym brzmieniu p.z.p. szczególnej reglamentacji podlegały postępowania o znacznej wartości i w trybach ograniczających konkurencję. Uzyskanie zgody Prezesa na przeprowadzenie postępowania w określonym trybie było konieczne dla:

- robót budowlanych o wartości większej niż 10.000.000 euro oraz dostaw lub usług przekraczających 5.000.000 euro prowadzonych w trybie negocjacji z ogłoszeniem;
- zamówień o wartości powyżej 60.000 euro prowadzonych w trybie negocjacji bez ogłoszenia;
- postępowań o wartości powyżej 60.000 euro prowadzonych w trybie z wolnej ręki.

Ewolucja przepisów o zamówieniach publicznych zmierza ku stopniowemu eliminowaniu decyzji administracyjnych Prezesa UZP i zastępowaniu ich obowiązkiem powiadomień. Ilustracją tego zjawiska są statystyki dotyczące liczby decyzji administracyjnych wydawanych przez Prezesa Urzędu w latach 2004–2009. Liczba decyzji wynosiła kolejno: w roku 2004 – 7683, w roku 2005 – 5600, w roku 2006 – 1720, w roku 2008 – 55, a do 15 maja 2009 roku – zaledwie 3<sup>284</sup>.

---

<sup>284</sup> I. Łazuga, *Działalność Prezesa UZP w zakresie wydawania aktów administracyjnych w okresie obowiązywania ustawy o zamówieniach publicznych oraz ustawy Prawo zamówień*

Instytucja wydawania decyzji administracyjnych została zastąpiona instytucją powiadomienia. W opinii Andrzeja Panasiuka czynność zawiadamiania organu administracyjnego o podejmowanych decyzjach stanowi korelat działań ingerencyjnych podejmowanych przez administrację publiczną w ramach funkcji reglamentacji gospodarczej. Jego zdaniem jest to instrument z grupy instrumentów służących sprawowaniu nadzoru reglamentacyjnego, w ocenie autora zbliżony w swoim charakterze do rejestracji, mającej charakter czynności materialno-technicznej i wyróżniającej się następującymi cechami:

- u swojej podstawy ma normę prawną wynikającą z p.z.p.,
- dotyczy wyłącznie okoliczności określonych w normie prawnej,
- jest kierowane do organu administracji publicznej,
- nie tworzy nowego prawa podmiotowego, lecz je raczej stwierdza,
- ma charakter podmiotowy, odnosząc się do sytuacji zindywidualizowanego podmiotu,
- nie jest klasycznym aktem administracyjnym typu deklaratoryjnego, lecz czynnością faktyczną deklaratoryjną<sup>285</sup>.

Jest to szczególna instytucja prawna, specyficzna dla zamówień publicznych, budząca szereg wątpliwości dotyczących jej istoty. Przede wszystkim należy stwierdzić, że w instytucji zawiadomienia brak jest obowiązku prawnego po stronie organu administracji publicznej, dotyczącego akceptacji poprawności stanu prawnego i faktycznego zawartego w zawiadomieniu. Co więcej, przepisy prawa nie przewidują dla organu żadnych obowiązkowych czynności związanych z otrzymanym powiadomieniem. Z obowiązkiem zamawiającego dotyczącym powiadomienia nie jest zatem związany obowiązek po stronie organu administracji publicznej w postaci określonej reakcji na powiadomienie. Organ nie dokonuje w tym przypadku potwierdzenia poprawności dokonanego wyboru w formie aktu administracyjnego, otrzymując jedynie informację o okolicznościach sprawy, które mogą stanowić np. podstawę do podjęcia czynności kontrolnych.

Wobec braku skonkretyzowanego obowiązku po stronie organu administracji, jakim jest Prezes UZP, kontrowersyjną jest wysuwana przez Andrzeja Panasiuka teza, że niepodjęcie czynności kontrolnych przez Prezesa UZP jest stwierdzeniem prawidłowości dokonanego wyboru i przyzwoleniem na udzielenie takiego zamówienia<sup>286</sup>. Przepisy prawa nie przewidują dla czynności zawiadomienia skutków w postaci domniemania prawnego prawidłowości procedury wobec niepodjęcia działań kontrolnych. Powiadomienie wydaje się być, co podkreśla nawet sam autor kontrowersyjnej tezy, raczej czynnością faktyczną albo nawet czynnością materialno-techniczną, mającą za zadanie zapewnić dostęp organów kontrolnych do informacji o postępowaniach,

---

*publicznych, XV-lecie systemu zamówień publicznych w Polsce*, red. H. Nowicki, J. Sadowy, s. 71–72.

<sup>285</sup> A. Panasiuk, *Publicznoprawne ograniczenia...*, s. 154.

<sup>286</sup> *Ibidem*, str. 155.



które z racji swojego niekonkurencyjnego bądź niepublicznego charakteru są obciążone szczególnie dużym ryzykiem nieprawidłowości.

Pozostaje zatem pytanie o wpływ tego typu rozwiązania na interes publiczny. Czynność powiadomienia pełni dwie funkcje: informacyjną, gdyż organ administracji publicznej uzyskuje informacje o wszczęciu postępowań obciążonych szczególnie dużym ryzykiem wystąpienia nieprawidłowości oraz dyscyplinującą wykonawców (prewencyjną), gdyż stwarza sytuację, w której zwiększa się prawdopodobieństwo przeprowadzenia kontroli. Natomiast na gruncie obowiązującego prawa nie wydaje się, aby można z nią było wiązać skutki administracyjnej aprobaty dla dokonanego wyboru. Gdyby rzeczywiście tak było, to instytucja powiadomienia w praktyce nie różniłaby się od instytucji decyzji administracyjnej w formie zgody, gdyż Prezes UZP poprzez wszczęcie bądź zaniechanie wszczęcia kontroli rzekomo stwierdzałby poprawność bądź niepoprawność procedury. Nie wydaje się, aby to rozumowanie miało prawne podstawy. Tak jak brak działań kontrolnych nie jest aprobatą dla wyboru trybu, tak i podjęcie działań kontrolnych nie jest równoznaczne ze stwierdzeniem dokonania naruszeń prawa, lecz czynnością, która dopiero zmierza do stwierdzenia ewentualnych naruszeń. Sam fakt powzięcia informacji o wszczętym postępowaniu nie może stanowić podstawy do stwierdzenia jego prawidłowości bądź nieprawidłowości – teza przeciwna skłaniałaby do wniosku, że każde ogłoszenie w Biuletynie Zamówień Publicznych (zarówno o wszczęciu postępowania, jak i udzieleniu zamówienia), które nie spotka się z reakcją Prezesa UZP w postaci kontroli, jest równoznaczne ze stwierdzeniem jego prawidłowości, co jest wnioskiem absurdalnym i nieprawdziwym.

Jacek Jagielski, dzieląc stanowisko Ernesta Knosali stwierdza, że rdzeniem systemu kontrolnego jest mechanizm informacyjny, który powinien być tak skonstruowany, by zapewniał dopływ informacji, umożliwiających porównanie stanu istniejącego ze stanem postulowanym<sup>287</sup>. Taka właśnie jest rola powiadomienia – stanowi ono potencjalny etap stadium informacyjno-rozpoznawczego procesu kontroli, nie należy natomiast wiązać z nim skutków prawnych w postaci rozstrzygnięcia podmiotu administracji publicznej w zakresie poprawności prowadzonych procedur zamówień publicznych. Dlatego uważam, że instytucja powiadamiania prezesa UZP chroni interes publiczny. Nie czyni tego jednak, jak zdają się twierdzić niektórzy przedstawiciele doktryny, w formie stworzenia mechanizmu akceptacji bądź negacji poprawności prowadzonych procedur, lecz tworząc instytucjonalny mechanizm napływu informacji, stanowiących warunek wstępny do przeprowadzenia ewentualnej kontroli.

Trudno ustalić, co w sferze zamówień publicznych stoi u podstaw stopniowego eliminowania, w drodze kolejnych nowelizacji przepisów, władczych rozstrzygnięć Prezesa UZP podejmowanych w formie decyzji administracyjnych. Brak jest jakichkolwiek danych pozwalających na stwierdzenie, że konieczność uzyskiwania zgody Prezesa UZP jest zbędna, bo np. radykal-

<sup>287</sup> J. Jagielski, *Kontrola administracji publicznej*, Warszawa 2007, s. 16.

nej poprawie uległa praktyka udzielania zamówień publicznych. Nie zostały upublicznione żadne miarodajne dane pozwalające stwierdzić, że zmniejszeniu uległy np. zjawiska o charakterze korupcyjnym. Co ciekawe, sam Prezes Urzędu Zamówień Publicznych w każdym ze swoich corocznych sprawozdań wskazuje na zagrożenia związane ze stosowaniem trybu zamówienia z wolnej ręki<sup>288</sup>, podczas gdy jednocześnie zlikwidowano obowiązek uzyskiwania zgody Prezesa UZP na ten tryb nawet w wypadku postępowań o znacznej wartości. Trudno zatem ocenić, jakie są przesłanki zmniejszania publicznoprawnych ograniczeń w tej sferze, w sytuacji braku istotnych danych dotyczących jakości funkcjonowania systemu zamówień publicznych. Przewijające się w literaturze przedmiotu czy mediach hasła o konieczności deregulacji i zwiększeniu swobody funkcjonowania nie są poparte żadnymi merytorycznymi argumentami świadczącymi, że system zamówień i jego uczestnicy dojrżeli do tego rodzaju swobód. Rezygnacja z decyzji administracyjnych wydawanych przez Prezesa UZP w praktyce oznacza przede wszystkim mniejszy wpływ na należyte funkcjonowanie systemu zamówień publicznych. Deregulacja przepisów w postaci zrezygnowania z decyzji administracyjnych powinna być zatem skompensowana innym instrumentem, który stymulowałby prawidłowe praktyki w zamówieniach publicznych. Takim instrumentem mogłaby zostać np. zwiększona częstotliwość przeprowadzanych kontroli obligatoryjnych, aby wzrost swobody spowodowany rezygnacją z decyzji administracyjnych nie spowodował nadużyć. Niestety, w obecnym stanie prawnym obligatoryjne kontrole są ograniczone do nielicznych sytuacji, tak więc zabrakło mechanizmu kompensującego wycofanie się z obowiązku uzyskiwania decyzji administracyjnych na przeprowadzanie postępowań w niekonkurencyjnym trybie.

Obecny stan prawny nie przesądza, czy Prezes Urzędu Zamówień Publicznych musi podjąć działania kontrolne w przypadku otrzymania informacji o wszczęciu postępowania, z którego wynika, że doszło do naruszenia prawa bądź rodzi to uzasadnione przypuszczenia dokonania naruszeń. Opisywana niejednoznaczność wynika m.in. z użycia nieprecyzyjnego terminu „czuwanie” przy określeniu obowiązków Prezesa UZP. Pewną wskazówką może być dalsza część art. 154 pkt 11 p.z.p., który stwierdza, że czuwanie ma się wyrażać w szczególności poprzez dokonywanie kontroli procesu udzielania zamówień w zakresie przewidzianym ustawą. Ustawowy obowiązek Prezesa do czuwania nad przestrzeganiem zasad systemu zamówień publicznych skłania do odpowiedzi, że w sytuacji otrzymania informacji o wszczęciu postępowania obarczonego nieprawidłowościami, Prezes musi interweniować w formie wszczęcia kontroli, gdyż inaczej dopuściłby do naruszenia zasad zamówień publicznych. Nie jest to jednak obowiązek wynikający wprost z omawianej instytucji powiadomienia, ale dotyczy wszelkich przypadków powzięcia przez Prezesa wiadomości o przypadkach naruszenia prawa w zakresie zamówień

---

<sup>288</sup> Cf. sprawozdania Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z lat: 2007, 2008 i 2009

publicznych. Ten stan prawny, nie konkretyzujący obowiązków Prezesa UZP związanych z powzięciem wiadomości o naruszeniu prawa, należy uznać za szkodliwy dla interesu publicznego. Sprawia on bowiem, że organ odpowiedzialny za prawidłowość systemu zamówień publicznych nie ma przypisanego bezpośrednio obowiązku reagowania na nieprawidłowości.

Obowiązki informowania Prezesa UZP nie ograniczają się jedynie do informowania o wszczęciu postępowań negocjacyjnych bez ogłoszenia o znacznej wartości. Zamawiający muszą również informować Prezesa UZP o orzeczeniu sądu dotyczącym wykonawców, którzy wyrządzili szkodę, nie wykonując zamówienia lub wykonując je nienależycie. Jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, zamawiający zawiadamia także Prezesa Urzędu 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. Do obowiązków zamawiających należy również przekazywanie Prezesowi UZP rocznego sprawozdania o udzielonych zamówieniach, informacja o zawarciu umowy ramowej na okres dłuższy niż 4 lata, zawiadomienia Prezesa Urzędu o zamiarze zawarcia umowy na okres dłuższy niż 4 lata, ustanowienia dynamicznego systemu zakupów na okres dłuższy niż 4 lata.

Omówiony katalog czynności, o których należy informować Prezesa Urzędu, nie ma jednolitego charakteru, chociaż każdy obowiązek informacyjny stanowi ingerencję w zasadę swobody działalności gospodarczej, wymuszając na zamawiających dostarczanie centralnemu organowi administracji rządowej informacji o czynnościach obarczonych szczególnym ryzykiem wystąpienia nieprawidłowości i tym samym dając dostęp do informacji, na podstawie których może zostać podjęta decyzja o dokonaniu kontroli. Omawiana już w niniejszej pracy w kontekście zasady jawności rola informacji okazuje się ważna również dla efektywnego funkcjonowania organów kontrolnych, którym z mocy ustawy są dostarczane informacje o szczególnie zagrożonych patologią czynnościach. Stąd obowiązek informowania o bezprawnie udzielonej pomocy publicznej, a także o zaciągnięciu zobowiązań na okres dłuższy niż 4 lata. W ocenie ustawodawcy długotrwałe zobowiązania wymagają szczególnie wnikliwej analizy ze względu na swój zakres i związane z nim potencjalnie większe zagrożenie w przypadku wystąpienia jakichkolwiek nieprawidłowości. A zatem również w przypadku analizy relacji „zamawiający – organ administracji publicznej” okazuje się, że informacja pełni istotną rolę dla ochrony interesu publicznego, dając możliwość identyfikowania zagrożeń i podjęcia stosownych działań służących przywróceniu stanu postulowanego. Niestety, wciąż jest to możliwość, a nie obowiązek, niezależnie od wartości postępowania.

### 3. Czynności kontrolne Prezesa UZP

Niezależnie od istniejących instytucji, których zadaniem jest dokonywanie kontroli, takich jak Najwyższa Izba Kontroli czy Regionalne Izby Obrachunkowe, p.z.p. wprowadza własny, specyficzny dla zamówień publicznych, system kontroli. Rola kontroli w realizacji interesu publicznego jest oczywista i jest to chyba najłatwiejsza do zidentyfikowania i przyporządkowania ochronie interesu publicznego instytucja prawna, obecna w zamówieniach publicznych. Stanowi ona dopełnienie całego systemu rozwiązań ochronnych obecnych w p.z.p. i zwiększa prawdopodobieństwo przestrzegania przepisów prawa przy udzielaniu zamówień, pozwalając identyfikować nieprawidłowości i stanowiąc punkt wyjścia dla nakładania kar za naruszenia przepisów.

Jacek Jagielski w swojej monografii „Kontrola administracji publicznej” silnie akcentuje proceduralny aspekt kontroli. Przez kontrolę autor rozumie funkcję, której treść obejmuje:

- obserwowanie i rozpoznawanie danej działalności lub stanu, czyli ustalenie ich rzeczywistego obrazu w określonym miejscu i czasie;
- dokonywanie oceny tej działalności lub stanu poprzez konfrontację faktycznego (rzeczywistego) ich obrazu z odnoszącymi się do nich – jako całości, jak również do ich poszczególnych fragmentów – założeniami wyjściowymi (znajdującymi wyraz w przyjętych celach, standardach, parametrach itd.). Ocena ta prowadzić ma do stwierdzenia prawidłowości bądź nieprawidłowości określonych działań lub stanów;
- stawianie diagnozy przyczyn ewentualnych nieprawidłowości, mającej możliwie szeroki zasięg, w tym uwzględniającej przedmiotowe i personalne aspekty przyczyn wystąpienia stwierdzonych nieprawidłowości;
- formułowanie wniosków co do tej działalności lub stanu w przyszłości, mających na celu przeciwdziałanie powstawaniu nieprawidłowości<sup>289</sup>.

Zaproponowane przez autora ujęcie kontroli w pierwszym rzędzie jako procesu złożonego z ciągu czynności, jest niezwykle przydatne także do analizy kontroli w zamówieniach publicznych. Uprawnienie do dokonywania kontroli zamówień publicznych jest przypisane Prezesowi UZP. Normatywną treść kontroli stanowi zgodność postępowania o udzielenie zamówienia z przepisami p.z.p., czyli legalność zawężona do przepisów jednej ustawy. Jednakże z racji, że p.z.p. zawiera odniesienie do innych ustaw, faktyczny zakres kontroli zgodności z prawem jest szerszy.

Wątpliwości może budzić fakt, czemu w procesie wydatkowania środków publicznych nie jest badana celowość, gospodarność albo rzetelność, szczególnie w kontekście ochrony interesu publicznego. Jako prawdopodobne przyczyny można wskazać to, że p.z.p. nie narzuca w sposób bezpośredni merytorycznego wymogu celowości, gospodarności i rzetelności wydatkowania

---

<sup>289</sup> J. Jagielski, *Kontrola...*, s. 15.

środków – co zresztą jest mankamentem. Robi to jedynie co najwyżej w sposób pośredni, próbując stworzyć formalne ramy do racjonalizacji wydatkowania środków, np. poprzez preferowanie konkurencyjnych trybów udzielania zamówień, obowiązek wyboru oferty formalnie najkorzystniejszej, obowiązek odrzucania ofert, których treść jest niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia itp.

Ustawa wyróżnia dwa rodzaje kontroli: doraźną<sup>290</sup> oraz uprzednią, dotyczącą zamówień współfinansowanych ze środków Unii Europejskiej<sup>291</sup>. Oba rodzaje kontroli przeprowadzane są w siedzibie UZP i mogą zostać poprzedzone postępowaniem wyjaśniającym.

Zgodnie z art. 165 ust. 1 p.z.p. kontrola doraźna przeprowadzana jest z urzędu lub na wniosek w przypadku uzasadnionego przypuszczenia, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia doszło do naruszenia przepisów ustawy, które mogło mieć wpływ na jego wynik. Ten drugi przypadek może stanowić równoległe z instytucją odwołań narzędzie ochrony interesu prywatnego, gdyż do wszczęcia kontroli wystarczające jest uprawdopodobnienie zaistnienia naruszenia przepisów wpływających na wynik, a zatem krąg potencjalnych podmiotów uprawnionych do skutecznego złożenia wniosku jest w praktyce nieograniczony. Co istotne, na Prezesie UZP spoczywa obowiązek poinformowania wnioskodawcy o wszczęciu kontroli doraźnej albo o odmowie wszczęcia kontroli doraźnej, podając uzasadnienie wskazujące na brak okoliczności wskazujących na naruszenie przepisów<sup>292</sup>. Postępowanie kontrolne dopuszczalne jest nie później niż w terminie 4 lat od dnia zakończenia postępowania o udzielenie zamówienia, co koreluje z obowiązkiem przechowywania dokumentacji postępowań.

Podczas kontroli Prezes UZP jest uprawniony do dokonywania następujących czynności:

- żądania od kierownika zamawiającego niezwłocznego przekazania kopii dokumentów związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia potwierdzonych za zgodność z oryginałem przez kierownika zamawiającego;
- żądania od kierownika zamawiającego, od pracowników zamawiającego oraz innych podmiotów udzielenia, w terminie przez niego wyznaczonym, pisemnych wyjaśnień w sprawach dotyczących przedmiotu kontroli;
- zasięgania opinii biegłych, jeżeli ustalenie lub ocena stanu faktycznego sprawy lub dokonanie innych czynności kontrolnych wymaga wiadomości specjalnych<sup>293</sup>.

---

<sup>290</sup> Art. 165–168 p.z.p.

<sup>291</sup> Art. 169–171a p.z.p.

<sup>292</sup> Art. 165 ust. 3 p.z.p.

<sup>293</sup> Art. 163 ust. 1 p.z.p.

Zakończeniem kontroli doraźnej jest doręczenie zamawiającemu informacji o wyniku kontroli zawierającej w szczególności określenie postępowania, które było przedmiotem kontroli oraz informację o stwierdzeniu naruszeń lub ich braku.

Dla porządku wspomnieć należy, że p.z.p. w aktualnym brzmieniu zredukowała wymóg kontroli uprzedniej dla zamówień współfinansowanych ze środków Unii Europejskiej o znaczącej wartości (równej lub przekraczającej 20 mln euro dla robót budowlanych i 10 mln euro dla dostaw i usług). Dokonuje się je przed zawarciem umowy.

Należy przy tym podkreślić specyfikę kontroli w zamówieniach publicznych, zdeteminowaną przez środki oddziaływania pokontrolnego, posiadane przez Prezesa UZP. Zarówno w teorii, jak i praktyce kontroli wykonywanych przez Prezesa UZP, stadium analityczno-oceniające i diagnostyczne jest ograniczone jedynie do stwierdzenia naruszeń, mających być podstawą do nałożenia kar i innych środków dyscyplinujących, przewidzianych przez p.z.p. Szczególnie uderza ograniczoność aspektu analitycznego, gdyż do rzadkości należą próby dociekania przyczyn nieprawidłowości oraz proponowanych środków zaradczych. Kontrola w zamówieniach publicznych służy przede wszystkim jako narzędzie do dyscyplinowania i karania, a nie edukowania i sposobu na zminimalizowanie uchybień w przyszłości. Zaniedbano w ten sposób niezwykle istotną korzyść z przeprowadzania kontroli, jaką jest możliwość wyciągania z wielu równoległe prowadzonych procedur kontrolnych pewnych ogólnych wniosków, pozwalających na dokonywanie koniecznych modyfikacji systemu<sup>294</sup>.

W doktrynie traktującej o problematyce kontroli wskazuje się na konieczność zapewnienia w procesie kontrolowania pewnej ochrony podmiotowi kontrolowanemu i umożliwienia mu przeciwstawienia się ustaleniom kontroli i wynikającym zeń wnioskowi, zarzutom, zaleceniom itp.<sup>295</sup>. Podmiot kontrolowany nie powinien być zdany na niekwestionowany i jednostronny osąd kontrolującego i postawiony w roli biernego odbiorcy ustaleń wyników kontroli i oddziaływania pokontrolnego<sup>296</sup>.

W zamówieniach publicznych ta ochrona podmiotów kontrolowanych ma szczególne znaczenie z racji powagi sankcji, jakie muszą zostać wyciągnięte względem podmiotów kontrolowanych przez Prezesa UZP w przypadku stwierdzenia naruszeń. W szczególności dotyczy to kar pieniężnych, które Prezes nakłada w drodze decyzji administracyjnej. Dlatego p.z.p. przewiduje szczególną procedurę odwoławczą, pozwalającą zamawiającym na zgłoszenie umotywowanych zastrzeżeń do wyników kontroli. Jeśli Prezes podtrzymuje swoje zarzuty, zastrzeżenia są przekazywane do Krajowej Izby Odwoławczej,

---

<sup>294</sup> We wnioskach pokontrolnych UZP dominują dane statystyczne – cf. np. *Informacja o wynikach kontroli uprzednich Prezesa UZP zakończonych w okresie od 01.01.2008 r. do 30.06.2008 r.*, Warszawa 2008.

<sup>295</sup> J. Jagielski, *Kontrola...*, s. 57.

<sup>296</sup> *Ibidem*.

która wyraża w formie uchwały wiążącą dla Prezesa UZP opinię w sprawie zastrzeżeń.

Podsumowując spostrzeżenia odnoszące się do systemu kontroli obecnego w zamówieniach publicznych, podnieść należy, że jej efektywność w dużej mierze zależy od aktywności Prezesa i zasobów kadrowych Urzędu Zamówień Publicznych. Ograniczenie kontroli planowych jedynie do postępowań współfinansowanych ze środków UE o dużej wartości sprawia, że wszystkie inne postępowania kontrolne, jako doraźne, uzależnione są od woli Prezesa UZP bądź ewentualnie od aktywności podmiotów, które złożą wystarczająco umotywowany wniosek o przeprowadzenie kontroli. Wydaje się jednak, że dowolność w przeprowadzaniu kontroli została w obowiązującym stanie prawnym zbyt daleko posunięta. O ile bowiem za niedopuszczalną uznać należy sytuację, w której liczba obowiązkowych kontroli, decyzji i innych czynności administracyjnych paraliżuje proces udzielania zamówień publicznych i czyni go nieefektywnym, o tyle wysoki stopień dowolności w przeprowadzaniu kontroli może sprawić, że zabraknie czynnika mobilizującego do badania prawidłowości procedur i wzrośnie liczba zjawisk niekorzystnych dla interesu publicznego. Koniecznym wydaje się znalezienie równowagi między skrajnościami: nadmiernymi obciążeniami zarówno kontrolowanych podmiotów jak i kontrolerów z jednej strony a dowolnością i uznaniowością dokonywanych kontroli z drugiej.

Inną słabością obecnego systemu kontroli jest brak obowiązku korzystania z opinii biegłych podczas kontroli postępowań. Ustawa daje jedynie uprawnienie Prezesowi Urzędu, natomiast nie kreuje obowiązku. Tymczasem wiedza techniczna jest kluczowa dla oceny prawidłowości procedur zamówień publicznych, dokonywanej choćby tylko z punktu widzenia legalności. Przykładowo, naruszenie zasad zamówień publicznych, jak np. zasady równego traktowania, najczęściej dokonuje się poprzez opisanie przedmiotu zamówienia za pomocą takich parametrów technicznych, które dyskryminują część wykonawców. Dla stwierdzenia, czy tego typu naruszenie miało miejsce, nie wystarczy wiedza z zakresu prawa, lecz konieczne jest wykazanie, że parametry techniczne, użyte w opisie przedmiotu zamówienia, w sposób pozbawiony merytorycznych, technicznych podstaw uniemożliwiły złożenie oferty potencjalnym wykonawcom. Można zatem powiedzieć, że dysponowanie specjalistyczną wiedzą techniczną nie tylko jest przydatne w ocenie legalności postępowania, ale wręcz niezbędne. Stąd m.in. idea komisji przetargowej, w ramach której następuje wymiana wiedzy między specjalistami z dziedziny prawa i z branży, której dotyczy zamówienie. Jeśli więc dla sporządzenia dokumentacji i przeprowadzenia postępowania najczęściej konieczna jest grupa osób o specjalistycznej wiedzy z różnych dziedzin, trudno przyjąć, że dla dokonania oceny prawidłowości postępowania wystarczy jedna osoba.

Dysponowanie specjalistyczną wiedzą techniczną ma szczególne znaczenie w kwestiach zamówień z wolnej ręki opartych na przesłankach technicznych. Zgodnie z art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a p.z.p. zamawiający może udzielić

zamówienia z wolnej ręki gdy dostawy, usługi lub roboty budowlane mogą być świadczone tylko przez jednego wykonawcę z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze. Pracownicy UZP, rekrutujący się przede wszystkim z absolwentów wydziałów prawa, mają zatem przesądzać, czy w niezwykle różnorodnej problematyce technicznej, jakiej dotyczą zamówienia publiczne, zachodzą bądź nie zachodzą obiektywne przesłanki techniczne do udzielenia zamówienia w trybie niekonkurencyjnym. Wydaje się, że w tego typu przypadkach zasięgnięcie opinii biegłego winno być obligatoryjne, ponieważ stwierdzenie zaistnienia przesłanek do zastosowania omawianego przepisu zależy tylko i wyłącznie od informacji technicznych o specjalistycznym charakterze.

#### 4. Odpowiedzialność administracyjnoprawna w p.z.p.

Warunkiem koniecznym dla efektywności ochrony interesu publicznego jest istnienie sankcji, które poprzez swoją dolegliwość będą pełnić zarówno funkcję prewencyjną, jak i represyjną. Oprócz odpowiedzialności karnej, wynikającej z Kodeksu karnego, jak i cywilnej, dochodzonej na podstawie Kodeksu cywilnego przez poszkodowanych wykonawców, ustawodawca przewidział również reżim odpowiedzialności administracyjnoprawnej.

Przez sankcję administracyjną należy rozumieć nakładane w drodze aktu stosowania prawa przez organ administracji publicznej wynikające ze stosunku administracyjnoprawnego ujemne (niekorzystne) skutki dla podmiotów prawa, które nie stosują się do obowiązków wynikających z norm prawnych lub aktów stosowania prawa<sup>297</sup>. Narzędziem do bezpośredniego nakładania sankcji za naruszenie prawa, oddanym do dyspozycji Prezesa UZP, jest system kar pieniężnych. Na pełną aprobatę zasługuje przy tym pogląd wyrażony przez Jacka Jagielskiego, zgodnie z którym do podejmowania działań władczych, stanowiących niejednokrotnie efekt postępowania kontrolnego, należy zastosować reżim prawny postępowania administracyjnego. Jeżeliby nawet owe decyzje czy inne władcze rozstrzygnięcia postrzegać w najbardziej ogólnym i szerokim sensie jako swoiste oddziaływanie pokontrolne, to i tak pod względem proceduralnym byłyby już czymś innym niż sprawowanie kontroli<sup>298</sup>. W związku z tym należy wyraźnie oddzielić czynność nakładania kar pieniężnych od czynności kontrolnych.

Penalizowane ustawą p.z.p. czyny należy podzielić na dwie kategorie. Pierwsza z nich stanowi naruszenia, które są karane niezależnie od skutku, jaki przyniosły. Zalicza się do nich:

---

<sup>297</sup> M. Wincenciak, *Sankcje w prawie administracyjnym i procedura ich wymierzania*, Lex pkt 3.3., logowanie z dn. 01.03.2010.

<sup>298</sup> J. Jagielski, *Kontrola...*, s. 67.



- udzielenie zamówienia z naruszeniem przepisów ustawy określających przesłanki trybów zamówienia negocjacji bez ogłoszenia, z wolnej ręki lub zapytania o cenę;
- udzielenie zamówienia bez wymaganego ogłoszenia;
- udzielenie zamówienia bez stosowania ustawy;
- dokonanie zmian w zawartej umowie z naruszeniem przepisów ustawy<sup>299</sup>.

Druga grupa czynności, aby była sankcjonowana karą pieniężną, musi, zgodnie z p.z.p., mieć wpływ na wynik postępowania. W tej grupie znajduje się:

- określenie warunków udziału w postępowaniu i opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję;
- prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia z naruszeniem zasady jawności;
- nieprzestrzeganie terminów określonych w ustawie,
- wykluczenie wykonawcy z postępowania albo odrzucenie oferty z naruszeniem przepisów ustawy;
- dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty z naruszeniem przepisów ustawy<sup>300</sup>.

Powyższy katalog stanowi ilustrację tych wartości, które w ocenie ustawodawcy są szczególnie cenne i jako takie winny być chronione również poprzez wprowadzenie odpowiedzialności o administracyjnoprawnym charakterze. Praktycznie każdy z penalizowanych czynów, oprócz potencjału do naruszenia interesu prywatnego, może naruszyć interes publiczny. Takim naruszeniem będzie bezpodstawne stosowanie trybów o ograniczonej konkurencyjności, które godzi zarówno w zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, jak i zagraża racjonalnemu wydatkowaniu środków publicznych. Podobnie rzecz będzie się miała z naruszaniem obowiązków o informacyjnym charakterze, czy to w postaci ogłoszeń, czy w postaci informacji kierowanych do Prezesa UZP. Równie niebezpieczne dla efektywności rozwiązań ochronnych zawartych w p.z.p. są wszelkie bezprawne zmiany umowy, dokonywane już na etapie realizowania zamówienia, gdyż mogą one stanowić narzędzie do deformowania wyników postępowania.

Jeżeli zaburzony zostanie wynik postępowania, to karze podlegają naruszenia zarówno zasad zamówień publicznych (zasada przygotowania i przeprowadzania postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, zasada jawności), niedochowanie ustawowo określonych terminów, jak i wszelkie nieprawidłowości odnoszące się do czynności o charakterze ofertowo-eliminacyjnym.

Zasadnym zatem jest stwierdzenie, że administracyjnoprawna odpowiedzialność zamawiających w dużej mierze odnosi się do czynności i związanych z nimi wartości, które składają się na interes publiczny. Innymi słowy,

<sup>299</sup> Art. 200 ust. 1 p.z.p.

<sup>300</sup> Art. 200 ust. 2 p.z.p.

popelnienie czynu penalizowanego p.z.p. będzie w wielu przypadkach jednocześnie czynem godzącym w interes publiczny.

Odpowiedzialność wynikająca z p.z.p. ma charakter pieniężny i jest zależna od wartości postępowania, w którym dokonano administracyjnie sankcjonowanych naruszeń. W konstrukcji tej uwidacznia się założenie, że surowiej winny być karane naruszenia popełnione w postępowaniach o dużej wartości, gdyż szkody związane z naruszeniem przepisów mogą być potencjalnie większe.

Obok kar pieniężnych, środkiem oddziaływania pokontrolnego jest również obowiązek Prezesa UZP dotyczący zawiadomienia właściwego rzecznika dyscypliny finansów publicznych o naruszeniu dyscypliny finansów publicznych lub wystąpienia z wnioskiem o ukaranie za naruszenie dyscypliny finansów publicznych do właściwej komisji orzekającej. Ma to miejsce jedynie w przypadkach, w których zamawiający podlega reżimowi ustawy o finansach publicznych, co z racji specyfiki zamówień publicznych jest zjawiskiem powszechnym.

Ostatnim ze środków karnoadministracyjnych jest obowiązek Prezesa UZP wystąpienia do sądu o stwierdzenie nieważności umowy w całości lub w części. Zgodnie z dyrektywą nr 2007/66/WE, nieskuteczność umowy nie powinna być automatyczna, lecz stwierdzona przez niezależny organ odwoławczy lub wynikać z podjętej przez ten organ decyzji. Umowa obciążona kwalifikowanymi wadami (art. 140 ust. 3, art. 144 ust. 2 oraz art. 146 ust. 1 i 6 ustawy p.z.p.), jest zatem ważna i wywołuje skutki prawne w niej określone do czasu jej unieważnienia<sup>301</sup>.

## 5. Podsumowanie

Niniejszy rozdział wypada zakończyć refleksją wypowiedzianą przez Jacka Jagielskiego, który stwierdził, że przemiany dokonujące się w administracji musi uwzględniać kontrola administracji publicznej, która powinna być dostosowana organizacyjnie i funkcjonalnie do oblicza obiektu oddziaływania. Konieczność nadążania rozwiązań dotyczących kontroli za zmieniającym się aparatem administracyjnym państwa jest tak samo istotna dla tego aparatu, jak i dla obywateli czy społeczności<sup>302</sup>. Uwagi te znajdują pełne zastosowanie do specyfiki zamówień publicznych. Prawo zamówień publicznych odnosi się w sposób bezpośredni bądź pośredni do sfery ludzkiej aktywności, która z natury jest niezwykle dynamiczna czy wręcz niestabilna – do gospodarki rynkowej. Z tego względu kontrola w zamówieniach publicznych, dla maksymalnego wykorzystania jej potencjału chroniącego interes publiczny, winna stanowić nie tylko narzędzie do wykrywania nieprawidłowości celem ukarania

---

<sup>301</sup> J. Niklewicz, *Unieważnienie umowy w sprawie zamówienia publicznego*, w: Informator Urzędu Zamówień Publicznych Nr 1 z 2010 r., s. 39.

<sup>302</sup> J. Jagielski, *Współczesna funkcja kontroli administracji publicznej (Kilka refleksji teoretycznych)*, „Kontrola państwa” 2004, nr 1, s. 14.

winnych naruszeń prawa, ale także swoistego miernika sondującego panujące w sferze zamówień publicznych tendencje, zachowania, zjawiska. Kontrola winna stanowić narzędzie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, pozwalające mu realizować ustawowo nałożone zadania, w szczególności dokonywanie analiz funkcjonowania systemu zamówień.

Niestety, w obecnym stanie faktycznym i prawnym z całą pewnością interes publiczny nie jest w sferze kontrolnej chroniony w sposób optymalny. Przyczyn jest wiele. Pierwsza z nich dotyczy braku obowiązku uczestnictwa w procesie kontroli osób posiadających wiedzę ekspercką, odnoszącą się zarówno do specyfiki konkretnego przedmiotu zamówienia, które podlega kontroli, jak i analizy ekonomicznej. W niniejszej pracy niejednokrotnie wskazywano, że duża część nieprawidłowości związana jest z niewłaściwym sporządzeniem opisu przedmiotu zamówienia. Nie jest możliwe wykrycie wszystkich nieprawidłowości przez osoby posiadające wykształcenie prawnicze (a takie dominują wśród kontrolerów). Dlatego za niezbędne należy uznać obligatoryjne włączenie w proces kontroli biegłych – specjalistów z dziedziny, której dotyczy przedmiot zamówienia, szczególnie przy postępowaniach o znaczącej wartości. Wydaje się, że w przypadkach, gdy wydawane są kwoty rzędu setek milionów złotych z publicznej kasy, wydatki na biegłych są ze wszech miar uzasadnione, ponieważ prowadzą do wykrywania nieprawidłowości, których w żadnym wypadku nie odkryje osoba dysponująca jedynie wiedzą z zakresu prawa zamówień publicznych.

Kolejną słabością instytucji analityczno-kontrolnych systemu zamówień publicznych jest specyfika analiz, dokonywanych przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych. Sprawozdania opublikowane na przestrzeni ostatnich kilku lat przez Urząd Zamówień Publicznych opisują zjawiska zachodzące w ramach systemu zamówień publicznych przeważnie w sposób ilościowy – dostrzegalny jest natomiast brak głębszych analiz o jakościowym charakterze. Uwagi dotyczące postulowanych zmian są na tyle ogólne, że trudno je uznać za przydatne. Przykładem takiej analizy może być artykuł dotyczący realizacji celów zamówień publicznych na przestrzeni 15 lat<sup>303</sup>. Autor wskazał trzy zasadnicze cele funkcjonowania systemu zamówień publicznych: zapewnienie niedyskryminującego dostępu wykonawców do ubiegania się o zamówienie publiczne, oszczędne i efektywne wydatkowanie środków i przeciwdziałanie korupcji. Wskazanie celów zostało dokonane poprawnie, natomiast analiza mająca prowadzić do stwierdzenia, czy są realizowane – w mojej ocenie już nie. Zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania zostało w omawianej analizie utożsamione z liczbą postępowań prowadzonych w trybie przetargu nieograniczonego (traktowanych jako niedyskryminacyjne) i postępowań z wolnej ręki (traktowanych jako dyskryminacyjne). Nie dostrzeżono,

---

<sup>303</sup> 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*, red. H. Nowicki, J. Sadowy, Toruń-Warszawa 2009, s. 170–188.

że zastosowanie trybu przetargu nieograniczonego nie gwarantuje braku dyskryminacji, a zamówienie z wolnej ręki, o ile zachodzą ustawowe przesłanki, nie skutkuje wcale dyskryminacją. Na podobnej zasadzie dokonano utożsamienia przetargu nieograniczonego z efektywnym wydatkowaniem środków, wychodząc z założenia, że im więcej postępowań prowadzonych w tym trybie, tym efektywniejsze wydatkowanie środków. Przeprowadzona analiza skłoniła Prezesa UZP do stwierdzenia, że zarówno normy do przeciwdziałania korupcji, jak i efektywność ekonomiczna systemu zamówień publicznych, są satysfakcjonujące. Cały wywód, opierający się w przeważającej mierze na liczbie postępowań prowadzonych w trybie przetargu nieograniczonego i z wolnej ręki, jest nadmiernym uproszczeniem i nie pomaga w szukaniu nowych rozwiązań prawnych, skuteczniej realizujących interes publiczny.

Zastanawiające jest również ograniczanie uprawnień Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w zakresie władczych rozstrzygnięć dokonywanych w postaci decyzji administracyjnych. Decyzje administracyjne zostały zastąpione instytucją powiadomienia, natomiast nie wprowadzono żadnych dodatkowych obowiązków kontrolnych (kontrola na wniosek wymaga po pierwsze wniosku zainteresowanego podmiotu, a po drugie decyzji Prezesa o jej wszczęciu), mających wypełnić lukę w bezpieczeństwie systemu zamówień publicznych po zniesieniu decyzji. W efekcie z Prezesa UZP zdjęto odpowiedzialność w postaci decydowania o prawidłowości bądź nieprawidłowości wyboru trybów niekonkurencyjnych, nie wprowadzając nic w zamian.

Minimalna liczba obligatoryjnych kontroli postępowań, niska przydatność narzędzi analitycznych oraz ograniczenia kadrowe sprawiają, że sens istnienia Urzędu Zamówień Publicznych w obecnym kształcie jest dyskusyjny. Pozostawienie urzędu Prezesa wydaje się celowe wyłącznie w przypadku, gdy zostanie on wyposażony w obowiązki i narzędzia rzetelnej analizy ekonomicznej, jakościowej prowadzonych postępowań, gdy będzie miał do dyspozycji osoby posiadające specjalistyczną wiedzę techniczną i ekonomiczną oraz gdy zostaną sprecyzowane i zwiększone obowiązki kontrolne.

Możliwe jest także odmienne podejście do omawianego problemu. Może okazać się, że Urząd Zamówień Publicznych w ogóle nie jest potrzebny, gdyż do kontroli zamówień publicznych można wykorzystać istniejące już kadry i struktury Najwyższej Izby Kontroli oraz Regionalnych Izb Obrachunkowych, natomiast materiały z kontroli i analizy działania systemu mogłyby być wykorzystywane i tworzone przez specjalistów z Ministerstwa Gospodarki albo Ministerstwa Spraw Wewnętrznych i Administracji. Jeżeli bowiem ewolucja Urzędu Prezesa UZP ma polegać na dalszym likwidowaniu jego obowiązków kontrolnych, obowiązków decyzyjnych, obowiązków analitycznych, to może okazać się, że lepiej całkowicie zrezygnować z wyodrębniania urzędu do spraw zamówień publicznych na rzecz np. odpowiedniej jednostki organizacyjnej w ministerstwie.

Wydaje się zatem, że konieczne jest nakreślenie jasnej koncepcji roli Prezesa UZP w systemie zamówień publicznych i jego roli w realizacji interesu publicznego. Winien on albo pełnić rolę aktywnego analityka, kontrolera i propagatora właściwych praktyk w zamówieniach publicznych, albo jego urząd powinien zostać zlikwidowany, jako zbędne obciążenie biurokratyczne.

Ze sfery zagadnień omawianych w niniejszym rozdziale na pozytywną ocenę zasługuje katalog przesłanek skutkujących odpowiedzialnością administracyjno-prawną. Faktycznie, katalog naruszeń, które są przesłanką do wymierzenia kary, składa się z sytuacji naruszających interes publiczny.

Podzielając zatem w pełni pogląd, że „innej administracji odpowiadać musi inna kontrola”<sup>304</sup>, powiedzieć trzeba, że obecne rozwiązania nie stwarzają mechanizmów pozwalających na optymalne wykorzystanie procedur kontrolnych i ogólniej rzecz ujmując reglamentacji administracyjnej dla lepszej realizacji interesu publicznego w zamówieniach publicznych.

---

<sup>304</sup> J. Jagielski *Współczesna funkcja kontroli administracji publicznej...*, s. 14.

## Zakończenie

Celem niniejszej rozprawy było znalezienie odpowiedzi na szereg zagadnień związanych z problematyką realizacji interesu publicznego przez prawo zamówień publicznych. Praca miała za zadanie m.in. znaleźć odpowiedź na pytanie, jakie są cechy szczególne, specyfika czy też istota zamówień publicznych. W toku analiz ustaliłem, że definicja legalna nie oddaje złożoności zjawiska, jakim są zamówienia publiczne. Zamówienia publiczne, dla pełnego zrozumienia ich specyfiki, wymagają ujęcia znacznie szerszego niż samo zawarcie umowy, na co zdaje się wskazywać p.z.p. Stoję na stanowisku, że zamówienie publiczne należy pojmować i analizować szeroko, poczynając od momentu przygotowania postępowania a kończąc na wygaśnięciu zobowiązań umownych, wynikających z umowy o zamówienie publiczne.

Związek interesu publicznego z zamówieniami publicznymi nie może zostać prawidłowo zrozumiany bez rozpatrzenia związków zamówień z finansami publicznymi oraz ich specyficznego usytuowania na styku dwóch typów podmiotów: przynależących w przeważającej części do sfery administracyjno-samorządowej oraz prowadzących zawodowo działalność gospodarczą. Ścisłe powiązanie zamówień publicznych z zarządzaniem środkami publicznymi pozwoliło mi ustalić, że interes publiczny jest nierozzerwalnie powiązany z prawem zamówień publicznych. Wykazałem, że zamówienia publiczne istnieją w dużej mierze właśnie po to, aby interes publiczny był chroniony. Wskazałem przy tym na szczególne rodzaje zagrożeń, wiążących się z gospodarowaniem środkami publicznymi i stycnością kadry urzędniczej zarządzającej publicznym groszem z przedsiębiorcami. Nieracjonalność, niegospodarność, korupcja – oto tylko niektóre z niebezpieczeństw, wystawiających na szwank interes publiczny. Wyróżniłem także sfery zamówień publicznych, w których niekorzystne zjawiska mogą występować szczególnie często.

W toku rozważań konieczne było również zbadanie, w jaki sposób rozumieć interes publiczny, który przecież często, jako pojęcie, bywa używany m.in. w obowiązujących przepisach, ale nie posiada ani definicji legalnej, ani jednolitej definicji w nauce. Pogłębiona analiza tego zagadnienia pozwoliła mi dojść do wniosku, że termin „interes publiczny” nie posiada powszech-

nie przyjętej definicji. Istnieje kilka znaczących wersji poglądu na to zagadnienie a większość autorów dochodzi do wniosku, że interes publiczny jest pojęciem o silnie relatywnym charakterze i konkretyzuje się w specyficznych okolicznościach. Takie ustalenia nie odebrały mi jednak możliwości podjęcia próby stworzenia określenia interesu publicznego przynajmniej na potrzeby prowadzonych badań.

Ustaliłem również, jakie konkretnie wartości leżą u podstaw prawa zamówień publicznych. W rozprawie zostało wykazane, że są to przede wszystkim: racjonalność wydatków publicznych, ochrona uczciwej konkurencji i przeciwdziałanie korupcji. Już na tym etapie rozważań zasygnalizowałem, że wymienione składowe interesu publicznego mogą ze sobą harmonizować, ale mogą mieć też charakter konkurencyjny względem siebie. Wydawać by się mogło, że uczciwa konkurencja w każdej dziedzinie skutkuje zwiększeniem racjonalności wszelkich wydatków. Jednakże specyficzne uwarunkowania systemowe sprawiły, że w przypadku zamówień publicznych reguła ta nie sprawdza się w pełni.

Dokonane badania wskazują, że w prawie zamówień publicznych zapobieganie korupcji ma charakter wtórny wobec funkcji zasadniczych, to znaczy racjonalności wydatków publicznych i ochrony uczciwej konkurencji. Nie chcę przez to powiedzieć, jakoby przeciwdziałanie korupcji miało mniejsze znaczenie. Uważam natomiast, że jeśli któryś z uczestników zamówień publicznych ulegnie przekupstwu, to próbując wpłynąć w sposób bezprawny na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przede wszystkim naruży albo uczciwą konkurencję, albo racjonalność wydatków. Dlatego w ramach zamówień publicznych walka z korupcją jest prowadzona głównie w sposób pośredni, poprzez dążenie (mniej lub bardziej skuteczne) do ochrony konkurencji i racjonalności wydatków. Trudno jest odnaleźć rozwiązania prawne, których wyłącznym i bezpośrednim zadaniem jest przeciwdziałanie korupcji. Ponieważ zapobieganie korupcji może być związane zarówno z zachowywaniem uczciwej konkurencji, jak i z promowaniem racjonalności wydatków, nie jest ono wartością, która w sposób szczególny kolidowałaby z pozostałymi składowymi interesu publicznego. Jej wtórny, wobec dwóch podstawowych wartości, charakter sprawia, że to nie ona jest powodem konfliktów w obrębie interesu publicznego.

Dalsze rozważania potwierdziły, że szczególną cechą zamówień publicznych, wpływającą w dużej mierze na jakość rozwiązań prawnych, jest istnienie w wielu sferach napięcia nie tylko pomiędzy interesem publicznym a prywatnym, co jest zjawiskiem dość częstym w administracji publicznej, ale również między składowymi interesu publicznego. Ujawniło się to już przy analizie zasad dotyczących zamówień publicznych. W ustawowym katalogu zasad istnieje bowiem zaburzenie równowagi pomiędzy racjonalnością wydatków publicznych a ochroną uczciwej konkurencji. O ile obowiązek przestrzegania zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców został

wprowadzony do p.z.p. bezpośrednio, o tyle brak jest przepisów nakazujących racjonalność, gospodarność, efektywność itp. w procesie prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Brak równowagi między składowymi interesu publicznego oraz stan permanentnego napięcia między nimi zostały wykazane również podczas analizy unormowań odnoszących się do selekcji wykonawców na podstawie ich właściwości. Selekcja wykonawców z założenia ma służyć interesowi publicznemu, pozwalając na uczestnictwo w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego tylko takim podmiotom, które są w stanie zrealizować zamówienie i zrobić to w sposób należyty. Analiza przepisów dotyczących warunków uczestnictwa w postępowaniu wykazała, że interes publiczny nie jest chroniony w tej sferze w sposób dostateczny. Przyczyną jest nie tylko wspomniany już konflikt między składowymi interesu publicznego. Istnieje również szereg szczegółowych unormowań, które albo nie blokują dostępu do zamówienia niesolidnym wykonawcom, albo w niektórych przypadkach utrudniają dostęp tym, którzy zamówienie mogliby zrealizować w sposób należyty. Badania odnoszące się do warunków uczestnictwa w postępowaniu pozwoliły mi dostrzec jeszcze inne zjawisko, groźne dla interesu publicznego – mianowicie duży stopień formalizmu i złożoność procedur. Tej niekorzystnej sytuacji sprzyjają nie tylko przepisy, ale również praktyka zamawiających, którzy posiadając duży zakres instrumentów weryfikacji wykonawców korzystają z niego w sposób nieumiejętny, żądając dokumentów dozwolonych formalnie, ale zbędnych z punktu widzenia racjonalności. To właśnie brak zasady racjonalności wydatkowania środków publicznych może być jedną z przyczyn niewłaściwej praktyki, dającej prymat kwestiom proceduralnym nad celem postępowania.

Problemy związane z konfliktem wartości nie ominęły też sfery dotyczącej procesu wyboru oferty najkorzystniejszej. Oczekiwania zamawiającego i wykonawcy co do sposobu wyartykułowania treści opisu przedmiotu zamówienia są bardzo często sprzeczne. Ideałem dla zamawiającego jest najczęściej wskazanie wprost produktu, który chciałby nabyć. Jeżeli wybór zamawiającego jest racjonalny, poprzedzony dokładnym rozeznaniem rynku, to sprzyja racjonalności wydatków i pozwala jednoznacznie wyrazić jego oczekiwania. Jednakże poprzez wskazanie produktu eliminuje się wszystkie firmy poza wskazaną w opisie. Dla zachowania uczciwej konkurencji wymagane jest więc użycie w opisie przedmiotu zamówienia parametrów technicznych bądź też opisu funkcjonalnego. I tu pojawiają się zagrożenia dla realizacji interesu publicznego rozumianego jako racjonalność wydatkowania środków publicznych. Opis za pomocą parametrów technicznych bądź też funkcjonalny wymaga zdecydowanie większej wiedzy, niż proste wskazanie produktu. Tym samym wymagane jest zaangażowanie specjalistów w danej branży, gdyż w przeciwnym razie grozi nabycie dobra niedostosowanego do potrzeb. Oczywiście nie można kwestionować wartości wolnej konkurencji, która sama w sobie jest składową interesu publicznego. W toku rywalizacji może się bowiem okazać,



że istnieją na rynku rozwiązania atrakcyjniejsze (technicznie, cenowo) niż te, które pierwotnie preferował zamawiający, a zatem wydatek dokonany w trybie zamówienia publicznego za sprawą mechanizmów konkurencyjnych staje się bardziej racjonalny. Nie eliminuje to jednak zagrożeń związanych z brakiem precyzji użytych parametrów technicznych, skutkuje także większymi kosztami postępowania, poprzez konieczność zaangażowania specjalistów w danej dziedzinie. Świadomy trudności ustawodawca pozwala wprowadzić na użytek nazw własnych produktów z dopiskiem „lub równoważne”, ale praktyka orzecznicza wskazuje<sup>305</sup>, że w takich sytuacjach trzeba precyzyjnie określić, na czym równoważność ma polegać, a do jej oceny i tak wymagana będzie osoba dysponująca wiedzą fachową.

Na dalszym etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, gdy zostaną złożone oferty, które następnie podlegają badaniu i ocenie, również ochrona uczciwej konkurencji potrafi wchodzić w kolizję z racjonalnością procesu wyboru oferty najkorzystniejszej. Ochrona uczciwej konkurencji skłoniła bowiem ustawodawcę do określenia bardzo ścisłych, rygorystycznych reguł wszelkich form komunikowania się z wykonawcami, badania ofert, w tym ich wyjaśniania oraz oceny. Rygoryzm reguł z jednej strony zwiększa przewidywalność zachowań uczestników procesu udzielania zamówienia publicznego, chroniąc przed dowolnością i nierównym traktowaniem, ale z drugiej strony może wymuszać decyzje nieracjonalne, naruszające efektywność, gospodarność itp. w wydatkowaniu środków publicznych. Reguły, o których mowa, nie są bowiem ukierunkowane jedynie na doprowadzenie do wyboru oferty najkorzystniejszej ekonomicznie, ale w dużej mierze mają zapewniać równe traktowanie wykonawców.

Z omawianym zagadnieniem wiąże się też problem pojęcia oferty najkorzystniejszej, stosowany w ustawie p.z.p. W toku rozprawy wykazałem, że jest to pojęcie, które nie odzwierciedla w pełni oferty najkorzystniejszej jako takiej, która spełnia wszelkie wymogi racjonalności rozpatrywanej z ekonomicznego i technicznego punktu widzenia. W niektórych aspektach rozwiązania prawne dotyczące procesu wyboru oferty prawne zdają się promować racjonalność wydatków, ale w wielu są albo neutralne, albo wręcz szkodliwe. Tak więc i w tej sferze zamówień publicznych większy nacisk został położony na zachowanie uczciwej konkurencji, niż na racjonalne wydatkowanie środków publicznych.

Publicznoprawne ograniczenia wpłynęły również na racjonalność postępowania w kwestii umów zawieranych w efekcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Także tutaj usztywnienie reguł określających możliwość zmian umowy w stosunku do oferty sprawiły, że wprowadzić zmniejszono możliwość wypaczania wyników postępowania, ale jednocześnie nie

---

<sup>305</sup> Cf. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej nr KIO/UZP 967/09: „(...) wskazanie dopuszczalnego zakresu równoważności skład orzekający uznaje za co najmniej pożądane w świetle zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji”.

zagwarantowano dostatecznej elastyczności, koniecznej do należytego gospodarowania środkami we współczesnej gospodarce.

Dochodzę zatem do pierwszej, kluczowej dla niniejszej rozprawy konkluzji: wprawdzie próba realizacji interesu publicznego przez prawo zamówień publicznych jest realizowana poprzez liczne rozwiązania prawne, jednakże należy uznać ją za nie dość skuteczną. Jedną z głównych przyczyn niepowodzenia są systemowe trudności, uniemożliwiające przyjęcie w pełni satysfakcjonujących dla wszystkich uczestników procesu udzielania zamówień oraz dla wszystkich obciążonych świadczeniami publicznymi rozwiązań. Ważną przyczyną istniejących trudności jest konkurencyjny charakter wartości składających się na interes publiczny. Tym samym przyjęte rozwiązania prawne będą najczęściej stanowiły kompromis pomiędzy racjonalnością wydatkowania środków publicznych a ochroną uczciwej konkurencji. Nie oznacza to, aby racjonalność i ochrona konkurencji zawsze pozostawały ze sobą w konflikcie – bywa bowiem, że harmonizują ze sobą. Jednakże analizy dokonane w niniejszej pracy wykazują, że jest wiele sfer zamówień publicznych, w których swoista „rywalizacja” racjonalności wydatków z ochroną konkurencji jest nie tylko widoczna, ale także negatywnie wpływa na jakość przyjętych rozwiązań.

Myliłby się jednak ten, kto by sądził, że wobec przyjętej konkluzji wszelkie próby poprawy istniejącego stanu rzeczy są skazane na porażkę, a niekorzystnym zjawiskom winne są wyłącznie specyficzne, obiektywne uwarunkowania, w jakich zamówienia publiczne funkcjonują. Taka sytuacja nie ma miejsca. W toku pracy wskazałem bowiem wiele przykładów ewidentnie niekorzystnych dla interesu publicznego rozwiązań, których wady nie wynikają z konfliktu między jego składowymi. Istnieje wiele błędnych a zarazem możliwych do korekty rozwiązań w szczegółowych przepisach, utrudniających realizację interesu publicznego na poszczególnych etapach postępowania. O skali nieprawidłowości świadczą analizy przeprowadzone w niniejszej rozprawie, które z racji liczby i różnorodności nie będą ponownie omawiane w podsumowaniu.

Wymienione w pracy wady obowiązujących przepisów, niejednokrotnie funkcjonujące w porządku prawnym wiele lat, są spowodowane m.in. brakiem systemowych rozwiązań pozwalających na zbieranie informacji o uchybieniach i wypracowywania projektów zmian przepisów mających za zadanie prawne niedociągnięcia naprawić. W obecnym stanie prawnym brakuje przepisów, umożliwiających wprowadzenie mechanizmu zbierania i analizowania informacji oraz tworzenia kompleksowych wytycznych dla procesu legislacyjnego, który miałby likwidować nieprawidłowości. Nie został w pełni wykorzystany potencjał, jaki ma w sobie instytucja Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych. W aktualnym stanie prawnym nie ma mechanizmu wymuszającego systematyczne kontrole zamówień publicznych oraz nie ma uregulowań nakazujących pogłębione analizy systemowe wyników kontroli, obejmujące również aspekt jakościowy zamówień publicznych. Oznacza to, że w toku funkcjonowania zamówień publicznych nie są identyfikowane informacje o najczęstszych problemach czy nieprawidłowościach, a w związku z tym nie ma danych

pozwalających na kompleksowe, systemowe nowelizacje. Historia nowelizacji przepisów o zamówieniach publicznych, omawiana przy okazji niektórych uregulowań, jest pełna przykładów niekonsekwencji, nowelizacji generujących nowe problemy, powrotów po krótkim czasie do wcześniej uchylanych rozwiązań itp., świadczących, że mechanizm kompleksowego, zorientowanego na interes publiczny nowelizowania przepisów nie został wypracowany i jest konieczny.

Na trudności związane z realizacją interesu publicznego przez prawo zamówień publicznych wpływa również wskazywana już konieczność funkcjonowania w bezpośrednim związku z wolnym rynkiem, a zatem z otoczeniem o ogromnej zmienności i różnorodności. Sytuacja ta sprawia, że wyjątkowo trudno stworzyć przepisy, które będą na tyle precyzyjne, że w każdej sytuacji zagwarantują zarówno racjonalność wydatkowania środków, jak i równe traktowanie wykonawców. Siłą rzeczy zamawiającym musi być pozostawiona spora doza swobody, aby mogli wyrazić niezwykle różnorodne potrzeby, związane z realizacją zadań publicznych. Sfera nabywania dóbr na wolnym rynku przez jednostki dysponujące publicznymi pieniędzmi nie jest podatna na regulacje na tyle precyzyjne, że proste stosowanie się do przepisów zapewni realizację interesu publicznego. Dla uzyskania pożądanego efektu niezbędna jest należyta staranność ze strony zamawiających, przejawiająca się nie tylko w stosowaniu się do przepisów, ale także w zorientowaniu na cel, jakim ma służyć zamówienie publiczne, to jest racjonalność w wydatkowaniu środków i ochrona uczciwej konkurencji. Wydaje się jednak, że brak poczucia odpowiedzialności za wspólne dobro, to jest za interes publiczny, nie motywuje do orientowania się na kluczowe cele zamówień, skłaniając raczej osoby zaangażowane w proces udzielania zamówień do skupienia się na aspekcie formalnym, proceduralnym, gdyż to przede wszystkim sprawdzają ewentualne kontrole Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych. O ile zatem w kwestiach ściśle uregulowanych nieprawidłowościom winne są najczęściej niewłaściwe przepisy, o tyle w sferach, w których z konieczności pozostawiono podmiotom swobodę w zakresie określania warunków prowadzenia postępowań, występują nieprawidłowości powstałe z winy samych zamawiających.

Można zatem bez ryzyka większej pomyłki skonkludować, że pomimo dużej liczby rozwiązań prawnych, które z założenia mają realizować interes publiczny, obecny kształt ustawy p.z.p. nie realizuje interesu publicznego w sposób należyty. Wydaje się jednak, że pomimo istotnych okoliczności o charakterze obiektywnym, które utrudniają wprowadzenie przepisów adekwatnych do postulowanych celów zamówień publicznych, wiele szczegółowych przepisów można poprawić.

Po pierwsze, należy przeanalizować z punktu widzenia formalnoprawnego obowiązujące przepisy i zlikwidować bądź zmienić te wadliwe. Myślę tu szczególnie o wszelkich niejasnościach, niekonsekwencjach terminologicznych, niespójnościach systemowych itp., które zostały przeze mnie wskazane w niniejszej publikacji.

Po drugie, konieczna jest weryfikacja przepisów od strony merytorycznej, w tym silniejsze niż do tej pory położenie akcentu na cel zamówień publicznych, a szczególnie na racjonalność wydatkowania środków. Zasada racjonalności wydatkowania środków publicznych winna stać się jedną z zasad zamieszczonych w dziale I rozdział II ustawy p.z.p., a przepisy szczegółowe, tam gdzie jest to wskazane, również powinny wprost odwoływać się do racjonalności wydatkowania środków oraz do niej prowadzić.

Po trzecie, przy założeniu, że Prezes Urzędu Zamówień Publicznych jako organ państwowy ma pozostać, powinno się nałożyć na niego zwiększone obowiązki kontrolne oraz rozbudować obowiązki analityczne o aspekty jakościowe, w tym ekonomiczne. Dotychczasowe analizy mają przede wszystkim charakter statystyczno-ilościowy, ilustrują głównie liczbę postępowań, uśrednione wartości i tryby, w jakich są one udzielane i przez to są mało przydatne do tworzenia propozycji kompleksowych zmian przepisów. Źródłem analiz powinny stać się nie tylko wyniki procedur kontrolnych, ale także wyroki Krajowej Izby Odwoławczej, poglądy nauki oraz podnoszone na łamach prasy opinie.

Należy także pamiętać, że w przypadku zamówień publicznych nie można mówić o jednej, gotowej receptce na korzystne dla interesu publicznego rozwiązanie prawne. Sfera uregulowań dotyczących zamówień publicznych dotyczy bowiem zagadnień związanych z gospodarowaniem środkami publicznymi oraz gospodarką wolnorynkową, a więc niestabilnych i zmiennych. Określone przepisy w sytuacji koniunktury mogą być dla interesu publicznego korzystne, a w sytuacji kryzysu – szkodliwe. Dlatego bardzo mocno podkreślam znaczenie systematycznego monitorowania i analiz o charakterze jakościowym, aby w porę dostrzegać negatywne dla interesu publicznego (ale także interesu prywatnego) zjawiska, którym można będzie przeciwdziałać m.in. poprzez odpowiednie zmiany w prawie.

# Bibliografia

- Barczak-Oplustil A., Bogdan G., Cwiągalski Z., Dąbrowska-Kardas M., Kardas P., Bąkowski T., *Administracyjnoprawna sytuacja jednostki w świetle zasady pomocniczości*, Oficyna 2007.
- Boć J., *Obywatel wobec ingerencji współczesnej administracji*, Wrocław 1985.
- Boć J., L. Dziewięcka-Bokun, *Umowy w administracji*, Kolonia Limited 2008.
- Borkowski A., A. Chełmoński, M. Guziński, K. Kiczka, L. Kieres, T. Kocowski, *Administracyjne prawo gospodarcze*, Kolonia Limited 2003.
- Borodo A., *Polskie prawo finansowe – zarys ogólny*, Toruń 2005.
- Duniewska Z., Jaworska-Dębska B., Michalska-Badziak R., Olejniczak-Szałowska E., Stahl M., *Prawo administracyjne – pojęcia, instytucje, zasady w teorii i orzecznictwie*, Warszawa 2002.
- Fajgielski P., *Informacja w administracji publicznej. Prawne aspekty gromadzenia, udostępniania i ochrony*, Wrocław 2007.
- Fernandez Martin J. M., *The EC Procurement Rules: A critical analysis*, wyd. Clarendon Press 1996.
- Garlicki L., *Prawo konstytucyjne. Zarys wykładu*, Warszawa 2007.
- Grzeszczyk T., *Zamówienia publiczne w reformowanej gospodarce polskiej – doświadczenia i przyszłość*, Częstochowa 1996.
- Herc G., E Komorowski., Szustakiewicz P., *Zamówienia publiczne w Polsce: studium prawne*, Warszawa 2005.
- Izdebski H., Kulesza M., *Administracja publiczna. Zagadnienia ogólne*, Warszawa 2004.
- Jagielski J., *Kontrola administracji publicznej*, Warszawa 2007.
- Jakimowicz W., *Publiczne prawa podmiotowe*, Zakamycze 2002.
- Jakimowicz W., *Wykładnia w prawie administracyjnym*, Kraków 2006.
- Kasznica S., *Polskie prawo administracyjne. Pojęcia i instytucje zasadnicze*, Poznań 1946.
- Kędziora R., *Kodeks postępowania administracyjnego*, Warszawa 2005.
- Kijowski D., *Patologie w administracji publicznej*, Oficyna 2009.
- Kijowski D., *Pozwolenia w administracji publicznej*, Warszawa 2000.
- Koba D., *Zamówienia na dostawy i usługi. Poradnik*, Warszawa 2004 r.
- Kosikowski C., *Wolność gospodarcza w prawie polskim*, Warszawa 1995.
- Kosikowski C., *Koncesje w prawie polskim*, Kraków 1996.

- Kosikowski C., *Polskie publiczne prawo gospodarcze*, Warszawa 2001.
- Kosikowski C., *Sektor finansów publicznych w Polsce*, Warszawa 2006.
- Krych E., Sobolewska M., Wicik G., Wiktorowska E., *Praktyczny poradnik dla ko-rzystających z dokumentacji przygotowanej w ramach projektu finansowanego ze źró-dków banku światowego (grant IDF nr TF 050649) na opracowanie wzorcowej doku-mentacji przetargowej i wzorów umów w sprawach zamówień publicznych*, Warszawa 2006 r.
- Kurowska A., Sarnowski M., Wicik G., Wiśniewski P., *Analiza wyroków sądów okręgowych oraz analiza orzeczeń zespołu arbitrów wydanych na podstawie przepisów ustawy prawo zamówień publicznych*, Warszawa 2006 r.
- Lamentowicz W., *Państwo współczesne*, Warszawa 1996.
- Lang J., *Struktura prawna skargi w prawie administracyjnym*, Wrocław 1972.
- Langrod J., *Instytucje prawa administracyjnego. Zarys części ogólnej*, Zakamycze 2003.
- Lemke M., Piasta D., *Analiza orzecznictwa Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości dotyczącego zamówień publicznych w okresie od 1999 do 2005 r.*, Warszawa 2006. *Urzędu Zamówień Publicznych*, Warszawa 2000 r.
- Lemke M., *The experience of centralized enforcement in Poland in: Public procurement the continuing revolution*, red. S. Arrowsmith, M. Trybus, Kluwer Law 2003.
- Lemke M., Piasta D., Wicik G., Wiśniewski P., *Poradnik dla wykonawców ubie-gających się o zamówienie publiczne na rynku polskim i rynkach wybranych państw członkowskich Unii Europejskiej*, Warszawa 2006 r.
- Leoński Z., *Nauka administracji*, Warszawa 2004.
- Łaszczycza G., Martysz Cz., Matan A., *Postępowanie administracyjne ogólne*, War-szawa 2003.
- Łysakowski W., *Środki ochrony prawnej*, Warszawa 2004 r.
- Maurer H., *Ogólneprawo administracyjne. Allgemeines Verwaltungsrecht*, Wrocław 2003
- Mikołajczyk A., Wichniak-Olczak A., Gizińska K., *Zamówienia publiczne. Orzecz-nictwo Zespołu Arbitrów. Przegląd wybranych wyroków wydanych w okresie czerwiec-grudzień 1999 r.*, Warszawa 2000 r.
- Mikołajczyk A., Wichniak-Olczak A., Stępień K., Michalski W., *Orzecznictwo Zespołu Arbitrów. Przegląd wybranych wyroków wydanych w okresie sierpień-grudzień 1998 r.*, Warszawa 1999 r.
- Mikołajczyk A., Wichniak-Olczak A., *Zamówienia publiczne. Orzecznictwo Zespołu Arbitrów. Przegląd wybranych wyroków wydanych w okresie styczeń-czerwiec 2000*, Warszawa 2000 r.
- Mikołajczyk A., *Ustawa o zamówieniach publicznych w świetle orzecznictwa*, War-szawa 2000 r.
- Modliński E., *Pojęcie interesu publicznego w prawie administracyjnym: (praca czytana w r. 1929 na posiedzeniu sekcji studjów nad techniką ustawodawczą Polskiego Instytutu Prawa Administracyjnego im. Kazimierza Wielkiego)*, Poznań 1932 r.
- Niedziela A., *Zamówienia sektorowe. Poradnik*, Warszawa 2004 r.
- Nowacki J., *Prawo publiczne – prawo prywatne*, Katowice 1992.
- Oniszczyk J., *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej w orzecznictwie Trybunału Kon-stitucyjnego*, Kraków 2000.
- Oniszczyk J., *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej w orzecznictwie Trybunału Kon-stitucyjnego na początku XXI wieku*, Zakamycze 2004.
- Panasiuk A., *System zamówień publicznych w Polsce*, Warszawa 2004.

Panasiuk A., *Prawno-ekonomiczne aspekty systemu zamówień publicznych wpływające na ograniczenie swobody kontraktowania*, Warszawa 2005.

Panasiuk A., *Publicznoprawne ograniczenia przy udzielaniu zamówień publicznych*, Bydgoszcz-Warszawa 2007.

Piasta D., *Zamówienia publiczne w Unii Europejskiej. Orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości*, Część I, Urząd Zamówień Publicznych 1999 r.

Piasta D., *Zamówienia publiczne w Unii Europejskiej. Orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości*, Część II, Warszawa 2000 r.

Piasta D., *Zamówienia publiczne w świetle procedur Światowej Organizacji Handlu. Umowa o zamówieniach publicznych (GPA)*, Warszawa 2001 r.

Pokrzywniak J., Kwieciński T., Baehr J., *Środki ochrony prawnej w procedurach zamówień publicznych*, Warszawa-Katowice 2006 r.

Pokrzywniak J., Baehr J., Kwieciński T., *Wprowadzenie do systemu zamówień publicznych*, Warszawa-Katowice 2006 r.

Przybysz P., *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, Warszawa 2007.

red. Rabska T., *System prawa administracyjnego*, Ossolineum 1980.

Radwański Z., *Prawo cywilne – część ogólna*, Warszawa 2007.

Uzasadnienie do projektu Prawa zamówień publicznych z dn. 7 listopada 2003 r., Druk sejmowy nr 2218.

Stachowiak M., J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Zakamycze 2005.

Stawicki A., Roliński J., Baehr J., Kwieciński J., *Przewodnik po procedurach udzielania zamówień publicznych*, Warszawa-Katowice 2006 r.

Stręciwilk-Białek M., Elżanowska A., Wojtal T., *Zamówienia publiczne w orzecznictwie. Zeszyty orzecznicze. Zeszyt nr 1*, Warszawa 2002 r.

Stręciwilk-Białek M., Elżanowska A., Rzeźniczuk M., *Zamówienia publiczne w orzecznictwie. Zeszyty orzecznicze. Zeszyt nr 2*, Warszawa 2003 r.

Stręciwilk-Białek M., Rzepkowska I., Sarnowski M., Śledziwska M., *Zamówienia publiczne w orzecznictwie. Zeszyty orzecznicze. Zeszyt nr 3*, Warszawa 2004 r.

Stręciwilk-Białek M., Rzepkowska I., Sarnowski M., Wichniak-Olczak A., *Zamówienia publiczne w orzecznictwie. Zeszyty orzecznicze. Zeszyt nr 4*, Warszawa 2004 r.

Stręciwilk M., Chabasiewicz J., Grabarczyk M., *Zamówienia publiczne w orzecznictwie. Zeszyty orzecznicze. Wybrane orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej. Zeszyt nr 1*, Warszawa 2008 r.

Stręciwilk-Białek M., Elżanowska A., Rzeźniczuk M., *Zamówienia publiczne w orzecznictwie. Zeszyty orzecznicze. Zeszyt nr 2*, Warszawa 2003 r.

Stręciwilk-Białek M., Rzepkowska I., Sarnowski M., Śledziwska M., *Zamówienia publiczne w orzecznictwie. Zeszyty orzecznicze. Zeszyt nr 3*, Warszawa 2004 r.

Stręciwilk-Białek M., Rzepkowska I., Sarnowski M., Wichniak-Olczak A., *Zamówienia publiczne w orzecznictwie. Zeszyty orzecznicze. Zeszyt nr 4*, Warszawa 2004 r.

Stręciwilk M., Chabasiewicz J., Grabarczyk M., *Zamówienia publiczne w orzecznictwie. Zeszyty orzecznicze. Wybrane orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej. Zeszyt nr 1*, Warszawa 2008 r.

Stręciwilk M., Chabasiewicz J., Grabarczyk M., *Zamówienia publiczne w orzecznictwie. Zeszyty orzecznicze. Wybrane orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej oraz sądów okręgowych*, Warszawa 2008 r.

- Strzelczyk H., Chojecka B., *Zamówienia na roboty budowlane. Poradnik*, Warszawa 2004.
- Strzyczkowski K., *Prawo gospodarcze publiczne*, Warszawa 2005.
- Suwaj P., *Konflikt interesów w administracji publicznej*, Oficyna 2009.
- Szostak R., *Publicznoprawne instrumenty ochrony konsumenta*, Warszawa 1995.
- Szostak R., *Prawo zamówień publicznych po nowelizacji*, Warszawa 2006 r.
- Szostak R., *Przetarg nieograniczony na zamówienie publiczne. Zagadnienia konstrukcyjne*, Kraków 2005.
- Szustakiewicz P., *Zasady prawa zamówień publicznych*, Warszawa 2007.
- Trepte P., *Przewodnik po procedurach zamówień publicznych w wybranych krajach Unii Europejskiej*, Warszawa-Katowice 2006.
- Trepte P., *Zamówienia publiczne w Unii Europejskiej objęte dyrektywą klasyczną*, Warszawa-Katowice 2006.
- Trepte P., *Zamówienia publiczne w Unii Europejskiej objęte dyrektywą sektorową*, Warszawa-Katowice 2006.
- Urząd Zamówień Publicznych, *Zielona księga. Zamówienia publiczne w Unii Europejskiej. W poszukiwaniu rozwiązań*, Warszawa 1998 r.
- Urząd Zamówień Publicznych, *Sprawozdanie z funkcjonowania systemu zamówień publicznych w 2010 roku*, Warszawa 2011.
- Walawski B., *Pozwolenia i koncesje administracyjne w prawie polskim*, Wilno 1939.
- Waligórski M., *Administracyjnoprawna reglamentacja działalności gospodarczej*, Poznań 1998.
- Wichniak-Olczak A., Stręciwilk M., Majecka J., Wielgus E., Rzepkowska I., Nowak H., *Zamówienia publiczne. Orzecznictwo Zespołu Arbitrów. Przegląd wybranych wyroków wydanych w okresie czerwiec–grudzień 2000 r.*, Warszawa 2001 r.
- Wincenciak M., *Sankcje w prawie administracyjnym i procedura ich wymierzania*, LEX.
- Wyporska-Frankiewicz J., *Publicznoprawne formy działania administracji o charakterze dwustronnym*, Oficyna 2010.
- Wyrzykowski M., *Pojęcie interesu społecznego w prawie administracyjnym*, Warszawa 1986.
- Zacharko L., *Prywatyzacja zadań publicznych gminy. Studium administracyjnoprawne*, Katowice 2000.
- Zalewski H., *System zamówień publicznych w Polsce*, Gdańsk 2002.
- Zalewski H., *Prawo zamówień publicznych w polskim systemie zamówień publicznych*, Gdańsk-Bydgoszcz 2005.
- Zdyb M., *Prawny interes jednostki w sferze materialnego prawa administracyjnego: studium teoretyczno-prawne*, Lublin 1991.
- Zieliński M., *Wykładnia prawa. Zasady, reguły, wskazówki*, Warszawa 2006.
- Ziemski K., *Zasady ogólne prawa administracyjnego*, Poznań 1989.
- Zimmermann J., *Prawo administracyjne*, Warszawa 2008.

## Prace pod redakcją

- Koncesje na roboty budowlane. Poradnik*, red. Juchniewicz W., Warszawa 2004 r.
- Ordynacja podatkowa*, red. Dzwonkowski H., Warszawa 2008.
- Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, red. Czajkowski T., Warszawa 2007 r.
- Zamówienia publiczne. Podręcznik*, red. Chmaj M., Warszawa 2008.



*Ekonomiczne i prawne aspekty racjonalizacji wydatków publicznych*, red. Głuchowski J., A. Pomorska, J. Szolno-Koguc, Lublin 2005.

*Encyklopedia prawa*, red. Kalina-Prasznica U., Warszawa 2006.

*Finanse samorządowe 2005. 395 pytań i odpowiedzi. Wzory uchwał, deklaracji, decyzji*, red. Kosikowski C., Warszawa 2005.

*Finanse publiczne i prawo finansowe*, red. Kosikowski C., Ruśkowski A., Warszawa 2008.

*Orzecznictwo Zespołu Arbitrów. Przegląd wybranych*, red. Lemke M., Mikołajczyk A.

*Zamówienia publiczne w Unii Europejskiej. Dyrektywy dotyczące*, red. Lemke M., Mikołajczyk A.

*Zamówienia publiczne w Unii Europejskiej. Sektor użyteczności*, red. Lemke M., Mikołajczyk A.

*Zamówienia publiczne w Unii Europejskiej. Procedury odwoławcze w świetle dyrektyw*, red. Lemke M., Warszawa 2000 r.

*Jak uniknąć błędów przy udzielaniu zamówień publicznych. Wyniki kontroli przeprowadzonych przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych*, red. Lemke M., Mikołajczyk A., Warszawa 1999

*Zamówienia publiczne w Niemczech*, red. Lemke M., Warszawa 2001 r.

*Zamówienia publiczne. Orzecznictwo Zespołu Arbitrów. Przegląd wybranych wyroków wydanych w okresie styczeń–czerwiec 1999 r.*, red. Mikołajczyk A., Warszawa 1999 r.

*Informator o zmianach dotyczących ogłoszeń wynikających z rozporządzenia Komisji Europejskiej ustanawiającego standardowe formularze do publikacji ogłoszeń*, red. Niedziela H., Dzierżanowski W., Warszawa 2006 r.

*Administracja publiczna u progu XXI wieku: prace dedykowane prof. zw. dr. hab. Janowi Szreniawskiemu z okazji Jubileuszu 45-lecia pracy naukowej*, red. Niewiadomski Z., Przemysł 2000.

*Kodeks cywilny. Komentarz*, red. Pietrzykowski K., Warszawa 2005.

*Prawo zamówień publicznych po nowelizacji z dnia 4 września 2008 r.*, red. Sadowy J., Warszawa 2008 r.

*Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz*, red. Szwaja J., Warszawa 2006.

*Prawo administracyjne*, red. Wierzbowski M., Warszawa 2007.

*Dobro wspólne. Problemy konstytucyjnoprawne i aksjologiczne*, red. Wołpiuk W., Warszawa 2008.

*Prawa stają się prawem. Status jednostki a tendencje rozwojowe prawa*, red. Wyrzykowski M., Warszawa 2006.

*Koncepcja systemu prawa administracyjnego: Zjazd Katedr Prawa Administracyjnego i Postępowania Administracyjnego*, red. Zimmermann J., Zakopane, 24–27 września 2006 r., Warszawa-Kraków 2007 r.

## Artykuły

Banasiński C., *Prawnoporównawcza analiza koncesjonowania administracji i gospodarki w wybranych porządkach prawnych*, „Samorząd Terytorialny” 1994, nr 7–8.

- Bednarczyk G., *Wiarygodność ekonomiczna wykonawcy*, „Zamówienia publiczne. Doradca” 2008, nr 2.
- Bieniek-Koronkieicz E., Sieńczyło-Chlabicz J., *Działalność gospodarcza i jej koncesjonowanie na gruncie ustawy prawo działalności gospodarczej*, „Radca Prawny” 2001, nr 4, str. 68.
- Brzozowski W., *Konstytucyjna zasada dobra wspólnego*, „Państwo i Prawo” 2006, nr 11.
- Jagielski J., *Współczesna funkcja kontroli administracji publicznej (Kilka refleksji teoretycznych)*, „Kontrola państwowa” 2004, nr 1.
- Dolecki J., *Moim zdaniem*, „Zamówienia publiczne. Doradca” 2003, nr 5.
- Granecki P., *Komplikacje związane z umową zamówienia publicznego*, „Rzeczpospolita”, 06.01.2009 r.
- Kubala W., *Zezwolenie na wykonywanie działalności gospodarczej*, „Monitor Prawniczy” 2000, nr 7.
- Laskowski J. A., *Ekonomiczne aspekty zamówień publicznych*, „Zamówienia publiczne. Doradca” 2000, nr 6.
- Łysakowski W., „Zamówienia publiczne. Doradca” 2003, nr 3, str. 16.
- Makowski M., *Z problematyki efektywności karnoprawnej ochrony zamówień publicznych*, „Prawo Zamówień Publicznych” 2008, nr 4.
- Partyka M., *Kryteria oceny ofert*, „Zamówienia publiczne. Doradca” 2005, nr 6.
- Płonka-Bielenin K., *Zakres pojęcia „zadania publiczne” i próba określenia istoty ich realizacji przez organizacje pożytku publicznego*, „Administracja” 2008, nr 2.
- Sierpowska I., *Pojęcie własności publicznej w prawie administracyjnym*, „Kwartalnik prawa publicznego” 2006, nr 1.
- Suwaj P., *W poszukiwaniu rozwiązań reagujących na konflikty interesów*, „Przegląd prawa publicznego” 2009, nr 1.
- Szostak R., *Kryteria oceny ofert*, *Zamówienia publiczne.*, „Doradca” 2003, nr 9.
- Szostak R., *Umowy ramowe po nowelizacji*, *Zamówienia publiczne*, „Doradca” 2007, nr 5.
- Szustakiewicz P., *Zamówienia publiczne jako hybrydalna dziedzina prawa*, *Zamówienia publiczne*, „Doradca” 2007, nr 05.
- Szydło W., *Cele publiczne w gospodarce nieruchomościami skarbowymi i samorządowymi*, „Kwartalnik prawa publicznego” 2005, nr 3.
- Wieczorek E., artykuł GSP2000.7.625 *Niektóre aspekty ochrony konsumentów w świetle ustawy – Prawo działalności gospodarczej*, Teza nr 4 ,37982/4, LEX.
- Winczorek P., *Prawo obywatela do informacji*, „Rzeczpospolita” z dnia 24 lutego 2000 r., nr 46.
- Zubik M., *Refleksje nad dobrem wspólnym jako pojęciem konstytucyjnym*, w: *Prawo a polityka*, red. M. Zu bik, Warszawa 2007.

## Komentarze

- Adamiak B., Borkowski J., *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, Warszawa 2005 r.
- Majewski J., Raglewski J., Rodzynkiewicz M., Szewczyk M., W. Wróbel, A. Zoll, *Kodeks karny. Część szczególna*, Zakamycze, 2006.

*Konstytucje Rzeczypospolitej oraz komentarz do Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z 2 kwietnia 1997 r.*, Boć J. red. Wrocław 1998.

Brożyna M., Chudzik M., Kohutek K., Molis J., Szuster S., *Komentarz do ustawy o swobodzie działalności gospodarczej*, LEX/el 2005.

Granecki P., *Prawo zamówień publicznych: komentarz*, Warszawa 2007.

Zdyb M., Stelmasiak J., *Zasady ogólne Kodeksu postępowania administracyjnego. Orzecznictwo Naczelnego Sądu Administracyjnego z komentarzem*, Lublin 1992.

Zdyb M., *Prawo działalności gospodarczej. Komentarz*, Zakamycze 2000.

Wicik G., Wiśniewski P., *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2007.

Skrzydło W., *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Zakamycze 2002.

Sołtysińska A., *Europejskie prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Zakamycze 2006.

Pieróg J., *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2007.

Panasiuk A., Mikołajczyk A., Siedlecki T., *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2004.

Marek A., *Kodeks karny. Komentarz*, LEX, 2007.

Kłaczyński M., Szuster S., *Komentarz do ustawy o dostępie do informacji publicznej*, LEX/el 2003.

Kohutek K., Sieradzka M., *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, LEX, 2008.

Kosikowski C., *Prawo działalności gospodarczej. Komentarz*, Wyd. II, Warszawa 2003.

Kosikowski C., *Ustawa o swobodzie działalności gospodarczej. Komentarz*, Warszawa 2005.

Kosikowski C., Etel L., Dowgier R., Pietrasz P., Presnarowicz S., *Ordynacja podatkowa. Komentarz*, LEX, 2007.

Jakubecki A., Zedler F., *Prawo upadłościowe i naprawcze. Komentarz*, Zakamycze, 2003.

Janowicz Z., *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, Warszawa 1999.

Jaśkowska M., Wróbel A., *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, Zakamycze 2005.

## Glosy

Z. Kmiecik, glosa do wyroku NSA z dnia 8 stycznia 1988 r., IV SA 753/87, OSP 1991, z. 7–8, poz. 175.

Szostak R., Glosa do wyroku SN z dnia 13 grudnia 1999 r., III CKN 478/98, Samorząd Terytorialny 2001/6/68, LEX.

Szostak R., Glosa do wyroku SN z dnia 10 kwietnia 2003 r., III CKN 1320/00, Lex.

## Wykaz cytowanych orzeczeń i aktów prawnych

Wyrok Sądu Najwyższego z dn. 27 sierpnia 2003 r. (sygn. I CKN 527/01).

Wyrok Sądu Najwyższego z dn. 6 lipca 2001 r. (sygn. III RN 16/01).

Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego (do 2003.12.31) we Wrocławiu z dn. 18 stycznia 1995 r. (sygn. SA/Wr 1386/94).

Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dn. 20 maja 1998 r., sygn. I SA/Ka 1744/96 (niepublikowany).

Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego (do 2003.12.31) w Warszawie z dn. 21 czerwca 2001 r. (sygn. V SA 3718/00).

Wyrok Sądu Antymonopolowego z dn. 19 listopada 2001 r., sygn. XVII Ama 2/01 (Dz. Urz. UOKiK z 2002 r. Nr 1, poz. 47).

Wyrok Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dn. 26 kwietnia 2006 r. (sygn. XVII Ama 101/04).

Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dn. 26 marca 2008 r., sygn. VI SA/Wa 85/08.

Wyrok Sądu Okręgowego w Częstochowie z dn. 07.09.2005 r. (sygn. VI Ca 527/05).

Wyrok Sądu Okręgowego Warszawa-Praga z dn. 05 sierpnia 2005 r. (sygn. IV CA 239/05).

Wyrok Sądu Okręgowego w Lublinie z dn. 09 listopada 2005 r. (sygn. II Ca 587/05).

Wyrok Sądu Okręgowego w Zielonej Górze z dn. 13 maja 2005 r. (sygn. II Ca 109/05).

Orzeczenie Trybunału (Czwartej Izby) z dnia 20 września 1988 r. Gebroeders Beentjes BV przeciwko Państwu Holenderskiemu (Sprawa 31/87 „Beentjes”). C-13/63, *Włochy v. Komisja Wspólnot Europejskich*, ECR 1963.

Wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dn. 27 października 2005 (sygn. C-234/03).

Orzeczenie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z 5 października 2000 r. w sprawie C-16/98.

Orzeczenie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dn. 22 czerwca 1989 w sprawie C-103/88 („Constanzo”).

Wyrok z dnia 28 stycznia 2005 r. Zespołu Arbitrów przy Urzędzie Zamówień Publicznych (sygn. UZP/ZO/0-143/05).

Wyrok z dnia 13 września 2004 r. Zespołu Arbitrów przy Urzędzie Zamówień Publicznych (sygn. UZP/ZO/0-1446/04).

Wyrok z dn. 08 marca 2007 r. Zespołu Arbitrów przy Urzędzie Zamówień Publicznych (sygn. UZP/ZO/0-209/07).

Wyrok z dn. 21.01.2005 r. Zespołu Arbitrów przy Urzędzie Zamówień Publicznych (sygn. UZP/ZO/0-52/05).

Wyrok z dn. 15 czerwca 2005 r. Zespołu Arbitrów przy Urzędzie Zamówień Publicznych (sygn. UZP/ZO/0-1330/05).

Wyrok z dn. 03 lipca 2007 r. Zespołu Arbitrów przy Urzędzie Zamówień Publicznych (sygn. UZP/ZO/0-773/07).

Wyrok z dn. 28 czerwca 2007 r. Zespołu Arbitrów przy Urzędzie Zamówień Publicznych (sygn. UZP/ZO/0-746/07).

Wyrok z dn. 02 października 2007 r. Zespołu Arbitrów przy Urzędzie Zamówień Publicznych (sygn. UZP/ZO/0-1177/07; UZP/ZO/0-118/07).

Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 kwietnia 2008 r. (sygn. KIO/UZP 262/08).

Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 maja 2008 r. (sygn. KIO/UZP 461/08).

Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dn. 17 czerwca 2008 r. (sygn. KIO/UZP 538/08; KIO/UZP 543/08).

Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dn. 19 maja 2008 r. (sygn. KIO/UZP 428/08).

Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dn. 23 czerwca 2008 r. (sygn. KIO/UZP 561/08).

Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dn. 8 kwietnia 2008 r. (sygn. KIO/UZP 259/08).

Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dn. 14 stycznia 2008 r. (sygn. KIO/UZP 62/07).

Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dn. 09 kwietnia 2008 r. (sygn. KIO/UZP 270/08).

Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dn. 31 stycznia 2008 r. (sygn. KIO/UZP 6/08).

Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dn. 18 stycznia 2008 r. (sygn. KIO/UZP 86/07).

Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dn. 28 stycznia 2008 r. (sygn. KIO/UZP 117/07).

Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dn. 31 marca 2008 r. (sygn. KIO/UZP 223/08; KIO/UZP 231/08).

Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dn. 18 marca 2008 r. (sygn. KIO/UZP 196/08).

Wyrok Krajowej Izby odwoławczej z dn. 11 marca 2008 r. (sygn. KIO/UZP 161/08).

Wyrok Krajowej izby Odwoławczej z dn. 29 maja 2008 r. (sygn. KIO/UZP 468/08; KIO/UZP 480/08).

Wyrok Krajowej izby Odwoławczej z dn. 21 kwietnia 2008 r. (sygn. KIO/UZP 311/08).

Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dn. 11 kwietnia 2008 r. (sygn. KIO UZP 275/08).

Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dn. 20 marca 2008 r. (sygn. KIO/UZP 204/08).

Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dn. 11 kwietnia 2008 r. (sygn. KIO/UZP 272/08).

Wyrok Krajowej izby Odwoławczej z dn. 09 kwietnia 2008 r. (sygn. KIO/UZP 268/08).

Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dn. 18 czerwca 2008 r. (sygn. KIO/UZP 544/08; KIO/UZP 548/08).

Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dn. 07 grudnia 2007 r. (sygn. KIO/UZP 1386/07).

Ustawa z dn. 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.).

Ustawa z dn. 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (Dz. U. z 2000 r. nr 98, poz. 1071 ze zm.).

Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz. U. z 1964 r. nr 16, poz. 93 ze zm.).

Ustawa z dn. 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. z 2009 r. Nr 157, poz. 1240 ze zm.).

Ustawa z dn. 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2007 r. nr 50, poz. 331 ze zm.).

Ustawa z dn. 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 1993 r. nr 153, poz. 1503 ze zm.).

Ustawa z dn. 28 lutego 2003 r. Prawo upadłościowe i naprawcze (Dz. U. z 2003 r. Nr 60, poz. 535 ze zm.).

Ustawa z dnia 28 października 2002 r. o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary (Dz. U. z 2002 r. Nr 197, poz. 1661 ze zm.).

Rozporządzenie w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2009 r. Nr 226, poz. 1817).

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.U.E.L.04.134.114 ze zm.).

Dyrektywa 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 grudnia 2007 r. zmieniająca dyrektywy Rady 89/665/EWG i 92/13/EWG w zakresie poprawy skuteczności procedur odwoławczych w dziedzinie udzielania zamówień publicznych (Dz.U.U.E.L.07.335.31).

### **Źródła internetowe**

[www.opoka.org.pl/biblioteka/W/WP/jan\\_xxiii/encykliki/mater\\_magistra\\_15051961.html](http://www.opoka.org.pl/biblioteka/W/WP/jan_xxiii/encykliki/mater_magistra_15051961.html)

[www.opoka.org.pl/biblioteka/W/WP/jan\\_xxiii/encykliki/pacem\\_in\\_terris\\_11041963.html](http://www.opoka.org.pl/biblioteka/W/WP/jan_xxiii/encykliki/pacem_in_terris_11041963.html)

[www.uzp.gov.pl](http://www.uzp.gov.pl), opinia prawna nr 48.

Walczak M., *Uwarunkowania funkcjonowania bibliotek w społeczeństwie informacyjnym*, [http://www.bib.edu.pl/jarocin/walczak.html#\\_ftnref3](http://www.bib.edu.pl/jarocin/walczak.html#_ftnref3)

# Summary

Procedures for awarding public contracts have great influence on social, economical and public life. There are over 100 billions Polish zlotys spent in contract award procedures every year. The number of awarding entities was over 13,000 in the year 2010. The number of economic operators is potentially unlimited - there were over 80000 economic operators who tendered most advantageous tenders in the same year.

But there is a lot of controversies associated with contract award procedures. Almost every day we can find media information about frauds, protracted procedures and low quality of supplies, services and construction works bought according to procedures for awarding public contracts. So one can ask whether the public interest is properly implemented in Public Procurement Law?

In order to answer this question, we have to define public interest in the context of procedures for awarding public contracts and main functions of Public Procurement Law.

In my opinion, there are two elements of public interest in public contracts. First: ensuring fair competition and equal treatment of economic operators and second: ensuring rational spending of public funds.

I also believe, that there are five main, postulated functions of Public Procurement Law:

- 1) stimulating fair competition and equal treatment of economic operators,
- 2) stimulating rationality in public expenditure,
- 3) combating corruption,
- 4) private interests protection, and
- 5) guarantee of observance above functions.

One can think, that there should be a perfect harmony between fair competition and public expenditure's rationality. But this is not true. Certainly, there are quite a lot of examples of mutually beneficial interaction between fair competition and public expenditure's rationality. But in book I am trying to prove the existence of competition between those two aspects of public

interest in public procurements. This competition makes some imperfections of contract award procedures hard to overcome.

Confrontation between fair competition and public expenditure's rationality one can notice at each stage of procedures for awarding public contracts. Moreover, there is fair competition's dominance over public expenditure's rationality. We can see this already in principles of award of contracts. Only fair competition is mentioned there.

The imbalance is also noticeable in preparation of a procedure. In description of the object of contract polish legislator particularly favors fair competition. The law says, that object of the contract should be described in an unequivocal and exhaustive manner by means of sufficiently precise and comprehensive wording, taking into consideration all requirements and circumstances which could influence the preparation of a tender. It also says that object of the contract should not be described in a manner which could restrict fair competition. But there is no regulation commanding description of economic rationality of the object of contract.

We can see the same situation in selection of economic operators. According to the Public Procurement Law, the description of manner of the fulfillment of conditions met by economic operators, should be related to the object of contract and should be proportional to the object of contract. Necessity of assuring availability of best economic operators is not mentioned.

The President of the Public Procurement Office seems to have sufficient resources to correct above problems. He may control public procurements, he also has to prepare annual reports of the functioning of the system of public contracts and submit them to the Polish Council of Ministers and to the European Commission. But in my opinion there is not enough of qualitative analysis of public contracts, so resources which are in possession of the President of the Public Procurement Office are underused.

In my opinion, the above cited problems make implementation of public interest in Public Procurement Law insufficient. Applicable law does not stimulate rationality in public expenditure. Contract award procedures don't guarantee, the most advantageous tender will be the best from the economic point of view. So there is an urgent need to change Public Procurement Law in order to make public contracts more cost-effective. Apart from that, I indicate a number of minor problems, which adversely influence public interest. Some of them have been existing for several years.



# Resumen

Los procedimientos de adjudicación de contratos públicos tienen una influencia muy grande en la zona social, económica y pública de la vida. Cada año en el ámbito de los contratos públicos se gastan más que 100 billones zlotych. En el 2010 la cantidad de los contratatos pasó 13000. En la práctica, la cantidad de los ejecutores potenciales es ilimitada – en el 2010 más que 80000 de ellos propuso las ofertas más provechosas.

Sin embargo, con los procedimientos de adjudicación de contratos públicos se relacionan muchas controversias. Casi cada día los medios informan sobre corrupción, incorrecciones y baja calidad de suministros, servicios y obras de construcción adquiridas. Se puede entonces preguntar, ¿si el interés público está realizado por la Ley de contratación pública de la manera adecuada?

Para responder esta pregunta hay que poner la definición del interés público en el contexto de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos y de las funciones principales de la Ley de contratación pública.

En mi opinión, hay dos elementos principales del interés público en la Ley de contratación pública. El primero: asegurar el mantenimiento de la competencia leal y de la igualdad del tratamiento de los ejecutores, y el segundo: asegurar la racionalidad del gasto de los fondos públicos.

Creo que hay cinco principales funciones postuladas de la Ley de contratación pública:

1. estimular la racionalidad de los gastos,
2. estimular la protección de la competencia,
3. combatir a la corrupción,
4. garantizar el cumplimiento de las funciones arriba mencionadas.

Puede parecer que debe existir ideal armonía entre la competencia leal y la racionalidad del gasto de los fondos públicos. Sin embargo, no es así.

Por supuesto, hay muchos ejemplos de las interacciones proverchosas entre la competencia leal y la racionalidad del gasto de los fondos públicos. No obstante, en mi obra voy a intentar demostrar la existencia de la rivalidad

---

\* Tłumaczenie: Ewa Jastrzębska.

entre estos dos aspectos del interés público en la contratación pública. Dicha rivalidad provoca muchas dificultades en los procedimientos de la adjudicación de contratos públicos, las dificultades difíciles de eliminar.

La confrontación entre la competencia leal y la racionalidad del gasto de los fondos públicos aparece en cada etapa del procedimiento de adjudicación de contratos. Lo que es más, existe un evidente prevalecimiento de la regla de mantener la competencia leal contra la racionalidad del gasto de los fondos públicos. Se puede observarlo en las reglas de la adjudicación de los contratos públicos, donde se menciona sólo la competencia leal.

También en la preparación a la adjudicación de los contratos públicos aparece el desequilibrio. En la descripción del objeto del contrato público el legislador polaco decididamente favorece la competencia leal. La ley pone que el objeto del contrato se describe de la manera unívoca y completa, por medio de unos términos concretos y entendidos, teniendo en cuenta todas las exigencias y las circunstancias de potencial influencia en la preparación de la oferta. Pone también que el objeto del contrato no puede estar descrito de una manera que pueda dificultar la competencia leal. Sin embargo, no existe ninguna regulación que obligue a aplicar la racionalidad económica en la descripción del objeto de contrato.

La misma situación observamos en la selección de los ejecutores. Con arreglo a la Ley de contratación pública, la descripción de las condiciones de participación debe estar relacionada con el objeto del contrato, y también, proporcional al objeto del contrato. La necesidad de asegurar unas condiciones que garanticen la mejor, desde el punto de vista económico, realización del contrato no se menciona.

El Presidente de la Oficina de Contratación Pública parece disponer de provisiones suficientes para mejorar esta situación. Tiene la posibilidad de controlar la contratación pública, tiene que preparar el informe anual del funcionamiento del sistema de contratación pública y entregarlo a Consejo de Ministros, y también, a Comisión Europea. No obstante, en mi opinión no existe análisis de calidad de los contratos públicos, por eso las provisiones que tiene en disposición el Presidente de la Oficina de Contratación Pública no se emplean.

Los problemas arriba mencionados, en mi opinión, muestran que la realización del interés público en la Ley de contratación pública no es suficiente. La ley vigente no estimula la racionalidad de los gastos públicos. Los procedimientos de adjudicación de contratos públicos no garantizan que la mejor oferta sea en realidad la mejor desde el punto de vista económico. Por esto aparece una urgente necesidad de cambiar la contratación pública con el fin de hacerla efectiva económicamente. Además de éste, existen más problemas, menores, los cuales tienen una influencia desfavorable en el interés público. Algunos de ellos se conocen desde hace muchos años.