



Urząd
Zamówień
Publicznych

Funkcjonowanie systemu zamówień publicznych – aktualne problemy i propozycje rozwiązań

X KONFERENCJA NAUKOWA
26–27 czerwca 2017 r., Białystok

Redakcja naukowa:
Małgorzata Stręciwilk
Andrzej Panasiuk

FUNKCJONOWANIE SYSTEMU ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH – AKTUALNE PROBLEMY I PROPOZYCJE ROZWIĄZAŃ

**X Konferencja Naukowa
26–27 czerwca 2017 r., Białystok**

Redakcja naukowa:
Małgorzata Stręciwilk
Andrzej Panasiuk

Warszawa, czerwiec 2017

Funkcjonowanie systemu zamówień publicznych – aktualne problemy i propozycje rozwiązań

Łamanie, druk i oprawa:

Wydział Poligrafii

COAR

Centrum Obsługi
Administracji Rządowej

ul. Powsińska 69/71, 02-903 Warszawa

drukarnia@centrum.gov.pl

Wydawca:

Urząd Zamówień Publicznych

www.uzp.gov.pl

e-mail: uzp@uzp.gov.pl

ISBN 978-83-88686-53-5

© Urząd Zamówień Publicznych

Warszawa 2017 r.

SPIIS TREŚCI

Wstęp	5
Stosowanie kryteriów oceny ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego – Izabela Fundowicz, Wojciech Michalski	7
Zamówienia in-house – między zamówieniami a konkurencją – Wojciech Hartung	17
Nowe rozwiązania prawne ustawy o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi – Łukasz Jarocki, Katarzyna Solecka	27
Partnerstwo publiczno-prywatne w praktyce samorządu terytorialnego – Tadeusz Kocowski	39
Praktyczne wykorzystanie przez sektor publiczny rozwiązań w zakresie efektywności energetycznej w zamówieniach publicznych – Ewa Kossak	47
Zmiana umów – kilka uwag na tle nowych przepisów – Aldona Kowalczyk	55
Praktyczne zastosowanie umów o pracę w kontraktach publicznych – Karol Łapiński	63
Kwalifikacja podmiotowa wykonawców w kontekście uzupełniania dokumentów – Grzegorz Matejczuk, Jerzy Pieróg	73
Forma prawna wyboru najkorzystniejszej oferty – Janusz Niczyporuk	81
O potrzebie zmian w systemie kontroli zamówień publicznych – Henryk Nowicki	87
Wymóg zatrudnienia na umowę o pracę w realizacji zamówienia publicznego – aksjologia oraz aspekty praktyczne – Paweł Nowicki	95
Rola zrównoważonych zamówień publicznych i praktyka ich wykorzystania – Magdalena Olejarsz	107
Istota prawna zawiadomień o wyborze trybu niekonkurencyjnego w zamówieniach publicznych – Andrzej Panasiuk	117
Środki ochrony prawnej – propozycje niektórych zmian tego systemu – Małgorzata Rakowska	127
Stosowanie instrumentów cywilnoprawnych w perspektywie rozwoju prawa zamówień publicznych – Wojciech Robaczyński	135
Dopuszczalność zmian umowy w sprawie realizacji zamówienia publicznego – Paweł Stokłosa	155
O potrzebie zmian kompleksowych w prawie zamówień publicznych – Ryszard Szostak	163

Kontrola Prezesa UZP – co wymaga usprawnień – Katarzyna Tyc-Okońska	185
Uwagi postimplementacyjne do ustawy o umowie koncesji – Marcin Wawrzyniak	193
Zalety i wady modelu środków ochrony prawnej przewidzianego w umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi – Hanna Wolska	203

WSTĘP

Mijający właśnie rok obowiązywania znowelizowanych przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, wdrażających do polskiego porządku prawnego przepisy dyrektyw unijnych, to doskonały moment, by podjąć próbę szerszej, systemowej analizy rynku i norm prawnych w zakresie zamówień publicznych. Taka analiza podejmowana przez grono znakomitych specjalistów i praktyków zamówień publicznych stanowi rzetelną podstawę do dokonania podsumowań oraz właściwy punkt wyjścia do formułowania wniosków i wskazywania perspektyw rozwoju w kontekście aspektów prawnych, gospodarczych i społecznych rynku zamówień publicznych.

Wskazane wyżej motywacje były inspiracją do zorganizowania szerokiego forum wymiany myśli, wiedzy i doświadczeń pierwszego roku funkcjonowania rynku zamówień publicznych w warunkach nowych regulacji. W związku z decyzją Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, Pani Małgorzaty Stręciwilk, dotyczącą kontynuacji po kilkuletniej przerwie corocznych konferencji naukowych, zagadnienia te stały się tematem wiodącym spotkania środowiska naukowego z praktykami zajmującymi się problematyką zamówień publicznych w ramach X Konferencji Naukowej pt. „Funkcjonowanie systemu zamówień publicznych – aktualne problemy i propozycje rozwiązań”.

Przedsięwzięcie zostało zorganizowane we współpracy Urzędu Zamówień Publicznych oraz Wydziału Prawa Uniwersytetu w Białymstoku i odbyło się w dniach 26–27 czerwca 2017 r. w Białymstoku. Umożliwiło wymianę poglądów i dyskusję na temat funkcjonowania w praktyce nowych przepisów Prawa zamówień publicznych, w tym istotnych aspektów dotyczących zrównoważonych zamówień publicznych, ponadto było okazją do dyskusji wynikającej z potrzeby systemowych rozwiązań w zakresie kontroli udzielania zamówień.

Niniejsza publikacja jest zbiorem referatów konferencyjnych oraz artykułów specjalistów z zakresu zamówień publicznych, reprezentujących środowisko naukowe oraz praktyków z dziedziny zamówień publicznych. Poruszono w niej m.in. takie tematy, jak: identyfikacja potrzeb koniecznych zmian w systemie zamówień publicznych, forma prawna wyboru najkorzystniejszej oferty, kwalifikacja podmiotowa wykonawców, zmiany umów, rola zrównoważonych zamówień publicznych, praktyczne zastosowanie umów o pracę oraz rozwiązań w zakresie efektywności energetycznej, a także nowe rozwiązania prawne o umowie koncesji na roboty budowlane i usługi oraz partnerstwa publiczno-prywatnego.

Organizatorzy X Konferencji Naukowej z zakresu zamówień publicznych wyrażają nadzieję, że publikacja niniejsza będzie cennym materiałem w zakresie analizy aktualnej problematyki dotyczącej zamówień publicznych, a podejmowane tematy wpłyną nie tylko na wzrost poziomu wiedzy w tym obszarze oraz jej popularyzowanie, ale również wskażą perspektywy i kierunki rozwoju systemu w najbliższej przyszłości, służące dalszemu podnoszeniu efektywności i innowacyjności zamówień publicznych.

Małgorzata Stręciwilk, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych

Andrzej Panasiuk, dr hab., prof. Uniwersytetu w Białymstoku

STOSOWANIE KRYTERIÓW OCENY OFERT W POSTĘPOWANIU O UDZIELENIE ZAMÓWIENIA PUBLICZNEGO

*dr Izabela Fundowicz, naczelnik Departamentu Prawnego, Urząd Zamówień Publicznych
Wojciech Michalski, naczelnik Departamentu Informacji, Edukacji i Analiz Systemowych, Urząd Zamówień Publicznych*

Abstrakt

Referat zawiera analizę wpływu zmian w zakresie kryteriów oceny ofert, wprowadzonych do ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych nowelizacjami z 2014 i 2016 r., na praktykę stosowania przez zamawiających kryteriów oceny ofert w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego. Analiza oparta jest na danych dotyczących wszystkich postępowań ogłoszonych w Biuletynie Zamówień Publicznych lub w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej po nowelizacji z 2014 r., zawierających informacje dotyczące kryteriów oceny ofert. Podsumowanie zawiera ocenę efektów wprowadzonych zmian i wnioski wypływające z analizowanych danych.

Abstract

The paper analyses the impact of the changes of the provisions regarding contract award criteria, introduced to Act of 29 January 2004 – Public Procurement Law by the amendments of 2014 and 2016, on the practical application of contract award criteria by contracting authorities in the proceedings for the award of public contracts. Analysis is based on the data covering all proceedings advertised in Public Procurement Bulletin or Official Journal of the European Union after the amendment of 2014, where the notices contained information on contract award criteria. The summary contains evaluation of the effects of introduced changes as well as conclusions deriving from analyzed data.

Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. – *Prawo zamówień publicznych* (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164, ze zm., dalej jako: „ustawa Pzp”) zawiera regulacje, których celem jest umożliwienie zamawiającym dokonania wyboru optymalnego dla nich przedmiotu zamówienia. Służą temu przede wszystkim: opis przedmiotu zamówienia, kryteria oceny ofert oraz istotne postanowienia umowy. Wymagania, które zamawiający wskaże w opisie przedmiotu zamówienia na dostawy, usługi czy roboty budowlane są niezbędne, a oferta, która jest niezgodna z opisem przedmiotu zamówienia co do zasady podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Z kolei kryteria oceny ofert pozwalają na konkurowanie przez wykonawców właściwościami oferowanego przez nich przedmiotu, w ramach wskazanych przez zamawiających zakresów np.: parametrów technicznych, innowacyjności rozwiązań, kosztów generowanych przez produkt, czy oddziaływaniem na środowisko. Ocena w ramach kryteriów umożliwia premiowanie rozwiązań, parametrów i innych aspektów, które są istotne dla zamawiającego, poprzez przyznanie im odpowiednio wysokiej liczby punktów, jednocześnie nie dyskwalifikuje przy tym ofert, które charakteryzujących się mniejszym nasileniem wartości, na których zależy zamawiającemu, otrzymują one bowiem mniejszą ilość punktów. Odpowiednio zbilansowane kryteria oceny ofert, powinny prowadzić do otrzymania przez zamawiającego optymalnego dla niego przedmiotu zamówienia. Wskazać jednakże należy, że pomimo obiektywnych korzyści, jakie daje możliwość stosowania pozacenowych kryteriów oceny ofert, zamawiający – nieprzymuszeni do tego przepisami ustawy Pzp – w praktyce korzystali z tego uprawnienia bardzo rzadko.

Zasadniczym powodem, dla którego ustawodawca zdecydował się na zmianę przepisów ustawy Pzp dotyczących stosowania kryteriów oceny ofert było nadużywanie przez zamawiających kryterium ceny jako jedyne kryterium oceny ofert. Pierwszą próbę ograniczenia możliwości stosowania kryterium „cena” jako jedyne kryterium oceny ofert podjęto w 2014 r., w ustawie z dnia 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych¹. W wyniku ww. nowelizacji, w art. 91 ustawy Pzp dodano ust. 2a, który ograniczał stosowanie przez zamawiających ceny jako jedyne kryterium wyboru najkorzystniejszej oferty tylko do tych zamówień, których przedmiot był powszechnie dostępny oraz miał ustalone standardy jakościowe. W przypadku pozostałych zamówień, zamawiający obowiązany był do zastosowania – obok ceny – jeszcze co najmniej jednego kryterium oceny ofert spośród wymienionych w art. 91 ust. 2 ustawy Pzp lub innych, związanych z przedmiotem zamówienia. Jednocześnie zamawiający posiadający status jednostek sektora finansów publicznych w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych² oraz zamawiający będący państwowymi jednostkami organizacyjnymi nieposiadającymi osobowości prawnej (art. 3 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp), dokonując wyboru oferty wyłącznie w oparciu o kryterium ceny, zobowiązani byli do wykazania w załączniku do protokołu postępowania, w jaki sposób uwzględnili w opisie przedmiotu zamówienia koszty ponoszone w całym okresie korzystania z przedmiotu zamówienia.

Celem wprowadzenia powyższych zmian była chęć zobowiązania zamawiających, aby przy doborze kryteriów oceny ofert dokonywali analizy w celu ustalenia, czy kryterium cenowe rzeczywiście jest nich najbardziej opłacalne. Stosowanie wyłącznie kryterium ceny przy nabywaniu zamówień publicznych, przy braku odpowiednio szczegółowych zapisów w opisie przedmiotu zamówienia, w wielu przypadkach prowadziło do obniżenia jakości świadczenia oraz ponoszenia wysokich kosztów eksploatacji i użytkowania przedmiotu zamówienia.³

Rezultaty powyższych zmian legislacyjnych można ocenić analizując dane obrazujące stosowanie kryterium „ceny” jako jedyne kryterium oceny ofert w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego przed wprowadzeniem przepisu art. 91 ust. 2a ustawy Pzp (przepis obowiązywał od 19 października 2014 r.) i po jego wejściu w życie.

Poniżej przedstawiona została analiza danych dotyczących stosowania pozacenowych kryteriów oceny ofert na podstawie ogłoszeń o zamówieniu opublikowanych w Biuletynie Zamówień Publicznych i w Dzienniku Urzędowym UE w roku 2014⁴

Postępowania poniżej progów unijnych⁵ w 2014 r. (na podstawie ogłoszeń w BZP)

Kryterium	Liczba/odsetek postępowań			
	roboty budowlane	dostawy	usługi	Ogółem
Cena jako jedyne kryterium	92%	83%	76%	84%
Cena i inne kryteria	8%	7%	4%	16%

¹ Dz. U. z 2014 r., poz. 1232.

² Dz. U. z 2013 r. poz. 885, z późn. zm.

³ Zob. uzasadnienie do projektu nowelizacji z dnia 29 sierpnia 2014 r., druk 1653.

⁴ Opracowanie własne Urzędu Zamówień Publicznych.

⁵ Kwoty określone rozporządzeniem wydanym na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Postępowania powyżej tzw. progów unijnych (na podstawie ogłoszeń w Dz. Urz. UE)

Kryterium	Liczba/odsetek postępowań			
	roboty budowlane	dostawy	usługi	Ogółem
Cena jako jedyne kryterium	76%	78%	72%	75%
Cena i inne kryteria	24%	22%	28%	25%

Rok 2015 był pierwszym „pełnym” rokiem obowiązywania przepisu art. 91 ust. 2a ustawy Pzp, na mocy którego znacząco ograniczono możliwość zastosowania kryterium ceny jako jedynego kryterium oceny ofert.

Poniżej zaprezentowana została analiza danych dotyczących stosowania pozacenowych kryteriów oceny ofert na podstawie ogłoszeń o zamówieniu opublikowanych w Biuletynie Zamówień Publicznych i w Dzienniku Urzędowym UE w roku 2015⁶.

Postępowania poniżej progów unijnych w 2015 r. (na podstawie ogłoszeń w BZP)

Kryterium	Liczba/odsetek postępowań			
	roboty budowlane	dostawy	usługi	Ogółem
Cena jako jedyne kryterium	4%	19%	11%	12%
Cena i inne kryteria	96%	81%	89%	88%
Ogółem	100%	100%	100%	100%

Postępowania powyżej progów unijnych w 2015 r. (na podstawie ogłoszeń w Dz. Urz. UE)

Kryterium	Liczba/odsetek postępowań			
	roboty budowlane	dostawy	usługi	Ogółem
Cena jako jedyne kryterium	15%	12%	10%	11%
Cena i inne kryteria	85%	88%	90%	89%
Ogółem	100%	100%	100%	100%

Z powyższych zestawień wynika, że zmiany przepisu art. 91 ustawy Pzp, wprowadzone w wyniku nowelizacji z dnia 29 sierpnia 2014 r. miały istotny wpływ na dobór kryteriów oceny ofert stosowanych przez zamawiających, bowiem proporcje odwróciły się na korzyść stosowania pozacenowych kryteriów oceny ofert. W tej sytuacji wydawać by się zatem mogło, że cel założony przez ustawodawcę, został osiągnięty. Jednakże analiza kryteriów pozacenowych, jakie zamawiający stosowali najczęściej, wskazanych w dwóch zamieszczonych poniżej tabelach, prowadzi do wniosku, że problem z racjonalnym i efektywnym stosowaniem kryteriów pozacenowych pozostawał nadal aktualny.

⁶ Opracowanie własne Urzędu Zamówień Publicznych.

Poniżej zaprezentowano dane dotyczące najczęściej stosowanych kryteriów oceny ofert 2015 r.⁷

Postępowania poniżej tzw. progów unijnych w 2015 r. (na podstawie ogłoszeń w BZP)

Kryterium	Liczba	Odsetek postępowań/zadań	Waga kryterium [%]		
			Minimum	Średnia	Maksimum
termin realizacji/czas dostawy	69 190	40%	1	8	99
gwarancja/rękojmia (termin, warunki itp.)	51 190	29%	1	8	97
płatności (warunki, terminy itp.)	21 408	12%	1	6	95
jakość/funkcjonalność/parametry techniczne itp.	10 895	6%	1	17	97
wiedza/doświadczenie	7 012	4%	1	17	90
czas reakcji	3 756	2%	1	8	50
Suma	163 451	94%			
cena	173 902	100%	1	90	99

Postępowania powyżej tzw. progów unijnych w 2015 r. (na podstawie ogłoszeń w Dz. Urz. UE)

Kryterium	Liczba	Odsetek postępowań/zadań	Waga kryterium [%]		
			Minimum	Średnia	Maksimum
termin realizacji/czas dostawy	5 557	33%	1	10	90
gwarancja/rękojmia (termin, warunki itp.)	4 299	26%	1	9	95
płatności (warunki, terminy itp.)	1 674	10%	1	6	80
jakość/funkcjonalność/parametry techniczne itp.	1 852	11%	1	19	90
wiedza/doświadczenie	1 044	6%	1	19	80
czas reakcji	456	3%	1	8	40
Suma	14 882	89%			
cena	16 805	100%	10	87	99,50

Z powyższych danych wynika, że trzy najczęściej stosowane przez zamawiających w 2015 r. kryteria pozacenowe – niezależnie od wartości przedmiotu zamówienia – to: *termin realizacji/czas dostawy*, *gwarancja/rękojmia*, *płatność*. Kryterium związane z jakością występowało na poziomie 6% w postępowaniach poniżej progów unijnych i 11% w postępowaniach powyżej progów unij-

⁷ Opracowanie własne Urzędu Zamówień Publicznych.

nych. Waga jaką nadawano temu kryterium najczęściej nie przekraczała 20%. Zatem pomimo istotnego wzrostu zastosowania pozacenowych kryteriów oceny ofert, w rzeczywistości te najczęściej stosowane nie miały bezpośredniego związku z jakością przedmiotu zamówienia. Zatem prosty mechanizm w postaci zmiany w przepisach ustawy Pzp i ograniczenia regulacjami stosowania jako jedyne kryterium oceny ofert ceny, nie przyniósł spodziewanych efektów w postaci podniesienia jakości świadczenia realizowanego na podstawie ustawy Pzp oraz zwrócenia uwagi na koszty, generowane przez nabywane w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego przedmioty.

Kolejna próba ograniczenia zjawiska stosowania przez zamawiających wyłącznie kryterium „cena zamówienia” podjęta została w 2016 r. w ustawie nowelizującej z dnia 22 czerwca 2016 r.⁸ Zgodnie z nowym brzmieniem art. 91 ust. 2a ustawy Pzp *zamawiający, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp sektor finansów publicznych i inne państwowe jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej oraz ich związki kryterium ceny mogą zastosować jako jedyne kryterium oceny ofert lub kryterium o wadze przekraczającej 60%, jeżeli określą w opisie przedmiotu zamówienia standardy jakościowe odnoszące się do wszystkich istotnych cech przedmiotu zamówienia oraz wykażą w załączniku do protokołu, w jaki sposób zostały uwzględnione w opisie przedmiotu zamówienia koszty cyklu życia, z wyjątkiem art. 72 ust. 2 i art. 80 ust. 3.* Z treści powyższego przepisu wynika, że intencją ustawodawcy było zapewnienie określonej jakości przedmiotu zamówienia poprzez opis przedmiotu zamówienia i uwzględnienie w nim jakości, dzięki opisaniu wszystkich istotnych parametrów/standardów przedmiotu świadczenia, ewentualnie określenie wymagań jakościowych w opisie przedmiotu zamówienia na akceptowalnym minimalnym poziomie i uwzględnienie w kryteriach oceny ofert wyższych parametrów, które są użyteczne dla zamawiającego, ale nie są dla niego niezbędne. Jednocześnie w przypadku wybrania przez zamawiającego pierwszego rozwiązania, tj. zastosowania kryterium ceny jako jedyne kryterium oceny ofert lub kryterium o wadze przekraczającej 60%, ustawodawca zobowiązał go dodatkowo do wykazania w załączniku do protokołu, w jaki sposób zostały uwzględnione w opisie przedmiotu zamówienia koszty cyklu życia.

Wpływ zmian wprowadzonych nowelizacją z dnia 22 czerwca 2016 r. na stosowanie przez zamawiających kryteriów oceny ofert można przeanalizować, porównując informacje zawarte w ogłoszeniach o zamówieniu z 2016 r., dotyczące postępowań wszczętych przed wejściem w życie ww. nowelizacji i postępowań wszczętych po jej wejściu w życie⁹.

Ogłoszenia w BZP

Ogłoszenia – rok 2016 (przed nowelizacją)

Kryterium	Liczba / odsetek postępowań							
	roboty budowlane		dostawy		usługi		Ogółem	
Cena jako jedyne kryterium	570	2%	3 087	14%	1 245	7%	4 902	7%
Cena i inne kryteria	26 469	98%	18 506	86%	17 689	93%	62 664	93%
Ogółem	27 039	100%	21 593	100%	18 934	100%	67 566	100%

⁸ Ustawa z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r. poz. 1020).

⁹ Opracowanie własne Urzędu Zamówień Publicznych.

Ogłoszenia – rok 2016 (po nowelizacji)

Kryterium	Liczba / odsetek postępowań							
	roboty budowlane		dostawy		usługi		Ogółem	
Cena jako jedyne kryterium	256	3%	3 058	22%	1 072	10%	4 386	13%
Cena i inne kryteria	9 907	97%	10 585	78%	9 650	90%	30 142	87%
Ogółem	10 163	100%	13 643	100%	10 722	100%	34 528	100%

Ogłoszenia w Dz. Urz. UE

Ogłoszenia – rok 2016 (przed nowelizacją)

Kryterium	Liczba / odsetek postępowań							
	roboty budowlane		dostawy		usługi		Ogółem	
Cena jako jedyne kryterium	45	8%	587	10%	265	7%	897	9%
Cena i inne kryteria	521	92%	5 263	90%	3 411	93%	9 195	91%
Ogółem	566	100%	5 850	100%	3 673	100%	10 092	100%

Ogłoszenia – rok 2016 (po nowelizacji)

Kryterium	Liczba / odsetek postępowań							
	roboty budowlane		dostawy		usługi		Ogółem	
Cena jako jedyne kryterium	30	10%	1 064	25%	422	15%	1 516	20%
Cena i inne kryteria	278	90%	3 154	75%	2 469	85%	5 901	80%
Ogółem	308	100%	4 218	100%	2 891	100%	7 417	100%

Z powyższych danych wynika, że po nowelizacji z dnia 22 czerwca 2016 r. w postępowaniach na dostawy odnotowano znaczący wzrost postępowań z udziałem wyłącznie kryterium ceny, tj. wzrost z 14% do 22% w postępowaniach poniżej progów unijnych, oraz z 10% do 25% w postępowaniach powyżej progów unijnych. Można postawić tezę, że powyższa sytuacja spowodowana jest zmianą w art. 91 ust. 2a ustawy Pzp, tj. rezygnacją z odniesienia się do „przedmiotu zamówienia powszechnie dostępnego o ustalonych standardach jakościowych” na rzecz wskazania, że cena może być zastosowana jako jedyne kryterium oceny ofert, jeżeli zamawiający określi w opisie przedmiotu zamówienia standardy jakościowe odnoszące się do wszystkich istotnych cech przedmiotu zamówienia. Tym samym istotne jest to, jakie działania podejmie w postępowaniu zamawiający, a nie to, czy dany przedmiot zamówienia może być uznany za powszechnie dostępny i posiadający ustalone standardy jakościowe. Wzrost w zakresie stosowania kryterium ceny jako jedyne kryterium oceny ofert w tym przypadku nie musi być oceniany negatywnie. Ustawodawca pozostawił zamawiającemu możliwość wyboru pomiędzy dwoma rozwiązaniami: pierwsze stosowanie obok ceny innych kryteriów o istotnej wadze i opis przedmiotu zamówienia, który zawiera wymogi na akceptowanym poziomie, drugie szczegółowy opis przedmiotu zamówie-

nia, zawierający standardy jakościowe odnoszące się do wszystkich istotnych cech przedmiotu zamówienia, a dodatkowo obowiązek wykazania w załączniku do protokołu w jaki sposób zostały uwzględnione w opisie przedmiotu zamówienia koszty cyklu życia.

Jak to już wskazano powyżej, ustawa z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy Pzp oraz niektórych innych ustaw wprowadziła również istotnie zmiany w zakresie ograniczenia wagi kryterium cenowego. Modyfikacja w art. 91 ust. 2a ustawy Pzp niewątpliwie wpłynęła na zmiany w zakresie wag nadawanych pozacenowym kryteriom oceny ofert, co obrazują zamieszczone poniżej tabele.

Najczęściej stosowane kryteria pozacenowe¹⁰

Zestawienie zostało przygotowane na podstawie ogłoszeń o zamówieniu publikowanych w Dz. Urz. UE w roku 2016 (przed wejściem w życie nowelizacji) i w roku 2016 (po wejściu w życie nowelizacji) łącznie z pierwszym kwartałem roku 2017.

Zamówienia przed wejściem w życie nowelizacji z dnia 22 czerwca 2016 r.

Kryterium	Liczba	Odsetek postępowań/zadań	Waga kryterium [%]		
			Minimum	Średnia	Maksimum
termin realizacji / czas dostawy	2 544	33%	1	9	70
gwarancja / rękojmia (termin, warunki itp.)	1 767	23%	1	10	90
płatności (warunki, terminy itp.)	916	12%	1	6	50
jakość / funkcjonalność / parametry techniczne (itp.)	793	10%	1	20	85
wiedza / doświadczenie	326	4%	3	22	80
czas reakcji	250	3%	1	8	40
cena	7 741	100%	5	86	99,70

Zamówienia po wejściu w życie nowelizacji z dnia 22 czerwca 2016 r.

Kryterium	Liczba	Odsetek postępowań/zadań	Waga kryterium [%]		
			Minimum	Średnia	Maksimum
termin realizacji / czas dostawy	1 429	30%	1	22	97
gwarancja / rękojmia (termin, warunki itp.)	1 194	25%	2	20	60
płatności (warunki, terminy itp.)	500	10%	1	22	40

¹⁰ Opracowanie własne Urzędu Zamówień Publicznych.

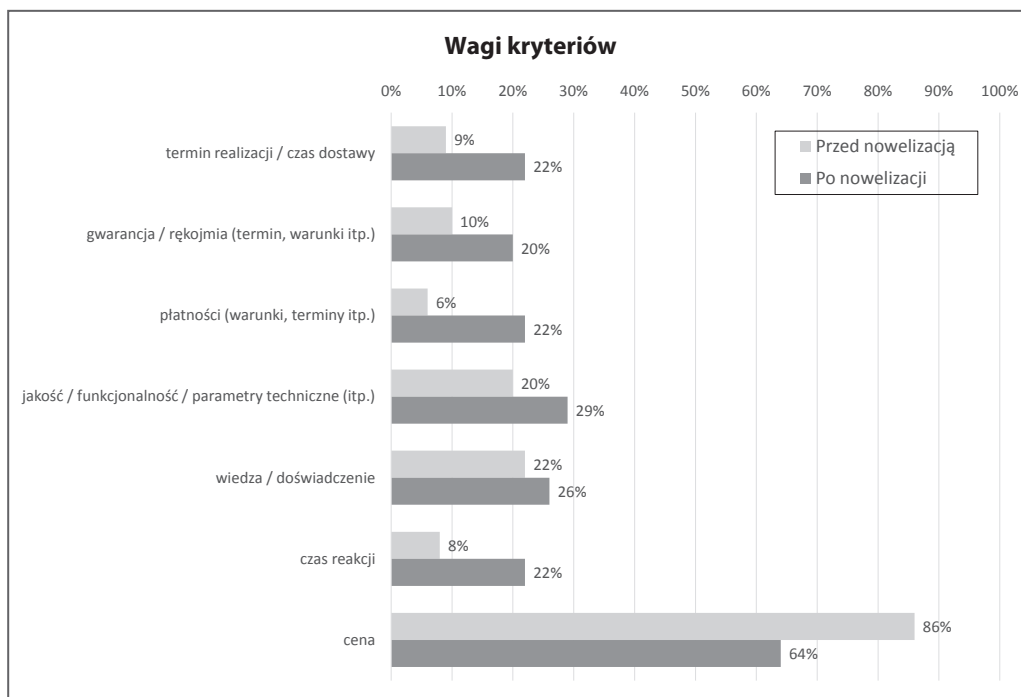
Kryterium	Liczba	Odsetek postępowań/zadań	Waga kryterium [%]		
			Minimum	Średnia	Maksimum
jakość / funkcjonalność / parametry techniczne (itp.)	895	19%	1	29	60
wiedza / doświadczenie	876	18%	4	26	75
czas reakcji	219	5%	3	22	40
cena	4 772	100%	3	64	99

Z powyższych zestawień wynika, że zarówno przed, jak i po nowelizacji z dnia 22 czerwca 2016 r., w postępowaniach o wartości równej lub przekraczającej progi unijne najczęściej stosowanym kryterium pozacenowym był termin realizacji/czas dostawy. Na drugim miejscu nadal pozostaje kryterium dotyczące gwarancji/rękojmi, a odsetek postępowań z udziałem tego kryterium był podobny przed i po nowelizacji (tj. 23% przed nowelizacją, 25% po nowelizacji). W okresie przed nowelizacją z dnia 22 czerwca 2016 r., trzecie najczęściej stosowane kryterium dotyczyło płatności. Aktualnie na miejscu tym znajduje się kryterium związane z jakością/funkcjonalnością/ parametrami technicznymi. Odsetek postępowań z udziałem tego kryterium wzrósł prawie dwukrotnie, tj. z 10% do 19%. Na czwartym miejscu wśród najczęściej stosowanych kryteriów po nowelizacji znajduje się wiedza/doświadczenie. Kryterium to zamawiający stosują równie często, jak kryterium związane z jakością/funkcjonalnością/ parametrami technicznymi. Wzrost ilości postępowań z użyciem wskazanego kryterium jest związany ze zmianą w przepisie art. 91 ust. 2 ustawy Pzp, który wymienia przykładowe kryteria oceny. W wyniku nowelizacji z dnia 22 czerwca 2016 r., do katalogu możliwych do stosowania kryteriów, dodano organizację, kwalifikacje zawodowe i doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia, jeżeli mogą mieć znaczący wpływ na jakość wykonania zamówienia. Podkreślić należy, że wbrew przekonaniu wielu zamawiających i wykonawców kryterium to nie jest kryterium podmiotowym. Dotyczy bowiem ono osób wyznaczonych do realizacji zamówienia, a nie kwalifikacji zawodowych i doświadczenia wykonawcy. Zasadnicza różnica między kryteriami, a warunkami udziału w postępowaniu jest taka, że warunki dotyczą właściwości wykonawcy, a kryteria oceny ofert – przedmiotu zamówienia. Stąd w katalogu kryteriów oceny ofert wyraźnie wskazano, że ocenie podlegają kwalifikacje zawodowe i doświadczenie osób wyznaczony do realizacji zamówienia, a nie kwalifikacje zawodowe i doświadczenie wykonawcy.

W wyniku nowelizacji z dnia 22 czerwca 2016 r. zmieniła się nie tylko częstotliwość stosowania ww. kryteriów oceny ofert, ale przede wszystkim wagi przyznawane tym kryteriom. Ponad dwukrotnie wzrosła średnia waga kryterium termin realizacji/czas dostawy, podobnie kryterium dotyczącego gwarancji/rękojmi. Pozytywnym skutkiem nowelizacji niewątpliwie jest wzrost znaczenia kryterium związanego z jakością/funkcjonalnością/ parametrami technicznymi z 20% do 29% (dot. średniej wagi kryterium).

Zmiany widoczne są również w przypadku średniej wagi kryterium ceny – przed nowelizacją średnia waga kryterium ceny wynosiła 86%, natomiast po nowelizacji średnia waga kryterium ceny spadła do wartości 64%.

Różnice w zakresie wag nadawanym poszczególnym kryteriom oceny ofert obrazuje tabela poniżej¹¹.



Przedstawione w referacie analizy dotyczące kryteriów oceny ofert wskazują niewątpliwie, że wprowadzane w ostatnich latach zmiany służące ograniczeniu stosowania kryterium ceny jako jedynego kryterium oceny ofert czy też kryterium o zasadniczej wadze miały istotny wpływ na liczbę postępowań, w których zastosowanie mają pozacenowe kryteria oceny ofert oraz na wagę stosowanych kryteriów. Odpowiedź na pytanie zasadnicze, tj. czy wpłynęły na jakość, koszty, innowacyjność udzielanych zamówień, jest znacznie trudniejsza. Patrząc na najczęściej stosowane kryteria oceny ofert, tj. termin, oraz okres i warunki gwarancji, przyznać należy, że ich podstawową funkcją na pewno nie jest zapewnienie wysokiej jakości zamawianych dostaw, usług czy robót budowlanych. Zastosowanie kryterium terminu wykonania zamówienia, czy okresu gwarancji polega najczęściej na przyznawaniu przez zamawiających punktów w określonych przedziałach, przy czym stosunkowo często wykonawcy w tych kryteriach wskazują dane, które pozwalają na otrzymanie przez nich najwyższej liczby punktów, co w konsekwencji przy zastosowaniu jedynie tych kryteriów pozacenowych prowadzi do sytuacji, w której cena ma zasadnicze znaczenie. Nawet jednak użycie kryterium związanego z jakością nie gwarantuje otrzymania zamówienia odpowiednio wysokiej jakości. Podstawowe znaczenie ma opis przedmiotu zamówienia, w którym zamawiający powinien opisać wszystkie wymagania, które są niezbędne, zaś to, co jest dla zamawiającego ważne i pożądane, powinno być premiowane w kryteriach oceny ofert. Należy przy tym pamiętać, że brak premiowanych cech nie dyskwalifikuje przedmiotu, skutkuje jedynie brakiem punktów w ramach danego kryterium. Zbilansowanego, przemyślanego doboru kryteriów przez zamawiających nie zagwarantuje zmiana przepisów ustawy. Negatywnym skutkiem wprowadzania zmian wymuszających stosowanie kryteriów innych niż cena może być stosowanie kryteriów, które nie mają znaczenia w procesie wyłaniania optymalnej oferty, a służą jedynie formalnemu wypełnieniu obowiązku nałożonego przepisami ustawy. Jeszcze bardziej niekorzyst-

¹¹ Opracowanie własne Urzędu Zamówień Publicznych.

nym zjawiskiem byłoby stosowanie kryteriów, które powodują wzrost ceny, a nie niosą za sobą żadnych korzyści. Wydaje się, że skuteczniejszą metodą promowania przemyślanego wyboru oferty najkorzystniejszej, uwzględniającego stosowanie obok ceny innych kryteriów oceny ofert, jest promowanie dobrych wzorców i wskazywanie wymiernych korzyści ze stosowania pozacenowych kryteriów oceny ofert.

Referat opracowano z wykorzystaniem danych zawartych w *Raporcie Urzędu Zamówień Publicznych dotyczącym kryteriów oceny ofert – wpływ zmian wprowadzonych nowelizacjami ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 29 sierpnia 2014 r. i z dnia 22 czerwca 2016 r. na stosowanie pozacenowych kryteriów ofert w postępowaniach o zamówienie publiczne*, Warszawa maj 2017 r.¹²

¹² źródło: www.uzp.gov.pl

ZAMÓWIENIA IN-HOUSE – MIĘDZY ZAMÓWIENIAMI A KONKURENCJĄ

dr Wojciech Hartung, Counsel w praktyce Infrastruktury i Energetyki kancelarii Domański Zakrzewski Palinka sp. k.

Abstrakt

Kwestie dotyczące zamówień in-house wykraczają poza regulacje właściwe dla zamówień publicznych. Przyjmując nawet hipotetycznie, że zamówienia in-house mogą być zgodne z niektórymi przepisami TSUE (np. ze swobodą przedsiębiorczości lub swobodą świadczenia usług), to w dalszym ciągu otwarta pozostaje ich zgodność np. z zasadami konkurencji, w tym z zakazem nadużywania pozycji dominującej. I choć w prawie unijnym dyskusyjne jest to, czy gmina jako organizator rynku usług użyteczności publicznej podlega tym przepisom, to z punktu widzenia polskich regulacji, jasnym jest przynajmniej w odniesieniu do jednostek samorządu terytorialnego, że stosuje się do nich UOKiK, ponieważ w tym zakresie uznaje się te jednostki za „przedsiębiorców”. Wydaje się zatem, że przyjęcie w Prawie zamówień publicznych rozwiązania, zgodnie z którym zamówienia in-house mogą być udzielane w trybie z wolnej ręki, nie oznacza całkowitej dowolności działania zamawiających. Zachowanie zgodności z przepisami antymonopolowymi, a być może również z przepisami TFUE, wymaga uprzedniej analizy sytuacji rynkowej pod kątem zachowania zasad konkurencji w szerszym niż jedynie zamówieniowym rozumieniu. Przyjmując, że zachowanie gminy udzielającej zamówienia in-house można rozpatrywać w kontekście nadużycia pozycji dominującej, konieczne jest wskazanie zasad i przesłanek, które pozwolą gminie bezpiecznie korzystać z tego mechanizmu. Przesłanki te wykraczają, jak się zdaje, poza to, co zostało przyjęte w ramach PZP.

Abstract

„In-house” providing issues go beyond regulations in the field of public procurement. Assuming on purely hypothetical basis that in-house providing might be compliant with some TFEU provisions (e.g. freedom of establishment or freedom to provide services), still it is open to discussion whether it is compliant with e.g. competition rules, including prohibition of abuse of dominant position. Even if under EU law it is disputable whether a commune acting as administrator of market of services of general interest falls under those provisions, from the point of view of Polish regulations it is clear at least that local self-government units fall under competition rules, being they considered “entrepreneurs” in that regard. It seems, therefore, that the adoption in Public procurement law of the solution according to which in-house contracts may be awarded by means of a direct award procedure does not mean a total freedom of action for contracting authorities. Assurance of compliance with anti-trust rules, and probably also with the provisions of TFEU, requires ex ante analysis of the market situation from the point of view of competition understood broadly and not only in the procurement context. Assuming that a direct award of an in-house contract by a commune may be seen in the context of an abuse of dominant position, it is necessary to provide rules and premises which could allow communes to use the above mechanism in a safe way. It seems that these premises go beyond what has been adopted in Public procurement law.

Zagadnienie dotyczące zamówień in-house budziło i nadal budzi ożywione dyskusje. Nie zmienia tego fakt ich wprowadzenia do przepisów Prawa zamówień publicznych¹ (PZP), które nastąpiło

¹ Ustawa z 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm.).

na podstawie ustawy o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych i niektórych innych ustaw². Nowe regulacje zaczęły obowiązywać od 1 stycznia 2017 r. i od początku stanowią przedmiot odwołań do Krajowej Izby Odwoławczej³.

Zamówienia in-house dotyczą wszystkich zamawiających, a zatem zarówno administracji centralnej, jak i samorządu terytorialnego oraz tzw. podmiotów publicznych, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 3 PZP⁴.

Niniejszy artykuł będzie się odnosił wyłącznie do wybranych zagadnień związanych z tą tematyką, a mianowicie do kwestii dotyczącej relacji pomiędzy zasadą samodzielności jednostek samorządu terytorialnego a zasadami konkurencji, w tym przede wszystkim zakazowi nadużywania pozycji dominującej przez organizatora rynku usług użyteczności publicznej.

Co wynika z Dyrektywy 2014/24/UE⁵?

Możliwość udzielania zamówień in-house w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 12–14⁶ PZP ma jakoby wynikać z prawa unijnego. I rzeczywiście Dyrektywa 2014/24/UE w pewnym zakresie regulują tę kwestię. Wskazują mianowicie, że tego typu relacje nie są objęte ich przepisami.

Powstaje w związku z tym pytanie, czy sam fakt wyłączenia ich spod szczegółowych przepisów regulujących udzielanie zamówień publicznych, oznacza, że nie stosuje do zamówień in-house innych przepisów i zasad ustanowionych w prawie unijnym, w szczególności w przepisach Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej⁷ (TFUE). Inaczej mówiąc, czy w przypadku zamówień in-house, zamawiający są zwolnieni z analizy wpływu udzielanego zamówienia in-house na sytuację innych przedsiębiorców (prywatnych), którzy mogliby ubiegać się o ich uzyskanie, gdyby stworzono im takie szanse organizując procedurę konkurencyjną.

Dyrektywa 2014/24/UE w jej art. 18 wskazuje przy tym wyraźnie, że *[z]amówień nie organizuje się w sposób mający na celu wyłączenie zamówienia z zakresu zastosowania niniejszej dyrektywy lub*

² Ustawa z 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych i niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r., poz. 1020).

³ Por. KIO 96/17 z 7 lutego 2017 r.; KIO 328/17 z 3 marca 2017 r.; KIO 625/17 z 21 kwietnia 2017 r.

⁴ W stosunku do przedsiębiorstw publicznych prowadzących tzw. działalność sektorową przepisy Dyrektywy 2014/25/UE w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylająca dyrektywę 2004/17/WE (Dz. U. UE z 2014 r., seria L 94, str. 243) jak również PZP przewidują zbliżony do zamówień in-house mechanizm określany jako relacje podmiotów powiązanych (odpowiednio art. 29 Dyrektywy 2014/25/UE i art. 136 PZP).

⁵ Dyrektywa 2014/24/UE w sprawie zamówień publicznych, uchylająca Dyrektywę 2004/18/WE (Dz. U. UE z 2014 r., seria L 94, str. 65).

⁶ PZP przewiduje również możliwość udzielenia zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 15, tj. w przypadku umowy dwóch zamawiających, której celem jest współpraca przy zapewnieniu usług publicznych. Zdaniem autora niniejszego artykułu, współpraca taka również została objęta obowiązkiem zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki, choć akurat w tym przypadku wydaje się, że zostało to uczynione niejako na wyrost i w głównej mierze pod presją czasu. Otóż, o ile w pozostałych przepisach mowa jest o „zamówieniu publicznym”, tj. powierzeniu realizacji określonego zadania (roboty, dostawy lub usługi), o tyle tam mamy do czynienia z *umową ustanawiającą lub wdrażającą współpracę między uczestniczącymi zamawiającymi w celu zapewnienia wykonania usług publicznych, które są oni obowiązani wykonać, z myślą o realizacji ich wspólnych celów*. Wydaje się, że nie mamy tu zatem relacji zamawiający–wykonawca, a raczej zamawiający–zamawiający, którzy dopiero później (po nawiązaniu rzeczony „współpracy”) będą poszukiwali wykonawcy (czy to w sposób konkurencyjny, czy przy wykorzystaniu instrumentu in-house). Taka interpretacja skłania to tezę, że nie mamy tu zamówienia publicznego, a zatem ustawa w ogóle nie powinna mieć w takiej sytuacji zastosowania. Taki też wniosek zdaje się wynikać z treści art. 12 ust. 4 Dyrektywy 2014/24/UE.

⁷ Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (Dz. U. UE z 30 marca 2010 r. seria C 83, str. 47).

sztuczne zawężanie konkurencji. Uznaje się, że konkurencja została sztucznie zawężona, gdy zamówienie zostaje zorganizowane z zamiarem nieuzasadnionego działania na korzyść lub niekorzyść niektórych wykonawców.

Nie ulega wątpliwości, że tak w PZP, jak i w Dyrektywie 2014/24/UE mechanizm zamówień in-house cały czas obejmuje zamówienie publiczne. Zgodnie z art. 12 ust. 1 Dyrektywy 2014/24/UE zamówienia publiczne udzielone przez instytucję zamawiającą osobie prawa prywatnego lub publicznego przy spełnieniu opisanych w tym artykule przesłanek nie są objęte zakresem stosowania tej dyrektywy.

Inaczej mówiąc, Dyrektywy 2014/24/UE nie stosuje się do tego typu umów, choć w dalszym ciągu stanowią one „zamówienie publiczne”.

Z punktu widzenia prawa unijnego, co wynika z orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, zamówienia publiczne nieobjęte przepisami prawa wtórnego (dyrektywami) w dalszym ciągu podlegają przepisom TFUE⁸. Trybunał Sprawiedliwości UE wskazuje, że choć udzielenie tego rodzaju zamówień nie podlega przepisom żadnej z dyrektyw, w których ustawodawca unijny uregulował udzielanie zamówień publicznych, to wpływ prawa unijnego na ich udzielanie rozpatrywać trzeba w świetle prawa pierwotnego, a w szczególności w świetle podstawowych swobód ustanowionych w TFUE⁹.

W konsekwencji, samo wyłączenie danych zamówień spod przepisów Dyrektywy 2014/24/UE nie jest wystarczające do uznania, że nie ma konieczności analizy danego przypadku w kontekście regulacji TFUE, w szczególności wspomnianych w motywie pierwszym preambuły do Dyrektywy 2014/24/UE zasad swobody przedsiębiorczości (art. 49 TFUE) oraz swobody świadczenia usług (art. 56 TFUE), a także z zasadami, które się z nich wywodzą, takimi jak: zasada równego traktowania, zasada niedyskryminacji, zasada wzajemnego uznawania, zasada proporcjonalności oraz zasada przejrzystości.

Wydaje się uzasadnionym twierdzenie, że chodzi tu o uwzględnienie całości przepisów prawa pierwotnego (TFUE), a nie tylko wybranych i wskazanych przykładowo regulacji. Obejmuje to zatem również przepisy dotyczące reguł konkurencji określone w art. 101–108 TFUE, w szczególności art. 102 zakazującego nadużywania pozycji dominującej oraz art. 106 i 107 dotyczących pomocy publicznej.

Stąd wyłączenia zawartego w art. 12 ust. 1 Dyrektywy 2014/24/UE nie należy interpretować wyłącznie przez pryzmat jego literalnej treści, ale w kontekście całości regulacji w TFUE.

Z punktu widzenia prawa unijnego nie jest zatem tak, że wyłączenie przewidziane w art. 12 ust. 1 Dyrektywy 2014/24/UE uprawnia zamawiających do całkowitego wyłączenia zamówień publicznych spod wszelkich reguł przewidzianych w TFUE. W dalszym ciągu są oni związani przepisami w nim określonymi. Aby było inaczej, wyłączenie takie powinno zostać przewidziane w samym TFUE. Tak jest np. w przypadku, o którym mowa zarówno w Dyrektywie 2014/24/UE jak i PZP a dotyczącym art. 346 TFUE¹⁰.

⁸ W odniesieniu do zamówień poniżej progów przewidzianych w dyrektywach dotyczących zamówień publicznych por. Trybunał Sprawiedliwości UE w sprawie C159/11 oraz w sprawie C358/12; w odniesieniu do zamówień nieobjętych przepisami dyrektyw ze względu na ich specyficzny charakter jako koncesji na usługi – por. Trybunał Sprawiedliwości UE w sprawie C-231/03.

⁹ Por. Trybunał Sprawiedliwości UE w sprawie C-231/03.

¹⁰ Por. art.1 ust. 3 Dyrektywy 2014/24/UE oraz art. 4 pkt 5b PZP.

Ustawodawca polski zdecydował o objęciu tego rodzaju zamówień (określanych jako zamówienia in-house) przepisami PZP. Przewidział przy tym, że do ich udzielania może się stosować procedura zamówienia z wolnej ręki.

Należy jednak wskazać, że z punktu widzenia prawa unijnego istnieje zasadnicza różnica pomiędzy zamówieniami, które są udzielane w trybie negocjacji bez ogłoszenia (stanowiącymi podstawę dla art. 62 i 67 PZP) na podstawie art. 32 Dyrektywy 2014/24/UE, a zamówieniami nieobjętymi przepisami Dyrektywy 2014/24/UE.

O ile w przypadku tych pierwszych istnieje domniemanie zgodności ich udzielania bez procedury konkurencyjnej z przepisami TFUE, o tyle w przypadku tych drugich takiego domniemania być nie może. Jako przykład dla potwierdzenia tej oczywistej tezy można podać tzw. zamówienia poniżej progów unijnych. Sam fakt, że zostały one wyłączone spod regulacji Dyrektywy 2014/24/UE nie oznacza, że można ich udzielać bez stosowania procedury konkurencyjnej, np. w trybie z wolnej ręki. Inaczej mówiąc, sprzeczne z TFUE, byłyby przepisy krajowe, które mówiłyby o możliwości udzielania tzw. zamówień poniżej progów unijnych w trybie zamówienia z wolnej ręki tylko dlatego, że nie zostały objęte przepisami Dyrektywy 2014/24/UE. Jednoznacznie wynika to z treści motywu 1 preambuły Dyrektywy 2014/24/UE, zgodnie z którym *[u]dzielanie zamówień publicznych przez instytucje państw członkowskich lub w imieniu tych instytucji musi być zgodne z zasadami Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (TFUE)*.

Co istotne, w przypadku zamówień wyłączonych spod Dyrektywy 2014/24/UE obowiązek poszanowania TFUE spoczywa nie tylko na państwie członkowskim wprowadzającym odpowiednie regulacje krajowe, ale również bezpośrednio na zamawiającym udzielającym poszczególnych zamówień. Dotyczy to w oczywisty sposób również zamówień, o których mowa w art. 12 ust. 1 Dyrektywy 2014/24/UE.

Samo wyłączenie danych umów spod przepisów Dyrektywy 2014/24/UE nie oznacza zatem, że możliwe jest ich udzielanie jedynie na tej podstawie, że zachowane są formalne zapisy Dyrektywy 2014/24/UE.

Na taką interpretację wskazuje jednoznacznie Komisja Europejska (KE) w wydanym 30 listopada 2016 r. „Przewodniku dotyczącym zamówień udzielanych przez rząd innemu rządowi w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa”¹¹ (Przewodnik). Zamówienia te (podobnie jak zamówienia, o których mowa w art. 12 ust. 1 Dyrektywy 2014/24/UE) są wyłączone spod Dyrektywy 2009/81/WE na podstawie jej art. 13 lit. f), stąd zasadne będzie odwołanie się do interpretacji KE.

Jak wskazuje KE w Przewodniku (pkt 3), decyzja o udzieleniu zamówienia oparta na wyłączeniu powinna być poprzedzona właściwą analizą.

Dalej, KE w Przewodniku wyjaśnia, że analiza taka powinna, w szczególności określać, czy na rynku nie ma konkurencji lub jest ona nie do uzyskania, czy też przeciwnie, istnienie konkurencji jest faktem.

Jednym z elementów takiej analizy powinny być konsultacje rynkowe.

Dopiero na bazie takiej analizy, z której wynikałoby, że udzielenie zamówienia właśnie temu wykonawcy (w przypadku Przewodnika – rządowi innego kraju, w przypadku art. 12 ust. 1 Dyrektywy 2014/24/UE – podmiotowi spełniającemu przesłanki wskazane w pkt a) – c) tego artykułu)

¹¹ COMMISSION NOTICE of 30.11.2016 Guidance on the award of government-to-government contracts in the fields of defence and security (Article 13.f of Directive 2009/81/EC) – Brussels, 30.11.2016 C(2016) 7727 final.

jest jedynym lub najlepszym rozwiązaniem zapewniającym zamawiającemu realizację jego celów, możliwe jest dalsze procedowanie.

Co ciekawe, KE wskazuje również przykłady sytuacji, które pozwalają uznać, że na rynku nie ma konkurencji lub jest ona nie do uzyskania. Podkreśla, że może to mieć miejsce w przypadku istnienia wyłącznie jednego podmiotu, który ze względów technicznych może wykonać zamówienie, pilnej potrzeby, zamówień dodatkowych lub uzupełniających.

Są to zatem przesłanki przewidziane w Dyrektywie 2014/24/UE (jak również w Dyrektywie 2009/81/WE) dla skorzystania z trybu negocjacji bez ogłoszenia (wolnej ręki w rozumieniu PZP).

W konsekwencji, wydaje się, że do udzielania zamówienia, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 12 PZP w trybie z wolnej ręki, nie wystarczy spełnienie przesłanek wskazanych w tym przepisie. Konieczne jest również to, aby zamówienie takie było zgodne z wymogami TFUE. W praktyce oznacza to konieczność każdorazowego sprawdzania, czy w danych okolicznościach faktycznych zamówienie, którego zamawiający planuje udzielić na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 12 PZP, nie narusza innych regulacji TFUE, w tym zasad konkurencji dotyczących np. zakazu nadużywania pozycji dominującej.

Co wynika z PZP?

Choć nie wynika to jednoznacznie z treści przepisów, to przyjmując, że ustawodawca polski zdał sobie sprawę z mogących na nim ciążyć obowiązków wynikających z prawa UE, przewidział stosowny mechanizm. Mechanizm ten został zawarty w art. 67 ust. 11 PZP.

Wymóg publikacji ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy ma z całą pewnością na celu weryfikację tego, czy przesłanki wskazane w art. 67 ust. 12 lit. a)–c) są spełnione.

Czy jednak jest to wyłączny cel tego przepisu? Wydaje się, że nie. Informacja o zamiarze zawarcia umowy może (powinna) również służyć temu, aby zamawiający mógł zadość uczynić obowiązkowi uzasadnienia swojej decyzji o odstąpieniu od konkurencyjnego sposobu wyboru wykonawcy. Jest to zatem (może być) mechanizmem, o którym KE mówi w swoim Przewodniku.

Zamawiający informuje o swym zamiarze skorzystania z art. 67 ust. 1 pkt 12 PZP i dopiero po 14 dniach od zamieszczenia takiej informacji jest uprawniony do zawarcia umowy ze wskazanym w ogłoszeniu podmiotem, co wynika z art. 67 ust. 12 PZP.

Powstaje w związku z tym pytanie, co stanie się w przypadku, gdy zainteresowanie zamówieniem wyrażą inne podmioty i jak na to zagadnienie mogą wpłynąć zasady dotyczące konkurencji.

Inaczej mówiąc chodzi o to, czy przy decyzji o udzieleniu zamówienia in-house właściwe (konieczne) byłoby uwzględnianie innych przepisów poza PZP, w tym w szczególności dotyczących reguł konkurencji określone w art. 101–108 Traktatu, w szczególności art. 102 zakazującego nadużywania pozycji dominującej oraz art. 106 i 107 dotyczących pomocy publicznej.

Tym samym, powstaje pytanie, czy wyłączenie zawarte w przepisach Dyrektywy 2014/24/UE i konsekwentnie art. 67 ust. 12 PZP, należy interpretować jako generalne „zwolnienie” zamawiających z zachowania zgodnego z przepisami TFUE i odpowiednio innych regulacji, w tym Ustawy

o ochronie konkurencji i konsumentów (UOKiK)¹². Czy też, jest to jedynie uprawnienie do korzystania z niekonkurencyjnego wyboru wykonawcy, o ile nie narusza to innych powszechnie obowiązujących przepisów prawa unijnego i polskiego.

Być może, aby było inaczej, tj. aby można było w ogóle odejść od stosowania TFUE przy udzielaniu zamówień in-house, wyłączenie takie nie powinno zostać przewidziane w samym Traktacie? Tak jest np. w przypadku regulacji dotyczących bezpieczeństwa i obronności, o których mowa zarówno w Dyrektywie 2014/24/UE jak i wprost w art. 346 TFUE, do którego ta dyrektywa odsyłała. Przy czym, również w takim przypadku, należy się zastanowić, czy sam fakt niestosowania Dyrektywy 2014/24/UE jest równoznaczny z możliwością niestosowania Traktatu, czy też w obu przypadkach konieczny jest „test proporcjonalności” rozumiany jako analiza zakresu i stopnia odejścia od podstawowych zasad dla ochrony innych wartości.

Co na to przepisy dotyczące konkurencji?

Z punktu widzenia prawa unijnego zagadnienie podlegania podmiotów publicznych, w tym jednostek samorządu terytorialnego, pod zasady konkurencji, w tym art. 102 TFUE, jest problematyczne.

Podkreśla się w orzecznictwie TSUE, że przepisy dotyczące konkurencji mają zastosowanie, w przypadku gdy mamy do czynienia z działalnością gospodarczą, która stanowi każdą działalność polegającą na oferowaniu towarów lub usług na danym rynku¹³.

Ponadto, wskazuje się, że działalność stanowiąca wykonywanie prerogatyw władzy publicznej nie ma charakteru gospodarczego, uzasadniającego zastosowanie traktatowych reguł konkurencji¹⁴.

Podobnie kwestię tę ocenia się w doktrynie¹⁵. Trudno zatem jednoznacznie przesądzić, czy działania jednostek samorządu terytorialnego, polegające na organizowaniu rynku usług komunalnych, podlegają ocenie z punktu widzenia zakazu nadużywania pozycji dominującej określonego w art. 102 TFUE.

Zagadnienie to zostało jednak wprost uregulowane w prawie polskim.

Przede wszystkim przesądzono, że jednostka samorządu terytorialnego w pewnych sytuacjach ma status przedsiębiorcy. W świetle art. 4 pkt 1 lit. a) UOKiK przez przedsiębiorcę rozumie się *„osobę fizyczną, osobę prawną, a także jednostkę organizacyjną niemającą osobowości prawnej, której ustawa przyznaje zdolność prawną, organizującą lub świadczącą usługi o charakterze użyteczności publicznej, które nie są działalnością gospodarczą w rozumieniu przepisów o swobodzie działalności gospodarczej”*.

Pojęcie usług użyteczności publicznej, niezdefiniowane w UOKiK, należy rozumieć, jako odnoszące się do zadań z zakresu administracji publicznej służących zaspokajaniu w sposób ciągły

¹² Ustawa z 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (tekst jedn. Dz.U. z 2017, poz. 229).

¹³ Wyroki TSUE z 16 czerwca 1987 r. w sprawie C118/85 Komisja przeciwko Włochom, pkt 7; z 12 września 2000 r. w sprawach połączonych C180/98 i C184/98 Pavlov i in., pkt 75; z 1 lipca 2008 r. w sprawie C49/07 MOTOE, pkt 22; z 26 marca 2009 r. w sprawie C-113/07P SELEX, pkt 69.

¹⁴ Wyroki z dnia 11 lipca 1985 r. w sprawie C107/84 Komisja przeciwko Niemcom, pkt 14, 15; ww. wyrok w sprawie MOTOE, pkt 24; ww. wyrok w sprawie SELEX, pkt 70.

¹⁵ S. Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement, Regulation in the EU and UK*, Sweet&Maxwell 2014, Third Edition, str. 327-331 i przywołana tam literatura.

i powszechnie dostępny potrzeb społecznych o charakterze ogólnym. Do zadań tych zalicza się m.in. zadania uznane za zadania własne gminy w art. 7 ust. 1 ustawy o samorządzie gminnym¹⁶.

Organizowanie świadczenia usług użyteczności publicznej interpretowane jest szeroko, jako obejmujące wszelkiego rodzaju aktywności polegające na „kreowaniu możliwości świadczenia” usług użyteczności publicznej¹⁷, tworzeniu „wszelkiego rodzaju ram świadczenia takich usług przez innych przedsiębiorców”¹⁸. Niewątpliwie status przedsiębiorców organizujących usługi użyteczności publicznej mają jednostki samorządu terytorialnego¹⁹.

Jak się wskazuje w doktrynie „organizowanie” usług o charakterze użyteczności publicznej nie polega na bezpośrednim uczestniczeniu przez organizatora w obrocie gospodarczym. Organizowanie usług o charakterze użyteczności publicznej nie jest bowiem działaniem bezpośredniego uczestnika rynku, lecz *„... jest raczej działaniem podmiotu stojącego na zewnątrz rynku, które to działanie w określony sposób strukturalizuje rynek, w tym sensie, że tworzy na tymże rynku stosowne warunki oraz przesłanki do wykonywania na nim określonej działalności w zakresie użyteczności publicznej. Jest to zatem działanie kreujące warunki gry rynkowej na określonym rynku użyteczności publicznej, przy czym nie pochodzi ono od podmiotu, który działałby w danym konkretnym przypadku jako uczestnik tegoż rynku”*²⁰.

Jeśli zatem jednostki samorządu terytorialnego organizując rynek usług użyteczności publicznej podlegają regulacjom antymonopolowym, to jedną z nich jest zakaz nadużywania pozycji dominującej. Zgodnie z art. 9 ust. 2 pkt 5 UOKiK zakazane jest nadużywanie pozycji dominującej na rynku właściwym przez jednego lub kilku przedsiębiorców poprzez przeciwdziałanie ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji. W świetle orzecznictwa istotą tak zdefiniowanej praktyki zakazanej jest zachowanie przedsiębiorcy posiadającego pozycję dominującą, które uniemożliwia lub utrudnia działalność konkurentów na określonym rynku właściwym, przez stworzenie barier wejścia na rynek lub rozwoju podmiotów już działających na rynku²¹.

Rodzi się zatem pytanie o to, czy decyzja gminy o udzieleniu zamówienia in-house w trybie z wolnej ręki na rzecz kontrolowanej przez siebie spółki może być rozpatrywana jako ewentualne nadużycie pozycji dominującej.

Decyzja gminy (zamawiającego) niewątpliwie może wpłynąć na kształt danego rynku usług komunalnych, ponieważ wskazuje podmiot, który na tym rynku może działać na zasadzie wyłączności.

Gmina ma pozycję dominującą na rynku właściwym, za który należy uznać rynek organizowania danych usług komunalnych, jako że jest jedynym podmiotem, który za to odpowiada na swoim terenie.

Zgodnie z art. 4 pkt 9 UOKiK pod pojęciem rynku właściwego rozumie się rynek towarów, które ze względu na ich przeznaczenie, cenę oraz właściwości, w tym jakość, są uznawane przez ich nabywców za substytuty oraz są oferowane na obszarze, na którym, ze względu na ich rodzaj

¹⁶ Ustawa z 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym (tekst jedn. Dz.U. z 2015 r. poz. 1515 ze zm.).

¹⁷ Wyrok Sądu Antymonopolowego z dnia 26 marca 2003 r., sygn. akt XVII Arna 35/02.

¹⁸ Wyrok SN z 20 listopada 2008 r., sygn. akt III SK 12/08.

¹⁹ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 8 stycznia 2008 r., sygn. akt VI ACa 481/07.

²⁰ M. Szydło, *Nadużywanie pozycji dominującej w prawie konkurencji*, Oficyna 2010.

²¹ Wyrok SN z 19 lutego 2009 r., sygn. akt III SK 31/08; wyrok SN z 3 marca 2010 r., sygn. akt III SK 37/09; wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 19 września 2013 r., sygn. akt VI ACa 170/13.

i właściwości, istnienie barier dostępu do rynku, preferencje konsumentów, znaczące różnice cen i koszty transportu, panują zbliżone warunki konkurencji. W świetle tej definicji, rynek właściwy stanowi „pewną przestrzeń wyodrębnioną pod względem produktowym, geograficznym, a także temporalnym, na którym działają konkurujące ze sobą podmioty dążące do realizacji przysługującego im celu gospodarczego w wyniku zaspokojenia potrzeb nabywcy”²².

Podkreślenia wymaga, że do naruszenia UOKiK dochodzi nie tylko na rynku o strukturze faktycznie lub potencjalnie konkurencyjnej poprzez tworzenie przez dominującego przedsiębiorcę (tu: gminę) sztucznych barier wejścia podmiotów nowych lub rozwoju podmiotów już działających na tym rynku. Zakazane na podstawie art. 9 ust. 2 pkt 5 UOKiK „przeciwdziałanie ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji” może mieć miejsce także na rynkach, na których – tak jak w przypadku rynku usług komunalnych – organizator rynku podejmuje decyzje wpływające na strukturę rynku, w tym na dopuszczenie przedsiębiorców do prowadzenia działalności na rynku.

Z uwagi na treść art. 9 ust. 2 pkt 5 UOKiK na przedsiębiorcy organizującym rynek, takim jak gmina, spoczywa obowiązek korzystania ze swoich kompetencji w sposób rzetelny i niedyskryminujący. Organizator rynku narusza zakaz nadużywania pozycji dominującej, gdy uniemożliwia potencjalnym innym wykonawcom rywalizowanie o rynek w oparciu o równe i niedyskryminujące zasady.

Wydaje się, że do naruszenia może dochodzić tym bardziej wówczas, gdy organizator rynku w ogóle eliminuje konkurencję o rynek, przyznając prawo świadczenia usług uznaniowo wybranemu przedsiębiorcy, czyli w przypadku zamówień in-house własnej spółce.

Podkreślenia wymaga, że najlepszą metodą zapewnienia przez organizatora rynku potencjalnym wykonawcom rywalizacji o rynek w oparciu o zasady wolnej i równej konkurencji jest wykorzystanie trybów wyboru wykonawcy na podstawie konkurencyjnych trybów przewidzianych w regulacjach dotyczących zamówień publicznych. W orzecznictwie antymonopolowym wyraźnie wskazuje się, że zarzut naruszenia art. 9 ust. 2 pkt 5 UOKiK przez przedsiębiorcę mającego pozycję dominującą (tu: gmina) eliminuje dokonanie wyboru kontrahenta w trybie przetargowym, nawet jeżeli w wyniku przetargu w praktyce dochodzi do wyeliminowania z rynku usług innych przedsiębiorców²³. Pytanie, czy naruszenia art. 9 ust. 2 pkt 5 UOKiK nie stanowi zatem wyeliminowanie przedsiębiorców z rynku na podstawie uznaniowej decyzji monopolisty (gminy) dysponującego uprawnieniami do organizacji tego rynku.

Warto wskazać, że PZP (ani żadna inna ustawa) nie narzuca gminom wyboru formy świadczenia usług użyteczności publicznej. Trzeba również podkreślić, że przepisy nie nakazują jednostkom samorządu terytorialnego organizacji przetargu (lub innej konkurencyjnej formy ich realizacji), co wiąże się z uznaną i konstytucyjnie chronioną zasadą samodzielności²⁴.

²² Wyrok SN z 15 października 2014 r., sygn. akt III SK 61/13.

²³ Wyrok SN z 9 marca 2004 r., sygn. akt III SK 13/04.

²⁴ Jednak Trybunał Konstytucyjny w wyroku z 28 listopada 2013 r., sygn. akt K 17/12 oraz postanowieniu z 26 lutego 2014 r., sygn. akt K 52/12 potwierdził możliwość narzucenia gminom wyboru formy przetargowej realizacji usług użyteczności publicznej dotyczących odbierania odpadów komunalnych przez ustawodawcę wskazując, że może to być podyktowane ochroną innych konstytucyjnie chronionych wartości. Trybunał Konstytucyjny stwierdził, że w niniejszej sprawie podstawowe znaczenie ma ugruntowany w orzecznictwie konstytucyjnym pogląd, że zasada samodzielności jednostek samorządu terytorialnego nie ma charakteru absolutnego oraz oznacza w szczególności, że: 1) jednostki samorządu terytorialnego mają określony zakres zadań własnych związanych z zaspokajaniem potrzeb mieszkańców oraz zadań zleconych określonych przez ustawy; 2) jednostki samorządu terytorialnego samodzielnie realizują swoje zadania, wyrażając wolę mieszkańców; 3) ingerencja organów władzy wykonawczej w realizację tych zadań powinna zostać ograniczona do procedur nadzorczych opartych na kryterium legalności; jest ona dopuszczalna tylko w wypadkach określonych w ustawach; 4) ingerencja prawodawcza w sferę samodzielności samorządu terytorialnego wymaga zachowania formy ustawowej oraz poszanowania zasady zupełno-

Choć – jak zostało wskazane – dyskusyjne jest uznanie gminy organizującej rynek usług użyteczności publicznej za przedsiębiorcę w rozumieniu TFUE, to jednak skoro przepisy UOKiK traktują ją w taki sposób tym przypadku, wydaje się, że można posłużyć się orzecznictwem TSUE, jeśli nie wprost, to posiłkowo. Wynika z niego, że jeśli działanie antykonkurencyjne zostaje narzucone przedsiębiorstwom (tu: gminom) przez ustawodawstwo krajowe lub jeśli ustawodawstwo to tworzy ramy prawne, które same z siebie eliminują wszelkie możliwości działania zgodnego z regułami konkurencji z ich strony, to art. 102 TSUE nie znajduje zastosowania (lub znajduje w sposób ograniczony). W takiej sytuacji, jak wynika z tych postanowień, ograniczenie konkurencji nie znajduje bowiem swej przyczyny w niezależnych działaniach przedsiębiorstw (tu: gmin). Natomiast art. 102 TSUE może znaleźć zastosowanie, jeśli okaże się, że ustawodawstwo krajowe pozostawia możliwość istnienia konkurencji, która może być uniemożliwiona, ograniczona lub zakłócona poprzez niezależne działania przedsiębiorstw (tu: gmin)²⁵.

TSUE stwierdził natomiast, że jeśli prawo krajowe ogranicza się do zachęcania przedsiębiorstw do podjęcia niezależnych działań antykonkurencyjnych lub ułatwia im podjęcie takowych, działania tych podmiotów podlegają art. 102 TSUE²⁶. Jak argumentuje TSUE na przedsiębiorstwach zajmujących pozycję dominującą (tu: gminie) ciąży bowiem szczególna odpowiedzialność za to, aby ich zachowanie nie naruszało skutecznej i niezakłóconej konkurencji na wspólnym rynku²⁷.

W tym kontekście niezwykle istotny jest wydany 26 stycznia 2017 r. wyrok Sądu Najwyższego w sprawie o sygnaturze CSK 252/15. Dotyczy on bezpośrednio relacji swobody gminy w wyborze formy realizacji usług publicznych i zasad ochrony konkurencji.

Sąd Najwyższy jednoznacznie stwierdza, że mająca na rynku usług komunalnych pozycję dominującą gmina nie może jej nadużywać. Sam fakt, że przepisy dotyczące wyboru formy realizacji zadań publicznych przyznają gminie uprawnienie do powierzenia świadczenia tych usług jej własnej spółce, nie jest przesądzający. Konieczna jest analiza wpływu decyzji gminy na konkurencję oraz tego, czy wyłączenie konkurencji przyniesie korzyści dla interesu publicznego.

Jak wskazuje Sąd Najwyższy, „[w]ylączenie gminy spod działania przepisów o ochronie konkurencji mogłoby wynikać z przepisów szczególnych, ale wymagałoby to ich wskazania”. To nie jest możliwe, ponieważ w prawie polskim przepisów takich nie ma.

Z wyroku Sądu Najwyższego wynika zatem, że gmina, która zamierza powierzyć własnej spółce zamówienie na zasadach właściwych dla in-house, powinna każdorazowo dokonać szczegółowej

ści regulacji ustawowych; 5) wszelka ingerencja w sferę samodzielności jednostek samorządu terytorialnego musi być zgodna z zasadą proporcjonalności; 6) prawa i interesy jednostek samorządu terytorialnego podlegają ochronie sądowej. Względem na konieczność ochrony innych wartości i zasad konstytucyjnych może uzasadniać i legitymować dopuszczalność jej ograniczenia. Interpretując w konkretnym wypadku dokonaną przez ustawodawcę ingerencję w treść zasady samodzielności, Trybunał Konstytucyjny dokonuje wyważenia racji przemawiających za taką ingerencją, biorąc w szczególności pod uwagę, czy nie doszło w ten sposób do przekroczenia jej dopuszczalnych granic. Uznając za zgodne z Konstytucją regulacje wymagające przetargowego wyboru wykonawcy TK uznał, że przemawia za tym przede wszystkim wzgląd na ochronę społecznej gospodarki rynkowej i wolności działalności gospodarczej (art. 20 Konstytucji), a także ochrona uzasadnionych konstytucyjnie – w świetle zasady zaufania do państwa i stanowionego przez nie prawa – oczekiwań podmiotów prowadzących dotychczas działalność polegającą na odbiorze odpadów komunalnych (art. 2 Konstytucji). Trzeba przy tym zauważyć, że rynek gospodarki odpadami jest/był w Polsce specyficzny, ponieważ tzw. konkurencja na rynku została w 2013 r. zastąpiona decyzją ustawodawcy tzw. konkurencją o rynek – szerzej na ten temat w raporcie Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z lutego 2012 r. *Konkurencja na polskim rynku usług odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych* – <https://uokik.gov.pl/download.php?plik=11547>.

²⁵ TSUE z 14 października 2010 r. w sprawie C280/08 P Deutsche Telekom AG, pkt 80.

²⁶ Ibidem, pkt 82.

²⁷ Ibidem, pkt 83.

analizy tego, czy działanie takie nie będzie stanowiło nadużycia pozycji dominującej w rozumieniu UOKiK. Inaczej mówiąc, czy takie działanie nie prowadzi – jak mówi Sąd Najwyższy – do „dławienia konkurencji”.

Podsumowanie

Kwestie dotyczące zamówień in-house wykraczają poza regulacje właściwe dla zamówień publicznych.

Przyjmując nawet hipotetycznie, że zamówienia in-house mogą być zgodne z niektórymi przepisami TSUE (np. ze swobodą przedsiębiorczości lub swobodą świadczenia usług), to w dalszym ciągu otwarta pozostaje ich zgodność np. z zasadami konkurencji, w tym z zakazem nadużywania pozycji dominującej.

I choć w prawie unijnym dyskusyjne jest to, czy gmina jako organizator rynku usług użyteczności publicznej podlega tym przepisom, to z punktu widzenia polskich regulacji, jasnym jest przynajmniej w odniesieniu do jednostek samorządu terytorialnego, że stosuje się do nich UOKiK, ponieważ w tym zakresie uznaje się te jednostki za „przedsiębiorców”.

Wydaje się zatem, że przyjęcie w PZP rozwiązania, zgodnie z którym zamówienia in-house mogą być udzielane w trybie z wolnej ręki, nie oznacza całkowitej dowolności działania zamawiających. Zachowanie zgodności z przepisami antymonopolowymi, a być może również z przepisami TFUE, wymaga uprzedniej analizy sytuacji rynkowej pod kątem zachowania zasad konkurencji w szerszym niż jedynie zamówieniowym rozumieniu.

Przyjmując, że zachowanie gminy udzielającej zamówieni in-house można rozpatrywać w kontekście nadużycia pozycji dominującej, konieczne jest wskazanie zasad i przesłanek, które pozwolą gminie bezpiecznie korzystać z tego mechanizmu. Przesłanki te wykraczają, jak się zdaje, poza to, co zostało przyjęte w ramach PZP.

NOWE ROZWIĄZANIA PRAWNE USTAWY O UMOWIE KONCESJI NA ROBOTY BUDOWLANE LUB USŁUGI

*Łukasz Jarocki – absolwent studiów doktoranckich Wydziału Prawa Uniwersytetu w Białymstoku,
Katarzyna Solecka – absolwentka studiów doktoranckich Wydziału Prawa Uniwersytetu w Białymstoku*

Abstrakt

Głównym celem artykułu jest omówienie nowych rozwiązań prawnych wprowadzonych do polskiego prawa za pomocą ustawy o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi¹. Biorąc pod uwagę że wspomniana ustawa jest w dużym stopniu transpozycją przepisów zawartych w dyrektywie 2014/23/UE,² zbadany został proces rozwoju instytucji koncesji w prawie europejskim. Główny nacisk położony został na prezentację sposobu kształtowania się rozwiązań zawartych w dyrektywie 2014/23/UE, które później były transponowane do polskiego prawa za pomocą ustawy. W artykule zostało uwzględnione orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (TSUE), akty prawne wydane przez Komisję Europejską oraz wybrana literatura³. Ponadto dokonane zostało porównanie niektórych rozwiązań zawartych w omawianej ustawie z poprzednio obowiązującą ustawą, tj. ustawą z dnia 9 stycznia 2009 r. o koncesji na roboty budowlane lub usługi⁴. W końcowej części, autorzy dokonali oceny rozwiązań wprowadzonych za pomocą nowej ustawy⁵ oraz ich ewentualnego wpływu na polski rynek koncesji.

Abstract

This article aims to discuss new legal provisions introduced into the Polish legal system by the Concession Contracts Regulations 2016⁶. As the regulations, to greater extent, are the transposition of Directive 2014/23/EU, the evolution of concession in the European law has been investigated. A special emphasis is placed on both the process legal solutions included in the directive 2014/23/EU have evolved and their subsequent transposition into Polish national laws. The article examines the decisions taken by the Court of Justice of the European Union, the legal acts issued by the European Commission and selected literature. Additionally, some of the solutions included in the Concession Contracts Regulations 2016 have been compared to the regulations⁷ which had been previously in force. In the final part, the authors made an attempt to assess the provisions of the new regulations and their possible impact on the Polish concession market.

¹ Ustawa z dnia 21 października 2016 r. o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi (Dz. U. 2016, poz. 1920).

² Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/23 UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielenia koncesji (OJ No L 94/1 28.3.2014).

³ Szczególnej analizie poddane zostały publikacje zamieszczone w czasopiśmie branżowym European Procurement & Public Private Partnership.

⁴ Ustawa z dnia 9 stycznia 2009 r. o koncesji na roboty budowlane lub usługi (Dz. U. 2015, poz. 113 j.t.).

⁵ Ustawa z dnia 21 października 2016 r. o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi (Dz. U. 2016, poz. 1920).

⁶ The Polish Concession Contract Regulation 2016 – Polish: Ustawa z dnia 21 października 2016 r. o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi (Dz. U. 2016 poz. 1920).

⁷ The Polish Concession Contract Regulation 2009 – Polish: ustawa z dnia 9 stycznia 2009 r. o koncesji na roboty budowlane lub usługi (Dz. U. 2009 nr 19 poz. 101).

Geneza europejskich regulacji prawnych dotyczących instytucji koncesji

Pierwszymi regulacjami na poziomie europejskim odnoszącymi się do instytucji koncesji były: dyrektywa Rady 71/304/EWG⁸ oraz dyrektywa Rady 71/305/EWG⁹. Celem tych dyrektyw było ujednolicenie regulacji ówczesnie obowiązujących w państwach członkowskich Wspólnoty Europejskiej (zwaną dalej: „WE” lub „Wspólnotą”) dotyczących zamówień publicznych na roboty budowlane. W związku z tym, prawodawca europejski zebrał informacje na temat różnych rozwiązań wypracowanych przez państwa członkowskie oraz podjął próbę ich ujednolicenia wprowadzając wyżej wymienione dyrektywy. W tamtym czasie w wielu systemach prawnych państw WE obowiązywała już instytucja koncesji, dlatego została ona poruszona w dyrektywach. Należy dodać, że dyrektywy nie wprowadzały żadnych konkretnych lub nowych rozwiązań dotyczących koncesji, lecz tylko generalnie próbowały ujednolicić regulacje ówczesnie obowiązujące w państwach członkowskich. Na przykład dyrektywa 71/304/EWG, w preambule wskazywała tylko, że zakres jej stosowania obejmował również umowy na roboty sklasyfikowane w grupie głównej nr 40 nomenklatury ISIC¹⁰, które mogą być przyznane podmiotom wykonującym prawo koncesji udzielone im przez instytucje państwowe, jednostki samorządu terytorialnego lub inny podmiot prawa publicznego¹¹. Z kolei dyrektywa 71/305/EWG przewidywała, że nie obejmuje ona swoim zakresem instytucji koncesji, jednak w przypadku gdy koncesjonariuszem jest instytucja przyznająca kontrakt, przepisy w niej zawarte powinny być stosowane (art. 3 ust. 1–3). Ponadto, w przypadku gdy instytucje państwowe, jednostki samorządu terytorialnego lub podmioty prawa publicznego określone w aneksie I udzielił koncesjonariuszowi, który nie jest instytucją zamawiającą, zamówienia na roboty w formie koncesji, powinna ona zastrzec, że taki koncesjonariusz musi przestrzegać zasady niedyskryminacji w stosunku do osób trzecich.

Kolejnym europejskim aktem prawnym odnoszącym się do instytucji koncesji była dyrektywa Rady 72/277/EWG¹², która regulowała kwestie publikacji ogłoszeń o zamówieniach publicznych i koncesjach. Państwa członkowskie dostrzegły, że brak publikacji ogłoszeń dotyczących zamówień publicznych i koncesji lub różna forma publikacji takich ogłoszeń może przyczynić się do naruszenia zasad traktatowych (np. zasady równego traktowania, czy zasady konkurencji). Ten problem był poruszony między innymi w deklaracji przyjętej przez delegacje rządów państw członkowskich i Radę¹³. W związku z tym zdecydowano się przyjąć nową dyrektywę wprowadzającą konkretne rozwiązania dotyczące publikacji ogłoszeń. Zgodnie z dyrektywą, ogłoszenia

⁸ Dyrektywa Rady 71/304/EWG z dnia 26 lipca 1971 r. dotycząca zniesienia ograniczeń swobody świadczenia usług w odniesieniu do zamówień publicznych na roboty budowlane oraz udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane wykonawcom działającym za pośrednictwem agencji i oddziałów (OJ No L 185/1, 15.8.1971).

⁹ Dyrektywy Rady 71/305/EWG z dnia 26 lipca 1971 r., dotyczącej koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane (OJ No L 185/5, 25.8.1971).

¹⁰ ISIC – (z ang. *International Standard Industrial Classification of All Economic Activities*) jest to międzynarodowa nomenklatura odnosząca się do przemysłowej klasyfikacji wszystkich działalności gospodarczych. Grupa (główna) nr 40 dotyczyła prac budowlanych (z ang. *construction*).

¹¹ Na potrzeby tej pracy zostało użyte sformułowanie „podmiotów prawa publicznego”, które według autorów najlepiej oddaje znaczenie dyrektywy. Należy jednak pamiętać, że „podmiot prawa publicznego” jest pojęciem powstałym zdecydowanie później, które zostało zdefiniowane przez przepisy prawa Europejskiego i z angielskiego jest tłumaczone jako *“bodies governed by public law”*, z kolei omawiana dyrektywa dotyczy sformułowania *“other legal persons governed by public law”*, które jeszcze nie było regulowane.

¹² Dyrektywa Rady 72/277/EWG z dnia 26 czerwca 1972 r. dotycząca szczegółów publikacji ogłoszeń o zamówieniach publicznych i koncesjach w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich. Oryginalna nazwa z języka angielskiego: *“Council Directive of 26 July 1972 concerning the details of publication of notices of public works contracts and concessions in the Official Journal of the European Communities (OJ No L 176/12, 3.8.1972)”*.

¹³ Deklaracja z 26 lipca 1971 r. podczas spotkania Delegacji Rządowych Państw Członkowskich z Radą z Radą dotyczącego procedur w dziedzinie koncesji na zamówienia publiczne. Oficjalna nazwa z języka angielskiego: *“Declaration of 26 July 1971 of Representatives of the Governments of the Member States meeting within the Council concerning procedures to be followed in the field of public works concessions (OJ No C 82, 16.8.1971, p. 13).”*

dotyczące zamówień publicznych i koncesji powinny być zwięzłe, a ich długość ograniczona. W ten sposób, powinny ograniczać się one do jednej strony lub 650 słów (w przybliżeniu) oraz być opublikowane w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich (*the Official Journal of the European Communities, OJEC*) zgodnie z modelowymi ogłoszeniami zawartymi odpowiednio w aneksach I i II. Przyjęcie takich rozwiązań wprowadzało prawny wymóg ich publikacji, ujednolicało ich formę oraz miało zapewnić, że ogłoszenie opublikowane w OJEC trafi do wszystkich zainteresowanych stron.

Następnie w czerwcu 1985 roku Komisja Wspólnot Europejskich przyjęła Białą Księgę dotyczącą wdrożenia rynku wewnętrznego (*Completing the Internal Market White Paper from the Commission to the European Council*)¹⁴. Biała Księga nie odnosiła się bezpośrednio do instytucji koncesji czy też nawet materii zamówień publicznych, jednak wprowadzała istotne założenia dotyczące wdrażania rynku wewnętrznego, które w późniejszym czasie miały znaczny wpływ na tempo i kierunek wprowadzania zmian w prawie europejskim. Ustalono między innymi program, zakres oraz harmonogram prac odnośnie jednolitego rynku, który miał być wprowadzony do 1992 roku oraz obejmować 320 milionów obywateli państw członkowskich. Usunięte miały być bariery fizyczne, techniczne oraz fiskalne, w taki sposób, żeby zagwarantowany był swobodny przepływ ludzi, towarów, usług i kapitału w obrębie Wspólnoty. Postanowienia wypracowane w Białej Księdze, zostały później zawarte w Jednolitym Akcie Europejskim¹⁵ (*Single European Act*) podpisanym w 1986 roku.

W 1989 roku została przyjęta dyrektywa Rady 89/440/EWG¹⁶ zmieniająca dyrektywę 71/305/EWG w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty publiczne. Była ona pierwszym aktem prawnym na poziomie Wspólnoty, która wprowadzała bezpośrednie regulacje dotyczące koncesji. Zawierała ona definicję legalną koncesji na roboty budowlane¹⁷, a jej zakres stosowania dotyczył przypadków, gdy wartość koncesji na roboty budowlane (dosłowne tłumaczenie „koncesje na roboty publiczne” ang. *“public work concession”*) była równa bądź większa niż 5 mln ECU¹⁸. Dyrektywa wprowadzała również inne regulacje dotyczące udzielania koncesji, koncesjonariuszy i obowiązków spoczywających na instytucjach zamawiających. Ponadto, do dyrektywy dołączone były aneksy zawierające między innymi: wzór ogłoszenia koncesji na roboty publiczne¹⁹ oraz wzór ogłoszenia o zamówieniach na roboty budowlane udzielanych przez koncesjonariusza²⁰.

Wraz z tworzeniem się rynku wewnętrznego powstawały kolejne wyzwania, z którymi Wspólnota musiała się zmierzyć. Otwarcie rynku na konkurencję uwidoczniło sytuacje, w których normy prawne niektórych państw członkowskich sprzyjały występowaniu zjawisk patologicznych, w szczególności związanych z brakiem przejrzystości podczas udzielania zamówienia publicznego lub koncesji, jak i dyskryminację przedsiębiorców z innych państw Wspólnoty. Zdecydowano się zatem na przyjęcie kolejnej dyrektywy wprowadzającej nowe procedury

¹⁴ Oryginalna nazwa w języku angielskim brzmi: *Commission of the European Communities, Completing the Internal Market, White Paper from the Commission to the European Council, June 1985, COM(85) 310 final*.

¹⁵ Jednolity Akt Europejski (Dz.U. L 169 z 29.6.1987).

¹⁶ Oryginalna nazwa z języka angielskiego: *Council Directive (89/440/EEC) of 18 July 1989 amending Directive 71/305/EEC concerning coordination of procedures for the award of public works contracts*.

¹⁷ Art. 1 ust. 1 dyrektywy 89/440/EWG wprowadzał zmiany w art. 1 dyrektywy 71/305/EWG, w tym lit. (d) zawierającą definicję legalną koncesji na roboty budowlane (z ang. *public works concession*).

¹⁸ ECU (z ang. *European Currency Unit*) – jednostka rozliczeniowa używana ze względu na potrzeby Europejskiego Systemu Monetarnego w latach 1979–1998. Po 1998 roku została zastąpiona przez walutę Euro.

¹⁹ Aneks V do dyrektywy Rady 89/440/EWG.

²⁰ Aneks VI do dyrektywy Rady 89/440/EWG.

odwoławcze w tych kwestiach (dyrektywa Rady 89/665/EWG)²¹. Przepisy dyrektywy zobowiązywały państwa członkowskie do wprowadzenia odpowiednich norm i instrumentów odwoławczych, w szczególności możliwości podjęcia środków tymczasowych powodujących zawieszenie postępowania dotyczącego udzielenia zamówienia publicznego lub koncesji, wydłużenia czasu trwania procedur oraz wprowadzenie specjalnego mechanizmu, który mógłby naprawić sytuacje, w których zostały naruszone przepisy, a przedsiębiorca nie skorzystał z przysługujących mu środków odwoławczych (możliwość zwrócenia uwagi państwu członkowskiemu przez Komisję).

Ze względu na dalszą integrację oraz głębsze otwarcie rynku wewnętrznego istniała potrzeba koordynacji przepisów dotyczących udzielenia zamówień publicznych i koncesji uwzględniająca praktyki państw członkowskich w zakresie ich stosowania. W 1992 roku zdecydowano się na wprowadzenie dwóch nowych dyrektyw²², a w 1993 roku przyjęto pakiet dyrektyw²³ z nową dyrektywą 93/37/EWG²⁴, która uwzględniała zastosowanie wyjątkowej procedury negocjacyjnej, wprowadzała wspólną politykę w zakresie norm i specyfikacji, kryteria wyboru jakościowego, kryteria udzielania zamówień oraz stosowania niektórych warunków technicznych odnoszących się do ogłoszeń i sprawozdań statystycznych.

W 1997 roku Komisja Europejska wydała przewodnik po zasadach wspólnotowych w sprawie zamówień publicznych na dostawy (*Guide to the Community rules on public supply contracts*)²⁵, który co prawda nie posiadał wiążącej mocy prawnej, jednak zawierał propozycje zmian w prawie zamówień publicznych, w tym koncesji.

Z kolei w 2000 roku opublikowany został Komunikat wyjaśniający Komisji dotyczący koncesji w prawie wspólnotowym (zwany dalej „Komunikatem”)²⁶, który dotyczył dokładnej analizy instytucji koncesji. W dokumencie poruszone zostały problemy związane z koncesją, definicją legalną koncesji (dyrektywa 93/37/EWG artykuł 1(d)), różnicami pomiędzy pojęciami „zamówieniem publicznym na roboty budowlane” a „koncesją na roboty budowlane”²⁷, regulami

²¹ Dyrektywa Rady (89/665/EWG) z dnia 21 grudnia 1989 r. w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane (Dz.U. L 395 z 30.12.1989, str. 33).

²² W 1992 roku przyjęto dwie dyrektywy dotyczące zamówień publicznych: Dyrektywę Rady 92/13/EWG koordynującą przepisy ustawowe, wykonawcze i administracyjne odnoszące się do stosowania przepisów wspólnotowych w procedurach zamówień publicznych podmiotów działających w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i telekomunikacji oraz dyrektywę Rady 92/50/EWG z dnia 18 czerwca 1992 r. odnoszącą się do koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na usługi.

²³ Pakiet dyrektyw z 14 czerwca 1993 roku obejmował: dyrektywę Rady 93/36/EWG koordynującą procedury udzielania zamówień publicznych na dostawy; dyrektywę Rady 93/37/EWG dotyczącą koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane; oraz dyrektywę Rady 93/38/EWG dotyczącą koordynacji procedur udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i telekomunikacji.

²⁴ Dyrektywa Rady 93/37/EWG z dnia 14 czerwca 1993 r. dotycząca koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane (Dz.U. 2004 nr 48 poz. 460).

²⁵ Komisja Europejska, Przewodnik po zasadach wspólnotowych w sprawie zamówień publicznych na dostawy (oryginalna nazwa: „*Public procurement in the European Union Guide to the Community rules on public supply contracts other than in the water, energy, transport and telecommunications sectors directive 93/36/EEC*”), Luksemburg, 1997.

²⁶ Komisja Europejska, Komunikat wyjaśniający Komisji dotyczący koncesji w prawie wspólnotowym (oryginalna nazwa: „*Commission interpretative communication on concessions under community law 2000/C 121/02*”).

²⁷ W oryginalnej wersji dokumentu w języku angielskim są to pojęcia „*public works contracts*” oraz „*works concessions*” co w dosłownym tłumaczeniu brzmiałoby odpowiednio „umowy na roboty publiczne” oraz „koncesje na roboty”, jednak autorzy przyjęli, że w pierwszym przypadku chodzi o definicję legalną zawartą w dyrektywie 93/37/EWG w art. 1(a) w polskiej wersji tłumaczonej na „zamówienia publiczne na roboty budowlane”, z kolei w drugim przypadku przyjęte zostało że chodzi o definicję zawartą w art. 1(d) tej dyrektywy, czyli „koncesję na

dotyczącymi stosowania koncesji, zasadami równego traktowania, przejrzystości, proporcjonalności oraz wzajemnego uznania. Ponadto w Komunikacie omówione zostały wyjątki przewidziane przez Traktat, ochrona praw jednostki, rozwiązania dotyczące etapu wyboru koncesjonariusza oraz udzielenia zamówienia koncesjonariuszowi, a także zasady dotyczące przyszłych przeglądów regulacji. Komunikat uwzględniał również bogate orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, które niewątpliwie miało znaczący wpływ na kierunek rozwoju instytucji koncesji na roboty budowlane oraz usługi²⁸.

W roku 2004 przyjęto dwie dyrektywy regulujące zamówienia publiczne, tj. dyrektywę 2004/17/WE²⁹ Parlamentu Europejskiego i Rady koordynującą procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych (zwaną „dyrektywą sektorową”) oraz dyrektywę 2004/18/WE³⁰ Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (zwaną „dyrektywą klasyczną”). Obie dyrektywy wprowadzały szczegółowe regulacje dotyczące zarówno instytucji koncesji na roboty budowlane jak i na usługi, którym w dyrektywie sektorowej poświęcona była odrębna sekcja³¹, a w dyrektywie klasycznej cały Tytuł³². Obejmował on zasady dotyczące koncesji na roboty budowlane, w tym: zakres obowiązywania, wyłączenia, reguły dotyczące publikacji ogłoszenia, terminów, podwykonawstwa, reguły dotyczące udzielania koncesjonariuszowi dodatkowych zamówień na roboty budowlane.

Niecały miesiąc później Komisja Wspólnot Europejskich przyjęła Zieloną Księgę w sprawie partnerstwa publiczno-prywatnego i prawa wspólnotowego w zakresie zamówień publicznych i koncesji³³, która zawierała listę problemów związanych z przyznawaniem koncesji.

Powody podjęcia prac nad nową dyrektywą koncesji

Głównym powodem podjęcia prac nad nowymi aktami prawnymi dotyczącymi instytucji koncesji był brak zapewnionej pewności prawnej. Po przyjęciu pakietu dyrektyw z 2004 roku (dyrektywy 2004/17/WE oraz dyrektywy 2004/18/WE) instytucja koncesji na roboty budowlane była regulowana przez dyrektywę 2004/18/WE, jednak Komisja Europejska w trakcie negocjacji (pod naciskiem delegacji francuskiej) nie zdecydowała się na wprowadzenie moż-

roboty budowlane”, pomimo tego, że w oryginalnej wersji angielskiej jest to zwrot „*public works concession*”, a Komunikat Komisji odnosi się do pojęcia „*works concession*”. Jest to prawdopodobnie spowodowane tym, że w kolejnych dyrektywach sektorowych prawodawca europejski odchodził od użycia słowa „publiczny” ze względu na charakter zamówień (np. w dyrektywach klasycznych używany jest termin „zamówienie publiczne”, a w sektorowych „zamówienie”).

²⁸ W Komunikacie uwzględnione zostało orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej odnoszące się do spraw: C-103/88; C-108/98; C-127/92; C-147/86; C-15/83; C-155/73; C-167/73; C-18/93; C-199/85; C-2/74; C-209/84; C-213/84; C-222/86; C-243/89; C-260/89; C-265/87; C-27/86; C-272/91; C-272/94; C-275/98; C-279/80; C-28/86; C-29/86; C-295/90; C-3/88; C-31/87; C-324/98; C-330/91; C-331/92; C-340/89; C-357/89; C-360/96; C-360/98; C-38/97; C-433/93; C-71/92; C-76/90; C-810/79; C-87/94; C-94/99; sprawy połączone C-41/79, C-121/79 i C-796/79; sprawy połączone C-62/81 i C-63/81; T-203/96; T-260/94 oraz T-266/97.

²⁹ Dz.U. L 134 z 30.4.2004, str. 1.

³⁰ Dz.U. L 134 z 30.4.2004, str. 114.

³¹ W dyrektywie 2004/17/WE materię koncesji regulowała Sekcja 2 (Zamówienia i koncesje oraz zamówienia podlegające specjalnym postanowieniom).

³² Tytuł III Reguły dotyczące koncesji na roboty budowlane.

³³ Zielona Księga w sprawie partnerstwa publiczno-prywatnego i prawa wspólnotowego w zakresie zamówień publicznych i koncesji, Bruksela, 30.04.2004, COM(2004) 327 final.

liwość udzielania koncesji na usługi lub tzw. koncesji sektorowych³⁴. W związku z tym, do tych dwóch ostatnich rodzajów koncesji miały zastosowanie ogólne postanowienia Traktatowe³⁵, a w szczególności zasady sprawiedliwości, konkurencyjności, niedyskryminacji, przejrzystości, równego traktowania.

W 2006 roku, chcąc podjąć próbę rozwiania wątpliwości prawnych dotyczących stosowania przepisów, Komisja Europejska wydała Komunikat Wyjaśniający³⁶, który spotkał się z rozległą krytyką. Głównym zarzutem wobec Komunikatu Wyjaśniającego Komisji był pogląd, że przekroczyła ona swoje kompetencje nakładając na państwa członkowskie nowe obowiązki bez wymaganej podstawy prawnej (nowe obowiązki powinny być nałożone na państwa członkowskie w formie dyrektywy, a nie komunikatu)³⁷.

W konsekwencji, brak jasnych regulacji oraz luki w prawie powodowały liczne spory sądowe, w których organy sądowe państw członkowskich zwracały się z pytaniami prejudycjalnymi do Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej w celu interpretacji obowiązujących przepisów. Trybunał podczas orzekania kierował się przede wszystkim głównymi celami traktatowymi (udzielenie koncesji powinno odbywać się z poszanowaniem zasady konkurencyjności, sprawiedliwości, braku dyskryminacji, przejrzystości, równości), co ograniczało swobodę organizowania sektora publicznego przez państwa członkowskie jako ich specjalnych i wyłącznych praw (miało to związek z tym, że koncesja dotyczyła kwestii wchodzących w zakres prawa publicznego jak i prywatnego oraz różnego podejścia państw członkowskich do tego zagadnienia)³⁸. Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej w swoim orzecznictwie konsekwentnie dążył do otwarcia rynku koncesji na konkurencję, jak również odniósł się do takich kwestii jak: transgraniczne zainteresowanie podmiotów udzieleniem koncesji, identyfikacja różnic pomiędzy koncesją na usługi a zamówieniem publicznym na usługi (transfer ryzyka operacyjnego na podmiot gospodarczy w przypadku koncesji na usługi), doprecyzowanie definicji koncesji, czas trwania koncesji, sposób kalkulacji wartości koncesji, kryteria udzielenia koncesji (najkorzystniejsza ekonomicznie oferta), publikacja, możliwość modyfikacji umowy koncesji w trakcie jej obowiązywania.

Dochodzenie przeprowadzone przez Komisję Europejską, jak i skargi niektórych podmiotów gospodarczych, uwidoczniły słabości oraz fragmentaryczność regulacji. Zostało to odzwierciedlone w niepewnych procedurach udzielania koncesji, które z kolei miały wpływ na ograniczenie konkurencyjności oraz korzyści płynących z jednolitego rynku. Nawet orzecznictwo TSUE dotyczące konkretnych problemów nie rozwiązywało problemu powodując rozbieżności oraz dezorientację wśród uczestników rynku koncesji.³⁹

³⁴ Na potrzeby tej pracy przez „koncesje sektorowe” rozumie się koncesje, których przedmiotem są roboty budowlane lub usługi w sektorach użyteczności publicznej, które są regulowane przez dyrektywy sektorowe (tj. dyrektywę 2004/17/WE i później dyrektywę 2014/25/UE).

³⁵ Postanowienia zawarte w Traktacie o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (TFUE).

³⁶ Komunikat Wyjaśniający Komisji dotyczący prawa wspólnotowego obowiązującego w dziedzinie udzielania zamówień, które nie są lub są jedynie częściowo objęte dyrektywami w sprawie zamówień publicznych (2006/C 179/02).

³⁷ Risvig Hansen, *Contracts not covered or not fully covered by the Public Sector Directive*, Kopenhaga, 2012; *Defining a Service Concession Contract: Will the Proposed New Definition of Service Concession Contracts Increase Legal Certainty in the Field of Concessions?* W: Ølykke/Risvig/Tvarnø (eds), *EU Public Procurement Modernisation, Growth and Innovation*, Kopenhaga 2012, str. 237–258; oraz A. Sanchez Graells, *What Need and Logic for a New Directive on Concessions, Particularly Regarding the Issue of Their Economic Balance?*, EPPPL 2, 2012, str. 94.

³⁸ M. Burnett, *The New European Directive on the Award of Concession Contracts – Promoting Value for Money in PPP Contracts?*, EPPPL 2, 2014, str. 92.

³⁹ C. M. Clarke, *An Overview of the CJEU's Current Approach Towards the Application of the Underlying Treaty Principles Governing Concessions*, EPPPL 4, 2015, str. 275.

Inicjatywa legislacyjna dotycząca dyrektywy koncesji

W związku z powyższym, Parlament Europejski przyjął rezolucję w sprawie partnerstwa publiczno-prywatnego oraz prawa wspólnotowego w zakresie zamówień publicznych i koncesji⁴⁰, która zobowiązywała Komisję do opracowania osobnego aktu legislacyjnego dotyczącego koncesji.

Przyjęto, że istnieje potrzeba odróżnienia dyrektywy dot. koncesji od nowych dyrektyw zamówień publicznych w celu podkreślenia osobliwego charakteru koncesji, ponieważ większość klauzul była tożsama lub zasadniczo podobna do rozwiązań zawartych w dyrektywie 2004/18/WE (np. wyjątki dotyczące zamówień wewnętrznych in-house, zagadnienia dot. modyfikacji umowy, wypowiedzenia umowy, postanowienia dotyczące podwykonawców, ochrony środowiska, praw socjalnych oraz prawa pracy).

W zależności od systemu prawnego danego państwa członkowskiego definicja koncesji najczęściej była rozumiana jako: (1) koncesja w sensie w jakim została ona zdefiniowana w dyrektywie 2004/18/WE; (2) licencja nadana przez organy państwowe w celu wykonywania działalności w określonych obszarach gospodarczych, np. w celu prowadzenia usług związanych z hazardem; (3) sposób przyznania praw do eksploatacji naturalnych zasobów. Z kolei nowa dyrektywa definiowała koncesję tylko w pierwszym sensie⁴¹.

Dodatkowo, w 2010 roku Komisja Europejska przyjęła Strategię na rzecz inteligentnego i zrównoważonego rozwoju sprzyjającego włączeniu społecznemu Europa 2020⁴², która niewątpliwie miała wpływ na opracowanie nowych rozwiązań prawnych dotyczących zamówień publicznych i koncesji. Ponadto, w 2011 roku Komisja Europejska przyjęła Zieloną Księgę w sprawie modernizacji polityki UE w dziedzinie zamówień publicznych w kierunku zwiększenia skuteczności europejskiego rynku zamówień⁴³, jednak nie odnosiła się ona do koncesji na roboty budowlane. W tym samym roku przyjęte zostało memorandum w sprawie propozycji dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie udzielenia koncesji⁴⁴. Natomiast w 2014 r. przyjęty został nowy pakiet dyrektyw dotyczących zamówień publicznych (w tym dyrektywa 2014/23/UE⁴⁵).

Przyjmuje się, że proces legislacyjny regulujący instytucje koncesji zapoczątkowany został w kwietniu 2004 roku poprzez wydanie dokumentu konsultacyjnego przez Komisję (Green Paper on PPP and concession), który przedłużył czas jej konsultacji. Uzgodnienia polityczne dotyczące finalnej wersji tekstu dyrektywy były trudne do osiągnięcia ze względu na różnice poglądów państw członkowskich oraz innych zainteresowanych stron⁴⁶. W końcu 26 lutego 2014 roku przy-

⁴⁰ Rezolucja Parlamentu Europejskiego w sprawie partnerstw publiczno-prywatnych oraz prawa wspólnotowego w zakresie zamówień publicznych i koncesji (2006/2043(INI)).

⁴¹ Michael Burnett, *The New European Directive on the Award of Concession Contracts – Promoting Value for Money in PPP Contracts?* EPPPL 2, 2014, str. 95–96.

⁴² Komisja Europejska, Komunikat Komisji Europa 2020 Strategia na rzecz inteligentnego i zrównoważonego rozwoju sprzyjającego włączeniu społecznemu, Bruksela, 3.3.2010, KOM(2010) 2020 wersja ostateczna.

⁴³ Komisja Europejska, Zielona Księga w sprawie modernizacji polityki UE w dziedzinie zamówień publicznych w kierunku zwiększenia skuteczności europejskiego rynku zamówień, Bruksela, dnia 27.1.2011, KOM(2011) 15 wersja ostateczna.

⁴⁴ Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the award of concession contracts, Brussels, 20.12.2011 COM(2011) 897 final.

⁴⁵ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/23/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania koncesji, Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej L 94/1.

⁴⁶ M. Burnett, *The New European Directive on the Award of Concession Contracts – Promoting Value for Money in PPP Contracts?*, EPPPL 2, 2014, str. 86.

jęto pakiet dyrektyw⁴⁷ (w tym dyrektywę 2014/23/UE dotyczącą koncesji) zobowiązując państwa członkowskie do transpozycji postanowień dyrektyw do krajowych systemów prawnych⁴⁸.

Nowe rozwiązania prawne zawarte w dyrektywie 2014/23/UE

Przyjęcie nowej dyrektywy dotyczącej koncesji miało na celu ukrócić wcześniejsze niedociągnięcia, a w szczególności brak precyzyjnych norm prawnych zawartych w dyrektywie 2004/18/WE (dotyczących koncesji na roboty budowlane), luki prawnej w zakresie przepisów regulujących koncesję na usługi oraz przepisów dotyczących koncesji sektorowych w dyrektywie 2004/17/WE (w takim przypadku zastosowanie miały postanowienia zawarte w TFUE oraz orzecznictwo TSUE), jak i zniwelować krytykę, która spadła na Komisję za użycie tzw. miękkich instrumentów prawnych (*soft law instruments*) do wprowadzania nowych rozwiązań prawnych. Ponadto, miała ona na celu doprecyzowanie zasad wypracowanych przez TSUE oraz ewentualne wprowadzenie innych rodzajów umów. Już od momentu przyjęcia samych propozycji kształtu nowej dyrektywy rozpoczęła się szeroka dyskusja dotycząca konstrukcji umowy (*contract design*), w szczególności ze względu na przeniesienie ryzyka operacyjnego na koncesjonariusza, kwestie czasu trwania koncesji, jak i jej rentowności oraz zachowania balansu ekonomicznego i ewentualnej możliwości modyfikacji koncesji.⁴⁹

Ponadto, rozwiązania prawne zawarte w nowej dyrektywie musiały być zgodne z przepisami Traktatowymi (np. zasadą swobodnego przepływu towarów, usług i ludzi, jak również zasadą zakazu dyskryminacji, zasadą wzajemnego uznania, proporcjonalności oraz przejrzystości)⁵⁰, orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej oraz Strategią Europa 2020 (podkreślona w niej została szczególnie potrzeba rozwoju instytucji koncesji i innowacji, które miały wspierać stabilny i zrównoważony wzrost gospodarczy, zatrudnienie, innowacje oraz aspekty socjalne)⁵¹.

Przepisy miały również pozytywnie wpływać na rynek wewnętrzny (*"single market"*; chodziło o utworzenie precyzyjnych i klarownych przepisów zwiększających pewność prawną oraz wspierających podmioty prywatne w celu rozwoju europejskiego rynku koncesji) oraz zawierać koncepcje dobrego rządzenia (*"good governance"*; nowa legislacja miała cechować się prawnym zapewnieniem skutecznej konkurencji, przepisami antykorupcyjnymi, efektywnym audytem, wspierając niezależność sędziowską, przejrzystość, odpowiedzialność w finansach publicznych, kontrolę społeczeństwa obywatelskiego oraz skutecznego zarządzania umowami)⁵².

Dodatkowo, nowe regulacje miały uwzględniać wcześniejsze akty prawne w myśl zasady *acquis communautaire* (dotyczyło to przede wszystkim tzw. *"secondary law"* czyli dyrektyw, jak np. 2004/18/WE i wcześniejszych oraz tzw. *soft law* czyli, np. wytycznych Komisji, Green Papers,

⁴⁷ Pakiet dyrektyw z 26 lutego 2014 roku dotyczących zamówień publicznych obejmował: Dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/23/UE w sprawie udzielania koncesji; Dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE w sprawie zamówień publicznych, uchylającą dyrektywę 2004/18/WE; oraz Dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylającą dyrektywę 2004/17/WE.

⁴⁸ P. Bogdanowicz, *Cross-border Interest and Concession Contracts: a Critical Approach*, EPPPL 2, 2015, str. 83.

⁴⁹ Zob szerzej: A. Sanchez Graells, *What Need and Logic for a New Directive on Concessions, Particularly Regarding the Issue of Their Economic Balance?*, EPPPL 2, 2012, str. 94–104.

⁵⁰ M. Burnett, *The New European Directive on the Award of Concession Contracts – Promoting Value for Money in PPP Contracts?*, EPPPL 2, 2014, str. 92.

⁵¹ C. M. Clarke, *An Overview of the CJEU's Current Approach Towards the Application of the Underlying Treaty Principles Governing Concessions*, EPPPL 4, 2015, str. 275.

⁵² M. Burnett, *The New European Directive on the Award of Concession Contracts – Promoting Value for Money in PPP Contracts?*, EPPPL 2, 2014, str. 87.

memorandów etc.), zmiany proponowane przez państwa członkowskie podczas negocjacji (przestrzeganie suwerenności państw członkowskich poprzez zagwarantowanie im w odpowiednim stopniu wyłącznych i specjalnych praw w celu umożliwienia kreowania stosunku pomiędzy instytucją zamawiającą i koncesjonariuszem ze względu na odmienne systemy prawa krajowego), problemy zgłaszane przez podmioty publiczne i gospodarcze oraz postulaty praktyków.

W związku z tym, nowa dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/23/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania koncesji miała być odpowiedzią na powyższe wymagania stawiane przed Komisją Europejską. Dyrektywa wypełnia lukę w przepisach Unii Europejskiej wprowadzając regulacje dotyczące wszystkich umów koncesji, w tym koncesji na usługi (art. 5 pkt. 1) oraz koncesje sektorowe (np. art. 17). Ponadto, dyrektywa uwzględniała szerokie orzecznictwo TSUE (lub była uzupełniona przez orzecznictwo w zależności od tego czy orzeczenia TSUE wydane były przed przyjęciem finalnej wersji projektu dyrektywy), które dotyczyło między innymi: i) definicji koncesji na usługi (rozróżnieniem zamówienia publicznego na usługi od koncesji na usługi),⁵³ ii) transferu ryzyka operacyjnego,⁵⁴ iii) zasady przejrzystości i zainteresowania transgranicznego,⁵⁵ iv) praw specjalnych i wyłącznych⁵⁶.

Dodatkowo, dyrektywa zawierała przepisy regulujące bardziej precyzyjnie definicję koncesji, wymóg publikacji ogłoszenia o koncesji w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, gdy wartość koncesji jest równa lub większa niż 5 186 000 EUR, pragmatyczne rozwiązania w przypadku wprowadzenia zmian w umowie koncesji z powodu nieprzewidzianych i usprawiedliwionych okoliczności, określone obowiązki w przypadku standardów wyboru i udzielania koncesji, brak wyjątkowych procedur przyznawania koncesji⁵⁷ oraz rozszerzała zakres dyrektyw dotyczących procedur odwoławczych tzw. *Remedies Directives* na wszystkie koncesje objęte dyrektywą 2014/23/UE⁵⁸.

Transpozycja dyrektywy 2014/23/UE do polskiego systemu prawnego

– Ustawa o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi

Głównym celem wprowadzenia ustawy z dnia 21 października 2016 r. o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi była konieczność implementacji przepisów dyrektywy 2014/23/UE w sprawie udzielenia koncesji, a termin na wprowadzenie zmian w systemach prawnych państw członkowskich upłynął 18 kwietnia 2016 roku.⁵⁹ Polski ustawodawca wprost wyraził, że ustawa zawiera znaczną część identycznych w stosunku do zamówień publicznych przepisów, które były przewidziane w ramach tzw. Pakietu dyrektyw zamówień publicznych, obejmującego obok dyrektywy koncesyjnej, dyrektywy: 2014/24/UE i 2014/25/UE⁶⁰. Wprowadzana ustawa uchyliliła

⁵³ Sprawa C-348/10 pkt. 43 i 51; C-206/08 pkt. 46–51.

⁵⁴ Sprawa C-348/10, C-206/08 pkt. 72–76, C-274/09 pkt. 26 i 46.

⁵⁵ Sprawa C-388/12 pkt. 47; C-507/03 pkt. 30 i 31; C-324/98 pkt. 60–62; C-382/05; C-231/03 pkt. 16–19 i 21; C-410/04 pkt. 21.; sprawa wspólna od C-357/10 do C-359/10 pkt. 39; C-275/98 pkt. 31; C-91/08 pkt. 36; C-221/12 przypis 50; C-458/03 przypis 2, pkt. 55; C-347/06 przypis 48, pkt. 62, sprawa wspólna C-147/06 i C-148/06 pkt. 24.

⁵⁶ Sprawa C-80/86 pkt. 9; C-91/92 pkt. 20; C-282/10 pkt. 37 i 39; C-425/12, pkt. 24–39; C-188/89 pkt. 20; C-343/98 pkt. 23; C-157/02 pkt. 24; C-356/05 pkt. 40.

⁵⁷ C. M. Clarke, *An Overview of the CJEU's Current Approach Towards the Application of the Underlying Treaty Principles Governing Concessions*, EPPPL 4, 2015, str. 279.

⁵⁸ Michael Burnett, *The New European Directive on the Award of Concession Contracts – Promoting Value for Money in PPP Contracts?* EPPPL 2, 2014, str. 96–98.

⁵⁹ Art. 51 – Dyrektywa 2014/23/UE.

⁶⁰ Rządowy projekt ustawy o umowach koncesji na roboty budowlane lub usługi, druk nr 612, uzasadnienie str. 1, <http://www.sejm.gov.pl/sejm8.nsf/druk.xsp?nr=612> dostęp: 2017.04.01).

ustawę z dnia 9 stycznia 2009 r. o koncesji na roboty budowlane lub usługi⁶¹. Dodatkowo ustawa zmieniła jedenaście innych aktów prawnych⁶² oraz jest zdecydowanie bardziej rozbudowana pod względem treści w stosunku do poprzednio obowiązującej ustawy. Zakres przedmiotowy nowej ustawy obok zasad i trybów oraz środków ochrony prawnej dotyczących zawierania umowy koncesji, obejmuje również właściwe organy w sprawach uregulowanych w ustawie.

Ustawa wprowadza nowe definicje legalne (art. 2) takie jak: dokumenty koncesji; działalność sektorowa, minimalne wymagania, obiekt budowlany (w poprzednio obowiązującej ustawie termin ten nie był zdefiniowany ale występował, np. w definicji koncesji na roboty budowlane⁶³, przepisie dotyczącym opisu przedmiotu koncesji⁶⁴, oraz dotyczącym dodatkowej umowy na wykonanie robót budowlanych nieobjętych koncesją⁶⁵), postępowanie o zawarcie umowy koncesji (wcześniej termin ten występował w art. 4 ust. 2 dotyczącym wyłączeń zakresu podmiotowego oraz rozdziale 2, który regulował postępowanie o zawarcie umowy koncesji), środki komunikacji elektronicznej, wykonawca oraz zamawiający. Ponadto, zmieniła się treść definicji „robót budowlanych” (w nowej ustawie został zastosowany termin odwołujący się do przepisów dyrektywy 2014/23/UE) oraz „usług” (zastosowanie definicji negatywnej).

Dodatkowo, art. 3 wprowadza definicję „umowy”, podczas gdy w ustawie z 2009 roku poświęcony tej kwestii był cały rozdział (Rozdział III). Artykuł ten, reguluje również kwestie związane z „wynagrodzeniem” koncesjonariusza zarówno w przypadku wykonania robót budowlanych, jak i świadczenia usług oraz zarządzania nimi.

Zgodnie z art. 3 ust. 3 ustawy, koncesjonariusz ponosi ryzyko ekonomiczne związane z eksploatacją obiektu budowlanego lub wykonywaniem usług i obejmujące ryzyko związane z popytem lub podażą. Jest to definicja zaczerpnięta z art. 5 pkt. 1 lit. b) akapit drugi dyrektywy, która została oparta na bogatym orzecznictwie TSUE. Z kolei art. 1 ust. 3 zdanie drugie ustawy z 2009 r. stanowił, że koncesjonariusz ponosi w zasadniczej części ryzyko ekonomiczne wykonywania koncesji. Dodatkowo, art. 22 ust. 1 pkt. 6 tej ustawy wskazywał, że treść umowy koncesji powinna zawierać wskazanie i podział ryzyka między koncesjodawcę a koncesjonariusza związanego z wykonywaniem przedmiotu koncesji. Zatem dostrzec można przeniesienie znacznej części ryzyka ekonomicznego związanego z umową koncesji na koncesjonariusza.

Ponadto, art. 4 nowej ustawy wprowadza próg kwotowy ustanowiony na poziomie równowartości 30 000 euro wyrażonej w polskich złotych. W przypadku gdy wartość umowy koncesji jest równa lub przekracza tę kwotę, przepisy ustawy mają zastosowanie. Jednak poniżej tej kwoty mają zastosowanie przepisy o finansach publicznych. W ustawie z 2009 roku nie było takiego progu i przepisy ustawy miały zastosowanie do wszystkich umów koncesji niezależnie od jej war-

⁶¹ Ustawa z dnia 9 stycznia 2009 r. o koncesji na roboty budowlane lub usługi (Dz.U.2015, poz. 113).

⁶² Ustawa z dnia 16 grudnia 2010 r. o publicznym transporcie zbiorowym Dz.U.2016.1867 j.t.; Ustawa z dnia 28 marca 2003 r. o transporcie kolejowym Dz.U.2016.1727 j.t.; Ustawa z dnia 7 maja 2010 r. o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych Dz.U.2016.1537 j.t.; Ustawa z dnia 21 marca 1985 r. o drogach publicznych Dz.U.2016.1440 j.t.; Ustawa z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw Dz.U.2016.1020; Ustawa z dnia 20 grudnia 1996 r. o gospodarce komunalnej Dz.U.2016.573 j.t.; Ustawa z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach Dz.U.2016.250 j.t.; Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, Dz.U.2015.2164 j.t.; Ustawa z dnia 19 grudnia 2008 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym, Dz.U.2015.696 j.t.; 10. Ustawa z dnia 27 października 1994 r. o autostradach płatnych oraz o Krajowym Funduszu Drogowym Dz.U.2015.641 j.t.; Ustawa z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych Dz.U.2013.168 j.t.

⁶³ Art. 1 ust. 2 pkt. 1 Ustawy z dnia 9 stycznia 2009 r. o koncesji na roboty budowlane lub usługi.

⁶⁴ Art. 7 ust. 3 pkt. 1 Ustawy z dnia 9 stycznia 2009 r. o koncesji na roboty budowlane lub usługi.

⁶⁵ Art. 25 ust. 1 Ustawy z dnia 9 stycznia 2009 r. o koncesji na roboty budowlane lub usługi.

tości. W związku z tym wydaje się, że nowe przepisy mogą tworzyć niepewność prawną przy koncesjach poniżej progu 30 000 euro, gdyż strony mogą swobodnie kreować treść umowy koncesji zgodnie z ustawą o finansach publicznych. Z kolei ustawodawca europejski ustanowił próg obowiązującego przepisów unijnych na poziomie 5 186 000 EUR (teraz 5 225 000 euro) lub zgodnie z orzecznictwem TSUE, poniżej tej kwoty, jeżeli umowa koncesji jest przedmiotem zainteresowania transgranicznego.

Procedura w nowej ustawie została doprecyzowana co miało bezpośredni wpływ na jej poziom sformalizowania. W ustawie zostały zastosowane w dużej części rozwiązania, które zostały wypracowane przez orzecznictwo TSUE jak i Komisję. Zastosowano również wiele wyłączeń tożsamych z prawem europejskim, odwołań do Wspólnego Słownika Zamówień CPV, bardziej złożoną procedurę szacowania wartości umowy koncesji i umów mieszanych, przepisy właściwe w przypadku podziału przedmiotu umowy na odrębne części, odwołania do dyrektywy (np. art. 17 pkt. 2) oraz rozporządzeń wykonawczych Komisji (np. art. 18), które wynikały ze zobowiązań prawa europejskiego.

Dodatkowo, nowa ustawa z 2016 r. wprowadza regulacje dotyczące umów mieszanych koncesji, które mogą obejmować między innymi możliwość zawierania jednej koncesji, np. dla robót budowlanych i usług, jak i umów koncesji regulowanych przez różne reżimy prawne, np. przepisów dotyczących koncesji klasycznych oraz zamówień w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa. Ponadto ustawa wprowadza możliwość zawierania specjalnych umów koncesji, które uwzględniają aspekty społeczne (tzw. umowy koncesji zastrzeżonych, umów na usługi społeczne lub inne szczególne usługi). Wprowadzone zostały również bardziej szczegółowe środki ochrony prawnej podobne do tych zastosowanych przy zamówieniach publicznych.

Konkluzje

Głównym celem ustawy o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi z 2016 roku było wprowadzenie rozwiązań prawnych zawartych w dyrektywie 2014/23/UE. Ustawodawca wprowadził do polskiego systemu prawnego znaczną część rozwiązań nawiązujących lub wręcz kopiujących postanowienia zawarte w dyrektywie (również te wypracowane przez TSUE) między innymi definicje legalne, wyłączenia (np. in-house, współpraca publiczno-publiczna), transfer ryzyka ekonomicznego na koncesjonariusza, odwołania do rozporządzeń wykonawczych Komisji, wprowadzenie możliwości zawierania specjalnych umów koncesji (tzw. umowy koncesji zastrzeżonych, umowy na usługi społeczne lub inne szczególne usługi). Niewątpliwie zdecydowana większość rozwiązań wprowadzona za pomocą ustawy nawiązuje do postanowień dyrektywy 2014/23/UE.

Z kolei głównym celem dyrektywy było zwiększenie pewności prawnej w szczególności dotyczącej wprowadzenia bardziej precyzyjnych przepisów z zakresu koncesji na roboty budowlane (które były wcześniej regulowane przez dyrektywę 2004/18/WE), wprowadzenie regulacji wypełniających lukę prawną związaną z brakiem rozwiązań zawartych w dyrektywach dotyczących zarówno koncesji na usługi, jak i tzw. koncesji sektorowych (regulowane one były tylko przez ogólne zasady traktatowe jak i orzecznictwo TSUE) oraz nowych rozwiązań dotyczących zawierania specjalnych umów koncesji odnoszących się do strategii Europa 2020. Poza tą ostatnią kwestią ustawa o koncesji z 2009 roku, regulowała zarówno koncesję na usługi, jak i obejmowała swoim zakresem tzw. koncesje sektorowe. Jedynie nieliczne koncesje, które przekraczały progi unijne (zgodnie z interpretacją TSUE, również te poniżej progów, jednak wzbudzające zainteresowanie transgraniczne) musiały się odnosić do bardziej fragmentarycznego prawodawstwa europejskiego (dyrektyw, traktatów i orzeczeń TSUE). Wydaje się zatem, że wystarczyłoby gdyby polski ustawodawca wprowadził obowiązkowe rozwiązania wynikające z norm prawa europejskiego, które obowiązywałyby

obok ustawy z 2009 roku i miały zastosowanie w przypadku przekroczenia obecnie obowiązujących progów unijnych lub zainteresowania transgranicznego. W takim przypadku zasadnicza część ryzyka ekonomicznego przeniesiona byłaby na koncesjonariusza dopiero po przekroczeniu progów unijnych. Ponadto, na polskim rynku koncesji istniałaby procedura prostsza niż ta obecnie obowiązująca.

Wydaje się, że obecna ustawa wprowadza bardziej sformalizowane rozwiązania europejskie, które obowiązują od progu równowartości 30 000 EUR (podczas gdy próg unijny jest powyżej 5 mln EUR). Ponadto, przenosi w znacznym stopniu ryzyko ekonomiczne na koncesjonariusza oraz wprowadza bardziej rozbudowaną procedurę. Nie obejmuje ona również swoim zakresem koncesji poniżej progu 30 000 EUR co może tworzyć niepewność prawną przy ustalaniu treści umowy koncesji przez strony. Według autorów te wszystkie czynniki mogą spowodować zmniejszenie polskiego rynku koncesji jednak ocena czy tak się stanie będzie możliwa do dokonania w przyszłości⁶⁶. Z drugiej strony niewątpliwie polska ustawa o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi jest zbliżona do rozwiązań europejskich oraz wprowadza najnowsze rozwiązania do polskiego systemu prawnego.

⁶⁶ Oceny takiej można będzie dokonać poprzez porównanie rynku koncesji z lat przyszłych z obecnym raportem wydanym przez Ministerstwo Rozwoju – Analiza rynku ppp 2016 za okres od 2009 r. do 31 grudnia 2016 r. http://www.ppp.gov.pl/Aktualnosci/Documents/Analiza_rynk_u_PPP_31_12_2016.pdf (dostęp: 15.04.2017).

PARTNERSTWO PUBLICZNO-PRYWATNE W PRAKTYCE SAMORZĄDU TERYTORIALNEGO

dr hab. Tadeusz Kocowski, profesor Uniwersytetu Wrocławskiego

Abstrakt

Artykuł porusza od strony praktycznej zagadnienie partnerstwa publiczno-prywatnego w kontekście działań samorządu terytorialnego. Ograniczone możliwości finansowe przy jednoczesnym wzroście roszczeń i oczekiwań obywateli wymagają od wspólnot samorządowych podejmowania działań polegających na realizacji przedsięwzięć opartych na podziale zadań i ryzyk pomiędzy podmiotem publicznym i partnerem prywatnym, służących realizacji zadania publicznego, jeżeli odbywa się na zasadach określonych w ustawie.

Partnerstwo może być z jednej strony, rodzajem remedium na permanentny brak środków finansowych przeznaczonych na finansowanie zadań publicznych, z drugiej zaś, obok specjalnych stref ekonomicznych także formą aktywizacji mieszkańców, członków wspólnoty i podmiotów zewnętrznych.

Abstract

The paper deals with practical aspects of public-private partnerships in the context of local self-government activities. Limited financial resources together with the simultaneous increase of demands and expectations of citizens require local self-government communities to take on activities consisting in realization of undertakings based on the distribution of tasks and risks between the public authority and the private partner, aiming at realization of a public task, where in accordance with legal provisions. A partnership may be, on the one hand, kind of a remedy for the permanent lack of financial resources dedicated to finance public tasks; on the other hand, beside special economic zones, it is also a form of activation of inhabitants, community member and outside entities.

Wstęp

Notowany w ostatnich latach gwałtowny wzrost roszczeń obywateli względem państwa i wspólnot samorządowych, spowodował określone perturbacje w działaniach administracji publicznej. Jej aktualny stopień zorganizowania, a przede wszystkim możliwości materialne niestety nie pozwalają współcześnie na realizację wszystkich oczekiwań. Administracja stara się, o ile jest to możliwe, rezygnować z realizacji części zadań, które nie wydają się dzisiaj tak istotne z punktu widzenia społecznego jak to było kiedyś (telekomunikacja). Ogranicza też w miarę możliwości liczbę tworzonych przez siebie jednostek organizacyjnych, które nie wytrzymują, z różnych względów (przeważnie ekonomicznych, ale też i prawnych (umowy śmieciowe)), konkurencji z podmiotami prywatnymi. Obecne są też wyraźne ruchy polityczne nawołujące jednoznacznie do ograniczania roli państwa, szczególnie w życiu gospodarczym, tak by w sposób maksymalny umożliwić realizację inicjatyw jednostek¹.

W określonym stopniu, ta rezygnacja podyktowana jest realizacją zasady subsydiarności – pomocniczości umacniającej uprawnienia obywateli i ich wspólnot. Idzie tu z jednej strony, o proces

¹ Warto odnotować, iż w ostatnim czasie na szczeblu centralnym wyraźnie wzrasta uznanie dla sektora publicznego w gospodarce.

określany mianem decentralizacji administracji, czyli także o przenoszenie uprawnień z administracji rządowej na samorządową, z drugiej strony zaś, o angażowanie podmiotów prywatnych w proces realizacji zadań publicznych, czyli o to co generalnie określamy mianem ich prywatyzacji. Zaspokajanie zbiorowych potrzeb wspólnot należy do zadań jednostek samorządu terytorialnego, w szczególności zaś gminy. Jednostki te wykonują zadania publiczne. Obejmują one zmienną liczebnie i przedmiotowo pulę różnorodnych świadczeń podmiotów władzy publicznej na rzecz obywateli zainteresowanych odbiorem świadczeń wynikających z realizacji owych zadań. Zaniechanie tego typu świadczeń nie spotyka się z aprobatą jednostki².

Ograniczone możliwości finansowe skłaniają wspólnoty samorządowe do angażowania w realizację tych zadań przedsiębiorców zewnętrznych, co określone zostało mieniem partnerstwa publiczno-prywatnego. Partnerstwo może być z jednej strony, rodzajem remedium na permanentny brak środków finansowych przeznaczonych na finansowanie zadań publicznych, z drugiej zaś, obok specjalnych stref ekonomicznych³ także formą aktywizacji mieszkańców, członków wspólnoty i podmiotów zewnętrznych. To angażowanie odbywa się na styku współdziałania majątkowego, co może rodzić obawy o przestrzeganie obowiązujących rozwiązań prawnych w tym zakresie, gdyż wykraczają one poza przepisy formalnie regulujące te formy współpracy.

Zadania publiczne

Wspólna realizacja przedsięwzięcia oparta na podziale zadań i ryzyk pomiędzy podmiotem publicznym i partnerem prywatnym, stanowi, zgodnie z przepisami ustawy z dnia 19 grudnia 2008 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym⁴, istotę partnerstwa publiczno-prywatnego. Podmiotami publicznymi zaangażowanymi w realizację takiego przedsięwzięcia są, obok innych podmiotów, jednostki sektora finansów publicznych w rozumieniu przepisów o finansach publicznych. Przepisy ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych⁵ zaliczają do tej kategorii podmiotów jednostki samorządu terytorialnego oraz ich związki. One bowiem obok uczestnictwa w sprawowaniu władzy publicznej, usytuowane najbliżej obywateli, powinny wykonywać najwięcej zadań zaspokajających ich potrzeby. Te zadania publiczne przypisane do korporacji terytorialnych wypełniają też przesłanki teoretycznej koncepcji osoby prawa publicznego⁶, niestety nie urzeczywistnionej w praktyce. Tym niemniej jednostki samorządu terytorialnego są oczywiście osobami prawnymi w rozumieniu art. 33 kodeksu cywilnego.

Za zadania publiczne zwykło uważać się wynikające z obowiązującego aktualnie porządku prawnego zadania państwa, które wykonuje ono samodzielnie, za pomocą swoich organów (organy administracji rządowej jak i samorządowej) albo przekazuje je na rzecz innych podmiotów administracji publicznej⁷. Zadanie publiczne jawi się więc jako konstrukcja prawna obejmująca obowiązek prawny osiągnięcia lub utrzymania określonego stanu przez wskazany normatywnie podmiot⁸. Wykonywane są one przez organy administracji publicznej dla zaspokojenia potrzeb społecznych

² Por. E. Knosala, R. Stasikowski, Typologia zadań publicznych, (*Szkic z nauki administracji i prawa administracyjnego*) w: Między tradycją a przyszłością w nauce prawa administracyjnego, Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Janowi Bociowi, (red. J. Supernat), Wrocław 2009, s. 337.

³ Ustawa z dnia 20 października 1994 r. o specjalnych strefach ekonomicznych, jednolity tekst Dz. U. z 2015 r. poz. 282.

⁴ Dz. U. 2015 r. poz. 696).

⁵ Dz. U. z 2016 r. poz. 1870.

⁶ Por. W. Miemiec, M. Miemiec, Podmiotowość publicznoprawna gminy, „Samorząd terytorialny” 1991, nr 11–12, S. Fundowicz, Pojęcie osoby prawnej prawa publicznego, „Przegląd Sejmowy” 1999.

⁷ Por. S. Biernat, Prywatyzacja zadań publicznych. Problematyka prawna. Warszawa–Kraków 1994, s. 15, T. Rabska, Prawny mechanizm kierowania gospodarką, Warszawa–Wrocław, Kraków, 1990, s. 105 i n.

⁸ M. Tabernacka, Zakres wykonywania zadań publicznych przez organy samorządów zawodowych, Kolonia Limited 2007, s. 80.

motywowanych interesem publicznym, nigdy prywatnym. Treść i zakres owych zadań podlega nieustannym zmianom powodowanym zarówno przez tzw. czynniki wewnętrzne jak i zewnętrzne.

Wszystkie zadania wykonywane przez jednostki samorządu terytorialnego określane są mianem zadań publicznych. Trybunał Konstytucyjny w swej uchwale z 27 września 1994 r, stwierdził jednoznacznie, iż „wszystkie zadania samorządu terytorialnego mają charakter zadań publicznych w tym znaczeniu, że służą zaspokojeniu potrzeb zbiorowych społeczności czy to lokalnych, w przypadku zadań własnych, czy zorganizowanego w państwo całego społeczeństwa, jak w przypadku zadań zleconych”⁹. Zadania własne podzielić można na zadania o charakterze lokalnym i zadania o charakterze regionalnym. Te pierwsze przypisane zostały gminie i powiatowi. Zadania powiatu określone zostały jako lokalne o charakterze ponadgminnym.

Przepisy art. 163 Konstytucji RP stanowią, iż samorząd terytorialny wykonuje zadania publiczne nie zastrzeżone przez Konstytucję lub ustawy dla organów innych władz publicznych co ustanawia swoistą zasadę domniemania kompetencji samorządu do ich realizacji. Przepisy ustawy z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym stanowią jednoznacznie, iż zaspokajanie zbiorowych potrzeb wspólnoty należy do zadań własnych gminy. Zadania te, określane mianem zadań własnych obejmują sprawy o bardzo różnym charakterze. Wykonanie ich związane jest z koniecznością uruchomienia przez gminę środków finansowych niezbędnych do ich realizacji. Środki finansowe jakimi dysponują gminy niestety nie wystarczają na realizację wszystkich zadań, które gmina powinna realizować, stąd też jedynie niektóre z tych zadań mają charakter zadań obowiązkowych. Realizacja części z nich może być niemożliwa z powodu braku środków. Oczywiście gmina może poszukiwać ich poprzez podwyższenie podatków i opłat lokalnych, które mogłyby przynieść jej ich część. Wszakże działania tego typu mogłyby spotkać się z jednej strony z oczywistym niezadowoleniem jej mieszkańców, z drugiej zaś zmniejszyć atrakcyjność gminy jako podmiotu sprzyjającego różnorodnym inwestycjom mającym niewątpliwie wpływ na rozwój gminy. Stąd też poszukiwania możliwości innych form aktywizacji mieszkańców i podmiotów zewnętrznych.

Zadania publiczne a zadania o charakterze użyteczności publicznej

Przepisy ustawy z 2008 roku nie zawierają definicji partnerstwa publiczno-prywatnego. Zawierały ją przepisy poprzedniej ustawy z dnia 28 lipca 2005 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym¹⁰, stanowiąc w przepisie art. 1, iż partnerstwo publiczno-prywatne, w rozumieniu ustawy, to oparta na umowie o partnerstwie publiczno-prywatnym współpraca podmiotu publicznego i partnera prywatnego, służąca realizacji zadania publicznego, jeżeli odbywa się na zasadach określonych w ustawie. Przepisy ustawy z 2008 roku stanowią natomiast, iż przedmiotem partnerstwa publiczno-prywatnego jest wspólna realizacja przedsięwzięcia oparta na podziale zadań i ryzyk pomiędzy podmiotem publicznym i partnerem prywatnym. Oznacza to, że partnerstwo publiczno-prywatne nie ogranicza się obecnie wyłącznie do realizacji zadań publicznych, a więc formalnie realizowane mogą być przedsięwzięcia mogące wykroczyć poza tę sferę. Wszakże w przypadku jednostek samorządu terytorialnego, partnerstwo związane być powinno z realizacją zadań publicznych, gdyż jednostki te powołane zostały do realizacji tego typu działań. Zadania publiczne obejmują bowiem zmienną liczebnie i przedmiotowo pulę różnorodnych świadczeń podmiotów władzy publicznej na rzecz większych społeczności lub też mniejszych grup obywateli. Kwalifikacja zadań własnych jednostek samorządu terytorialnego jako zadań publicznych wynika przede wszystkim z treści art. 166 Konstytucji RP, stanowiącego, iż „zadania publiczne służące zaspokajaniu potrzeb wspólnoty samorządowej są wykonywane przez jednostkę samorządu tery-

⁹ Uchwała Trybunału Konstytucyjnego z dnia 27 września 1994 r, W 10/93, Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego 1994 cz. II s. 191.

¹⁰ Dz. U. Nr 169, poz. 1420.

torialnego jako zadania własne". Najogólniej mówiąc, zadania publiczne to te zadania, które zostały powierzone państwu i jednostkom samorządu terytorialnego przez obowiązujący porządek prawny¹¹.

Do tradycyjnych celów władzy determinujących przedmiot zadań publicznych zalicza się w doktrynie zapewnienie stabilizacji, gospodarczy i społeczny rozwój, w tym dobrobyt obywateli oraz zachowanie wartości konstytucyjnych¹². Najogólniej mówiąc zadania publiczne są określane jako te, które służą zaspokojeniu zbiorowych potrzeb społecznych¹³, ale także i indywidualnych potrzeb człowieka, wynikających ze współżycia ludzi w różnych społecznościach. To właśnie decyduje w dużej mierze o tym, że zadania te mają charakter niesłychanie dynamiczny¹⁴, co w konsekwencji oznacza, że nie można ustalić jednoznacznie zakresu i przedmiotu tych zadań raz na zawsze. Nadto proces wykonywania ich przez organy administracji publicznej kształtuje funkcje wykonywane przez te organy, przy czym często zdarza się, że pojęcia te używane są zamiennie¹⁵.

Część zadań publicznych jednostek samorządu terytorialnego, polegających na wykonywaniu przez te jednostki zadań własnych, w celu zaspokojenia zbiorowych potrzeb wspólnoty samorządowej określono mianem gospodarki komunalnej. Gospodarka ta zgodnie z przepisem art. 1 ustawy dnia 20 grudnia 1996 r. o gospodarce komunalnej¹⁶ obejmuje w szczególności zadania o charakterze użyteczności publicznej, których celem jest bieżące i nieprzerwane zaspokajanie zbiorowych potrzeb ludności w drodze świadczenia usług powszechnie dostępnych. Oznacza to, iż jednostki samorządu terytorialnego prowadzoną przez siebie działalność gospodarczą koncentrują w szczególności na zadaniach o charakterze użyteczności publicznej, których celem jest bieżące i nieprzerwane zaspokajanie zbiorowych potrzeb ludności w drodze świadczenia usług powszechnie dostępnych. Wszakże jak słusznie zauważono, jedynie część gospodarki komunalnej to zadania o charakterze użyteczności publicznej¹⁷. Pozostałe takiego charakteru nie mają. Samo pojęcie użyteczności publicznej w prawie polskim, pojawiło się w ustawie z 25 września 1981 r. o przedsiębiorstwach państwowych¹⁸. Przepisy ustawy przewidywały istnienie przedsiębiorstw użyteczności publicznej, które miały na celu przede wszystkim bieżące i nieprzerwane zaspokajanie potrzeb ludności¹⁹. Nawet w sytuacji gospodarki planowej ustawodawca stwierdzał, iż organ założycielski ma obowiązek dotowania działalności przedsiębiorstwa użyteczności publicznej, którego działalność jest nierentowna, ale konieczna ze względu na potrzebę zaspokajania potrzeb ludności, co pozwalało sądzić, iż w działalności tego rodzaju cel społeczny ma pierwszeństwo przed celem gospodarczym.

Część zadań publicznych, jak wskazano powyżej realizowanych przez jednostki samorządu terytorialnego wykonywana jest poprzez podejmowanie działalności gospodarczej. Wszakże w przypadku niektórych jednostek samorządu terytorialnego, obowiązuje ograniczenie w podejmowaniu działalności gospodarczej, wyłącznie do sfery określanej mianem użyteczności publicznej. Zaznaczyć wszakże

¹¹ Por. M. Szydło, *Ustawa o gospodarce komunalnej. Komentarz*, Warszawa 2008, s. 39.

¹² Zobacz szerzej, Z. Ziemiński, *Wartości konstytucyjne*, Warszawa 1993.

¹³ Por. St. Kasznica, *Polskie prawo administracyjne*, Poznań 1947, s. 7 i n.

¹⁴ Por. S. Fundowicz, *Dynamiczne rozumienie zadania publicznego* (w) *Między tradycją a przyszłością w nauce prawa administracyjnego*, Księga pamiątkową poświęconą profesorowi Janowi Bociowi, Wrocław 200, s. 155.

¹⁵ Por. T. Skoczny, *O niektórych pojęciach teorii administracji państwowej*, "Organizacja-Metody-Technika" 1985, z. 11–12, s. 3.

¹⁶ Tekst jednolity Dz. U. 2016 r. poz. 573.

¹⁷ Por. C. Banasiński, M. Kulesza, D. Szafrński, *Ustawa o gospodarce komunalnej. Komentarz*, Warszawa 1997, s. 12.

¹⁸ Dz. U., nr 24, poz. 122.

¹⁹ W szczególności przedsiębiorstwa te miały na celu produkcję lub świadczenie usług w zakresie: inżynierii sanitarnej, komunikacji miejskiej, zaopatrzenia ludności w energię elektryczną, gazową i ciepłą, zarządu państwowymi zasobami lokalowymi, zarządu państwowymi terenami zielonymi, usług pogrzebowych i utrzymania urządzeń cmentarnych, usług kulturalnych.

należy, iż podnoszone są głosy kwestionujące zasadność, uznawania działalności gospodarczej w sferze użyteczności publicznej za działalność gospodarczą. Działalność gospodarcza wykraczająca poza tego typu zadania, określana mianem działalności komercyjnej, może być wykonywana wyłącznie w przypadkach określonych w przepisach odpowiednich ustaw i w zakresie w nich określonych.

W aspekcie podmiotowym gospodarka komunalna obejmuje przede wszystkim aktywność jednostek samorządu terytorialnego, gmin, ustawa z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym²⁰, powiatów, ustawa z dnia 5 czerwca 1998 r. o samorządzie powiatowym²¹, oraz województw, ustawa z dnia 5 czerwca 1998 r. o samorządzie województwa²². Wspomnieć w tym miejscu należy, iż do tej kategorii zaliczyć należy także i inne podmioty, np. związki jednostek samorządu terytorialnego, związki powiatów czy związki komunalne.

Nadto przepis art. 3 ustawy o gospodarce komunalnej stanowi, iż jednostki samorządu terytorialnego w drodze umowy mogą powierzać wykonywanie zadań z zakresu gospodarki komunalnej osobom fizycznym, osobom prawnym lub jednostkom organizacyjnym nieposiadającym osobowości prawnej, z uwzględnieniem przepisów ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych, w trybie przepisów ustawy z dnia 19 grudnia 2008 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym, przepisów ustawy z dnia 21 października 2016 r. o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi²³, przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych²⁴ (przepisów ustawy z dnia 24 kwietnia 2003 r. o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie²⁵ i ustawy z dnia 16 grudnia 2010 r. o publicznym transporcie zbiorowym²⁶ albo na zasadach ogólnych.

Partnerstwo formą prywatyzacji wykonania zadań publicznych

To zlecenie wykonania zadań otwiera niezmiernie istotną obecnie problematykę prywatyzacji wykonania zadań publicznych²⁷. Partnerstwo publiczno-prywatne polega na wspólnej realizacji przedsięwzięcia opartej na podziale zadań i ryzyku pomiędzy podmiotem publicznym i partnerem prywatnym. Podmiot prywatny angażuje się w realizację przedsięwzięcia, czyli jak stanowią przepisy ustaw, budowę lub remont obiektu budowlanego, świadczenie usług, wykonanie dzieła, w szczególności wyposażenie składnika majątkowego w urządzenia podwyższające jego wartość lub użyteczność, lub inne świadczenie – połączone z utrzymaniem lub zarządzaniem składnikiem majątkowym, który jest wykorzystywany do realizacji przedsięwzięcia publiczno-prywatnego lub jest z nim związany. Podmiot prywatny przejmuje więc ryzyko ekonomiczne realizacji przedsięwzięcia, które z różnych względów nie może być poniesione i wykonane samodzielnie przez podmiot publiczny. Podstawą realizacji przedsięwzięcia jest umowa. Przez umowę o partnerstwie publiczno-prywatnym, zgodnie z przepisem art. 7 ustawy, partner prywatny zobowiązuje się do realizacji przedsięwzięcia za wynagrodzeniem oraz poniesienia w całości albo w części wydatków na jego realizację lub poniesienia ich przez osobę trzecią, a podmiot publiczny zobowiązuje się do współdziałania w osiągnięciu celu przedsięwzięcia, w szczególności poprzez wniesienie wkładu własnego.

²⁰ Dz. U. z 2016 r. poz. 446.

²¹ Dz. U. z 2015 r. poz. 1445.

²² Dz. U. z 2015 r. poz. 1392.

²³ Dz. U. 2016 r. poz. 1920.

²⁴ Dz. U. z 2015 r. poz. 2164.

²⁵ Dz. U. z 2016 r. poz. 239 ze zm.

²⁶ Dz. U. z 2015 r. poz. 1440 ze zm.

²⁷ Zobacz na ten temat T. Kocowski, Prywatyzacja zarządzania majątkiem publicznym, prywatyzacja majątkowa, prywatyzacja zadań publicznych i prywatyzacja wykonania zadań publicznych, (w:) Prawne aspekty prywatyzacji, (red. J. Blicharz) Wrocław 2012 s. 37–59.

Przepisy ustawy przewidują określoną procedurę wyboru partnera prywatnego. Zgodnie z przepisem art. 4 ustawy, jeżeli wynagrodzeniem partnera prywatnego jest prawo do pobierania pożytków z przedmiotu partnerstwa publiczno-prywatnego, albo przede wszystkim to prawo wraz z zapłatą sumy pieniężnej, do wyboru partnera prywatnego i umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym stosuje się przepisy ustawy z dnia 21 października 2016 r. o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi. W przypadkach innych, do wyboru partnera prywatnego i umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym stosuje się przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych. Zaś w przypadkach, w których nie mają zastosowania wspomniane ustawy wyboru partnera prywatnego dokonuje się w sposób gwarantujący zachowanie uczciwej i wolnej konkurencji oraz przestrzeganie zasad równego traktowania, przejrzystości i proporcjonalności, przy odpowiednim uwzględnieniu przepisów ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym, a w przypadku wniesienia przez partnera publicznego wkładu własnego będącego nieruchomością, także przepisów ustawy z dnia 21 sierpnia 1997 r. o gospodarce nieruchomościami²⁸. Partnerem prywatnym w realizacji przedsięwzięcia zostaje podmiot, który przedstawi najkorzystniejszą ofertę czyli taką, która przedstawia najkorzystniejszy bilans wynagrodzenia i innych kryteriów odnoszących się do przedsięwzięcia.

Realizacja przedsięwzięcia dokonywana będzie przeważnie przez podmiot prywatny w większości sytuacji posiadający status przedsiębiorcy. Zadanie publiczne wykonywał więc będzie przedsiębiorca, a nie podmiot publiczny (w większości przypadków podmiot administracji publicznej), zobowiązany do działania „na podstawie i w granicach prawa”. Zasada ta nie obowiązuje formalnie przedsiębiorców działających w ramach zasady „co nie jest zabronione, to jest dozwolone”, a więc odmiennie kształtujących sytuację tych podmiotów. Wszakże przejście przez nich wykonywania zadań publicznych sprawia, że przy realizowaniu zadań publicznych, w ich zakresie, podmiot niepubliczny musi kierować się zasadami właściwymi dla działania administracji publicznej.

Zakres udziału jednostek samorządu terytorialnego w partnerstwie

Brak precyzyjnego określenia zapisu określającego partnerstwo w sposób przyjęty w poprzedniej ustawie nie oznacza, iż jednostki samorządu terytorialnego mogą realizować partnerstwo w sposób dowolny. Partnerstwo to prywatyzacja wykonania zadania publicznego co oznacza, iż jednostki te mogą prywatyzować wykonywanie jedynie tych zadań, które mieszczą się w zakresie ich działalności. W przypadku działalności gospodarczej, a niewątpliwie przede wszystkim tej sfery aktywności samorządów dotyczyć będzie partnerstwo publiczno-prywatne sytuacja nie jest jednolita. Zarówno gmina jak i województwo mogą swą działalnością wykraczać poza aktywność określaną mianem działalności o charakterze użyteczności publicznej. Gmina oraz inna gminna osoba prawna może prowadzić działalność gospodarczą wykraczającą poza zadania o charakterze użyteczności publicznej wyłącznie w przypadkach określonych w ustawie o gospodarce komunalnej. Przepisy art. 10 wspomnianej ustawy stanowią, iż poza sferą użyteczności publicznej gmina może tworzyć spółki prawa handlowego i przystępować do nich, jeżeli łącznie zostaną spełnione następujące warunki: 1) istnieją niezaspokojone potrzeby wspólnoty samorządowej na rynku lokalnym; 2) występujące w gminie bezrobocie w znacznym stopniu wpływa ujemnie na poziom życia wspólnoty samorządowej, a zastosowanie innych działań i wynikających z obowiązujących przepisów środków prawnych nie doprowadziło do aktywizacji gospodarczej, a w szczególności do znacznego ożywienia rynku lokalnego lub trwałego ograniczenia bezrobocia. Nadto wówczas, jeżeli zbycie składnika mienia komunalnego mogącego stanowić wkład niepieniężny gminy do spółki albo też rozporządzenie nim w inny sposób spowoduje dla gminy poważną stratę majątkową.

²⁸ Dz. U. z 2014 r. poz. 518.

Te sformułowania zawarte w przepisach ustawy o gospodarce komunalnej nie oznaczają, iż gmina czy każda inna komunalna osoba prawna ma pełną swobodę w prowadzeniu działalności gospodarczej wykraczające poza zadania o charakterze użyteczności publicznej. Może ona prowadzić tę działalność jedynie w zakresie określonej w ustawie²⁹. Ograniczenia dotyczące tworzenia spółek prawa handlowego i przystępowania przez gminę do nich, nie mają zastosowania do posiadania przez gminę akcji lub udziałów spółek zajmujących się czynnościami bankowymi, ubezpieczeniowymi oraz działalnością doradczą, promocyjną, edukacyjną i wydawniczą na rzecz samorządu terytorialnego, a także innych spółek ważnych dla rozwoju gminy, w tym klubów sportowych działających w formie spółki kapitałowej.

Województwo, poza sferą użyteczności publicznej, może tworzyć spółki prawa handlowego na zasadach i w formach określonych w samorządzie województwa. Przepisy tej ustawy stanowią, iż poza sferą użyteczności publicznej województwo może tworzyć spółki z ograniczoną odpowiedzialnością i spółki akcyjne oraz przystępować do nich, jeżeli działalność spółek polega na wykonywaniu czynności promocyjnych, edukacyjnych i wydawniczych służących rozwojowi województwa.

Nieco inaczej wygląda sytuacja powiatu. Co prawda zgodnie z przepisami art. 6 ustawy o samorządzie powiatu, może on w celu wykonywania zadań tworzyć jednostki organizacyjne i zawierać umowy z innymi podmiotami. Wszakże powiat nie może prowadzić działalności gospodarczej wykraczającej poza zadania o charakterze użyteczności publicznej. Oznacza to, że w przypadku tej jednostki samorządu terytorialnego ograniczenia są jak najdalej idące.

Organy jednostek samorządu terytorialnego a partnerstwo

Istotą partnerstwa publiczno-prywatnego jest umowa. To właśnie w zawartej umowie partner prywatny zobowiązuje się do realizacji przedsięwzięcia za wynagrodzeniem oraz poniesienia w całości albo w części wydatków na jego realizację lub poniesienia ich przez osobę trzecią, a podmiot publiczny zobowiązuje się do współdziałania w osiągnięciu celu przedsięwzięcia, w szczególności poprzez wniesienie wkładu własnego. Niekiedy umowa ta może przewidywać, że w celu jej wykonania podmiot publiczny i partner prywatny zawiążą spółkę kapitałową, spółkę komandytową lub komandytowo-akcyjną.

Niewątpliwie znaczącą rolę w partnerstwie, wśród jednostek samorządu terytorialnego odgrywać będzie gmina, która wykonuje zadania publiczne w imieniu własnym i na własną odpowiedzialność. Gmina posiada osobowość prawną. Samodzielność gminy podlega ochronie sądowej, a jej organami są: rada gminy, oraz wójt (burmistrz, prezydent miasta). Wójt jest organem wykonawczym gminy. Wykonuje on uchwały rady gminy i zadania gminy określone przepisami prawa. Kieruje bieżącymi sprawami gminy, gospodaruje mieniem komunalnym oraz reprezentuje ją na zewnątrz. Rada gminy, obok innych przewidzianych ustawami spraw podejmuje uchwały w sprawach majątkowych gminy, przekraczających zakres zwykłego zarządu. Oznacza to konieczność współdziałania tych organów w sprawach majątkowych, czyli także w sprawach partnerstwa publiczno-prywatnego. Przepisy ustawy gminnej nakładają na osoby uczestniczące w zarządzaniu mieniem komunalnym obowiązek zachowania szczególnej staranności przy wykonywaniu zarządu tym mieniem i jego ochrony.

Zgodnie z art. 46 ust. 1 ustawy gminnej oświadczenie woli w imieniu gminy w zakresie zarządu mieniem składa jednoosobowo wójt albo działający na podstawie jego upoważnienia zastępca wójta samodzielnie albo wraz z inną upoważnioną przez wójta osobą. Jeżeli czynność prawna może spowodować powstanie zobowiązań pieniężnych, do jej skuteczności potrzebna jest kontrasygnata

²⁹ Zobacz szerzej, M. Szydło, Ustawa o gospodarce komunalnej. Komentarz, Warszawa 2008, s. 388 i n.

skarbnika gminy (głównego księgowego budżetu) lub osoby przez niego upoważnionej. Skarbnik gminy (główny księgowy budżetu), który odmówił kontrasygnaty, dokona jej jednak na pisemne polecenie zwierzchnika, powiadamiając o tym radę gminy oraz regionalną izbę obrachunkową.

Podstawą realizacji przedsięwzięcia określanego mianem partnerstwa jest umowa. Umowa w administracji legitymować się musi, podobnie jak akt administracyjny indywidualny, odpowiednią podstawą prawną, mieścić się w określonych kompetencjach organu upoważnionego do jej zawarcia, a jej przedmiotem powinny być sprawy z zakresu administracji publicznej.³⁰ Umowa w działaniach administracji publicznej zaliczana jest do tzw. niewładczych form jej działania. Oznacza to, iż organy te w tej sytuacji występują przede wszystkim jako organy osoby prawnej, która będzie podmiotem zawartego stosunku cywilnoprawnego. Jednostki samorządu terytorialnego posiadają osobowość prawną. Organy tych jednostek w partnerstwie publiczno-prywatnym występować będą jako organy tych osób prawnych.

Wszakże organy tych osób prawnych poddane będą także określonej reglamentacji, która będzie miała określony wpływ na możliwość podejmowania konkretnych działań związanych z partnerstwem. Tak więc przepisy art. 242 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych³¹ stanowią, iż organ stanowiący jednostki samorządu terytorialnego nie może uchwalić budżetu, w którym planowane wydatki bieżące są wyższe niż planowane dochody bieżące powiększone o nadwyżkę budżetową z lat ubiegłych i wolne środki. Te ograniczenia mają wpływ na działania samorządów terytorialnych, które niekiedy angażują w procesy partnerstwa „swoje” spółki kapitałowe, co pozwala formalnie obejść ograniczenia³².

Zakończenie

Prywatyzacja wykonania zadań publicznych dokonywana jest także w ramach partnerstwa publiczno-prywatnego. Powierzenie wykonania zadania publicznego partnerowi prywatnemu wymaga po stronie jednostki samorządu terytorialnego uwzględnienia przepisów prawnych wyraźnie wskazujących, która jednostka i jakie zadania realizować może w ramach partnerstwa, gdyż przepisy prawa zawierają w tej mierze określone wymagania.

Zlecenie wykonania zadań obok konieczności zastosowania odpowiedniej procedury wyboru partnera, wymaga współdziałania organów jednostki samorządu terytorialnego. Jednostka samorządu terytorialnego, jako osoba prawna działa bowiem poprzez swoje organy, które działają zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa. Organy te odpowiedzialne są za sytuację finansową jednostki, która może uniemożliwić udział jej w realizacji zadania w formie partnerstwo, także w przypadku, gdy jego realizacja byłaby niezmiernie istotna z punktu widzenia danej jednostki. To powoduje, iż podmiotami partnerstwa stają się gminne jednostki organizacyjne posiadające osobowość prawną.

Powierzenie przez podmiot publiczny realizacji danego zadania partnerowi prywatnemu w drodze partnerstwa publiczno-prywatnego, nie zwalnia go z odpowiedzialności za należyta jego realizację. Nie jest bowiem możliwe, w drodze umownej skuteczne przeniesienie takiej odpowiedzialności. Tym samym instrument realizacji wykonywania zadania publicznego powinien mu umożliwiać podejmowanie skutecznych działań zapewniających mu wpływ na tryb jego wykonywania, w stopniu adekwatnym do ponoszonej odpowiedzialności. Taką skuteczność zapewniają władcze formy działania administracji. Umowa do takich nie należy.

³⁰ Por. J. Boć (red) Prawo administracyjne, Kolonia Limited 2010, s. 251.

³¹ Dz. U. z 2016 r. poz. 1870,

³² W stolicy Dolnego Śląska, obok Hali Stulecia, powstał ogromny parking podziemny, zbudowany w ramach partnerstwa publiczno-prywatnego. Wykonawca, w tym wypadku Budimex, otrzymał koncesję na budowę i eksploatację nie od miasta, ale od miejskiej spółki, która zarządza Halą Stulecia. Umowa między koncesjonariuszem i koncesjodawcą to w przypadku tego projektu 150 stron.

PRAKTYCZNE WYKORZYSTANIE PRZEZ SEKTOR PUBLICZNY ROZWIĄZAŃ W ZAKRESIE EFEKTYWNOŚCI ENERGETYCZNEJ W ZAMÓWIENIACH PUBLICZNYCH

Ewa Kossak, Główny Specjalista, Ministerstwo Energii

Abstrakt

Kwestia poprawy efektywności energetycznej stała się w ostatnich latach jednym ze strategicznych priorytetów polityki energetycznej Unii Europejskiej. Ważną rolę w dziedzinie poprawy efektywności energetycznej mają do spełnienia jednostki sektora finansów publicznych. Zarządzanie energią w sektorze publicznym jest bowiem istotne nie tylko z punktu widzenia potrzeby racjonalizacji wydatków publicznych związanych ze zużyciem energii, lecz także ze względu na możliwość oddziaływania sektora publicznego na społeczeństwo w zakresie kreowania wzorców zachowań dotyczących oszczędnego gospodarowania energią i zastosowania na szerszą skalę energooszczędnych technologii. Istotnym narzędziem pozostającym do dyspozycji jednostek sektora publicznego, poprzez które mogą wpływać na zmniejszenie zużycia energii, są zamówienia publiczne.

W niniejszym artykule przedstawiono zadania sektora publicznego w obszarze efektywności energetycznej, w tym w zakresie uwzględniania kryterium efektywności energetycznej w zamówieniach publicznych, jak również przykłady dobrych praktyk. W odniesieniu do dobrych praktyk, analizie poddane zostały zastosowane rozwiązania w zakresie poprawy efektywności energetycznej oraz podejścia w zakresie zagwarantowania efektu energetycznego. Podniesiona została także kwestia finansowania inwestycji energooszczędnych.

Abstract

Improving energy efficiency has become one of the strategic priorities of EU energy policy in recent years. Public sector entities are playing an important role in the field of energy efficiency improvement. Energy management in the public sector is important not only from the point of view of the need to rationalize public expenditure related to energy consumption, but also because of the potential to influence the public in shaping patterns of behavior and applied technologies for rational energy management.

An important tool available to public sector entities through which they can contribute to reducing energy consumption is public procurement. This article outlines the public sector tasks in energy efficiency, including the ways (or related information) to take into account the energy efficiency criterion in public procurement, as well as examples of good practice. With regard to good practices, energy efficiency improvement solutions and individual approaches to guarantee energy efficiency performance have been analyzed. The issue of how to finance energy saving investments has also been raised.

Wprowadzenie

Kwestia poprawy efektywności energetycznej stała się w ostatnich latach jednym z priorytetów polityki energetycznej Unii Europejskiej (UE).

W dniu 30 listopada 2016 r. Komisja Europejska opublikowała pakiet legislacyjny pt. *Czysta energia dla wszystkich Europejczyków*. W pakiecie tym znalazły się także projekty zmian dyrektyw Parlamentu Europejskiego i Rady dotyczących efektywności energetycznej. Zaproponowane przez Komisję Europejską zmiany legislacyjne dotyczą m.in. podwyższenia dotychczasowego celu dla UE na rok 2030 w zakresie zmniejszenia zużycia energii pierwotnej z 27% do 30%, zmianę jego charakteru z indykatywnego na obligatoryjny, a także przedłużenia do 2030 r. funkcjonowania wprowadzonych wcześniej mechanizmów wsparcia efektywności energetycznej¹. Obecnie trwają negocjacje w Radzie UE nad tymi dokumentami.

Ważną rolę w dziedzinie poprawy efektywności energetycznej mają do spełnienia jednostki sektora finansów publicznych. Zarządzanie energią w sektorze publicznym jest bowiem istotne nie tylko z punktu widzenia potrzeby racjonalizacji wydatków publicznych związanych ze zużyciem energii, lecz także ze względu na możliwość oddziaływania sektora publicznego na społeczeństwo w zakresie kreowania wzorców zachowań dotyczących oszczędnego gospodarowania energią. Dzięki temu sektor publiczny może pobudzać rozwój gospodarki w kierunku efektywnych energetycznie produktów, budynków i usług.

Jednostki sektora publicznego mogą uzyskać oszczędności energii w wielu obszarach. Największy potencjał do poprawy efektywności energetycznej istnieje w sektorze budownictwa. W budynkach administracji publicznej najwięcej energii zużywane jest na ogrzewanie pomieszczeń – 76,1%, przygotowanie ciepłej wody użytkowej – 4,5%, oświetlenie i urządzenia elektryczne/elektroniczne – 19,5%². Ważny obszar z punktu widzenia możliwości poprawy efektywności energetycznej stanowi także oświetlenie uliczne i transport.

Istotnym narzędziem pozostającym do dyspozycji jednostek sektora publicznego, poprzez które mogą wpływać na zmniejszenie zużycia energii w ww. obszarach, są zamówienia publiczne. Europejskie organy władzy publicznej wydają rocznie ponad 1,8 biliona euro na towary i usługi, co stanowi 14% PKB UE³. Ukierunkowanie zatem tej siły nabywczej na zakup bardziej efektywnych energetycznie produktów i usług może w znaczący sposób przyczynić się do realizacji celów w zakresie efektywności energetycznej.

Zadania sektora publicznego w zakresie efektywności energetycznej

Jednym z najważniejszych aktów prawnych regulujących kwestię efektywności energetycznej jest ustawa z dnia 20 maja 2016 r. o efektywności energetycznej (Dz. U. 2016 r., poz. 831). Ustawa zobowiązuje organy władzy publicznej do podejmowania działań na rzecz poprawy charakterystyki energetycznej budynków, wskazując jednocześnie jakiego rodzaju zadania w tym zakresie powinny być realizowane przez te podmioty. W wyniku podjętych działań na rzecz charakterystyki energetycznej budynków oszczędność energii pierwotnej do dnia 31 grudnia 2020 r. powinna wynosić nie mniej niż 2730 ton oleju ekwiwalentnego.

Ustawa odnosi się również do kwestii uwzględniania efektywności energetycznej w zamówieniach publicznych. Na organy władzy publicznej został nałożony obowiązek w zakresie nabywania produktów, usług i budynków o bardzo dobrej charakterystyce energetycznej w przypadku przeprowadzania tzw. unijnych zamówień, tj. zamówień, których kwota wartości jest równa lub

¹ <https://ec.europa.eu/energy/en/news/commission-proposes-new-rules-consumer-centred-clean-energy-transition>.

² Centrum Badań i Edukacji Statystycznej GUS, *Badanie efektywności energetycznej budynków administracji publicznej (rządowej i samorządowej) za lata 2007–2013*, Warszawa 2015, s. 129.

³ Komisja Europejska, *Ekologiczne zakupy. Podręcznik dotyczący zamówień publicznych*, Luksemburg 2016, s. 5.

wyższa niż kwota określona w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2015 r. poz. 2164 z późn. zm.). Ust. 4 art. 8 ustawy o efektywności energetycznej stanowi, iż w przypadku takich zamówień nabywane przez organy władzy publicznej produkty lub usługi muszą spełniać:

1. kryterium zaliczania do najwyższej klasy efektywności energetycznej, jaka jest możliwa do osiągnięcia – w przypadku produktów wykorzystujących energię, określonych w aktach delegowanych w rozumieniu art. 2 ust. 1 ustawy z dnia 14 września 2012 r. o informowaniu o zużyciu energii przez produkty wykorzystujące energię oraz o kontroli realizacji programu znakowania urządzeń biurowych (Dz. U. poz. 1203, z 2015 r. poz. 1069 oraz z 2016 r. poz. 266 i 542),
2. wymagania w zakresie poziomów referencyjnych efektywności energetycznej określonych w aktach delegowanych, o których mowa w pkt 1 – w przypadku, gdy produkt nie jest objęty wymaganiami określonymi w pkt 1 i wchodzi w zakres rozporządzeń Komisji UE w sprawie wykonania dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/125/WE z dnia 21 października 2009 r. ustanawiającej ogólne zasady ustalania wymogów dotyczących ekoprojektu dla produktów związanych z energią (Dz. Urz. UE L 285 z 31.10.2009, str. 10, z późn. zm.),
3. wymogi efektywności energetycznej odpowiadające co najmniej wymaganiom wymienionym w umowie między rządem Stanów Zjednoczonych Ameryki a Unią Europejską w sprawie koordynacji programów znakowania efektywności energetycznej urządzeń biurowych (Dz. Urz. UE L 63 z 06.03.2013, str. 7) – w przypadku urządzeń biurowych wymienionych w tej umowie,
4. kryterium posiadania najwyższej klasy efektywności paliwowej określonej w załączniku nr 1 do rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 1222/2009 z dnia 25 listopada 2009 r. w sprawie etykietowania opon pod kątem efektywności paliwowej i innych zasadniczych parametrów (Dz. Urz. UE L 342 z 22.12.2009, str. 46, z późn. zm.) – w przypadku opon,

pod warunkiem, że zostanie zachowana zgodność z kryteriami opłacalności i technicznej przydatności oraz będzie to ekonomicznie uzasadnione⁴.

Obowiązek uwzględniania kryterium efektywności energetycznej został zawężony do tzw. unijnych zamówień publicznych i skierowany jedynie do organów władzy publicznej. Mając na względzie, iż przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych umożliwiają uwzględnianie kwestii efektywności energetycznej w procedurze udzielania zamówienia publicznego, pożądanym byłoby jednak, aby kryterium to stosowane było w szerszym zakresie przez cały sektor publiczny. Tym bardziej, iż ustawa o efektywności energetycznej zobowiązała wszystkie jednostki sektora publicznego do podejmowania środków poprawy efektywności energetycznej, które w sposób pośredni odnoszą się także do kwestii stosowania kryterium efektywności energetycznej w zamówieniach publicznych. Zgodnie z art. 6. ust. 1 tej ustawy, jednostka sektora publicznego realizuje swoje zadania, stosując co najmniej jeden ze środków poprawy efektywności energetycznej, którymi są:

1. realizacja i finansowanie przedsięwzięcia służącego poprawie efektywności energetycznej;
2. nabycie urządzenia, instalacji lub pojazdu, charakteryzujących się niskim zużyciem energii oraz niskimi kosztami eksploatacji, wymiana eksploatowanego urządzenia, instalacji lub pojazdu na bardziej efektywne energetycznie lub ich modernizacja;

⁴ Ustawa o efektywności energetycznej z dnia 20 maja 2016 r. (Dz. U. poz. 831), art. 8.

3. realizacja przedsięwzięcia termomodernizacyjnego w rozumieniu ustawy z dnia 21 listopada 2008 r. o wspieraniu termomodernizacji i remontów (Dz. U. z 2014 r. poz. 712 oraz z 2016 r. poz. 615);
4. wdrażanie systemu zarządzania środowiskowego, o którym mowa w art. 2 pkt 13 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 1221/2009 z dnia 25 listopada 2009 r. w sprawie dobrowolnego udziału organizacji w systemie ek zarządzania i audytu we Wspólnocie (EMAS), uchylającego rozporządzenie (WE) nr 761/2001 oraz decyzje Komisji 2001/681/WE i 2006/193/WE (Dz. Urz. UE L 342 z 22.12.2009, str. 1, z późn. zm.), potwierdzone uzyskaniem wpisu do rejestru EMAS, o którym mowa w art. 5 ust. 1 ustawy z dnia 15 lipca 2011 r. o krajowym systemie ek zarządzania i audytu (EMAS) (Dz. U. poz. 1060)⁵.

Jak wynika z obwieszczenia Ministra Rozwoju dotyczącego raportu z realizacji krajowego celu w zakresie oszczędnego gospodarowania energią oraz krajowego planu działań dotyczącego efektywności energetycznej, najczęściej stosowanym do tej pory środkiem poprawy efektywności energetycznej przez ministerstwa, ich jednostki podległe i nadzorowane oraz urzędy wojewódzkie było nabycie nowego urządzenia, instalacji lub pojazdu, charakteryzującego się niskim zużyciem energii oraz niskimi kosztami eksploatacji. Jednostka sektora publicznego nie musi jednak wykazywać konkretnej wielkości oszczędności energii, jaką osiągnęła w wyniku zastosowania danego środka. Zatem w praktyce środki te i kryterium efektywności energetycznej przy wyborze dostawców, usługodawców i kontrahentów stosowane są w dość ograniczonym zakresie⁶.

Obowiązki sektora publicznego w zakresie efektywności energetycznej nakłada również dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2010/31/UE w sprawie charakterystyki energetycznej budynków. W szczególności art. 9 ust. 1 dyrektywy zobowiązuje Państwa Członkowskie do zapewnienia, aby po dniu 31 grudnia 2018 r. nowe budynki zajmowane przez władze publiczne oraz będące ich własnością były budynkami o niemal zerowym zużyciu energii⁷. Wymóg ten znalazł także odzwierciedlenie w Uchwale nr 91 Rady Ministrów z dnia 22 czerwca 2015 r. w sprawie przyjęcia „Krajowego planu mającego na celu zwiększenie liczby budynków o niskim zużyciu energii”.

Realizacja środków poprawy efektywności energetycznej przez sektor publiczny

Ciekawym przykładem wychodzącym naprzeciw regulacjom unijnym w zakresie promowania budownictwa o niskim zużyciu energii jest budowa i eksploatacja, zasobooszczędnej siedziby Wojewódzkiego Funduszu Ochrony Środowiska i Gospodarki Wodnej (WFOŚiGW) w Gdańsku.

Założeniem budowy nowej siedziby WFOŚiGW w Gdańsku było stworzenie modelowego budynku użyteczności publicznej. Projekt realizowany był w latach 2012–2015. Pozwolenie na użytkowanie budynku otrzymano w dniu 4 grudnia 2015 r. Zagadnienia związane z efektywnością energetyczną planowanej inwestycji były uwzględniane już na etapie opracowywania koncepcji architektonicznej. Koncepcja ta została wyłoniona w ramach konkursu zorganizowanego przez WFOŚiGW. W regulaminie konkursu określono w szczególności, iż koncepcja architektoniczna powinna uwzględniać rozwiązania technologiczne umożliwiające wyposażenie obiektu w urządzenia do pozyskiwania energii ze źródeł odnawialnych, energooszczędność, zastosowanie

⁵ Ustawa z dnia 20 maja 2016 r. o efektywności energetycznej (Dz. U. poz. 831) art. 6.

⁶ Obwieszczenie Ministra Rozwoju z dnia 16 grudnia 2015 r. w sprawie raportu zawierającego w szczególności informacje dotyczące realizacji krajowego celu w zakresie oszczędnego gospodarowania energią oraz krajowego planu działań dotyczącego efektywności energetycznej w 2012 r. i w 2013 r., wraz z oceną i wnioskami z ich realizacji (MP. 2016, poz. 96), s. 18.

⁷ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2010/31/UE z dnia 19 maja 2010 r. w sprawie charakterystyki energetycznej budynków (Dz. Urz. UE z 2012 r. L 153, s.13), art. 9.

nowych technologii poprawiających jakość użytkowania oraz ekonomikę eksploatacji budynku, a w szczególności niskie zapotrzebowanie na energię do ogrzewania budynku oraz minimalne zużycie energii nieodnawialnej. Projekt budowlany był wielokrotnie weryfikowany i dostosowany do możliwie najwyższych standardów efektywności energetycznej. Szczegółowe wymagania w zakresie efektywności energetycznej zostały następnie ujęte w Opisie Przedmiotu Zamówienia w postępowaniu o udzielenie zamówienia na roboty budowlane, przeprowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego. Kryteriami oceny oferty była cena oraz termin wykonania zamówienia (cena stanowiła 80%, termin wykonania zamówienia 20%)⁸.

Zaprojektowane i zastosowane rozwiązania w zakresie OZE i efektywności energetycznej w nowej siedzibie Funduszu to:

1. produkcja energii odnawialnej na potrzeby własne – panele fotowoltaiczne pokrywają całą przeszkloną elewację południową budynku, jak również część dachu oraz świetlik dachowy na powierzchniach zwróconych w kierunku południowym. Łączna moc zainstalowana to blisko 40 kW;
2. optymalizacja systemów budynku i redukcja zużycia zasobów – wszystkie systemy budynku (wentylacja, ogrzewanie, oświetlenie) zostały opomiarowane i podłączone do centralnego systemu BMS (Building Management System), który pozwala na wprowadzenie wymaganych nastaw i schematów ogrzewania, wentylacji i oświetlenia. Zastosowano oświetlenie LED, tj. w częściach wspólnych centralnie sterowane, natomiast w pomieszczeniach rzadziej używanych zastosowano czujniki ruchu. Parametry izolacji termicznych ścian, dachu oraz posadzek znacznie przewyższają wymagania obowiązujących norm.

W efekcie, nowy budynek charakteryzuje wskaźnik zapotrzebowania na energię pierwotną (EP) wynoszący 28 kWh/m² na rok, co oznacza ograniczenie zużycia energii pierwotnej aż o 75% względem budynku referencyjnego. Koszt inwestycji wyniósł 6,8 mln zł i był finansowany ze środków własnych WFOŚiGW⁹.

Z doświadczeń WFOŚiGW przy realizacji tej inwestycji wynika, iż niecelowe było zastosowanie kryterium terminu wykonania jako dodatkowego kryterium oceny oferty. Realizacja tak skomplikowanej inwestycji wymaga bowiem niezbędnych czasów technologicznych, a ich skracanie odbija się na staranności wykonania i jakości prac. Konsekwencją są liczne usterki, problemy z uruchomieniem oraz utrzymaniem stabilnej i prawidłowej pracy poszczególnych urządzeń, wysokie koszty eksploatacji w pierwszym roku użytkowania (tj. wysokie koszty utrzymania komfortu cieplnego z uwagi na dużą wilgotność ścian itp.). W celu zagwarantowania efektu energetycznego istotną kwestią jest także zapewnienie przez zamawiającego precyzyjnego opisu wymagań dotyczących planowanych do zastosowania rozwiązań i materiałów. Wskazane jest także zawarcie w dokumentacji przetargowej na wyłonienie wykonawcy obowiązku wykonania badania termowizyjnego i badania szczelności budynku przed dokonaniem ostatecznych odbiorów¹⁰.

W celu ograniczenia negatywnego wpływu zamawianych produktów/usług na środowisko oraz upowszechnienia technologii środowiskowych WFOŚiGW wprowadził do swojego regulaminu udzielania zamówień publicznych wymóg uwzględniania kryteriów i/lub wymagań ekologicznych. W ramach wdrażania systemu EMAS ustanowiony został także cel środowiskowy pod nazwą Zmniejszenie oddziaływania na środowisko poprzez stosowanie „Zielonych Zamówień” polega-

⁸ Wojewódzki Fundusz Ochrony Środowiska i Gospodarki Wodnej w Gdańsku, *Zielone zamówienia publiczne w WFOŚiGW w Gdańsku*, Gdańsk 2017, s. 1–2.

⁹ Ibidem.

¹⁰ Op. cit., s. 3.

jący na zwiększeniu udziału postępowań, w których zastosowano środowiskowe kryteria kwalifikacji zamawianych wyrobów i usług. Zgodnie z deklaracją środowiskową WFOŚiGW za 2015 rok w 46% udzielonych przez Fundusz zamówieniach zastosowano kryteria środowiskowe. Wymogi efektywności energetycznej stosowane są w szczególności przy zakupie komputerów (tj. wymóg spełnienia normy Energy Star 5.0) czy też sprzętu audiowizualnego (tj. wymóg minimalnej klasy efektywności energetycznej A). Ponadto, wszyscy beneficjenci Funduszu zobowiązani są do stosowania kryteriów środowiskowych przy zamówieniach udzielanych ze środków Funduszu, co przy liczbie 389 zawartych w 2015 r. umów o dofinansowanie stanowi istotne oddziaływanie na rynek zamówień publicznych w województwie pomorskim¹¹.

W odniesieniu do kwestii poprawy efektywności energetycznej istniejących budynków dobrym przykładem jest zrealizowany w 2013 r. projekt pn.: „Zarządzanie energią w budynkach użyteczności publicznej Warszawskiego Uniwersytetu Medycznego (WUM)”. Całkowity koszt projektu wyniósł 5 733 902 zł. Projekt uzyskał dofinansowanie z Narodowego Funduszu Ochrony Środowiska i Gospodarki Wodnej w ramach Systemu Zielonych Inwestycji w wysokości 50% kosztów kwalifikowanych, tj. 2 787 600 zł. Przedsięwzięcie obejmowało przeprowadzenie prac termomodernizacyjnych w czterech budynkach WUM, takich jak m.in.: ocieplenie dachu, ścian zewnętrznych, remont generalny systemu ciepłowniczego, wymianę stolarki drzwiowej, okiennej, modernizację systemu CO, systemu wentylacji mechanicznej budynku oraz wdrożenie kompleksowego systemu zarządzania energią. Postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w celu realizacji projektu zostały przeprowadzone w trybie przetargów nieograniczonych. Kryteria w zakresie efektywności energetycznej zostały uwzględnione w opisie przedmiotu zamówienia. Cena stanowiła jedyne kryterium wyboru wykonawcy. Ostatni etap realizacji projektu, tj. „Zaprojektowanie, wykonanie i uruchomienie Systemu Zarządzania Energią w obiektach Warszawskiego Uniwersytetu Medycznego z możliwością rozbudowy oraz osiągnięcie i utrzymanie efektu energetycznego w latach 2014–2018 r.” został przeprowadzony w 2013 r. Wykonawca został zobowiązany także do pełnienia nadzoru nad systemem w okresie od dnia jego uruchomienia do dnia 31 grudnia 2018 r., zapewniając utrzymanie efektu energetycznego. W ramach tego nadzoru wykonawca wykonuje wszystkie czynności mające wpływ na optymalizację zużycia energii, w szczególności w zakresie utrzymania temperatury, krzywej grzania, czasu pracy instalacji i urządzeń zarządzanych z poziomu systemu, gwarantując osiągnięcie oszczędności energii. Metody obliczania oszczędności energii, jakie wykonawca powinien zapewnić zostały opracowane przez ekspertów z zakresu energetyki zatrudnionych w WUM i stanowiły one załącznik do wzoru umowy. Po zrealizowaniu projektu osiągnięte coroczne ograniczenie zużycia energii wynosi ponad 10500 GJ/rok, co stanowi ponad 50% ograniczenie zużycia energii. Cztery rok, bez żadnych problemów, udaje się utrzymywać gwarantowane oszczędności energii. W związku z pozytywnymi doświadczeniami przy realizacji tego projektu WUM planuje kompleksową termomodernizację kolejnego obiektu uczelni, która będzie dofinansowana ze środków Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko (POIS) 2014–2020¹².

Środki z programów Narodowego Funduszu Ochrony Środowiska i Gospodarki Wodnej czy też z Regionalnych Programów Operacyjnych stanowią ważne źródło dofinansowania projektów w zakresie efektywności energetycznej realizowanych w sektorze publicznym. Oprócz wsparcia finansowego oferowanego z programu POIS 2014–2020 jednostkom sektora publicznego oferowane są także bezpłatne usługi doradcze w zakresie wsparcia w przygotowaniu i wdrażaniu inwestycji w zakresie efektywności energetycznej w ramach „Ogólnopolskiego systemu wsparcia doradczego dla sektora publicznego, mieszkaniowego oraz przedsiębiorstw w zakresie efektywności energetycznej i OZE”. Kwestia finansowania inwestycji energooszczędnych stanowi jednak wciąż duży problem dla jednostek sektora publicznego.

¹¹ Op. cit., s. 4–5.

¹² Warszawski Uniwersytet Medyczny, *Informacja dla Ministerstwa Energii*, Warszawa 2017, s. 1–3.

Dobrym rozwiązaniem w tej sytuacji wydaje się być także nawiązanie współpracy z sektorem prywatnym w ramach partnerstwa publiczno-prywatnego w formule, która umożliwi sfinansowanie danego przedsięwzięcia poprawiającego efektywność energetyczną z przyszłych oszczędności w kosztach energii. Takie możliwości stwarzają usługi przedsiębiorstw usług energetycznych ESCO (*Energy Service Company*) świadczone w przypadku sektora publicznego na podstawie tzw. umów o poprawę efektywności energetycznej, o których mowa w art. 7 ustawy o efektywności energetycznej. Ustawa dopuszcza stosowanie przez jednostkę sektora publicznego takiej umowy precyzując, iż umowa o poprawę efektywności energetycznej jest to umowa, która określa w szczególności możliwe do uzyskania oszczędności energii w wyniku realizacji przedsięwzięcia lub przedsięwzięć tego samego rodzaju służących poprawie efektywności energetycznej z zastosowaniem środka poprawy efektywności energetycznej, a także sposób ustalania wynagrodzenia, którego wysokość jest uzależniona od oszczędności energii uzyskanej w wyniku realizacji tych przedsięwzięć¹³. W praktyce długi okres zwrotu inwestycji energooszczędnej może jednak często stanowić barierę w stosowaniu modelu ESCO. Rozwiązaniem w takim przypadku może być zaangażowanie w projekt trzeciej strony, która udzieli wsparcia finansowego, np. w formie dotacji ze środków UE.

Takim przykładem hybrydowego projektu jest projekt modernizacji energetycznej i rewitalizacji 23 obiektów oświatowych w Zgierzu. Urząd Miasta Zgierza podpisał w dniu 30 stycznia 2017 r. umowę partnerstwa publiczno-prywatnego, po 15-miesięcznym okresie trwania postępowania w formule dialogu konkurencyjnego. Wybrana została oferta najkorzystniejsza ekonomicznie z uwzględnieniem następujących kryteriów: wysokość opłaty za dostępność (waga 1), poziom gwarantowanych oszczędności (waga 2), podział zadań i ryzyk związanych z przedsięwzięciem pomiędzy strony umowy (waga 3). Umowa zakłada wykonanie w ciągu 17 miesięcy modernizacji energetycznej w budynkach oświatowych, która zagwarantuje miastu uzyskanie blisko 45% oszczędności w zużyciu energii. Zakres inwestycji będzie obejmował: ocieplenie ścian zewnętrznych, stropodachów, dachów, wymianę okien i drzwi, modernizację instalacji CO i źródeł ciepła, oświetlenia, montaż systemu zdalnego sterowania i monitoringu zużycia mediów. Okres trwania umowy, w trakcie której zagwarantowane są oszczędności, wynosi 15 lat. Środki na zapłatę wynagrodzenia Partnera Prywatnego pochodzić będą w części z wygenerowanych oszczędności finansowych w związku ze zmniejszeniem zużycia energii w budynkach.

Gmina Miasto Zgierz ubiega się obecnie o dotację z Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Łódzkiego na lata 2014–2020. Wnioskowana kwota dofinansowania to 35 262 500,00 zł, a całkowita wartość projektu to 52 624 883,68 zł¹⁴.

Podsumowanie

Poprzez stosowanie kryterium efektywności energetycznej w zamówieniach publicznych sektor publiczny może skutecznie zachęcać innych użytkowników końcowych do nabywania efektywnych energetycznie produktów, budynków i usług.

Omówione w niniejszym opracowaniu przykłady przeprowadzonych zamówień publicznych w zakresie realizacji projektów służących poprawie efektywności energetycznej wskazują, iż szczególnej uwagi zamawiających wymaga kwestia zagwarantowania efektu energetycznego w przypadku robót budowlanych. Precyzyjnie opisane w przedmiocie zamówienia detale odnoszące się do zastosowanych materiałów, technologii, poziomów referencyjnych w zakresie efektywności

¹³ Ustawa o efektywności energetycznej z dnia 20 maja 2016 r. (Dz. U. poz. 831), art. 7.

¹⁴ Urząd Miasta Zgierza, *Projekt PPP – termomodernizacja 23 obiektów w Zgierzu*, Zgierz 2017, s. 1.

energetycznej oraz właściwe określenie wymagań odnoszących się do wykonawcy nie zawsze są wystarczające, aby zagwarantować efekt energetyczny. W przypadku projektów w zakresie poprawy charakterystyki energetycznej budynku warto przed ostatecznym odbiorem robót wprowadzić wymóg przeprowadzenia dodatkowych usług potwierdzających uzyskanie określonego poziomu oszczędności energii, takich jak np. badanie termowizyjne. Wskazane jest także korzystanie przez zamawiających z wykwalifikowanych ekspertów zewnętrznych lub też zatrudnienie takich ekspertów wewnątrz instytucji. Ich wiedza i doświadczenie przydatne będzie nie tylko przy sporządzaniu opisu przedmiotu zamówienia, ale również przy dokonywaniu odbioru robót.

Jak pokazują dotychczasowe doświadczenia, samo nałożenie obowiązków na sektor publiczny nie gwarantuje skutecznej realizacji działań w zakresie efektywności energetycznej. Niezbędne są dalsze działania mające na celu poszerzanie świadomości instytucji sektora publicznego na temat potrzeby uwzględniania w zamówieniach publicznych kryterium efektywności energetycznej oraz szerzenia dobrych praktyk w tym zakresie. Równolegle podejmowane powinny być także wysiłki mające na celu upowszechnienie informacji o dostępnych środkach finansowych. Jednocześnie, biorąc pod uwagę trudną sytuację finansową jednostek sektora publicznego, zasadnym jest prowadzenie także działań mających na celu zastosowanie w szerszym zakresie pozabudżetowych modeli finansowania inwestycji w sektorze publicznym, takich jak np. model ESCO.

ZMIANA UMÓW – KILKA UWAG NA TLE NOWYCH PRZEPISÓW

Aldona Kowalczyk, radca prawny, Dentos

Abstrakt

Znowelizowany przepis art. 144 PZP, w ślad za unijnymi dyrektywami w sprawie zamówień publicznych, reguluje przypadki dozwolonej modyfikacji umowy w sprawie zamówienia publicznego, kodyfikując tym samym dotychczasowe orzecznictwo Trybunału dotyczące tego zagadnienia. Unijny prawodawca przewidział również pewne dodatkowe przesłanki zmiany umowy, niewynikające wprost z orzecznictwa. W referacie omówione zostały te przesłanki, które mogą powodować istotne wątpliwości interpretacyjne, jak np. możliwość dokonywania kolejnych zmian umowy w związku z ograniczeniem wartości zmian do 50% pierwotnej wartości umowy. Szczególny nacisk został położony na kwestie związane ze zmianami podmiotowymi po stronie wykonawcy. Przepisy te wydają się bowiem niejednoznaczne i mogą stwarzać problemy w ich praktycznym zastosowaniu. Referat uwzględnia dodatkowo prawoporównawcze aspekty implementacji przepisów dyrektyw.

Abstract

Article 144 of the Public Procurement Law, as currently worded, deals with permissible amendments of public procurement contracts, bringing Polish law in line with the relevant EU directives and the case law of the Court. The EU legislator also allows amendments to be made to public contracts for certain other reasons, not directly arising from the case law. The paper discusses those of the latter cases that may give rise to serious interpretation problems, such as the admissibility of successive amendments to the contract when amendments are restricted to those reducing the original value of the contract by no more than 50 percent. Particular emphasis was placed on issues relating to replacements of contractors. The regulations governing these issues appear to be ambiguous and may create problems in their practical application. The paper also compares the implementation of the mentioned directives in various legal systems.

Uwagi wstępne

W nowych dyrektywach w sprawie zamówień publicznych sporo miejsca poświęcono problematyce zmiany umowy. W preambule dyrektywy 2014/24/UE¹, zwanej dalej w skrócie „Dyrektywą klasyczną” (por. motyw 107–111) oraz dyrektywy 2014/25/UE², zwanej dalej „Dyrektywą sektorową” (por. motyw 113–117) prawodawca unijny wskazał m.in. na konieczność dostosowania umowy do okoliczności zewnętrznych, nieprzewidywalnych w momencie udzielenia zamówienia czy też na mające miejsce w trakcie realizacji umowy zmiany strukturalne po stronie wykonawcy.

Dostrzeżenie potrzeby uregulowania tych kwestii na poziomie dyrektyw unijnych, podlegających następnie wdrożeniu do krajowych porządków prawnych państw-członków Unii Europejskiej, należy

¹ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE, Dz. Urz. UE L 94/65.

² Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylająca dyrektywę 2004/17/WE, Dz. Urz. UE L 94/243.

ocenić pozytywnie. Umowa zawierana w wyniku przeprowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak każda inna umowa, cechuje się tym, że jej realizacja to niejednokrotnie proces złożony i dynamiczny. Jakkolwiek brak jest oficjalnych statystyk w tym zakresie, to zapewne w przypadku znaczącej części umów w sprawie zamówienia publicznego, zwłaszcza o wartości zamówienia przekraczającej tzw. progi unijne i o dłuższym okresie wykonywania, strony wcześniej czy później stają przed koniecznością ich modyfikacji w trakcie realizacji.

Cieszy zatem to, że ustawodawca unijny, słusznie zauważając doniosłość tej problematyki, dostrzegł też konieczność jej uregulowania. Przepisy dyrektyw w tym zakresie są bowiem *novum*³. Reguła określających zakres dozwolonej modyfikacji umowy na gruncie unijnym należało dotychczas poszukiwać w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej („TSUE”). Na przestrzeni lat w orzecznictwie Trybunału wypracowane zostały generalne wytyczne, na których opierała się praktyka wobec braku regulacji omawianej kwestii w prawodawstwie unijnym – por. w szczególności wyrok z dnia 29 kwietnia 2004 r. w sprawie C-496/99 P, *Komisja przeciwko CAS Succhi di Frutta*, wyrok z dnia 19 czerwca 2008 r. w sprawie C-454/06 *pressetext Nachrichtenagentur* („Presstext”) oraz dalsze orzecznictwo⁴.

W preambule Dyrektywy klasycznej prawodawca unijny wskazał m.in., iż „[n]iezbędne jest doprecyzowanie warunków, w jakich modyfikacje umowy w trakcie jej realizacji wymagają przeprowadzenia nowego postępowania o udzielenie zamówienia, z uwzględnieniem stosownego orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości.” (motyw 107⁵). Regulacje odnoszące się do problematyki zmian umowy w sprawie zamówienia publicznego zawarte są obecnie przede wszystkim w art. 72 Dyrektywy klasycznej oraz art. 89 Dyrektywy sektorowej, a na gruncie polskiego prawa – w art. 144 ustawy – Prawo zamówień publicznych („PZP”) w brzmieniu znowelizowanym ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r.⁶ W piśmiennictwie wskazuje się, że przepisy te co do zasady kodyfikują zasady i wytyczne odnoszące się do modyfikacji umowy w sprawie zamówienia publicznego, wynikające z orzecznictwa TSUE⁷, w szczególności z wyroku w sprawie *Presstext*.

Nie wchodząc w szczegółową analizę dotychczasowego orzecznictwa Trybunału odnoszącego się do tej problematyki należy wskazać, iż TSUE przyjął w nim – jako zasadnicze kryterium, przez pryzmat którego należy oceniać możliwość dokonywania zmian takiej umowy – istotność wprowadzanych zmian; zmiany w sposób istotny odbiegające od postanowień pierwotnie zawartej umowy w sprawie zamówienia publicznego należy traktować jako udzielenie nowego zamówienia.

Analiza nowych przepisów prowadzi do wniosku, iż prawodawca unijny – a za nim ustawodawca polski – wyszedł jednakże poza samo „skodyfikowanie” dotychczasowego orzecznictwa TSUE. Przepisy art. 72 Dyrektywy klasycznej oraz art. 89 Dyrektywy sektorowej (a za nimi – art. 144 ust. 1 PZP) określają sześć przypadków, w których może dojść do zmiany umowy w sprawie zamówienia publicz-

³ Por. też W. Hartung [w:] W. Hartung, M. Baglaj, T. Michalczyk, M. Wojciechowski, J. Krysa, K. Kuźma, *Dyrektywa 2014/24/UE w sprawie zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2015.

⁴ Por. wyrok z dnia 5 października 2000 r. w sprawie C-337/98 *Komisja przeciwko Francji*; wyrok z 29 kwietnia 2004 r. w sprawie C-496/99 P, *Komisja przeciwko CAS Succhi di Frutta*; wyrok z dnia 19 czerwca 2008 r. w sprawie C-454/06 *pressetext Nachrichtenagentur*; wyrok z dnia 15 października 2009 r. w sprawie C-196/08 *Acoset*; wyrok z dnia 13 kwietnia 2010 r. w sprawie C-91/08 *Wall*; C-576/10, wyrok z dnia 11 lipca 2013 r. *Komisja przeciwko Niderlandom*, wyrok z dnia 8 maja 2014 r. w sprawie C-161/13 *Idrodinamica Spurgo Velox i in.*, a także wyrok z dnia 7 września 2016 r. w sprawie C-549/14 *Finn Frogne*.

⁵ Analogicznie motyw 113 Dyrektywy sektorowej.

⁶ Ustawa z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw, Dz.U. z 2016 r., poz. 1020.

⁷ Por. przykładowo M. Lechna, *Modyfikacja umowy w sprawie zamówienia publicznego – wbrew pozorom bez zmian*, <http://www.codozasady.pl/modyfikacja-umowy-w-sprawie-zamowienia-publicznego-wbrew-pozorom-bez-zmian/>.

nego. Jeden z nich, bazujący na orzecznictwie TSUE, w szczególności wyroku w sprawie *Pressetext*, określa zmiany, które – „niezależnie od wartości” – nie są istotne (art. 72 ust. 1 lit. e Dyrektywy klasycznej oraz art. 89 ust. 1 lit. e Dyrektywy sektorowej; por. również art. 144 ust. 1 pkt 5 PZP). Ponadto wprowadzone zostały dodatkowo progi wartościowe (bagatelności) zmian, do których zmiana umowy zawsze jest dopuszczalna (art. 72 ust. 2 Dyrektywy klasycznej oraz art. 89 ust. 2 Dyrektywy sektorowej; por. również art. 144 ust. 1 pkt 6 PZP). Jednocześnie dozwolone zostały zmiany umowy, które mogą być istotne, jak chociażby możliwość rozszerzenia zakresu rzeczowego umowy o dodatkowe świadczenia (roboty budowlane, usługi lub dostawy) – przy spełnieniu określonych przesłanek – nawet do 50% wartości umowy (por. art. 72 ust. 1 lit. b Dyrektywy klasycznej oraz art. 144 ust. 1 pkt 2 PZP) lub bez ograniczenia kwotowego (por. art. 89 ust. 1 lit. b i c Dyrektywy sektorowej).

Art. 144 PZP w obecnym brzmieniu obowiązuje dopiero od 28 lipca 2016 r., to jest od dnia wejścia w życie ustawy nowelizującej⁸. Na mocy przepisów przejściowych ustawy nowelizującej (art. 19 ust. 1 i ust. 2) znówelizowany art. 144 PZP ma zastosowanie do umów zawartych w wyniku postępowań wszczętych po wejściu w życie tej ustawy. Okres obowiązywania i stosowania nowych przepisów jest zatem dość krótki i nie sposób obecnie mówić o wykształconej praktyce ich stosowania. Tym niemniej, już obecnie budzą one liczne wątpliwości. Szczegółowe omówienie wszystkich z nich nie jest możliwe w ramach tego referatu; poniżej zostały zatem przedstawione jedynie niektóre z nich.

Charakter regulacji – katalog zamknięty czy otwarty?

Jednym z pierwszych i podstawowych pytań mających istotne znaczenie praktyczne, jest to, czy art. 144 PZP, implementujący art. 72 Dyrektywy klasycznej oraz art. 89 Dyrektywy sektorowej, wyczerpująco określa przypadki dopuszczalnej zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego. Na gruncie regulacji unijnych wyrażony został pogląd⁹, iż prawodawcy unijnemu przyświecało skodyfikowanie wytycznych i zasad wynikających z dorobku orzeczniczego TSUE, a zatem przepisy zawarte w nowych dyrektywach unijnych nie zawierają zamkniętego katalogu przypadków dopuszczalnych zmian umowy. Zgodzić się jednakże należy z P. Bogdanowiczem¹⁰, iż pogląd ten nie wydaje się zasadny, zwłaszcza w świetle brzmienia art. 72 ust. 1 Dyrektywy klasycznej i art. 89 ust. 1 Dyrektywy sektorowej, które w swojej treści powołują się na „poniższe przypadki” w zakresie dozwolonych modyfikacji umowy w sprawie zamówienia publicznego. Jeszcze wyraźniej wskazuje na to polski ustawodawca, który w art. 144 ust. 1 PZP wyłączenie od zakazu zmiany umowy wiąże z zajściem (co najmniej) „jednej z następujących” okoliczności, zaś w ust. 3 art. 144 PZP jasno statuuje obowiązek przeprowadzenia nowego postępowania, jeżeli zamierzone zmiany umowy wykraczają poza zmiany dopuszczone w powyższych ustępach art. 144 PZP¹¹.

Reżim klasyczny a sektorowy

Pojawia się również pytanie, na ile świadome, a na ile wynikające z niedopatrzienia polskiego ustawodawcy było nieuwzględnienie w polskich przepisach różnic pomiędzy zakresem dozwolonych

⁸ Ustawa z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw, Dz.U. z 2016 r., poz. 1020.

⁹ Por. przykładowo S. Treumer, *Contract Changes and the Duty to Retender Under the New EU Public Procurement Directive*, *Public Procurement Law Review* 3/2014: „At the very end of the provision in art. 72(5) it is established that (substantial) modifications lead to a duty to retender if they are not covered by the exceptions in arts 72(1) and 72(2). This provisions must be interpreted merely as a statement of principle and not a rule without exception in spite of the wording; there will surely also be room for other exceptions...”

¹⁰ Por. P. Bogdanowicz, *The Application of the Principle of Proportionality to Modifications to Public Contracts*, *European Procurement & Public Private Partnership Law Review*, 3/2016.

¹¹ Por. też art. 72 ust. 5 Dyrektywy klasycznej oraz art. 89 ust. 5 Dyrektywy sektorowej.

modyfikacji umów zawartych w reżimie klasycznym a umów zawartych w reżimie sektorowym. Jak wiadomo, zamówienia sektorowe charakteryzują się pewną specyfiką, skutkującą wyodrębnieniem ich z tzw. zamówień klasycznych i uregulowaniem w odrębnym akcie unijnym (Dyrektywa sektorowa). Co do zasady przepisy dotyczące zamówień sektorowych mają bardziej elastyczny i mniej restrykcyjny charakter od przepisów regulujących zamówienia klasyczne¹². Również regulacje dotyczące modyfikacji umowy zawarte w Dyrektywie klasycznej (art. 72) i Dyrektywie sektorowej (art. 89), oddają tę specyfikę – jakkolwiek bardzo do siebie zbliżone, nie są jednak identyczne. W szczególności różnice dotyczą dwóch przypadków dozwolonej zmiany umowy – zmiany związanej z dodatkowymi robotami budowlanymi, usługami lub dostawami (por. art. 89 ust. 1 lit. b) Dyrektywy sektorowej i art. 72 ust. 1 lit. b) Dyrektywy klasycznej) oraz zmiany spowodowanej okolicznościami, których zamawiający nie mógł przewidzieć (por. art. 89 ust. 1 lit. c) Dyrektywy sektorowej i art. 72 ust. 1 lit. c) Dyrektywy klasycznej).

W obu przypadkach Dyrektywa klasyczna wskazuje górną granicę dopuszczalnego wzrostu ceny w wyniku tych zmian (do 50% wartości pierwotnej umowy), podczas gdy Dyrektywa sektorowa nie zawiera analogicznego ograniczenia. Jak wynika z art. 144 ust. 1 pkt 2 lit. c) oraz pkt 3 lit. b) PZP, ustawodawca polski implementując ww. przepisy nie zróżnicował w tym zakresie reżimu klasycznego od sektorowego. W konsekwencji potraktował surowiej niż prawodawca unijny zamówienia sektorowe, poddając je również ograniczeniu dotyczącemu wzrostu ceny. Niestety, z niezwykle lakonicznego uzasadnienia rządowego projektu ustawy nowelizacyjnej¹³ nie wynika, jakie przesłanki przemówiły za przyjęciem tego rygoryzmu. Wielka Brytania, dokonując implementacji nowych dyrektyw poprzez wierne oddanie ich treści w dwóch odrębnych aktach prawnych, zachowała to rozróżnienie. Przykładowo należy zaś wskazać, że Francja, Włochy czy Czechy, podobnie jak Polska implementując omawiane przepisy Dyrektywy klasycznej i Dyrektywy sektorowej w ramach jednej ustawy, także zachowały rozróżnienie wynikające z przepisów unijnych, w związku z czym zamawiający sektorowi z tych krajów nie są ograniczeni 50% progiem wartościowym w razie zmiany umowy o zamówienie publiczne.

Kolejna zmiana

Wątpliwości wywołuje również wartość zmiany i możliwość jej wielokrotnego dokonywania tam, gdzie ustawodawca przewidział ograniczenie wartości zmian do 50% pierwotnej wartości umowy (art. 144 ust. 1 pkt 2 oraz pkt 3 PZP). Pierwowzór tych przepisów zawarty w Dyrektywie sektorowej w obu przypadkach – zarówno dodatkowych świadczeń (robót budowlanych, dostaw czy usług), jak i zmian spowodowanych nieprzewidywalnymi okolicznościami – przewiduje, iż w razie wprowadzania kolejnych modyfikacji ograniczenie wzrostu ceny ma zastosowanie do wartości każdej z nich. Polskie przepisy jednakże zdają się różnicować te sytuacje. O ile ustawodawca krajowy zawarł ww. zastrzeżenie dotyczące wartości „każdej kolejnej” zmiany przy dodatkowych dostawach, usługach i robotach budowlanych (art. 144 ust. 1 pkt 2 lit. c PZP), o tyle brak analogicznego zapisu w art. 144 ust. 1 pkt 3 PZP.

W piśmiennictwie pojawiły się odmienne interpretacje tego zróżnicowania. Wyrażony został m.in. pogląd, iż użycie sformułowania „każdej kolejnej zmiany” przy zmianie umowy związanej z dodatkowymi dostawami, usługami czy robotami budowlanymi oznacza dopuszczenie możliwości kilkakrotnego dokonywania zmian na podstawie art. 144 ust. 1 pkt 2 PZP, podczas gdy brak tego sformułowania („każda zmiana”) w odniesieniu do zmiany spowodowanej nieprzewidywalnymi

¹² Por. A. Szymańska [w:] A. Kowalczyk, A. Szymańska, *Zamówienia sektorowe. Komentarz*, Warszawa 2011, s. 34.

¹³ Druk nr 366 – Rządowy projekt ustawy o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw, <http://www.sejm.gov.pl/Sejm8.nsf/druk.xsp?nr=366>.

okolicznościami zdaje się wskazywać, że zmiana umowy na podstawie art. 144 ust. 1 pkt 3 PZP może zostać dokonana tylko raz¹⁴. Zgodzić się jednak należy, iż pogląd ten nie wydaje się zasadny w świetle art. 144 ust. 1a PZP, który zakazuje wprowadzać „kolejnych zmian” w celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy, odnosząc ten zakaz zarówno do przypadków uregulowanych w art. 144 ust. 1 pkt 2, jak i pkt 3 PZP¹⁵. W konsekwencji wydaje się, że zarówno możliwe są wielokrotne zmiany umowy na podstawie art. 144 ust. 3 PZP, jak i w odniesieniu do wartości każdej kolejnej zmiany obowiązuje ograniczenie wartościowe 50% wartości zamówienia określonej pierwotnie w umowie. Kwestie te zapewne doczekają się rozstrzygnięcia w orzecznictwie.

Zmiany podmiotowe po stronie wykonawcy

Najbardziej interesujące wydają się jednak przepisy dotyczące dopuszczalnych zmian podmiotowych po stronie wykonawcy. Wychodzą one naprzeciw praktyce obrotu gospodarczego, która pokazuje, że przekształcenia strukturalne po stronie wykonawców w toku realizacji zamówienia publicznego nie są rzadkością. Ustawodawca unijny zauważył to zjawisko, wskazując w preambule, iż *„Zwycięski oferent wykonujący zamówienie powinien jednak mieć możliwość, w szczególności w przypadku gdy zamówienie zostało udzielone więcej niż jednemu przedsiębiorstwu, przejść w trakcie wykonywania zamówienia pewne zmiany strukturalne, takie jak czysto wewnętrzne reorganizacje, przejścia, połączenia i nabycia, czy też upadłość. Tego rodzaju zmiany strukturalne nie powinny automatycznie wiązać się z wymogiem przeprowadzenia nowych postępowań o udzielenie zamówienia dla wszystkich zamówień publicznych realizowanych przez tego oferenta.”* (motyw 110 zdanie 2 preambuły Dyrektywy klasycznej; analogicznie motyw 116 zdanie 2 Dyrektywy sektorowej).

Kwestie związane ze zmianą podmiotową po stronie wykonawcy były przedmiotem dotychczasowego orzecznictwa TSUE – przede wszystkim przywołać należy sprawy *Pressetext* oraz *Wall*¹⁶. Warto w szczególności przypomnieć stan faktyczny sprawy *Pressetext*. Dotyczył on sytuacji, w której wykonawca zamówienia publicznego powierzył utworzonej przez siebie spółce-córce (w której objął 100% udziałów) realizację usług objętych tym zamówieniem, zaś zamawiający za wykonane usługi miał płacić bezpośrednio tej spółce. Trybunał uznał (pkt 45), iż biorąc pod uwagę zależności między wykonawcą i jego spółką zależną, w tym odpowiedzialność solidarną wykonawcy i jego spółki zależnej z tytułu realizacji zamówienia, doszło w istocie rzeczy do wewnętrznej reorganizacji kontrahenta, która nie zmienia w sposób istotny postanowień pierwotnego zamówienia.

Przypadki dopuszczalnej zmiany podmiotowej po stronie wykonawcy zamówienia określone są w art. 72 ust. 1 lit. d Dyrektywy klasycznej oraz art. 89 ust. 1 lit. d Dyrektywy sektorowej. Jednocześnie prawodawca unijny wskazał, iż zastąpienie wykonawcy, któremu zostało udzielone zamówienie, przez inny podmiot w przypadkach innych niż przewidziane w dyrektywach, stanowi istotną modyfikację umowy¹⁷. W polskiej ustawie przypadki dopuszczalnej zmiany podmiotowej po stronie wykonawcy określa art. 144 ust. 1 pkt 4 PZP. Analogicznie, jak uczynił to prawodawca unijny, również nasz ustawodawca wskazał, iż zastąpienie dotychczasowego wykonawcy nowym wykonawcą w przypadkach innych niż w ww. przepisie, stanowi istotną zmianę umowy (art. 144 ust. 1e lit. d PZP). Na tle tych regulacji pojawia się kilka pytań mających duże znaczenie w praktyce.

¹⁴ T. Siedlecki, P. Sawicka, Nowe przesłanki zmiany umowy, *Monitor Zamówień Publicznych*, nr 10 z listopada 2016 r., s. 7–8.

¹⁵ Tak też M. Makowski, Zmiana umowy o zamówienie publiczne w świetle nowych przepisów – uwagi na tle transpozycji art. 72 Dyrektywy 2014/24/UE, PZP, nr 3 z 2016 r.

¹⁶ Wyrok z dnia 13 kwietnia 2010 r. w sprawie C-91/08 *Wall*.

¹⁷ Por. art. 72 ust. 4 lit. d Dyrektywy klasycznej oraz art. 89 ust. 4 lit. d Dyrektywy sektorowej.

Wątpliwość dotyczy między innymi wzajemnej relacji przepisów zawartych w lit. a i lit. b art. 144 ust. 1 pkt 4 PZP. O ile warunkiem zmiany wykonawcy w następstwie zmian strukturalnych jest m.in. spełnianie przez nowy podmiot warunków udziału w postępowaniu oraz niepodleganie wykluczeniu, o tyle przepis o zmianie wykonawcy na podstawie postanowień przewidzianych przez zamawiającego na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego¹⁸ takiego warunku nie zawiera. Pojawia się więc pytanie, czy oznacza to, że zmiana wykonawcy na podstawie klauzul przeglądowych nie wymaga, aby nowy wykonawca spełniał warunki udziału w postępowaniu i nie podlegał wykluczeniu. Literalna wykładnia zdaje się na to wskazywać, gdyż przepis dopuszczający możliwość zastąpienia wykonawcy na podstawie postanowień umownych nie ustanawia dodatkowych warunków tej zmiany, które zawarte są w przepisie mówiącym o zmianach strukturalnych wykonawcy. Jednakże dopuszczenie takiej możliwości byłoby, jak się zdaje, niezgodne z dotychczasowym orzecznictwem TSUE, wskazującym w szczególności w wyroku wydanym w sprawie *Wall*¹⁹, iż nawet mimo przewidzenia tego w treści umowy dana zmiana podmiotowa może niekiedy stanowić istotną zmianę umowy skutkującą koniecznością wszczęcia nowego postępowania. Ponadto przyjęcie takiej literalnej wykładni dawałoby łatwą „furtkę” do omijania przepisów PZP poprzez przepisywanie we wzorze umowy lub istotnych postanowieniach umowy stanowiących część specyfikacji istotnych warunków zamówienia, treści art. 144 ust. 1 pkt 4 lit. b, ale bez części tego zapisu zawierającego te dodatkowe warunki.

Pojawia się ponadto wątpliwość, czego w praktyce mogłyby dotyczyć klauzule przeglądowe zawierane przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia w odniesieniu do dopuszczalnej zmiany podmiotowej po stronie wykonawcy. Inaczej mówiąc, jakie stany faktyczne – inne niż uregulowane ustawowo w art. 144 ust. 1 pkt 4 lit. b i lit. c PZP – mogłyby, w świetle orzecznictwa TSUE, być przedmiotem takich klauzul. Wskazać przy tym należy, iż prawodawca unijny zawarł w dyrektywach wymóg, aby klauzule przeglądowe były jasne, precyzyjne i jednoznaczne (por. art. 72 ust. 1 lit. a Dyrektywy klasycznej oraz art. 89 ust. 1 lit. a Dyrektywy sektorowej), zaś przewidując możliwość zmiany wykonawcy na podstawie klauzuli przeglądowej wskazał na wymóg „jednoznaczności” takiej klauzuli (art. 72 ust. 1 lit. d (i) Dyrektywy klasycznej oraz art. 89 ust. 1 lit. d (i) Dyrektywy sektorowej). Czy oznacza to, że już na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego taki nowy wykonawca powinien być jednoznacznie wskazany? Jeżeli tak, tym bardziej oczywistym wydaje się wniosek, że i ten nowy wykonawca powinien spełniać warunki udziału w postępowaniu i nie powinny wobec niego zachodzić podstawy wykluczenia. Te ważne kwestie z pewnością doczekają się orzecznictwa zarówno krajowego, jak i unijnego.

Istotne jest również pytanie, na jaką datę należy ustalić spełnianie tych warunków – dzień składania ofert, dzień – mówiąc w dużym uproszczeniu – dokonania sukcesji czy też dzień dokonywania zmiany umowy. Również z powodów praktycznych związanych z trudnością z wykazaniem się spełnianiem określonych przesłanek niekiedy nawet na kilka lat wstecz wydaje się, że powinien być to jednak status na dzień zmiany umowy, tym niemniej szkoda, że ustawodawca kwestii tej jednoznacznie nie uregulował.

W praktyce obrotu gospodarczego nowością jest wymóg, aby podmiot, który ma być następcą prawnym wykonawcy w wyniku zmian strukturalnych, o których mowa w art. 144 ust. 1 pkt 4 lit. b PZP, spełniał warunki udziału w postępowaniu, nie zachodziły wobec niego podstawy wykluczenia, a zmiana wykonawcy nie pociągała za sobą innych istotnych postanowień umowy. Oznacza to w praktyce konieczność każdorazowej weryfikacji, czy w przypadku realizacji transakcji typu

¹⁸ Warto wspomnieć, że dyrektywy powołują się tu na „jednoznaczne klauzule przeglądowe lub opcje” – por. art. 72 ust. 1 lit. d (i) Dyrektywy klasycznej i art. 89 ust. 1 lit. d (i) Dyrektywy sektorowej.

¹⁹ Wyrok z dnia 13 kwietnia 2010 r. w sprawie C-91/08 *Wall* – por. w szczególności pkt 39.

mergers & acquisitions (bądź innych wskazanych w tym art. 144 ust. 1 pkt 4 lit. b PZP) warunki te zostaną spełnione, a w przypadku wyniku negatywnego tej weryfikacji, wyłączenie z transakcji umów zawartych w reżimie zamówień publicznych. Pojawia się jednak pytanie, jakie skutki miałoby dla dokonanej już transakcji niespełnienie przez nowy podmiot tych warunków. Nie ma wątpliwości, że takie transakcje, jak przekształcenie spółek handlowych, ich łączenie czy podział wiążą się z sukcesją uniwersalną – nowy podmiot wstępuje z dniem przekształcenia wykonawcy, jego połączenia czy podziału w prawa i obowiązki wykonawcy (por. 553 §1 ksh, art. 494 §1 ksh i art. 531 §1 ksh). Co do zasady przyjmuje się, że sukcesja uniwersalna polega na tym, że na podstawie jednego zdarzenia ogół praw i obowiązków majątkowych przechodzi z jednej osoby na drugą, i to bez względu na to, czy nabywca o tym wie²⁰. Czy jeżeli transakcja zostanie dokonana i zakończona stosowanymi wpisami do rejestru, wykazanie, że nowy podmiot nie spełnia warunków wskazanych w art. 144 ust. 1 pkt lit. b PZP, będzie oznaczało nieważność bądź nieskuteczność całej transakcji, czy też nieważność lub nieskuteczność transakcji jedynie w odniesieniu do umów zawartych w reżimie zamówień publicznych czy też może „jedynie” stanowić będzie podstawę do rozwiązania tych umów przez zamawiającego (por. w szczególności art. 145a PZP, przy czym przepis ten mówi o prawie, a nie o obowiązku zamawiającego)?

Na koniec należy wskazać, że przepisy dyrektyw (art. 72 ust. 1 lit. d (ii) Dyrektywy klasycznej i art. 89 ust. 1 lit. d (ii) Dyrektywy sektorowej), których implementację stanowi art. 144 ust. 1 pkt 4 lit. b PZP, odnoszą się do zastąpienia dotychczasowego wykonawcy zamówienia publicznego w wyniku „sukcesji uniwersalnej lub częściowej w prawa i obowiązki pierwotnego wykonawcy, w wyniku restrukturyzacji, w tym przejęcia, połączenia, nabycia lub upadłości, przez innego wykonawcę”. Przepis polskiej ustawy, wdrażający ww. regulacje do polskiego porządku prawnego, wskazuje na zastąpienie wykonawcy zamówienia publicznego nowym wykonawcą w wyniku połączenia, przekształcenia, upadłości, restrukturyzacji lub nabycia dotychczasowego wykonawcy lub jego przedsiębiorstwa. Polski ustawodawca, regulując przypadki uzasadniające zmiany podmiotowe, nie odniósł się natomiast do kwestii śmierci osoby fizycznej będącej stroną umowy w sprawie zamówienia publicznego (sukcesja uniwersalna występuje też przy dziedziczeniu – por. art. 922 §1 k.c. czy przy nabyciu spadku na skutek umowy – por. art. 1053 k.c.); tytułem przykładu czeska ustawa wprost wskazuje śmierć wykonawcy jako okoliczność umożliwiającą zmianę podmiotu będącego stroną umowy w sprawie zamówienia publicznego²¹.

Nasz ustawodawca uwzględnił za to zmiany podmiotowe po stronie wykonawcy w wyniku czynności prawnych, których kwalifikacja jest dyskusyjna – dotyczy to w szczególności nabycia przedsiębiorstwa, co do którego kwalifikacji (czy mamy do czynienia z sukcesją uniwersalną czy singularną) w orzecznictwie i doktrynie istnieje rozbieżność poglądów²². Czy zatem pisząc o nabyciu przedsiębiorstwa²³ nasz ustawodawca właśnie zrealizował obowiązek transpozycji postanowienia dyrektywy o „sukcesji częściowej”, wydaje się niejednoznaczne. Na marginesie pojawia się też pytanie, czy przepis art. 144 ust. 1 pkt 4 lit. b PZP obejmuje swoją hipotezę zmianę podmiotową po stronie wykonawcy również w wyniku nabycia tzw. zorganizowanej części przedsiębiorstwa. Jakkolwiek i ta kwestia jest sporna, przyjęcie słusznego moim zdaniem poglądu, iż

²⁰ Por. w szczególności uchwała Sądu Najwyższego z dnia 7 stycznia 2004 r., III CZP 98/03, OSN Nr 2 z 2005 r., poz. 27.

²¹ Por. art. 222 ust. 10 lit. b) ustawy czeskiej – Act of 19 April 2016 on Public Procurement 134/2016, https://www.portal-vz.cz/getmedia/ac061a0a-d8c1-4ff1-b8d2-691aa89269b1/Zakon-c-134_2016-5b-o-zadavani-verejnych-zakazek.pdf

²² Por. przykładowo wyrok SN z 4 września 1997 r., II CKN 284/97, PB 1998, Nr 2, s. 24; uchwała SN z 25 czerwca 2008 r., III CZP 45/08, OSN 2009, Nr 7-8, poz. 97, M. Pyziak-Szafrnicka [w:] System Prawa Cywilnego, Prawo cywilne – część ogólna, Warszawa 2012, s. 875–876.

²³ Wskazać przy tym należy, że zmiana podmiotowa po stronie wykonawcy umowy w przypadku jego upadłości zasadniczo zachodzi w przypadku sprzedaży przedsiębiorstwa upadłego lub jego zorganizowanej części (por. art. 56a oraz art. 316–318 ustawy z dnia 28 lutego 2003 r. – Prawo upadłościowe).

z punktu widzenia art. 55¹ k.c. przedsiębiorca może mieć kilka przedsiębiorstw (co by oznaczało, że zbycie wyodrębnionych kompleksów majątkowych uznawanych w prawie podatkowym za „zorganizowaną część przedsiębiorstwa” będzie zbyciem przedsiębiorstwa w rozumieniu prawa cywilnego), skutkowałoby pozytywną odpowiedzią na to pytanie.

Niewątpliwie jednak w świetle motywu 110 preambuły Dyrektywy klasycznej oraz motywu 116 Dyrektywy sektorowej, art. 144 ust. 1 pkt 4 lit. b PZP nie powinien być interpretowany zbyt szeroko. W preambule obu dyrektyw ustawodawca unijny mówi bowiem o „wykonawcy”, który podlega „zmianom strukturalnym”; w motywie 110 Dyrektywy klasycznej wskazuje się wręcz na „czysto wewnętrzną” reorganizację, zaś w wyroku w sprawie Pressetext Trybunał stwierdził (pkt 47), że wyjście poza wewnętrzną reorganizację pierwotnego kontrahenta skutkowałoby rzeczywistą zmianą wykonawcy i oznaczałoby zmianę istotnego postanowienia umowy; a w konsekwencji mogłoby stanowić nowe udzielenie zamówienia.

Podsumowanie

Niewątpliwie uregulowanie zasad zmian umowy w sprawie zamówienia publicznego w przepisach ustawowych nie tylko stanowi realizację obowiązku implementacji dyrektyw unijnych, ale przede wszystkim wychodzi naprzeciw potrzebom rynku – pewność obrotu wymaga jasnych i jednoznacznych zasad w tym zakresie. Biorąc pod uwagę stosunkowo niedługi okres obowiązywania nowych przepisów za wcześnie jest na ocenę ich funkcjonowania w praktyce. Można jednakże już teraz wskazać na konieczność rozważenia, na przykład w ramach prac nad nową ustawą, możliwości wprowadzenia odrębności zmian umowy zawieranej w reżimie zamówień sektorowych od umowy zawieranej w reżimie zamówień klasycznych, tak, jak dopuścił to ustawodawca unijny. Ponadto rozważenia i pogłębionej dyskusji wymaga, czy art. 144 ust. 1 pkt 4 lit. b PZP stanowi właściwą implementację nowych dyrektyw w zakresie zmian podmiotowych po stronie wykonawcy i doprecyzowanie zasad w tym zakresie.

PRAKTYCZNE ZASTOSOWANIE UMÓW O PRACĘ W KONTRAKTACH PUBLICZNYCH

dr Karol Łapiński, nadinspektor pracy, Okręgowy Inspektorat Pracy w Białymstoku, Państwowa Inspekcja Pracy

Abstrakt

Na zawieranie umów o pracę przy realizacji kontraktów publicznych niewątpliwie wpływ wywierają, tzw. klauzule społeczne („zastrzeżona”, „zatrudnieniowa”, „propracownicza”). Narzędzia te mają pozwolić na integrację i aktywizację zawodową grup społecznych zagrożonych bezrobociem, bezdomnością, itd. Ponadto „klauzula zatrudnieniowa” obligująca zamawiającego do określenia w siwz na usługi lub roboty budowlane wymagania zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie umowy o pracę osób uczestniczących w jego realizacji, jeżeli praca jest świadczona przy istnieniu cech stosunku pracy, stanowić może dość skuteczne narzędzie w walce z nadużywaniem umów cywilnoprawnych. Należy jednak zauważyć, że stosowanie klauzul społecznych, mając swoją wagę, nie jest rozstrzygające dla oceny zgodności z prawem rodzaju zawartej umowy. O tym, czy konkretny stosunek prawny jest stosunkiem pracy, decyduje to, czy dana praca ma cechy wymienione w art. 22 § 1 K.p.

Abstract

So-called social clauses („reservation clause”, „employment” or “employee-friendly clause”) undoubtedly exercise an influence on of the number of employment contracts concluded for the performance of public contracts. These instruments are meant to allow integration and professional activation of social groups threatened with unemployment or homelessness etc. Furthermore the “employment clause” – which obliges the contracting authority to put in the technical specifications, in the case of procurement of services and works, a requirement relating to employment of persons taking part in the performance of the contract, by an economic operator or its subcontractor, under an employment contract, where the work is to be carried out in a manner typical for an employment relationship – might constitute quite effective tool in combatting abuse of civil law contracts. It is to be noted, however, that the use of social clauses, being it important, is not decisive as for the assessment of the compliance of the concluded contract with legal provisions. In order to determine whether a given relation constitutes an employment relationship, it is necessary to check whether the given work is characterized by the features enumerated in Article 22 § 1 of Labour Code.

O umowach o pracę zawieranych przy realizacji kontraktów publicznych możemy mówić, między innymi, w kontekście istnienia tzw. klauzul społecznych. Klauzule te zostały przewidziane na początku przez regulacje unijne, a następnie również ustawodawstwo krajowe.

Na forum Unii Europejskiej instytucję klauzul społecznych wprowadziły do obrotu prawnego po raz pierwszy dyrektywa 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. koordynująca procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych¹ oraz dyrektywa 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień.

¹ Dz.U. L 134 z 30.04.2004 r.

wień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi². Następnie w 2014 r. obie te dyrektywy zostały zastąpione dyrektywą 2014/24/UE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych³ oraz dyrektywą Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych⁴. Postanowienia w tym zakresie zawiera obecnie również dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/23/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania koncesji⁵. Przykładowo zgodnie z postanowieniami art. 20 ust. 1 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych państwa członkowskie mogą zastrzec prawo udziału w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego dla zakładów pracy chronionej oraz wykonawców, których głównym celem jest społeczna i zawodowa integracja osób niepełnosprawnych lub osób defaworyzowanych, lub mogą przewidzieć możliwość realizacji takich zamówień w ramach programów zatrudnienia chronionego, pod warunkiem że co najmniej 30% osób zatrudnionych przez te zakłady, przez tych wykonawców lub w ramach tych programów stanowią pracownicy niepełnosprawni lub pracownicy defaworyzowani. Z kolei w myśl regulacji art. 70 dyrektywy instytucje zamawiające mogą określić szczególne warunki związane z realizacją zamówienia, pod warunkiem, że są one powiązane z przedmiotem zamówienia i wskazane w zaproszeniu do ubiegania się o zamówienie lub w dokumentach zamówienia. Warunki te mogą obejmować aspekty gospodarcze, związane z innowacyjnością, środowiskowe, społeczne lub związane z zatrudnieniem. Przy tym wszystkie przywołane dyrektywy unijne z dnia 26 lutego 2014 r. zawierają w tym obszarze niemal analogiczne unormowania.

W Polsce wyrazem implementacji dyrektyw unijnych w tym zakresie są kolejne nowelizacje ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych⁶. Po raz pierwszy do naszego ustawodawstwa wprowadzono rozwiązania zwane potocznie klauzulami społecznymi w 2009 r.⁷

Ustanowiona od 22 grudnia 2009 r. w art. 22 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych tzw. klauzula zastrzeżona w pierwotnym kształcie pozwalała zamawiającemu zastrzec w ogłoszeniu o zamówieniu, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wyłącznie wykonawcy, u których ponad 50% zatrudnionych pracowników stanowią osoby niepełnosprawne w rozumieniu przepisów o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych⁸. Od 28 lipca 2016 r. klauzulą tą objęto, poza osobami niepełnosprawnymi, również inne osoby, które mogą mieć ograniczony dostęp do rynku pracy⁹. W świetle obowiązującej regulacji art. 22 ust. 2 ustawy zamawiający może zastrzec w ogłoszeniu o zamówieniu, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wyłącznie zakłady pracy chronionej oraz inni wykonawcy, których działalność, lub działalność ich wyodrębnionych organizacyjnie jednostek, które będą realizowały zamówienie, obejmuje społeczną i zawodową integrację osób będących członkami grup społecznie marginalizowanych, w szczególności: osób niepełnosprawnych, bezrobotnych, pozbawionych wolności

² Dz.U. L 134 z 30.04.2004 r.

³ Dz.U. L 94 z 28.03.2014 r.

⁴ Dz.U. L 94 z 28.03.2014 r.

⁵ Dz.U. L 94 z 28.03.2014 r.

⁶ t.j. Dz.U.2015.2164.

⁷ Ustawą z dnia 7 maja 2009 r. o zmianie ustawy o spółdzielniach socjalnych oraz o zmianie niektórych innych ustaw, Dz.U.2009.91.742 oraz ustawą z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych, Dz.U.2009.206.1591.

⁸ Ustawą z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych, Dz.U.2009.206.1591.

⁹ Na podstawie ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw, Dz.U.2016.1020.

lub zwalnianych z zakładów karnych, osób z zaburzeniami psychicznymi, bezdomnych, osób, które uzyskały w Rzeczypospolitej Polskiej status uchodźcy lub ochronę uzupełniającą, osób do 30 roku życia oraz po ukończeniu 50 roku życia, posiadających status osoby poszukującej pracy, bez zatrudnienia, osób będących członkami mniejszości znajdującej się w niekorzystnej sytuacji, w szczególności będących członkami mniejszości narodowych i etnicznych. Ponadto unormowanie art. 22 ust. 2a ustawy stanowi obecnie, iż zamawiający określa minimalny procentowy wskaźnik zatrudnienia osób należących do jednej lub więcej kategorii, o których mowa w ust. 2, nie mniejszy niż 30%, osób zatrudnionych przez zakłady pracy chronionej lub wykonawców albo ich jednostki, o których mowa w ust. 2. Tak więc poprzez „klauzulę zastrzeżoną” ustawodawca postanowił tym samym ułatwić dostęp do zamówień publicznych takich podmiotów, które realizując obok celów gospodarczych również określone funkcje społeczne, mogą posiadać *de facto* obniżoną konkurencyjność na rynku. W praktyce może to oznaczać, że zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej siwz), będzie mógł zastrzec, iż prawo udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego przysługuje jedynie zakładom pracy chronionej oraz wykonawcom, których głównym celem jest społeczna i zawodowa integracja osób niepełnosprawnych lub innych osób defaworyzowanych.

W myśl obowiązującej od 16 lipca 2009 r. regulacji art. 29 ust. 4 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych tzw. klauzula zatrudnieniowa pozwala zamawiającemu na to, aby zobowiązać wykonawcę zamówienia publicznego do jego realizacji przez zatrudnienie osób mających kłopoty w dostępie do rynku pracy, tj. osób niepełnosprawnych, bezrobotnych, młodocianych w celu przygotowania zawodowego, bezdomnych, uzależnionych od alkoholu, uzależnionych od narkotyków lub innych środków odurzających, chorych psychicznie, zwalnianych z zakładów karnych¹⁰. Kolejna nowelizacja Prawa zamówień publicznych od 19 października 2014 r. wprowadziła dodatkowe rozwiązania w kontekście tej klauzuli społecznej¹¹. Przede wszystkim w art. 29 ust. 4 pkt 4 ustawy została przewidziana możliwość określenia przez zamawiającego w siwz wymagania związanego z realizacją zamówienia, dotyczącego zatrudnienia na podstawie umowy o pracę przez wykonawcę lub podwykonawcę osób wykonujących czynności w trakcie realizacji zamówienia na roboty budowlane lub usługi, jeżeli jest to uzasadnione przedmiotem lub charakterem tych czynności. Ponadto w art. 91 ust. 2 ustawy wprowadzono obowiązek stosowania przez zamawiającego dodatkowych, poza ceną, kryteriów oceny oferty, wśród których mogą wystąpić kryteria poświęcone aspektom społecznym. Warto podkreślić, iż od 28 lipca 2016 r. klauzula zatrudnieniowa została „wzmocniona” poprzez dodanie przepisu art. 29 ust. 3a ustawy, w myśl którego zamawiający określa w opisie przedmiotu zamówienia na usługi lub roboty budowlane wymagania zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie umowy o pracę osób wykonujących wskazane przez zamawiającego czynności w zakresie realizacji zamówienia, jeżeli wykonanie tych czynności polega na wykonywaniu pracy w sposób określony w art. 22 § 1 Kodeksu pracy¹².

Tak więc „klauzula zatrudnieniowa” ma pozwolić na zatrudnienie przede wszystkim takich kategorii osób, które borykają się z problemem „znalezienia pracy”. Od ostatniej nowelizacji Prawa zamówień publicznych niewątpliwie klauzula ta może być również postrzegana jako ważne narzędzie zwalczania zjawiska bezrobocia. Wprowadzone od 28 lipca 2016 r. unormowanie art. 29 ust. 3a ustawy obliuguje bowiem zamawiającego do określenia w siwz na usługi lub roboty budowlane wymagania zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie umowy o pracę osób uczestniczących w jego realizacji, jeżeli ich praca będzie świadczona

¹⁰ Ustawą z dnia 7 maja 2009 r. o zmianie ustawy o spółdzielniach socjalnych oraz o zmianie niektórych innych ustaw, Dz.U.2009.91.742.

¹¹ Ustawą z dnia 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych, Dz.U.2014.1232.

¹² Ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw, Dz.U.2016.1020.

w ramach istnienia cech stosunku pracy. Jednocześnie zwraca uwagę to, iż ustawodawca nowelizując w 2016 r. Prawo zamówień publicznych w tym zakresie nie ustalił wprost narzędzi kontrolowania przestrzegania tego wymogu przez zamawiającego oraz wykonawcę lub podwykonawcę oraz konsekwencji naruszeń w tym obszarze. Dlatego wydaje się racjonalnym postulat, aby do takich umów na realizację zamówień publicznych wprowadzać postanowienia dotyczące zasad kontrolowania wykonawców i „sankcje” za niewypełnienie obowiązku zatrudniania na podstawie umowy o pracę.

W ramach unormowań art. 29 ust. 4 pkt 2, 3 ustawy Prawo zamówień publicznych od 16 lipca 2009 r. do polskiego porządku prawnego wprowadzono tzw. klauzulę propracowniczą¹³. Zgodnie z tymi regulacjami zamawiający mógł postawić wykonawcy warunek utworzenia funduszu szkoleniowego i zwiększenia wpłat pracodawców na taki fundusz. Instytucja ta miała pozwalać na stworzenie stałych narzędzi podnoszenia kwalifikacji pracowników, a przez to na zwiększanie ich „atrakcyjności” na rynku pracy. Klauzula ta przestała funkcjonować w ustawie Prawo zamówień publicznych na podstawie ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw, która uchyliła postanowienia ją statuujące.

Przytoczone w pewnym skrócie regulacje dotyczące zamówień publicznych w zakresie klauzul społecznych mają oczywiście określone praktyczne znaczenie dla stosowania umów o pracę przy realizacji kontraktów publicznych. Z całą pewnością, w sytuacji w której w siwz i w umowie na wykonanie zamówienia publicznego zostanie określony wymóg jego realizacji przy pomocy osób zatrudnionych na podstawie umowy o pracę, będzie to miało znaczenie dla oceny prawidłowości zawarcia przez strony umowy cywilnoprawnej, dokonywanej przez sąd pracy czy inspektora pracy. W tym miejscu warto zauważyć, że Państwowa Inspekcja Pracy w 2017 r. realizuje planowane zadanie dotyczące prawidłowości zawierania umów o pracę u wykonawców lub podwykonawców zamówień publicznych na usługi i roboty budowlane. Ponadto zagadnienia te będą stanowić przedmiot czynności kontrolnych w związku ze skargami lub wnioskami o przeprowadzenia kontroli w tym zakresie, składanymi przez zainteresowanych pracowników, czy zamawiających. Czynności kontrolne w tym obszarze będą polegały na analizie zapisów dotyczących klauzul społecznych zawartych w umowach na realizację zamówień publicznych (zamieszczanych w Biuletynie Informacji Publicznej). Następnie w przypadkach, w których kontrakt publiczny będzie przewidywał jego wykonanie przez wykonującego usługę z wykorzystaniem osób zatrudnionych na podstawie umowy o pracę, w podmiocie takim może odbyć się kontrola inspektora pracy w obszarze podstaw świadczenia pracy przez osoby realizujące ten kontrakt.

Należy jednak wyraźnie podkreślić, że tak dla sądu pracy, jak i inspektora pracy wymogi zawarte w siwz i w umowie na jego realizację nie mogą mieć rozstrzygającego znaczenia dla oceny zgodności z prawem rodzaju podstawy prawnej świadczenia pracy przez daną osobę. Oczywiście zapisy te mają swoją wagę i będą stanowić okoliczność przemawiającą dodatkowo za tym, że w danym stanie faktycznym powinna być zawarta umowa o pracę, a nie np. umowa o świadczenie usług, o której mowa w art. 750 Kodeksu cywilnego. Na temat tego, w jaki sposób powinny być rozpatrywane przez sądy powszechne sprawy o ustalenie istnienia stosunku pracy wypowiedział się Sąd Najwyższy na przykład w wyroku z dnia 17 maja 2016 r. stwierdzając, iż zasadnicze znaczenie w procesie sądowego badania, czy dany stosunek prawny jest stosunkiem pracy, ma ustalenie, czy praca wykonywana w ramach badanego stosunku prawnego faktycznie ma cechy wymienione w art. 22 § 1 k.p. Sąd w pierwszej kolejności bada, czy dana praca jest zatrudnieniem

¹³ Na podstawie ustawy z dnia 7 maja 2009 r. o zmianie ustawy o spółdzielniach socjalnych oraz o zmianie niektórych innych ustaw, Dz.U.2009.91.742.

w warunkach określonych w art. 22 § 1 k.p. Gdy umowa faktycznie jest wykonywana w warunkach wskazujących na stosunek pracy, to ustalenie to, a nie treść oświadczeń woli złożonych przy jej zawieraniu, decyduje o charakterze łączącego strony stosunku prawnego¹⁴.

Tak więc decydujące znaczenie co do tego, czy w danym przypadku powinna być zawarta umowa o pracę (a nie umowa zlecenie, o której mowa w art. 734 Kodeksu cywilnego czy umowa o świadczenie usług, o której mowa w art. 750 Kodeksu cywilnego) ma to, czy praca jest świadczona w warunkach istnienia cech stosunku pracy, o których mowa w art. 22 § 1 Kodeksu pracy. W myśl tego przepisu przez nawiązanie stosunku pracy, pracownik zobowiązuje się do wykonywania pracy określonego rodzaju na rzecz pracodawcy i pod jego kierownictwem oraz w miejscu i czasie wyznaczonym przez pracodawcę, a pracodawca – do zatrudniania pracownika za wynagrodzeniem. Dodatkowo zgodnie z regulacjami art. 22 § 1¹, 1² Kodeksu pracy zatrudnienie w tych warunkach jest zatrudnieniem na podstawie stosunku pracy, bez względu na nazwę zawartej przez strony umowy. Przy tym nie jest dopuszczalne zastąpienie umowy o pracę umową cywilnoprawną przy zachowaniu warunków wykonywania pracy, określonych w art. 22 § 1 Kodeksu pracy. Uwzględniając powyższe przyjmuje się, iż stosunek pracy to więź prawna o charakterze dobrowolnym i trwałym, łącząca pracownika i pracodawcę, której treścią jest obowiązek osobistego świadczenia pracy określonego rodzaju przez pracownika w ustalonym miejscu i czasie, pod kierownictwem, na rzecz i ryzyko pracodawcy oraz obowiązek pracodawcy zatrudniania pracownika przy umówionej pracy i wypłacania mu wynagrodzenia za pracę¹⁵.

Tak więc w praktyce to warunki, w jakich wykonywana jest praca przy realizacji kontraktów publicznych powinny decydować o rodzaju formalnoprawnej podstawy jej świadczenia. Jeżeli warunki te są charakterystyczne dla stosunku pracy, to praca winna być wykonywana w oparciu o umowę o pracę, bez względu na to, czy taki wymóg przewidziano w siwz i umowie na jego realizację. W związku z powyższym w tym miejscu należy przyrzeć się głównym cechom stosunku pracy. Na ich temat wielokrotnie wypowiadali się zarówno przedstawiciele doktryny prawa pracy, jak i judykatury. Przykładowo w wyroku z dnia 20 sierpnia 2015 r. Sąd Apelacyjny w Poznaniu orzekł, między innymi, że z przepisu art. 22 § 1 k.p. wynika, iż stosunek pracy jest dobrowolnym stosunkiem prawnym o charakterze zobowiązaniowym, zachodzącym między dwoma podmiotami, z których jeden, zwany pracownikiem, obowiązany jest świadczyć osobiście i w sposób ciągły, powtarzający się, na rzecz i pod kierownictwem drugiego podmiotu, zwanego pracodawcą, pracę określonego rodzaju oraz w miejscu i czasie wyznaczonym przez pracodawcę, a pracodawca zatrudniać pracownika za wynagrodzeniem. Dlatego nie można mówić o umowie o pracę, jeżeli w łączącym strony stosunku prawnym brak jest podstawowych elementów charakterystycznych dla stosunku pracy¹⁶. Warto przy tym zauważyć, iż obecnie powszechne jest przeświadczenie, iż przepis art. 22 § 1¹ Kodeksu pracy nie stwarza prawnego domniemania zawarcia umowy o pracę. Dlatego też o rodzaju zawartej umowy decydują: wola stron, nazwa umowy i faktyczny sposób wykonywania pracy (cechy)¹⁷.

W orzecznictwie za niezwykle istotną dla ustalenia istnienia stosunku pracy przyjmuje się wolę stron tego stosunku. W wyroku z 13 kwietnia 2000 r. Sąd Najwyższy orzekł, że o wyborze rodzaju podstawy prawnej zatrudnienia decydują zainteresowane strony (art. 353¹ KC w zw. z art. 300 k.p.), kierując się nie tyle przesłanką przedmiotu zobowiązania, ile sposobu jego realizacji¹⁸. Podobnie w wyroku z 14 lutego 2001 r. SN uznał, iż decydujące znaczenie należy

¹⁴ Wyrok SN z dnia 17.05.2016 r., I PK 139/15, LEX nr 2057610.

¹⁵ Tak: T. Liszecz: Prawo pracy, Warszawa 2011, s. 101–102.

¹⁶ Wyrok SA w Poznaniu z dnia 20 sierpnia 2015 r., III AUa 1984/14, LEX nr 1842886.

¹⁷ Por. A. Patulski: Stosunek pracy (w) Kodeksu pracy Komentarz dla menedżerów HR, Gdańsk 2011, s. 101–102.

¹⁸ Wyrok SN z 13.4.2000 r., I PKN 594/99, OSNAPiUS, nr 21/2001, poz. 637.

przypisać woli stron i zamiarowi ukształtowania w określony sposób treści łączącego je stosunku prawnego, zamiarowi towarzyszącemu zawarciu i kontynuowaniu stosunku umownego. Dopiero w razie ustalenia, że w łączącym strony stosunku prawnym zdecydowanie nie ma elementów typowych dla stosunku pracy, natomiast występują elementy obce stosunkowi pracy (np. brak podporządkowania), nie można przyjąć, iż została zawarta umowa o pracę. Wówczas dla ustalenia, że stron nie łączył stosunek pracy, nie jest konieczne precyzyjne nazwanie łączącej strony umowy cywilnoprawnej¹⁹.

Jednocześnie jednak zasada swobody umów wynikająca z art. 353¹ Kodeksu cywilnego nie jest niczym nieograniczona. Zgodnie bowiem z tym unormowaniem strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiał się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego. W sferze stosunku pracy ograniczenia te, ze względu na interes słabszej ekonomicznie jego strony, tj. pracownika, są liczniejsze. Toteż, jeżeli w treści stosunku prawnego łączącego strony przeważają cechy charakterystyczne dla stosunku pracy określone w art. 22 § 1 Kodeksu pracy, tj. wykonywanie odpłatnej pracy określonego rodzaju na rzecz pracodawcy i ryzyko pracodawcy i pod jego kierownictwem oraz w miejscu i czasie wyznaczonym przez pracodawcę, to mamy do czynienia z zatrudnieniem na podstawie stosunku pracy bez względu na nazwę umowy zawartej przez strony²⁰.

Przedstawiciele doktryny i judykatury w zasadzie jednomyślnie przyjmują, że decydującą cechą stosunku pracy jest podporządkowanie pracownika pracodawcy w procesie świadczenia pracy. Podporządkowanie to może oznaczać obowiązek wykonywania poleceń pracodawcy, osoby zarządzającej w imieniu pracodawcy zakładem pracy lub osoby kierującej pracownikami. Przykładowo w orzeczeniu z dnia 25 listopada 2005 r. Sąd Najwyższy uznał, iż wykonywanie takich samych czynności może występować w ramach umowy o pracę i umowy cywilnoprawnej. Cechą umowy o pracę nie jest pozostawanie w dyspozycji pracodawcy, bo to może występować też w umowach cywilnoprawnych, lecz wykonywanie pracy pod kierownictwem pracodawcy (pracy podporządkowanej). Ta cecha ma charakter konstrukcyjny dla istnienia stosunku pracy²¹. Warto przy tym zauważyć, że podporządkowanie nie zawsze musi oznaczać relacji zależności pomiędzy konkretnymi osobami. Niekiedy (w szczególności w przypadku stanowisk kierowniczych), może ono polegać na stosowaniu się do określonych reguł organizacyjnych i porządkowych obowiązujących w danym podmiocie. W wyroku z dnia 7 września 1999 r. Sąd Najwyższy stwierdził, iż podporządkowanie pracownika może polegać na określeniu przez pracodawcę czasu pracy i wyznaczeniu zadań, natomiast co do sposobu ich realizacji pracownik ma pewien zakres swobody, zwłaszcza jeżeli wykonuje zawód twórczy²². Z kolei w wyroku z dnia 6 grudnia 2016 r. SN uznał, iż podporządkowanie jest jedną z najistotniejszych cech stosunku pracy, a jej brak jest wystarczający do uznania, że wykonywana praca nie jest świadczona w ramach stosunku pracy. Właściwość ta nie została zdefiniowana. Powszechnie przyjmuje się, że obejmuje ona polecenia i sferę organizacyjną. Pojęcie kierownictwa pracodawcy, o którym mowa w art. 22 § 1 k.p., nie ma jednowymiarowego kształtu. Dostrzegalna jest tendencja do „rozluźnienia” tego rygoru w stosunku do poszczególnych grup pracowniczych albo z uwagi na rodzaj wykonywanej pracy. Przyjmuje się, że podporządkowanie pracownika może polegać na określeniu przez pracodawcę czasu pracy i wyznaczeniu zadań, natomiast co do sposobu ich realizacji pracownik ma pewien zakres swobody, zwłaszcza gdy wykonuje zawód twórczy. Wskazano, że pojęcie podporządkowania ewoluuje w miarę rozwoju stosunków społecznych. W miejsce dawnego systemu ścisłego

¹⁹ Wyrok SN z 14.2.2001 r., I PKN 256/00, OSNAPiUS, nr 23/2002, poz. 564.

²⁰ Por. wyrok SN z 12.1.1999 r., I PKN 535/98, OSNAPiUS, nr 5/2000, poz. 175; wyrok SN z 09.02.1999 r., I PKN 562/98, OSNAPiUS Nr 6/2000, poz. 223.

²¹ Wyrok SN z 25.11.2005 r., I UK 68/05, Wokanda 2006/4/26.

²² Wyrok SN z 07.09.1999 r., I PKN 277/99, OSNP 2001/1/18.

hierarchicznego podporządkowania pracownika i obowiązku stosowania się do dyspozycji pracodawcy nawet w technicznym zakresie działania, pojawia się nowe podporządkowanie autonomiczne polegające na wyznaczaniu pracownikowi przez pracodawcę zadań bez ingerowania w sposób wykonywania tych zadań²³. Odnosząc się do tej kwestii B. Wagner uznała, iż cechą stosunku pracy nie jest pozostawanie w dyspozycji pracodawcy lecz wykonywanie pracy pod jego kierownictwem. Przy tym kierownictwo nad wykonywaniem pracy polega na kompetencji pracodawcy do wydawania pracownikowi poleceń dotyczących pracy. Jednocześnie zakres podporządkowania związany jest ściśle z rodzajem pracy. Na stanowiskach samodzielnych lub wymagających wysokich, specjalistycznych kwalifikacji zawodowych oraz przy pracach twórczych i koncepcyjnych przybiera ono częściej postać podporządkowania ekonomicznego lub nawet tzw. autonomicznego²⁴.

Ważną cechą stosunku pracy jest osobisty i powtarzalny charakter świadczonej pracy. Niewątpliwie sytuacja, w której pracownik w praktyce może posłużyć się w wykonywaniu swoich obowiązków pomocą osób trzecich przesądza o pozapracowniczym charakterze istniejącego pomiędzy stronami stosunku prawnego. Takie stanowisko zajął Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 28 października 1998 r. uznając, że brak bezwzględnego obowiązku osobistego świadczenia pracy wyklucza możliwość zakwalifikowania stosunku prawnego jako umowy o pracę²⁵. Praca w ramach stosunku pracy jest świadczona systematycznie, w sposób powtarzalny. Jest to związane z obowiązkiem pracodawcy do zapewnienia pracownikowi pracy w wymiarze czasu pracy określonym w umowie o pracę. Również przedstawiciele doktryny podnoszą, iż poza odpłatnością pracy i podporządkowaniem pracownika pracodawcy, za konstytutywne cechy stosunku pracy uważa się osobiste świadczenie pracy przez pracownika oraz ryzyko pracodawcy²⁶. Podkreśla się przy tym, że to osobiste świadczenie pracy („pracowanie”) jako przedmiot zobowiązania pracownika odróżnia umowę o pracę, jako umowę starannego działania, od umowy o dzieło, jako umowy rezultatu²⁷.

O istnieniu stosunku pracy decyduje również wyznaczanie przez pracodawcę (lub jego przedstawiciela) miejsca i czasu wykonywania pracy, co wiąże się z podporządkowanym charakterem pracy osoby zatrudnionej. Dochodzi do tego przede wszystkim poprzez ustalenie zgodnie z regulacją art. 150 § 1 Kodeksu pracy systemów i rozkładów czasu pracy oraz przyjętych okresów rozliczeniowych czasu pracy w układzie zbiorowym pracy lub w regulaminie pracy albo w obwieszczeniu. Ponadto w myśl unormowania art. 129 § 3 Kodeksu pracy rozkład czasu pracy (tzw. harmonogram czasu pracy) danego pracownika może być sporządzony – w formie pisemnej lub elektronicznej – na okres krótszy niż okres rozliczeniowy, obejmujący jednak co najmniej 1 miesiąc. Pracodawca przekazuje pracownikowi rozkład czasu pracy co najmniej na 1 tydzień przed rozpoczęciem pracy w okresie, na który został sporządzony ten rozkład.

Pracownik świadczy pracę na rzecz i ryzyko pracodawcy. Tak więc to podmiot zatrudniający jest uprawniony do czerpania wszelkich zysków prowadzonej działalności, ale też ponosi konsekwencje powstających w związku z nią strat. Ponadto jeżeli tylko pracownik wykonywał swoje obowiązki starannie, zachowuje prawo do wynagrodzenia, chociażby nawet ich rezultat był niezgodny z oczekiwaniami pracodawcy²⁸. W wyroku z dnia 26 czerwca 1996 r. Sąd Apelacyjny w Lublinie

²³ Wyrok SN z 06.12.2016 r., II UK 439/15, LEX nr 2188634.

²⁴ Por. B. Wagner: Stosunek pracy (w) Kodeks pracy 2010. Komentarz (pod red.) B. Wagner, Gdańsk 2010, s. 141; A. Patulski, jw., s. 102.

²⁵ Wyrok SN z 28.10.1998 r., I PKN 416/98, OSNP 1999/24/775.

²⁶ Tak np. B. Wagner, jw. s. 142.

²⁷ Por. T. Liszcz, jw., s. 100–101.

²⁸ T. Liszcz, jw., s. 101.

uznał wprost, iż stosunek pracy to więź prawna o charakterze dobrowolnym i trwałym, łącząca pracownika i pracodawcę, której treścią jest obowiązek osobistego wykonywania pracy określonego rodzaju przez pracownika pod kierownictwem, na rzecz i na ryzyko pracodawcy oraz obowiązek pracodawcy zatrudnienia pracownika przy umówionej pracy i wypłacanie mu wynagrodzenia za pracę²⁹.

Praca wykonywana w ramach stosunku pracy jest pracą odpłatną. Dlatego też wynagrodzenie za pracę jest to świadczenie wzajemne uzyskiwane przez pracownika w zamian za pracę wykonywaną na rzecz pracodawcy w ramach łączącego ich stosunku pracy. O świadczeniu pieniężnym za czas niewykonywania pracy może być mowa jedynie wyjątkowo, gdy ustawa tak stanowi. Należy zaznaczyć, że również ten wyjątek jest cechą charakterystyczną wynagrodzenia za pracę. Zasadniczo bowiem w innych stosunkach o charakterze zobowiązaniowym, w których przedmiotem jest świadczenie pracy najemnej, za czas jej niewykonywania wynagrodzenie nie przysługuje³⁰. W uchwale z dnia 30 grudnia 1986 r. SN stwierdził, że wynagrodzenie za pracę jest to świadczenie konieczne o charakterze przysparzająco-majątkowym, które zakład pracy jest obowiązany wypłacać okresowo pracownikowi w zamian za wykonaną przezeń pracę, świadczoną w oparciu o wiążący go z zakładem pracy stosunek pracy, odpowiednio do jej rodzaju, ilości i jakości³¹. W piśmiennictwie prawa pracy w zasadzie powszechnie przyjmuje się, że odpłatność jest przymiotem stosunku pracy, od którego prawo nie przewiduje żadnych wyjątków. Zrzeczenie się prawa do wynagrodzenia za pracę lub przeniesienie go na inną osobę jest nieważne (art. 84 k.p.)³².

Należy w tym miejscu zauważyć, że przedstawiciele judykatury wskazują, iż w przypadku występowania w danym stosunku cech charakterystycznych zarówno dla stosunku pracy jak i stosunków cywilnoprawnych decydujące znaczenie ma istnienie cech przeważających. Przykładowo w orzeczeniu z dnia 14 września 1998 r. Sąd Najwyższy uznał, że wobec różnych cech charakterystycznych wykonywania zatrudnienia na podstawie umowy o pracę i umów cywilnoprawnych, dla oceny rodzaju stosunku prawnego decydujące jest ustalenie, które z tych cech mają charakter przeważający³³.

Z punktu widzenia inspektora pracy, w sytuacji gdy stwierdzi, że praca wykonywana przez daną osobę przy realizacji zamówienia publicznego jest lub była świadczona w warunkach istnienia cech stosunku pracy powinien on zastosować środki prawne mające na celu przywrócenie zgodności stanu faktycznego ze stanem prawnym. Na podstawie regulacji art. 11 pkt 8 ustawy z dnia 13 kwietnia 2007 r. o Państwowej Inspekcji Pracy organy Inspekcji są uprawnione odpowiednio do: skierowania wystąpienia lub wydania polecenia, w sprawie usunięcia tych nieprawidłowości³⁴. Natomiast w przypadku, gdy pracodawca nie zechce zrealizować skierowanego do niego polecenia lub wystąpienia, w myśl przepisu art. 10 ust. 1 pkt 11 ustawy inspektor pracy ma prawo wnoszenia powództw, a za zgodą osoby zainteresowanej – uczestnictwo w postępowaniu przed sądem pracy, w sprawach o ustalenie istnienia stosunku pracy. Warto przy tym zauważyć, iż również zgodnie z regulacją art. 63¹ Kodeksu postępowania cywilnego w sprawach o ustalenie istnienia stosunku pracy inspektorzy pracy mogą wytaczać powództwa na rzecz obywateli, a także wstępować, za zgodą powoda, do postępowania w tych sprawach w każdym jego stadium.

²⁹ Wyrok SA w Lublinie z 26.06.1996 r., III APr 10/96 Apel.-Lub. 1997/2/10.

³⁰ Na ten temat: K. Łapiński: Godziwe wynagrodzenie za pracę, *Monitor Prawa Pracy* 2011 nr 12, s. 633–640.

³¹ Uchwała SN z 30.12.1986r., III PZP 42/86, OSNCP 1987, nr 8, poz. 106.

³² Por. B. Wagner, *iw.* s. 141.

³³ Wyrok SN z 14.09.1998 r., I PKN 334/98, OSNP 1999/20/646.

³⁴ t.j. Dz.U.2015.640.

Należy ponadto zauważyć, że nieuprawnione zawarcie umowy cywilnoprawnej zamiast umowy o pracę stanowi wykroczenie przeciwko prawom pracownika. Zgodnie bowiem z przepisem art. 281 pkt 1 Kodeksu pracy, kto będąc pracodawcą lub działając w jego imieniu zawiera umowę cywilnoprawną, w warunkach w których zgodnie z art. 22 § 1 powinna być zawarta umowa o pracę podlega karze grzywny od 1000 zł do 30000 zł. Dlatego też w takich stanach faktycznych inspektor pracy zasadniczo jest zobowiązany do wszczęcia postępowania wykroczeniowego w stosunku do osoby, która zawarła niezgodnie z prawem np. umowę zlecenia czy umowę o świadczenie usług. W świetle bowiem regulacji art. 10 ust. 1 pkt 15 ustawy o Państwowej Inspekcji Pracy do zadań Inspekcji należy ściganie wykroczeń przeciwko prawom pracownika określonych w Kodeksie pracy.

Uwzględniając powyższe rozważania należy przyjąć, iż sam fakt pojawienia się w zamówieniach publicznych tzw. klauzul społecznych jest działaniem pozytywnym. Narzędzia te mogą zapewnić integrację i aktywizację zawodową osób reprezentujących grupy społeczne borykające się z bezrobociem, bezdomnością i innymi problemami powodującymi ich wykluczenie społeczne i zawodowe. Ponadto „dyrektywa zatrudnieniowa”, „wzmocniona” w ostatniej nowelizacji ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez unormowanie art. 29 ust. 3a ustawy, obligujące zamawiającego do określenia w siwz na usługi lub roboty budowlane wymagania zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie umowy o pracę osób uczestniczących w jego realizacji, jeżeli ich praca będzie świadczona w ramach istnienia cech stosunku pracy, stanowić może dość skuteczne narzędzie wspierające walkę z nieuprawnionym zawieraniem umów cywilnoprawnych, zamiast umów o pracę. Dodatkowo może przyczynić się do ograniczenia zjawiska bezrobocia. Wydaje się przy tym, że w praktyce mankamentem w tym zakresie może okazać się to, iż ustawodawca nie przewidział w ustawie narzędzi pozwalających na weryfikację przestrzegania tego wymogu przez zamawiającego oraz wykonawcę lub podwykonawcę oraz konsekwencji naruszeń w tym obszarze. Dlatego też *de lege lata* racjonalnym jest postulat, aby podmioty udzielające zamówień publicznych w pełni stosowały przepis art. 36 ust. 2 pkt 8a ustawy, w myśl którego siwz powinna zawierać, między innymi, uprawnienia zamawiającego w zakresie kontroli spełniania przez wykonawcę wymagań dotyczących zatrudnienia na podstawie umowy o pracę osób wykonujących wskazane przez zamawiającego czynności w zakresie realizacji zamówienia, oraz sankcji z tytułu niespełnienia tych wymagań. Oczywiście dla zapewnienia jak największej skuteczności takich postanowień zamawiający winni następnie zapewnić praktyczne stosowanie przewidzianych mechanizmów kontrolnych w trakcie realizacji zamówienia. Natomiast *de lege ferenda* ustawodawca powinien takie instrumenty wprowadzić do Prawa zamówień publicznych przy najbliższej nowelizacji ustawy. Do czasu dokonania postulowanej zmiany, nad wykonywaniem postanowień kontraktów publicznych dotyczących ich realizacji przez osoby świadczące pracę na podstawie umów o pracę „czuwać” będą przede wszystkim organy Państwowej Inspekcji Pracy.

KWALIFIKACJA PODMIOTOWA WYKONAWCÓW W KONTEKŚCIE UZUPEŁNIANIA DOKUMENTÓW

adw. Grzegorz Matejczuk, Kancelaria Prawna PIERÓG & Partnerzy

adw. Jerzy Pieróg, Kancelaria Prawna PIERÓG & Partnerzy

Abstrakt

Referat przedstawia wybrane regulacje procedury uzupełniania dokumentów, która uległa istotnym modyfikacjom wskutek implementacji Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE. W szczególności podejmuje zagadnienia związane z praktycznym stosowaniem art. 26 ustawy Prawa zamówień publicznych, nowymi zasadami dokonywania wezwań przez zamawiającego i wątpliwościami, jakie nasuwa nowa regulacja. Referat stanowi również próbę przedstawienia wniosków i propozycji *de lege ferenda*, które mogą przyczynić się do usprawnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Abstract

The Paper presents selected regulations of the procedure under which the awarding entity call upon the contractor to supplement documents, which procedure has been significantly modified as a result of the transposing of the Directive 2014/24/EU of the European Parliament and the Council. In particular, discusses the issues related to Article 26 of Public Procurement Law, including new general rules and obligations of the contracting authorities and doubts arising from the new law. The Paper also presents *de lege ferenda* conclusions and suggestions which can improve elements of procurement procedure.

Wstęp

Przedmiot niniejszego referatu został skoncentrowany na analizie jednego z etapów procesu kwalifikacji podmiotowej wykonawców, jakim jest etap wzywania przez zamawiającego oraz uzupełniania przez wykonawców dokumentów i oświadczeń wymaganych przez zamawiającego w ramach kwalifikacji podmiotowej wykonawców. Ten obligatoryjny element procedury udzielenia zamówienia publicznego należy uznać za jeden z kluczowych etapów, decydujących o sprawnym i prawidłowym przebiegu całego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Z perspektywy wykonawcy przeprowadzenie procedury wezwań powinno przede wszystkim chronić przed nieuzasadnionym wykluczeniem z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2015.2164) – dalej: ustawa Pzp¹, co z kolei w naturalny sposób wiąże się z obowiązkiem przestrzegania podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych w postaci zapewnienia wykonawcom równego traktowania

¹ Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu lub nie został zaproszony do negocjacji lub złożenia ofert wstępnych albo ofert, lub nie wykazał braku podstaw do wykluczenia.

oraz zachowania zasad uczciwej konkurencji (art. 7 ust. 1 ustawy Pzp)². Z założenia bowiem procedura ta ma chronić wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia przed pozbawieniem ich szansy na uzyskanie zamówienia tylko z powodu popełnienia błędów w dużej mierze formalnych.

Z perspektywy zamawiającego przeprowadzenie procedury wezwań jest w pierwszej kolejności obowiązkiem ustawowym. Prawidłowe wypełnienie tego obowiązku może przekładać się w praktyce na sprawniejsze przeprowadzenie całego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Błędy lub zaniechania ze strony zamawiającego, jakie zaistnieją w tej fazie postępowania, mogą bowiem stanowić o naruszeniach prawa niweczących całe postępowanie. Najważniejsze jest jednak to, że procedura wzywania do uzupełniania oświadczeń i dokumentów powoduje wzrost konkurencyjności, gdyż zapobiega eliminowaniu z postępowania wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia, a popełniających błędy jedynie w wykazywaniu tego w sposób prawidłowy. To zaś ma przełożenie na uzyskiwanie korzystniejszych cen lub innych warunków wykonania zamówienia.

Celem niniejszego referatu jest zbadanie wpływu niektórych przepisów regulujących uzupełnianie dokumentów na prawidłowość udzielania zamówień publicznych, w szczególności w kontekście zasady zapewnienia przez zamawiającego uczciwej konkurencji. Zostanie to dokonane na podstawie analizy przepisów ustawy Pzp regulujących proces wzywania oraz uzupełniania dokumentów dla potrzeb związanych z przeprowadzeniem kwalifikacji podmiotowej wykonawców, obowiązujących po wejściu w życie ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U.2016.1020)³ oraz doświadczeń płynących ze stosunkowo krótkiego jeszcze okresu ich praktycznego stosowania. Na tej podstawie postawione zostaną też wnioski *de lege ferenda*, stanowiące próbę przedstawienia rozwiązań prawnych, których wprowadzenie może przyczynić się do usprawnienia procesu wezwań oraz uzupełnień dokumentów bądź wyeliminowania niepewności, jakie rodzi brzmienie poszczególnych przepisów ustawy Pzp. Referat nie podejmuje przy tym próby całościowego zbadania problemu, a jedynie zmierza do pokazania na kilku przykładach ułomności obecnych rozwiązań, mogących zaburzać proces udzielania zamówień podmiotom najlepiej do tego predysponowanym.

Uwagi de lege lata oraz propozycje de lege ferenda

1. Kwalifikację podmiotową wykonawców można w ujęciu systemowy podzielić na:

- 1) pozytywną – w ramach której weryfikowane jest spełnienie warunków udziału w postępowaniu (kryteria kwalifikacji);
- 2) negatywną – w ramach której weryfikowane jest, czy wykonawca nie podlega wykluczeniu (kryteria wykluczenia).

Co do zasady, każdorazowa weryfikacja obejmuje obydwa powyższe aspekty. Przepisy nie przewidują obowiązku formułowania warunków udziału w postępowaniu. Zgodnie bowiem z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu – o ile zostały one określone przez zamawiającego. Zastrzeżenie to uprawnia do wniosku, że warunki udziału nie muszą być przewidziane⁴, przy czym w odnie-

² Zgodnie z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

³ Dalej: nowelizacja lub ustawa nowelizująca.

⁴ Niemniej jednak w praktyce zamawiający najczęściej stawiają jeden lub więcej warunków udziału w postępowaniu.

sieniu do warunku dotyczącego posiadania uprawnień do prowadzenia określonej działalności, o ile przedmiot zamówienia obejmuje określoną koncesjonowaną działalność (art. 22 ust. 1b pkt 1 ustawy Pzp) trudno uznać, by zamawiający faktycznie mógł nie przewidywać tego warunku w ogłoszeniu o zamówieniu lub w zaproszeniu do potwierdzenia zainteresowania.

W konsekwencji procedura wezwań odnosi się w równym stopniu do potwierdzenia warunków udziału w postępowaniu (aspekt pozytywny), jak i wykazania braku podstaw do wykluczenia (aspekt negatywny). Na obu płaszczyznach po stronie wykonawcy istnieje obowiązek złożenia szeregu dokumentów, które na mocy delegacji przewidzianej w art. 25 ust. 2 ustawy Pzp zostały określone w rozporządzeniu Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz.U.2016.1126).

Z obowiązkiem wykonawców skorelowany pozostaje obowiązek wezwania przez zamawiającego do uzupełnienia lub wyjaśnienia oświadczeń i dokumentów. Kluczowym dla procedury wezwań, także po nowelizacji, pozostaje przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, który statuuje obowiązek wezwania wykonawcy na wypadek, gdyby wymagane dokumenty i oświadczenia nie zostały złożone, zawierały braki, błędy lub budziły wątpliwości zamawiającego. W konsekwencji, w stanie prawnym po nowelizacji utrzymana została zasada, że względem każdego z wymaganych dokumentów wykonawcy przysługuje prawo jego uzupełnienia.

W związku z powyższym warto wskazać, że w przepisie art. 56 ust. 3 dyrektywy 2014/24/UE⁵ przewidziano, że: „Jeżeli informacje lub dokumentacja, które mają zostać złożone przez wykonawców, są lub wydają się niekompletne lub błędne, lub gdy brakuje konkretnych dokumentów, instytucje zamawiające mogą – chyba że przepisy krajowe wdrażające niniejszą dyrektywę stanowią inaczej – zażądać, aby dani wykonawcy złożyli, uzupełnili, doprecyzowali lub skompletowali stosowne informacje lub dokumentację w odpowiednim terminie, pod warunkiem że takie żądania zostaną złożone przy pełnym poszanowaniu zasad równego traktowania i przejrzystości”.

Zastrzeżenie „chyba że przepisy krajowe wdrażające niniejszą dyrektywę stanowią inaczej” pozwala na wniosek, że w zakresie procedury uzupełniania oświadczeń i dokumentów państwa członkowskie korzystają ze znacznej swobody legislacyjnej. Otwiera to pole do rozważań nad zakresem i sposobem ukształtowania procedury uzupełniania niezbędnych oświadczeń i dokumentów. Warty jest przykładowo to, czy niektóre dokumenty można by uznać za niepodlegające uzupełnieniu. Wykonawca miałby obowiązek ich złożenia na żądanie zamawiającego, niemniej jednak nie miałby niejako „drugiej szansy” na ich dostarczenie, poprawienie czy wymienienie. Do tego rodzaju dokumentów można by zaliczyć dokumenty dotyczące, np. niekaralności wykonawcy, czy wywiązywania się z obowiązków publiczno-prawnych. Są to dokumenty powszechnie używane, a ich treść jest ustandaryzowana i nie jest kształtowana przez wykonawcę, ale przez organ, który je wystawia. Profesjonalny wykonawca nie powinien mieć większych trudności ze złożeniem prawidłowych dokumentów już na pierwsze żądanie ze strony zamawiającego. Brak możliwości ich uzupełnienia odczytałby zamawiających i zapewne przyczynił się do sprawniejszego przeprowadzenia przetargu.

Jako podlegające uzupełnieniu należałoby natomiast uznać te wszystkie dokumenty, które są niejako „personalizowane” pod konkretne zamówienie – a więc wykazy dostaw, usług, czy robót budowlanych, poświadczenia ich należytego wykonania, wykazy osób, zobowiązania podmiotów trzecich, etc.

⁵ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE; Dz.U.Ue.L.2014.94.65, która została implementowana do polskiego porządku prawnego na mocy ustawy nowelizującej z dnia 22 czerwca 2016 r.

2. Istotną nowością w obecnym brzmieniu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp jest to, że przepis ten stanowi nie tylko o uzupełnieniu lub poprawieniu dokumentów i oświadczeń, ale także obejmuje swoją dyspozycją udzielenie wyjaśnień przez wykonawcę. Jednocześnie ustawodawca krajowy pozostawił w mocy przepis art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, który w całości poświęcony jest właśnie wezwaniu wykonawcy do złożenia wyjaśnień.

W sposób naturalny pojawiają się wątpliwości co do relacji art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, ale co ważniejsze, powstają wątpliwości co do sposobu stosowania samego art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Tytułem przykładu można wskazać sytuację, w której zamawiający wypełnia obowiązek wezwania wykonawcy do złożenia dokumentów, przy czym dokumenty złożone na wezwanie budzą wątpliwości. W tej sytuacji nasuwa się pytanie, czy zamawiający ma obowiązek dalej procedować w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp i dokonywać kolejnego wezwania wykonawcy, tym razem do złożenia wyjaśnień. Jest to tym bardziej uzasadnione, gdy weźmie się pod uwagę, że wykonawca może początkowo w ogóle nie złożyć dokumentów, a więc dopiero po wezwaniu do ich złożenia, a następnie po ich weryfikacji przez zamawiającego, mogą pojawić się wątpliwości, których obowiązek wyjaśnienia przewiduje art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Respektując wypracowaną w orzecznictwie zasadę jednokrotności wezwania z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp należałoby opowiedzieć się przeciwko kolejnym wezwaniom na podstawie tego przepisu. Podejście to wpisywałoby się również w regułę, że to na wykonawcy spoczywa ciężar wykazania zamawiającemu spełnienia warunków kwalifikacji podmiotowej.

Jednocześnie jednak wykonawca nie powinien być pozbawiany prawa złożenia wyjaśnień. Gwarantem tego prawa powinien być jednak art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, który stanowi nie tylko o złożeniu wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, ale obejmuje swoją dyspozycją także inne dokumenty lub oświadczenia. Dyspozycja art. 26 ust. 4 ustawy Pzp jest bowiem węższa od dyspozycji art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, gdyż odnosi się tylko do dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp – podczas, gdy art. 26 ust. 3 ustawy Pzp stanowi jeszcze o oświadczeniach z art. 25a ust. 1 ustawy Pzp, jak również o „innych dokumentach niezbędnych do przeprowadzenia postępowania” – niemniej jednak dla obu tych przepisów zakresem wspólnym są dokumenty lub oświadczenia, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp. Nasuwa się tym samym kolejna wątpliwość, czy zamawiający stwarzając wykonawcy, względem tych dokumentów lub oświadczeń, możliwość złożenia wyjaśnień na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, ma obowiązek powtórzenia wezwania na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp. Literalne brzmienie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp wskazuje na obowiązek wezwania, a przepis nie zawiera w swojej treści regulacji pozwalającej na odstępianie od jego zastosowania w przypadku, gdy wezwanie do złożenia wyjaśnień zostało już wystosowane w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp (przykładowo: „z zastrzeżeniem art. 26 ust. 3”).

Powyższe przemawia za potrzebą odseparowania trybu wezwań dotyczących złożenia, uzupełnienia czy poprawienia dokumentów lub oświadczeń, od trybu wezwań służących ich wyjaśnieniu. Ujęcie w jednym przepisie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp w sposób całościowy zagadnień dotyczących wzywania do złożenia wyjaśnień wyeliminowałoby wątpliwości, jakie rodzi obecne brzmienie przepisów ustawy Pzp.

Można również postawić tezę dalej idącą, w postaci wprowadzenia do ustawy Pzp przepisu stanowiącego wprost o zasadzie jednokrotności wezwań z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Zasada ta została wypracowana w orzecznictwie, tak więc wprowadzenie przepisu stanowiącego *expressis verbis* o jednokrotności wezwań z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp stanowiłoby prawne odzwierciedlenie reguły już wypracowanej i funkcjonującej w praktyce. Jest to tym bardziej dopuszczalne, jeżeli weźmie

się pod uwagę znaczną swobodę legislacyjną przewidzianą dla państw członkowskich w odniesieniu do procedury składania czy uzupełniania oświadczeń i dokumentów.

Nadanie tej zasadzie rangi przepisu ustawowego jawi się jako zasadne zwłaszcza na gruncie obecnych przepisów ustawy Pzp, których brzmienie budzi wątpliwości i może wywoływać odmienne interpretacje, a w konsekwencji odmienne ich zastosowanie. Analizowany przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp stanowi zbiorczo o składaniu, uzupełnianiu lub poprawianiu oświadczeń lub dokumentów. Poprawiony może zostać dokument już złożony. W sytuacji, gdy wykonawca nie złożył początkowo dokumentu, zamawiający wezwał do jego złożenia, po czym pojawia się potrzeba jego poprawienia, również powstaje wątpliwość, czy zamawiający ma ponownie stosować tryb wezwania z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Literalne brzmienie tego przepisu nie wyklucza takiej wykładni, co jednak nie przystaje do wspomnianej zasady jednokrotności wezwań.

3. Problematyka wezwań zyskała na aktualności wskutek nowelizacji ustawy Pzp. Wcześniej proces uzupełniania dokumentów osadzał się na prostej zasadzie – wykonawca miał obowiązek złożenia wszystkich wymaganych dokumentów wraz z ofertą i miał prawo do jednokrotnego wezwania ze strony zamawiającego do ich uzupełnienia.

Jedną z ważniejszych zmian przewidzianych w nowelizacji było wprowadzenie nowych zasad dotyczących procedury kwalifikacji podmiotowej wykonawców, opartej na regule, że wraz z ofertą lub wnioskiem o dopuszczenie do udziału, wykonawca nie ma obowiązku składania wszystkich dokumentów, ale wystarczające jest złożenie oświadczenia, które stanowi wstępne potwierdzenie tego, że wykonawca nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu. W tzw. postępowaniach ponadprogowych przedmiotowe oświadczenie przybiera formę Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia (JEDZ).

Jak wskazano wcześniej, kluczowym dla procedury wezwań, także po nowelizacji, pozostaje przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. W świetle tego przepisu obowiązek dokonania wezwań do uzupełnienia dokumentów aktualizuje się po raz pierwszy już na etapie składania ww. oświadczenia. Stosownie do art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, oświadczenie to jest niekompletne, zawiera błędy lub budzi wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający ma obowiązek wezwania wykonawcy do jego złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielenia wyjaśnień.

Należy przypomnieć, że jednym z celów dyrektywy 2014/24/UE było stworzenie ram do sprawniejszego przeprowadzania postępowań przetargowych, czemu służyć ma zmniejszenie formalnych obowiązków po stronie wykonawców, znajdujące odzwierciedlenie we wprowadzeniu obowiązku złożenia oświadczenia w miejsce obowiązku składania na etapie oferty bądź wniosku o dopuszczenie do udziału wszystkich dokumentów podmiotowych. Obecne brzmienie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp prowadzi natomiast do wniosku, że zamawiający ma obowiązek wezwać każdego z wykonawców, który nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, bądź każdego z wykonawców, którego oświadczenie jest niekompletne, zawiera błędy lub budzi wątpliwości.

Zastosowanie procedury wezwań względem oświadczeń z art. 25a ust. 1 ustawy Pzp nie powinno budzić wątpliwości w przypadku postępowań dwuetapowych. W odniesieniu jednak do postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego powstaje pytanie o zasadność nakładania przez ustawodawcę na zamawiających obowiązku wzywania wszystkich wykonawców, którzy takiego oświadczenia nie złożyli, lub których oświadczenia cechują się powyższymi wadami, skoro i tak badanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw do wykluczenia koncentruje się na wykonawcy, którego oferta została najwyższej oceniona (art. 26 ust. 1 ustawy Pzp).

Dla zobrazowania problemu można przedstawić przykład, w którym w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego zamawiający otrzymuje kilkanaście ofert, spośród których kilka nie zawiera oświadczenia z art. 25a ust. 1 ustawy Pzp, bądź oświadczenia te cechują się wadami, a zamawiający ma jednocześnie przesłanki do uznania, że żadna z tych ofert nie może zostać najwyższej oceniona w świetle przyjętych kryteriów oceny ofert. Formalnie zamawiający musi jednak przeprowadzić procedurę wezwania z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, co wydłuża postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego.

Należy wskazać, że przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp został poddany wykładni Urzędu Zamówień Publicznych, która pozwala na wniosek, że sposób jego zastosowania został uzależniony od „modelu”, w jakim prowadzony jest przetarg nieograniczony.

Powyższe ściśle wiąże się z tzw. procedurą odwróconą, uregulowaną w art. 24aa ustawy Pzp. W świetle stanowiska UZP, „w przypadku „procedury odwróconej” wskazany przepis [art. 26 ust. 3 ustawy Pzp – dopis autorów] będzie miał zastosowanie w odniesieniu do braku, niekompletności, czy błędów dotyczących oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1 ustawy Pzp, jedynie do wykonawcy, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza. Tym samym, w sytuacji gdy wykonawca ten do oferty nie dołączy ww. oświadczenia bądź też złoży oświadczenie, które jest niekompletne lub zawiera błędy, zamawiający wezwie tego wykonawcę w trybie przewidzianym w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do jego uzupełnienia, ale dopiero na etapie, gdy ustali, która z ofert jest najwyższej oceniona. Powyższe wynika z celu przyświecającego regulacji art. 24aa ustawy Pzp, który to cel sprowadza się do maksymalnego przyspieszenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego⁶”.

Przedstawiona przez UZP interpretacja wydaje się słuszna, przy czym należy stwierdzić, że za stanowiskiem tym przemawiają w głównej mierze jedynie względy celowościowe. Można mieć natomiast wątpliwości, czy literalna wykładnia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp – mająca wszakże pierwszeństwo i otwierająca pole do dalszych reguł wykładni jedynie na wypadek, gdy sama jest niewystarczająca – nie przeciwstawia się przyjęciu takiej wykładni art. 26 ust. 3 w zw. art. 25a ust. 1 ustawy Pzp. Warto także wskazać, że art. 26 ust. 3 *in fine* ustawy Pzp zawiera zastrzeżenie „chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania”. Skoro w tzw. „procedurze odwróconej” art. 26 ust. 3 ustawy Pzp ma być stosowany jedynie do wykonawcy, którego oferta została najwyższej oceniona, to nie może jednocześnie zachodzić podstawa do odrzucenia tej oferty. W tym przypadku przepis art. 26 ust. 3 *in fine* ustawy Pzp nie mógłby być stosowany i byłby w istocie przepisem „martwym”.

Podzielając jednak słuszność przedstawionej przez UZP interpretacji należy jednocześnie opowiedzieć się za tym, by również na przyszłość względem „tradycyjnego” przetargu nieograniczonego przyjęta została przez ustawodawcę reguła, jaką UZP wyinterpretował dla tzw. „procedury odwróconej”. Finalnie bowiem zamawiający i tak wzywa do złożenia dokumentów podmiotowych wykonawcę, którego oferta została najwyższej oceniona, co wynika wprost z art. 26 ust. 1 ustawy Pzp. Jeżeli ustawa zawęża obowiązek wezwania dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp tylko do wykonawcy, którego oferta została najwyższej oceniona i zasada ta znajduje zastosowanie także względem „tradycyjnego” przetargu nieograniczonego, to logiczny jest wniosek, że art. 26 ust. 3 ustawy Pzp dotyczący żądania uzupełnienia lub poprawienia oświadczenia z art. 25a ust. 1 Pzp również może być zawężany do wykonawcy, którego oferta została najwyższej oceniona. Oświadczenie z art. 25a ust. 1 ustawy Pzp jest wstępnym potwierdzeniem tego, co następnie jest wykazywane dokumentami i oświadczeniami, o których

⁶ www.uzp.gov.pl

mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp – te zaś, w świetle art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, są żądane jedynie od wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona. Jeżeli dokumenty i oświadczenia mające finalnie potwierdzać kwalifikację podmiotową wykonawcy mogą być żądane tylko od jednego wykonawcy, to tym bardziej zasadę tę można odnieść do oświadczenia, które ma charakter jedynie wstępny.

W praktyce zamawiający mógłby połączyć wezwanie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp (na wypadek, gdyby oświadczenie wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona wymagało uzupełnienia, poprawienia, czy wyjaśnienia) z wezwaniem z art. 26 ust. 1 ustawy Pzp. Działanie to wpisywałoby się w wypracowaną w orzecznictwie zasadę jednokrotności wezwań. Obecnie ten sam wykonawca może natomiast być wzywany dwukrotnie – wpierw na etapie badania oświadczenia z art. 25a ust. 1 ustawy Pzp, a następnie na etapie składania „docelowych” dokumentów w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp.

Wprowadzenie powyższej zasady przyczyniłoby się do sprawniejszego przebiegu postępowania przetargowego i odciążyło zamawiających od konieczności kierowania wezwań względem wykonawców, którzy finalnie i tak mogą nie mieć szans na uzyskania danego zamówienia. Wylimitowałoby to również swoistą fikcję co do różnic pomiędzy tzw. „procedurą odwróconą”, a przetargiem nieograniczonym, w którym nie stosuje się art. 24aa ustawy Pzp. Obecnie różnice sprowadzają się jedynie do tego, że w „procedurze odwróconej” zamawiający dopiero po uznaniu danej oferty za najkorzystniejszą dokonuje badania wykonawcy pod kątem kwalifikacji podmiotowej, zaś w „tradycyjnym” przetargu nieograniczonym zamawiający wpierw bada oświadczenia wstępne wykonawców, następnie ocenia oferty, a finalnie wzywa do złożenia dokumentów tylko jednego wykonawcę, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą. Trudno uznać, by badanie oświadczeń wstępnych wszystkich wykonawców miało aż tak istotne znaczenie, skoro zamawiający i tak na podstawie samego oświadczenia (choćby uzupełnionego lub poprawionego wskutek wezwania z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp) nie ma rzeczowych podstaw do podejmowania decyzji o wykluczeniu wykonawcy z postępowania. Poza tym brak wezwania do uzupełnienia bądź konwalidowania oświadczenia wstępnego wykonawcy, który i tak finalnie nie jest wzywany do złożenia dokumentów docelowych, gdyż jego oferta nie jest najkorzystniejsza, nie ma wpływu na wynik postępowania.

W konsekwencji powyższego można sformułować postulat zmiany art. 26 ust. 3 ustawy, która to zmiana z jednej strony jednoznacznie wskazywałaby, że w przypadku tzw. „procedury odwróconej” przepis ten znajduje zastosowanie na etapie, gdy zamawiający ustali, która z ofert jest najwyżej oceniona (co autoryzowałoby przyjętą przez UZP wykładnię), zaś w odniesieniu do „tradycyjnego” przetargu nieograniczonego zmiana mogłaby zostać skonstruowana nie na zasadzie obowiązku, ale możliwości (co byłoby rozwiązaniem elastycznym, nie zamykającym drogi do żądania uzupełnienia lub konwalidowania wad oświadczeń z art. 25a ust. 1 ustawy Pzp, jeszcze przed ustaleniem, która oferta jest najkorzystniejsza).

4. Obecne brzmienie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp nasuwa wątpliwości także ze względu na wprowadzenie w jego treści niedookreślonego pojęcia „innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania”. Należy mieć na uwadze, że procedura przetargowa opiera się na obowiązku określenia przez zamawiającego dokumentów wymaganych od wykonawców (art. 25 ust. 1 ustawy Pzp). Wykonawca nie powinien być zaskakiwany żądaniem złożenia dokumentów, których zamawiający nie wymagał na etapie ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszenia do składania ofert. W kontekście powyższej reguły należy postawić pytanie, czy owe „inne dokumenty niezbędne do przeprowadzenia postępowania” powinny być wyspecyfikowane przez zamawiającego, czy też mogą być identyfikowane w trakcie procedury kwalifikacji podmiotowej wykonawcy. Wydaje się, że to drugie założenie bardziej odpowiada intencji ustawo-

dawcy, co jednak stanowi odstępstwo od zasady dookreślenia wymaganych dokumentów na etapie wszczynania postępowania. W tym kontekście należy zwrócić uwagę, że art. 26 ust. 3 ustawy Pzp nie wyznacza minimalnego terminu, jaki wykonawca ma na wykonanie żądania zamawiającego. Stwarza to ryzyko wyznaczania terminów podyktowanych wyłącznie interesem zamawiającego, bez uwzględnienia realnych możliwości wykonawcy (np. czasu niezbędnego do pozyskania danego dokumentu). Dokumenty podmiotowe i przedmiotowe (art. 25 ust. 1 ustawy Pzp) są znane wykonawcy w momencie wszczęcia postępowania, co daje czas i możliwości ich skompletowania. Inaczej rzecz się przedstawia w odniesieniu do „innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania”. Z tego też względu wartym rozważenia jest, czy przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp nie powinien mieć bardziej gwarancyjnego charakteru, chociażby poprzez uzupełnienie zwrotu „w terminie przez siebie wskazanym” o zwrot „nie krótszym niż ...”.

Wprowadzenie niedookreślonego pojęcia „innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania” może dodatkowo wywoływać istotne rozbieżności w praktycznym zastosowaniu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Katalog tych dokumentów jest niemożliwy do sprecyzowania i można w tym zakresie tworzyć jedynie katalog negatywny określający, jakie dokumenty nie podpadają pod normę zawartą w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Zadanie to należy przypisać w szczególności orzecznictwu oraz doktrynie, które powinny stać na jednoznacznym stanowisku o niedopuszczalności uzupełnienia określonego rodzaju dokumentów. Jak się wydaje, bardziej odpowiednie byłoby jednak usunięcie przedmiotowego sformułowania z treści art. 26 ust. 3.

Zakończenie

Procedura wezwań do złożenia, uzupełnienia lub konwalidowania wad dokumentów i oświadczeń regulowana jest przepisami art. 26 ust. 1, art. 26 ust. 2f, art. 26 ust. 3, art. 26 ust. 4, art. 22a ust. 6 ustawy Pzp, których stosowanie wymaga sięgnięcia do szeregu innych regulacji, w tym do art. 25 ust. 1 oraz art. 25a ust. 1 ustawy Pzp. Sama analiza powyższych regulacji prowadzi do wniosku, że po stronie zamawiających istnieje szereg obowiązków związanych z zapewnieniem wykonawcom możliwości złożenia bądź uzupełnienia dokumentów służących potwierdzeniu spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw do wykluczenia. Automatycznie można z tym skorelować możliwość dopuszczenia się zaniechania bądź niewłaściwej interpretacji lub zastosowania danego przepisu.

Omówienie, w dodatku częściowe z racji ram niniejszego referatu, wybranych spośród ww. regulacji przepisów pokazuje, że procedura, która z założenia powinna być przejrzysta i łatwa do praktycznego zastosowania, może powodować szereg problemów natury prawnej i praktycznej. Jednym z celów nowej dyrektywy klasycznej było zaś stworzenie ram do sprawniejszego przeprowadzania postępowań przetargowych. Zbyt wcześnie jest, by podejmować się oceny, czy cele te zostały zrealizowane. Dopiero zakorzenienie się nowych przepisów w praktyce przyniesie odpowiedź w tej materii. Nie czyni to jednak przedwczesnym potrzeby diagnozowania oraz sygnalizowania problemów, jakie już obecnie widać na gruncie przepisów regulujących procedurę składania, uzupełnienia oraz konwalidowania wad oświadczeń i dokumentów wymaganych dla kwalifikacji podmiotowej wykonawcy. Obecne przepisy można bowiem generalnie podsumować jako niejasne, a co za tym idzie – stwarzające pola do odmiennych interpretacji i zastosowania. To zaś nie powinno mieć miejsca na tak newralgicznym etapie postępowania, jakim jest kwalifikacja podmiotowa wykonawców, decydująca o dopuszczeniu ich do postępowania lub umożliwiająca dokonanie oceny ich ofert.

FORMA PRAWNA WYBORU NAJKORZYSTNIEJSZEJ OFERTY

*dr hab. Janusz Niczyporuk, Katedra Postępowania Administracyjnego,
profesor nadzwyczajny Uniwersytetu Marii Curie-Skłodowskiej*

Abstrakt

Określenie formy prawnej wyboru najkorzystniejszej oferty nie zostało jeszcze wystarczająco opracowane. Taka sytuacja budzi ogromne zdziwienie, ponieważ determinuje ono charakter całego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Przede wszystkim należy tutaj podkreślić, że wybór najkorzystniejszej oferty jest faktem procesowoprawnym, który stanowi zarazem czynność procesową zamawiającego. Wobec tego musi konstrukcyjnie opierać się na administracyjnoprawnym oświadczeniu woli. Tym samym wolno teraz formę prawną wyboru najkorzystniejszej oferty dookreślić z perspektywy aktu administracyjnego. Ponieważ wybór najkorzystniejszej oferty rozstrzyga zawsze sprawę udzielenia zamówienia publicznego co do istoty, to mamy wówczas do czynienia tak naprawdę z decyzją.

Abstract

The determination of the legal form of the selection of the most advantageous tender has not yet been elaborated enough. Such situation gives rise to enormous astonishment due to the fact that it determines the nature of the whole proceeding for the award of a public contract. First of all it is to be underlined that the selection of the most advantageous tender is a legal fact of procedural nature which at the same time constitutes a procedural action of the contracting authority. Therefore its construction should be based on the concept of declaration of will as it is understood in the field of administrative law. Hence it is allowed to determine further the legal form of the selection of the most advantageous tender from the perspective of an administrative act. Since the selection of the most advantageous tender always settles the matter of public contract award on the substance, we are facing in fact an administrative decision.

Charakter prawny wyboru najkorzystniejszej oferty nie był dotychczas przedmiotem pogłębionej analizy prawnej w prawie zamówień publicznych. W gruncie rzeczy mamy tutaj do czynienia z pojęciem prawnym, ze względu na zwrot „wybiera ofertę najkorzystniejszą”, który jest wtedy opisem działania zamawiającego¹. Niestety prawo zamówień publicznych nie zawiera definicji legalnej tego pojęcia, chociaż należy je uznać za fundamentalne dla jego ukształtowania. W związku z tym pojęcie wyboru najkorzystniejszej oferty powinno zostać wyjaśnione prawniczo, co wymaga określenia zwłaszcza jego istoty, elementów konstrukcji, przynależności gałęziowej, wykorzystanej formy. Szczególne znaczenie ma wtedy określenie formy prawnej wyboru najkorzystniejszej oferty, ponieważ ostatecznie determinuje ona całe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego. Jakkolwiek można dzisiaj znaleźć próby określenia formy prawnej wyboru najkorzystniejszej oferty, to jednak brakuje im wszystkim wystarczającego uzasadnienia metodologicznego. W równym stopniu dotyczy to nielicznych poglądów doktryny prawa zamówień publicznych, jak i dosyć sporego tutaj orzecznictwa w sprawach zamówień publicznych: Krajowej Izby Odwoławczej, sądów powszechnych czy sądów administracyjnych. Przede wszystkim nie

¹ Zob. art. 91 ust. 1 p.z.p.

można tego doszukać się w opracowaniu monograficznym, które zostało niedawno poświęcone jedynie wyborowi najkorzystniejszej oferty². Z pewnym zdziwieniem można również dostrzec, że wszystkie komentarze do prawa zamówień publicznych pomijają całkiem to zagadnienie, chociaż odnoszą się do pozostałych kwestii wyboru najkorzystniejszej oferty.

Oczywiście wybór najkorzystniejszej oferty jest faktem prawnym, ponieważ zawsze pociąga za sobą skutek prawny, który powoduje powstanie uprawnień i obowiązków, jakie są związane z umową w sprawie zamówienia publicznego. Z całą pewnością chodzi wówczas o fakt prawny, który występuje na gruncie prawa zamówień publicznych, ale pozostaje niejasna *prima facie* jego istota. Przede wszystkim domaga się bowiem ustalenia w drodze wykładni istota wyboru najkorzystniejszej oferty w aspekcie materialnoprawnym i procesowoprawnym. Inaczej mówiąc, chodzi o zakwalifikowanie teraz wyboru najkorzystniejszej oferty do faktu materialnoprawnego lub faktu procesowoprawnego. Niewątpliwie musi wówczas dominować kwalifikacja bezpośrednia, aczkolwiek nie wyklucza to jeszcze uzupełnienia jej o kwalifikację pośrednią. Gdyby uznać zatem wybór najkorzystniejszej oferty za fakt materialnoprawny, to bezpośrednio musiałby on stanowić czynność wstępną, która prowadzi do zawarcia umowy w sprawie udzielenia zamówienia publicznego. Tymczasem uznanie wyboru najkorzystniejszej oferty za fakt procesowoprawny powoduje, że bezpośrednio powinien on zostać zaliczony do czynności procesowej, jaka ujawnia się w końcówce postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W tym kontekście wypada jeszcze dodać, że zasadniczo fakt procesowoprawny poprzedza wystąpienie faktu materialnoprawnego, jeżeli ujawnia się samodzielna regulacja postępowania. Zwykle samodzielną regulację postępowania cechuje pewien specyficzny tok czynności procesowych.

Dzisiaj mamy do czynienia z sytuacją, w której wybór najkorzystniejszej oferty jest faktem prawnym w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, gdy patrzy się na systematykę ustawy³. Co prawda do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stosuje się na podstawie prawa zamówień publicznych przepisy kodeksu cywilnego, jeżeli przepisy samego prawa zamówień publicznych nie stanowią inaczej, to jednak nie wolno tym samym przesądzać o przynależności całej regulacji zamówień publicznych do prawa cywilnego, czy nawet idąc dalej do postępowania cywilnego⁴. W tym miejscu należy przypomnieć, że regulacja prawna zamówień publicznych jest nastawiona na „udzielenie zamówienia”, czyli jest skierowana na postępowanie, którego podstawowym celem jest zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego⁵. Natomiast samą umowę w sprawie zamówienia publicznego i jej wykonywanie prawo zamówień publicznych reguluje w ograniczony sposób⁶. Zatem regulacja postępowania o udzielenie zamówienia publicznego musi zasadniczo opierać się o normy procesowe, z których wynikają następnie stosunki procesowe. Stąd nie powinny tutaj pojawiać się normy materialne, które stanowią tylko dopełnienie problematyki umowy w sprawie zamówienia publicznego, odnośnie czynności podejmowanych przed samym jej zawarciem⁷. Wobec tego użycie przepisów kodeksu cywilnego przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest oparte na zupełnie

² Zob. P. Banasik, Wybór najkorzystniejszej oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, Wrocław 2011.

³ Dział II p.z.p. nosi przecież tytuł „Postępowanie o udzielenie zamówienia”.

⁴ Zob. art. 14 p.z.p.

⁵ Zob. H. Nowicki, Prawo zamówień publicznych – pojęcie i zakres regulacji, (w:) XV-lecie systemu zamówień publicznych w Polsce, pod red. H. Nowickiego i J. Sadowego, Toruń – Warszawa 2009, s. 94.

⁶ Tamże.

⁷ Potwierdzają to niestety przykłady z orzecznictwa, częściowo wskazujące na występowanie luki prawnej o charakterze proceduralnym (przykładowo odnośnie sposobu liczenia terminów procesowych), którą wypełnia się wadliwie odsyłając do przepisów materialnych k.c., jakie zebrał S. Babiarczyk, Teza 6 *in principio* do art. 14, (w:) S. Babiarczyk, Z. Czarnik, P. Janda, P. Pełczyński, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2010, s. 128–30.

wadliwym odesłaniu, co prowadzi do niezrozumiałego teraz przemieszania stosunków procesowych i stosunków materialnych. Wskazane odesłanie nie powinno zarazem być interpretowane rozszerzająco, by uprawniało do stosowania przy omawianych czynnościach dodatkowo przepisów kodeksu postępowania cywilnego⁸.

W związku z tym wolno aktualnie stwierdzić, że wybór najkorzystniejszej oferty jest faktem procesowym. Wśród faktów procesowych wyróżnia się ogólnie stany rzeczy i ich zmiany, czyli zaszłości⁹. Przez stan rzeczy należy wówczas rozumieć określoną sytuację, która dotyczy zarówno świata zewnętrznego – przykładowo zagrożenie dla życia lub zdrowia ludzkiego, jak i świadomości ludzkiej – przykładowo brak winy przy uchybieniu terminu¹⁰. Natomiast zaszłości powinny następnie odnosić się do zdarzeń procesowych oraz czynności procesowych¹¹. Bowiem zdarzenia procesowe to sytuacje, które nie polegają na zachowaniu się człowieka, ale mogą być skutkiem zachowania się człowieka – przykładowo zaginięcie akt¹². Z kolei czynności procesowe oznaczają sytuacje, które polegają wyłącznie na zachowaniu się człowieka¹³. W takim kontekście można zatem powiedzieć, że czynności procesowe tworzą postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, stanowiąc łańcuch powiązanych ze sobą przyczynowo-skutkowo ogniw, podczas gdy wszystkie pozostałe fakty procesowe (stany rzeczy oraz zdarzenia procesowe) towarzyszą postępowaniu, mając wpływ (oddziałując) na jego przebieg i zakończenie¹⁴. Oczywiście wybór najkorzystniejszej oferty jest czynnością procesową, którą można teraz przypisać jedynie zamawiającemu. Ponieważ czynności procesowe zamawiającego są wewnętrznie zróżnicowane, to zachodzi potrzeba ich sklasyfikowania. Wśród czynności procesowych zamawiającego wypada więc konsekwentnie odróżnić czynności faktyczne (realne), oświadczenia procesowe i spostrzeżenia procesowe¹⁵. Wobec tego można jeszcze dookreślić wybór najkorzystniejszej oferty, gdy została uznana za czynność procesową zamawiającego.

Wtedy należy ogólnie wyeksponować, że: czynności faktyczne (realne) to działania wywołujące zmiany w świecie zewnętrznym; oświadczenia procesowe to uzewnętrznienia, w formie przewidzianej przez przepisy prawa procesowego, treści intelektualnych; spostrzeżenia procesowe to przyjmowanie do wiadomości określonych zjawisk mających znaczenie dla postępowania¹⁶. Z tego punktu widzenia wybór najkorzystniejszej oferty można wyłącznie uznać za oświadczenie procesowe zamawiającego. Tak rozumiane oświadczenie procesowe zamawiającego musi zarazem być ocenione z perspektywy oświadczenia woli i oświadczenia wiedzy. Z całą pewnością oświadczenia woli zamawiającego stanowią zawsze rozstrzygnięcia procesowe, podczas gdy oświadczenia wiedzy zamawiającego zawierają za każdym razem informację procesową. Niewątpliwie wybór najkorzystniejszej oferty jest oświadczeniem woli zamawiającego, ponieważ stanowi rozstrzygnięcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego¹⁷. Bez rozstrzygnięcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie można przecież udzielić zamówienia

⁸ Zob. S. Babiarz, Teza 6 *in fine* do art. 14, (w:) S. Babiarz, Z. Czarnik, P. Janda, P. Pelczyński, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2010, s. 130.

⁹ Zob. W. Berutowicz, Postępowanie cywilne w zarysie, Warszawa 1984, s. 226; M. Cieślak, Polska procedura karna. Podstawowe założenia teoretyczne, Warszawa 1984, s. 49.

¹⁰ Zob. A. Matan, Zastępstwo procesowe w ogólnym postępowaniu administracyjnym, Katowice 2001, s. 98–99.

¹¹ Zob. Z. R. Kmiecik, Strona jako podmiot oświadczeń procesowych w postępowaniu administracyjnym, Warszawa 2008, s. 163.

¹² Tamże, s. 164.

¹³ Tamże, s. 164.

¹⁴ Tamże, s. 164.

¹⁵ Tamże, s. 164.

¹⁶ Tamże, s. 164.

¹⁷ Zob. wyrok KIO z dnia 12 marca 2013 r., KIO 427/13; wyrok KIO z dnia 16 listopada 2015 r., KIO 2381/15.

publicznego. Co szczególnie wydaje się oczywiste, gdy mamy do czynienia w wieloma potencjalnymi wykonawcami, zaś może ono zostać udzielone tylko jednemu z nich. Z drugiej strony wyboru najkorzystniejszej oferty nie wolno nigdy uznać za oświadczenie wiedzy zamawiającego, gdyż nie może ono mieć związku z podjęciem przez niego działania dla udzielenia zamówienia publicznego. Tym niemniej oświadczenie wiedzy, sprowadzone do informacji procesowej, zwykle towarzyszy oświadczeniu woli, gdy chodzi o jego uzasadnienie¹⁸. W konsekwencji nie wydaje się poprawne uznanie, że sam wybór jest oświadczeniem wiedzy podlegającym stosownej ewidencji w protokole postępowania, który podlega dopiero notyfikacji zwycięskiemu wykonawcy jako oświadczenie woli¹⁹.

Naturalnie oświadczenie woli należy tutaj traktować jako taki przejaw woli, który wyraża zamiar wywołania skutku prawnego w postaci ustanowienia stosunku prawnego, jaki znajduje się u podstaw udzielenia zamówienia publicznego. Przedmiotem tego oświadczenia woli jest wiążące określenie konsekwencji prawnych związanych z przebiegiem konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Właściwie można jeszcze stwierdzić, że spotykane teraz oświadczenie woli cechuje jednostronność, bowiem został narzucony tylko jeden kierunek jego składania, czyli od zamawiającego do wybranego wykonawcy. Stąd przy wyborze najkorzystniejszej oferty nie pojawia się miejsce dla oświadczenia woli wybranego wykonawcy, które byłoby elementem konstrukcyjnym przyjęcia oferty w rozumieniu prawa cywilnego²⁰. Tym samym należy jeszcze wykluczyć możliwość ujawnienia się dalej umowy przedwstępnej, jako efektu złożonej przez wykonawcę oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego²¹. Z kolei wypada zarazem podkreślić, że takie oświadczenie woli cechuje się dodatkowo władczością, skoro rozstrzyga postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, ponieważ jest zawsze wydawane w imieniu i na rachunek państwa. Oczywiście przesądza o tym „publiczna” kwalifikacja zamówień, która jest bezpośrednio uwarunkowana publicznym statusem zamawiającego²². W końcu to przecież zamawiający zajmuje pozycję nadrzędną w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Ostatecznie należy zatem mówić o administracyjnoprawnym oświadczeniu woli, które składa zamawiający udzielając zamówienia publicznego. Przeciwnie rozumieniu cywilnoprawnemu tego oświadczenia woli przemawia nie tylko jego istota, która została „publicznie” narzucona w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, ale również brak potrzeby wykorzystywania odesłań do kodeksu cywilnego²³.

Jeżeli wybór najkorzystniejszej oferty jest zatem czynnością procesową, która opiera się konstrukcyjnie na oświadczeniu procesowym, jakie identyfikuje w tym wypadku element oświadczenia woli, to pojawia się pytanie o jej przynależność gałęziową w systemie prawa. Niewątpliwie administracyjnoprawne oświadczenie woli implikuje uznanie takiej czynności procesowej za administracyjnoprawną. W związku z tym należy jeszcze ogólnie stwierdzić, że pojęcie administracyjnoprawnej czynności prawnej nie jest pojęciem nadrzędnym wobec pojęcia administracyjnoprawnej czynności procesowej. W doktrynie prawa administracyjnego termin „czynności prawne” używany jest w zasadzie tylko do działań organów administracji, i to podejmowanych

¹⁸ Zob. J. Mokry, *Odwolalność czynności procesowych w sądowym postępowaniu cywilnym*, Warszawa 1973, s. 118.

¹⁹ Por. R. Szostak, *Wybór najkorzystniejszej oferty*, (w:) *System zamówień publicznych w Polsce*, pod red. J. Sadowskiego, Warszawa 2013, s. 241.

²⁰ Por. P. Banasik, *Wybór najkorzystniejszej ...*, s. 30.

²¹ Por. R. Szostak, *Wybór najkorzystniejszej ...*, s. 241.

²² Zob. Z. Czarnik, Teza 16 do art. 2, (w:) S. Babiarsz, Z. Czarnik, P. Janda, P. Pełczyński, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2010, s. 41.

²³ Por. M. Meducki, E. Grabowska-Szweicer, *Regulacje kodeksu cywilnego najczęściej stosowane w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego*, (w:) *Zastosowanie prawa cywilnego w zamówieniach publicznych*, Wrocław 2012, s. 25 i n.

we wszelkich sferach ich aktywności, a nie tylko w ramach prowadzonych przez nie postępowań²⁴. Innymi słowy termin „czynności prawne” funkcjonujący w prawie administracyjnym obejmuje wprawdzie działania organów administracji podejmowane także poza postępowaniem, ale nie odnosi się do czynności uczestników postępowania, zwłaszcza stron²⁵. Gdy mówimy o czynności prawnej w prawie administracyjnym, to właściwie chodzi o prawną formę działania administracji. Przez prawną formę działania administracji rozumie się bowiem określony prawnie typ powtarzających się działań administracji. Do klasycznego katalogu prawnych form działania administracji zalicza się wówczas: stanowienie ogólnie obowiązujących przepisów, wydawanie aktów administracyjnych, zawieranie porozumień administracyjnych, zawieranie umów, prowadzenie działalności społeczno-organizatorskiej i wykonywanie czynności materialno-technicznych²⁶. Stąd pojęcie administracyjnoprawnej czynności prawnej krzyżuje się z pojęciem administracyjnoprawnej czynności procesowej, zaś częścią wspólną zbioru ich desygnatów są jedynie akty administracyjne²⁷.

Forma prawna wyboru najkorzystniejszej oferty musi ostatecznie zostać określona z perspektywy aktu administracyjnego. Przez akt administracyjny rozumie się bowiem oparte na przepisach prawa administracyjnego władcze, jednostronne oświadczenie woli organu administracji, określające sytuację prawną konkretnie wskazanego adresata w indywidualnie oznaczonej sprawie²⁸. Wszystkie elementy konstytutywne dla pojęcia aktu administracyjnego okazują się wówczas charakterystyczne dla wyboru najkorzystniejszej oferty. Tak więc mamy tutaj do czynienia regulacją właściwą dla prawa administracyjnego, a konkretnie już chodzi o regulację procesową, jaka wyodrębnia postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego. Zasadniczo postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego należy tutaj do postępowania administracyjnego, ponieważ reguluje tryb działania zamawiającego w sprawach dotyczących uprawnień i obowiązków niepodporządkowanych mu służbowo zamawiających²⁹. Przy tym warto jeszcze dodać, że efektem dyskusji nad kompleksowym charakterem prawa zamówień publicznych jest niemal powszechne uznanie regulacji procesowej za przynależną do prawa administracyjnego. Z kolei pojawia się oświadczenie woli, jakiemu wolno obecnie przypisać cechę władczości i jednostronności, co zostało już wcześniej uzasadnione. Wreszcie ujawnia się kwestia przyjęcia, że organem administracji publicznej w rozumieniu funkcjonalnym jest organ zamawiającego, co wynika oczywiście z publicznego statusu zamawiającego. Przy tym dotyczy to również zamawiających sektorowych, którzy pełnią funkcje zlecone administracji publicznej. Na koniec wypada jeszcze zauważyć podwójną konkretność, ponieważ pojawia się tutaj konkretny zamawiający i sprawa konkretnego zamówienia publicznego.

Uznanie wyboru najkorzystniejszej oferty za akt administracyjny wymaga pewnego dalej uściślenia. Skoro wybór najkorzystniejszej oferty rozstrzyga zawsze sprawę udzielenia zamówienia publicznego co do istoty, to mamy w gruncie rzeczy do czynienia z decyzją. Za tym przemawia powszechnie akceptowane domniemanie na rzecz decyzji przy rozstrzyganiu wszystkich spraw administracyjnych. Natomiast pozostałe zagadnienia wypadkowe powinny w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego być rozstrzygnięte postanowieniem. Jakkolwiek trzeba

²⁴ Zob. Z.R. Kmiecik, Strona jako ..., s. 167.

²⁵ Tamże.

²⁶ Zob. J. Starościk, Prawo administracyjne, Warszawa 1987, s. 231.

²⁷ Zob. Z. R. Kmiecik, Strona jako ..., s. 167.

²⁸ Zob. M. Wierzbowski, A. Wiktorowska, Prawne formy działania administracji, (w:) Prawo administracyjne, pod red. M. Wierzbowskiego, Warszawa 2009, s. 270–272, 275–280.

²⁹ Zob. M. Wierzbowski, A. Wiktorowska, Postępowanie administracyjne na tle innych dziedzin prawa, (w:) Postępowanie administracyjne – ogólne, podatkowe, egzekucyjne i przed sądami administracyjnymi, pod red. M. Wierzbowskiego, Warszawa 2013, s. 1.

uczciwie tutaj przyznać, że nie ma teraz w prawie zamówień publicznych *expressis verbis* odesłania do kodeksu postępowania administracyjnego, by można bez cienia wątpliwości wydać decyzję i postanowienie. Jednak wolno wówczas rozważyć zastosowanie innego odesłania, które reguluje zakres obowiązywania regulacji kodeksowej w postępowaniu administracyjnym, bez względu na jego konkretne umiejscowienie w całym systemie prawa³⁰. Oczywiście uznanie wyboru najkorzystniejszej oferty za decyzję sprzyja też skorelowaniu postępowania o udzielenia zamówienia publicznego oraz postępowania odwoławczego przed Krajową Izbą Odwoławczą. W ten sposób zostałby zachowany administracyjny tok instancji, ponieważ w pierwszej instancji rozstrzygałby zamawiający, podczas gdy w drugiej instancji rozstrzygałaby Krajowa Izba Odwoławcza. Termin „odwołanie” od wyboru najkorzystniejszej oferty w prawie zamówień publicznych jest dodatkowo zbliżony do terminu „odwołanie” w kodeksie postępowania administracyjnego³¹. Z drugiej strony odwołanie nie może przecież służyć od cywilnoprawnego oświadczenia woli, ponieważ taka konstrukcja nie pojawia się nigdzie w systemie prawa.

Nadanie wyborowi najkorzystniejszej oferty formy prawnej aktu administracyjnego ma naturalnie szerszy kontekst. Przede wszystkim trzeba od razu zauważyć, że dyrektywy dotyczące procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych posługują się wówczas ogólnym pojęciem „decyzji” zamawiającego. Z punktu widzenia postępowania odwoławczego nie ma przy tym znaczenia forma czy treść takiej decyzji, ani też moment jej przyjęcia³². Zatem jest dopuszczalna każda forma wyboru najkorzystniejszej oferty w prawie zamówień publicznych, gdy tylko uwzględnia ona efektywność oraz szybkość postępowania odwoławczego³³. W konsekwencji należy zawsze formę prawną wyboru najkorzystniejszej analizować pod kątem postępowania. Właściwie chodzi o to, by dostosować ją równocześnie do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i postępowania odwoławczego przed Krajową Izbą Odwoławczą. Dlatego najbardziej odpowiednia wydaje się tutaj forma decyzji, jako kwalifikowanego aktu administracyjnego, która jest administracyjnoprawną czynnością procesową. Dodatkowo należy jeszcze mieć na względzie, że samo postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego opiera się na działaniu złożonym, co wyraźnie zostało podkreślone w prawie zamówień publicznych³⁴. Najpierw mamy do czynienia z wyborem najkorzystniejszej oferty w formie decyzji, by później można było zawrzeć na jej podstawie umowę w sprawie zamówienia publicznego. Dlatego umowa w sprawie zamówienia publicznego została dzisiaj zdeterminowana wyborem najkorzystniejszej oferty w formie decyzji. Dzisiaj trzeba umowę w sprawie zamówienia publicznego uznać za cywilnoprawną, ale nie ma przeszkód by kiedyś potraktować ją jako publicznoprawną.

³⁰ Zob. art. 1 pkt 1 i 2 k.p.a.

³¹ Zob. art. 180 ust. 1 p.z.p. i art. 127 § 1 k.p.a.

³² Zob. H. Niedziela, B. Chojcka, A. Wawryło, A. Sołtysińska, M. Rogalski, B. Jerzyńska, Nowe podejście do zamówień publicznych. Podręcznik, pod red. H. Niedzieli, Warszawa 2011, s. 488.

³³ Tamże.

³⁴ Zob. art. 2 pkt 7a p.z.p.

O POTRZEBIE ZMIAN W SYSTEMIE KONTROLI ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

*dr hab. Henryk Nowicki, Kierownik Podyplomowych Studiów w zakresie Prawa Zamówień Publicznych,
WPiA Uniwersytet Mikołaja Kopernika,*

Abstrakt

W artykule przedstawiono uwagi dotyczące funkcjonującego systemu kontroli zamówień publicznych, przedstawiono również uwagi odnoszące się do potrzeby zreformowania tego systemu. Wskazano na istniejący duży obszar wyłączeń zamówień publicznych, w stosunku do których nie stosuje się Pzp i konsekwencje tego procesu dla kontroli zamówień. Przedstawiono również propozycje zmian zakresu kontroli realizowanej przez Prezesa UZP. Zgłoszono również uwagi dotyczące funkcjonowania w systemie kontroli Krajowej Izby Odwoławczej oraz sądów powszechnych. Odrębne rozważania dotyczą zadań kontrolnych realizowanych przez inne organy kontroli, które są również powołane do kontroli zamówień publicznych.

Abstract

The paper presents remarks on the current system of control of public procurement as well as remarks on the need to reform that system. It indicates the existing relatively large extent of exclusions of public procurement from the scope of the application of Public Procurement Law together with its consequences for the public procurement control process. The paper presents also some proposals of changing the scope of the control exercised by the President of the PPO. In addition, it contains some remarks on functioning of National Appeal Chamber in the field of control. A separate part of considerations is dedicated to control tasks of other control bodies competent in field of control of public procurement.

Uwagi wprowadzające

Jednym z bardzo ważnych zagadnień dotyczących zamówień publicznych jest funkcjonowanie kontroli tego obszaru działań podmiotów uczestniczących w tych procesach. Prawodawca określając zakres regulacji ustawy Prawo zamówień publicznych¹ wskazał, między innymi na kontrolę zamówień publicznych², która jest częścią systemu kontroli administracji publicznej³. Przedstawiając wybrane uwagi dotyczące ukształtowania systemu kontroli zamówień publicznych w przyszłej nowej ustawie, która miałaby zastąpić dotychczasową ustawę z 2004 roku, należy wskazać na kilka podstawowych zagadnień o charakterze systemowym mających bezpośredni związek z analizowanym tematem. Do zagadnień tych należy zaliczyć określenie: prawa zamówień publicznych i jego systemu⁴, kontroli zamówień publicznych oraz systemu kontroli zamówień publicznych. Po zdefi-

¹ Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.), zwana dalej Pzp.

² Art. 1 Pzp.

³ Na temat systemu kontroli administracji publicznej zob. np.: J. Łętowski, J. Szreniawski, rozdział *Kontrola administracji* w tomie III Systemu Prawa Administracyjnego, Ossolineum 1978, J. Jędrzejewski, H. Nowicki, *Kontrola administracji publicznej. Kontrola a nadzór. Struktura systemu. Instytucje*. Wyd. Comer Toruń 1995, J. Jagielski, *Kontrola administracji publicznej*, wydanie II, Warszawa 2007.

⁴ Pojęcie systemu prawa zamówień publicznych przyjmuję w znaczeniu jakiego dokonałem w: *Pojęcie prawa zamówień publicznych (w:) System zamówień publicznych w Polsce*, (red. J. Sadowy), UZP Warszawa 2013, s. 67 i nast. Obecnie podstawowymi ustawami w tym zakresie są: ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.), ustawa z dnia 21 października 2016 r. o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi (Dz. U. poz. 1920 ze zm.) oraz ustawa z dnia 19 grudnia 2008 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym (tj. Dz. U. z 2015 r. poz. 696 ze zm.).

niowaniu tych pojęć wskażę w dalszych rozważaniach na obszary regulacji wymagające modyfikacji lub zmian tak, aby przyszła projektowana ustawa zawierała, moim zdaniem, lepsze uregulowania dotyczące kontroli. Ze względu na rozległość podjętego tematu przedstawione zostaną tylko zagadnienia wybrane, które mogą być podstawą dalszej dyskusji i zmian prawnych w tym zakresie.

Doktryna prawa wskazuje na ujmowanie pojęcia kontroli jako funkcji lub też jako systemu organizacyjnego⁵. W prowadzonych rozważaniach pozwolę sobie zwrócić uwagę zarówno na ujęcie funkcjonalne kontroli, które będziemy rozumieli jako uprawnienia w tym zakresie podmiotów uczestniczących w procesie udzielania zamówień publicznych. Natomiast przedstawiając kontrolę zamówień publicznych w ujęciu organizacyjnym wskażę na organy, które są powołane do wykonywania tejże kontroli. Przy czym głównym przedmiotem rozważań będą zagadnienia dotyczące kontroli w ujęciu organizacyjnym ze wskazaniem na te organy, które w zakresie swych zadań są bezpośrednio uprawnione do kontroli zamówień publicznych. Nawiązując do literatury przedmiotu należy w pierwszej kolejności przywołać nie tylko pojęcie kontroli lecz również, o czym często zapomina prawodawca, takie pojęcia jak warunki budowy systemu kontroli i warunki jego funkcjonowania⁶. Zdefiniowania będzie wymagało pojęcie systemu kontroli zamówień publicznych, w tym odpowiedź na pytanie czy taki system istnieje w naszym systemie prawa?

Pojęcie kontroli w ujęciu prawnym możemy zdefiniować poprzez wskazanie jej elementów składowych, do których należy zaliczyć:

- sprawdzenie (ustalanie, wykrywanie) stanu rzeczywistego,
- porównanie ze stanem wymaganym (oczekiwanym),
- formułowanie wniosków co do relacji pomiędzy stanem rzeczywistym a stanem wymaganym (występowanie przeciw zjawiskom niekorzystnym i sygnalizowanie jednostkom kompetentnym o dokonanych spostrzeżeniach)⁷.

W przypadku regulacji z zakresu prawa zamówień publicznych kontrola będąca instytucją prawną powinna być ujmowana jako działanie kontrolującego bez bezpośredniego jej łączenia z instytucją nadzoru⁸. Ważnym dla próby określenia zmian w systemie kontroli zamówień publicznych jest zakres kontroli, jej rodzaje oraz kryteria jakimi może posługiwać się organ kontrolujący. Prawodawca powołując organ uprawniony do przeprowadzania kontroli musi wskazać zakres tej kontroli, np. czy będzie to kontrola udzielania zamówienia, czy też będzie to kontrola realizacji zamówień publicznych. Wreszcie zakresem kontroli może być objęta działalność kontrolowanego, w tym udzielanie i wykonywanie zamówień publicznych. Dla właściwego funkcjonowania systemu zamówień publicznych i praw podmiotowych uczestników tego systemu podstawowe znaczenie będzie miało uprawnienie do inicjowania lub też wszczynania kontroli na wniosek lub z urzędu. Prawidłowemu funkcjonowaniu organów kontrolujących zamówienia publiczne oraz ochronie praw podmiotowych kontrolowanych muszą służyć zagwarantowane procedury odwoławcze od wyniku kontroli, szczególnie tego wskazującego na nieprawidłowości. Ważnymi są również kryteria kontroli, które będą podstawą formułowania wyniku kontroli. Oczywiście kwestią jest wpływ kryteriów kontroli na treść wyniku kontroli, inny wynik może być wtedy, gdy organ kontrolujący będzie prowadził kontrolę pod względem legalności, inny przy zastosowaniu dodatkowo, np. kryterium celowości. Prowadząc rozważania dotyczące kontroli zamówień publicznych wskażę na funkcjonujący system kontroli zamówień publicznych. Przy czym system to zbiór podmiotów (organów)

⁵ J. Jagielski, *Kontrola administracji ...*, s. 12.

⁶ Zob.

⁷ Zob. H. Nowicki, *Kontrola udzielania zamówień publicznych (w:) System zamówień publicznych w Polsce*, (red. J. Sadowy), UZP Warszawa 2013, s. 366 i literatura tam przywoływana.

⁸ Szerzej na temat zależności kontroli i nadzoru zob. H. Nowicki, *Kontrola ...* s. 366 i nast.

uporządkowany i na siebie wzajemnie oddziałujący. Należy jednak zastanowić się czy obecnie funkcjonujący zbiór organów uczestniczących w kontroli zamówień publicznych to faktycznie zbiór uporządkowany i oddziałujący na siebie. Można mieć wątpliwości co do istnienia systemu organów kontroli, raczej praktyka kontroli wskazuje na wielość organów kontrolujących zamówienia publiczne bez ich wzajemnego oddziaływania i powiązania w zakresie prowadzonych kontroli.

Wyłączenia i ograniczony zakres stosowania Pzp a kontrola zamówień publicznych

Kwestią podstawową, od której należy rozpocząć rozważania dotyczące kontroli zamówień publicznych jest powszechność stosowania procedur zamówieniowych przy dokonywaniu zakupów dostaw, usług lub robót budowlanych. Jedną z podstawowych przesłanek wprowadzenie regulacji z zakresu zamówień publicznych była powszechność stosowania procedur zamówieniowych⁹. Tylko przy szerokim i jednolitym stosowaniu zamówień publicznych będziemy mogli wskazywać na jednolity system zamówień publicznych i funkcjonujący system kontroli przestrzegania wymogów określonych dla zamówień publicznych. Obecnie funkcjonujący system zamówień publicznych charakteryzuje się wieloma wyłączeniami i ograniczonym zakresem stosowania przepisów regulujących udzielanie zamówień publicznych. Na wyłączenia lub ograniczony zakres stosowania wskazują bezpośrednio przepisy Pzp¹⁰ oraz innych ustaw¹¹. Dokonywanie wyłączeń stosowania Pzp skutkuje również wyłączeniem tych zakupów z obszaru właściwości części organów kontrolujących zamówienia publicznych, których kompetencje z tym związane są określone przepisami Pzp. Powyższe wyłączenia skutkują również wyłączeniem stosowania przepisów określających prawo do korzystania ze środków ochrony prawnej. Szczególnego znaczenia nabiera również wyłączenie stosowania Pzp do zamówień i konkursów, których wartość nie przekracza wyrażonej w złotych równowartości kwoty 30 tys. euro. Każde wyłączenie stosowania przepisów Pzp, na podstawie art. 4 pkt 8 Pzp, skutkuje pozbawieniem wykonawców podstawowego prawa do kontroli poprzez wykorzystanie środków ochrony prawnej. Przepis ten pozbawia prawa kontroli również Prezesa UZP.

Tak szeroki zakres wyłączeń lub ograniczenie stosowania, określone przepisami Pzp oraz innymi ustawami, w sposób bezpośredni wpływają na ograniczenie lub wyeliminowanie prawa do kontroli tych zamówień publicznych przez część organów kontrolujących, w tym Prezesa UZP.

⁹ W początkowym okresie obowiązywania przepisów dotyczących zamówień publicznych były to środki publiczne, jednak w związku z kolejnymi nowelizacjami objęto tymi regulacjami również podmioty prywatne, a przepisami przesądzającymi są te, które wskazują na zakres podmiotów zobowiązanych do stosowania Pzp (niezależnie od charakteru tych środków, czy są to środki publiczne, czy też prywatne).

¹⁰ Zob. np. art. 4, 4b, 4c, 4d Pzp.

¹¹ Zob. np. właściwe przepisy: ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Prawo bankowe (tj. Dz.U. z 2015 r. poz. 128 ze zm.); ustawy z dnia 22 maja 2003 r. o działalności ubezpieczeniowej (tj. Dz.U. z 2015 r. poz. 1206 ze zm.); ustawy z dnia 6 lipca 1982 r. o radcach prawnych (tj. Dz.U. z 2014 r. poz. 637 ze zm.); ustawy z dnia 26 maja 1982 r. Prawo o adwokaturze (tj. Dz. U. z 2015 r. poz. 615 ze zm.); ustawy z dnia 14 lutego 1991 r. Prawo o notariacie (tj. Dz.U. z 2016 r. poz. 1796); ustawy z dnia 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych (tj. Dz.U. z 2016 r. poz. 963 ze zm.); ustawy z dnia 19 grudnia 2008 r. o postępowaniu kompensacyjnym w podmiotach o szczególnym znaczeniu dla polskiego przemysłu stoczniowego (tj. Dz. U. z 2016 r. poz. 592); ustawy z dnia 8 lipca 2005 r. o Prokuraturii Generalnej Skarbu Państwa (tj. Dz. U. z 2016 r. poz. 1313 ze zm.); ustawy z dnia 3 kwietnia 2009 r. o wspieraniu zrównoważonego rozwoju sektora rybackiego z udziałem Europejskiego Funduszu Rybackiego (Dz. U. nr 72, poz. 619 ze zm.); ustawy z dnia 6 grudnia 2006 r. o zasadach prowadzenia polityki rozwoju (tj. Dz.U. z 2016 r. poz. 383 ze zm.); ustawy z dnia 7 marca 2007 r. o wspieraniu rozwoju obszarów wiejskich z udziałem środków Europejskiego Funduszu Rolnego na rzecz Rozwoju Obszarów Wiejskich w ramach Programu Rozwoju Obszarów Wiejskich na lata 2007–2013 (tj. Dz. U. z 2016 r. poz. 1387 ze zm.); ustawy z dnia 9 listopada 2000 r. o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości (tj. Dz. U. z 2016 r. poz. 359); ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o Agencji Rynku Rolnego i organizacji niektórych rynków rolnych (tj. Dz.U. z 2016 r. poz. 401 ze zm.); ustawy z dnia 20 kwietnia 2004 r. o organizacji rynku mleka i przetworów mlecznych (tj. Dz.U. z 2016 r. poz. 155 ze zm.); ustawy z dnia 29 listopada 2000 r. o zbieraniu i wykorzystywaniu danych rachunkowych z gospodarstw rolnych (Dz. U. z 2001 r. Nr 3, poz. 20 ze zm.); ustawy z dnia 18 grudnia 2003 r. o ochronie roślin (tj. Dz. U. z 2016 r. poz. 17 ze zm.); ustawy z dnia 21 listopada 1967 r. o powszechnym obowiązku obrony Rzeczypospolitej Polskiej (tj. Dz.U. z 2016 r. poz. 1534 ze zm.); ustawy z dnia 27 sierpnia 2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych (tj. Dz.U. z 2016 r. poz. 1793 ze zm.); ustawy z dnia 15 kwietnia 2011 r. o działalności leczniczej (tj. Dz.U. z 2016 r. poz. 1638).

Wyżej przywołane pojęcie systemu prawa zamówień publicznych wskazuje, że umowy koncesji zostały ponownie włączone w sposób bezpośredni do zamówień publicznych. Co oznacza, że umowy koncesji są jednym z rodzajów umów o udzielenie zamówienia publicznego. Uregulowanie umów koncesji w odrębnej ustawie powoduje, że część zagadnień objętych przedmiotowymi ustawami definiowana jest różnie w tych ustawach. Dotyczy to również regulacji dotyczącej problematyki kontroli. Ustawa o umowie koncesji nie daje uprawnień kontrolnych w zakresie prowadzonych postępowań o udzielenie umowy koncesji Prezesowi UZP.

Ważnym, z punktu widzenia systemu zamówień publicznych i jego kontroli, jest również ograniczenie korzystania ze środków ochrony prawnej w odniesieniu do zamówień publicznych, których wartość jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp. Nowelizacją ustawy z 2016 roku¹² co prawda dokonano poszerzenia przesłanek wnoszenia odwołania przy tych zamówieniach, to jednak prawodawca utrzymał prawo wnoszenia odwołania tylko na te czynności zamawiającego, które wskazano w katalogu art. 180 ust. 2. Moim zdaniem, należy uchylić dotychczasowy przepis art. 180 ust. 2, zrównując pozycję prawną wykonawców w zakresie prawa do korzystania ze środków ochrony prawnej we wszystkich postępowaniach, niezależnie od ich wartości. Tym samym zagwarantowana zostanie pełna kontrola sądową wszystkich zamówień publicznych objętych Pzp, która to kontrola służy gwarantowaniu praworządności przy wydatkowaniu środków w systemie zamówień publicznych. Przyznanie powszechnego prawa w zakresie dostępności do środków ochrony prawnej jest jednocześnie zagwarantowaniem ochrony interesu indywidualnego uczestników postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Postępowanie odwoławcze wszczyna się na wniosek podmiotu, który uznał określone działanie zamawiającego jako naruszające porządek prawny¹³.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych a kontrola zamówień publicznych

Obecnie obowiązujące przepisy dotyczące kontroli udzielania zamówień publicznych przez Prezesa UZP były przedmiotem wielu publikacji¹⁴, w których wskazywano na niedoskonałości tej instytucji. Dążąc do poprawy funkcjonowania tego obszaru kontroli należy rozważyć możliwości zmodyfikowania niektórych dotychczas przyjętych rozwiązań ustawowych. W przypadku tego organu kontroli pojawiają się uwagi systemowe oraz szczegółowe. Do pierwszej grupy należy, moim zdaniem, zaliczyć brak uprawnień Prezesa UZP do ustalania planu kontroli i tym samym prowadzeniu kontroli ukierunkowanych na określone problemy związane ze stosowaniem przepisów prawa w procesie udzielania zamówień publicznych. Takie uprawnienie służyłoby, między innymi, wypełnieniu dyspozycji przepisów ustawy dotyczących, np. czuwania nad przestrzeganiem zasad systemu zamówień publicznych¹⁵ oraz dążenia do jednolitego stosowania przepisów o zamówieniach¹⁶. Obecnie obowiązujące przepisy, co prawda dają Prezesowi prawo do podejmowania kontroli z urzędu, lecz uwzględniając realia kadrowe UZP kontrola ta jest podej-

¹² Do katalogu przesłanek wnoszenia odwołania dodano: określenie warunków udziału w postępowaniu, opisu przedmiotu zamówienia oraz wybór najkorzystniejszej oferty – ustawa z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych.

¹³ Zob art. 179 i art. 180 Pzp oraz art. 54 ust. 1 ustawy koncesyjnej.

¹⁴ Zob np. E. Przeszło, Kontrola udzielania zamówień publicznych, PWP Poznań 2013; H. Nowicki, Aktualne regulacje prawne w zakresie kontroli zamówień publicznych (w:) Księga Jubileuszowa Profesora Stanisława Jędrzejewskiego, Toruń 2009, s. 333; H. Nowicki, Kontrola uprzednia realizowana przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych (w:) Zamówienia publiczne jako instrument sprawnego wydatkowania środków unijnych, (red.) E. Adamowicz, J. Sadowy, Gdańsk–Warszawa 2012, s. 212 i nast.; H. Nowicki, Kontrola realizowana przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych jako element systemu kontroli zamówień publicznych (w:) Państwo a gospodarka, (red.) A. Brzezińska-Rawa, H. Nowicki, Toruń 2012, s. 55 i nast..

¹⁵ Art. 154 pkt 11 Pzp.

¹⁶ Art. 154 pkt 13 Pzp.

mowana doraźnie, najczęściej na wniosek upoważnionego podmiotu lub w związku ze złożonym doniesieniem wskazującym na potencjalne naruszenie prawa. Na to się jeszcze nakłada kontrola uprzednia (obowiązkowa) zamówień współfinansowanych ze środków UE. Rozważenia wymaga również wynik kontroli i możliwość zgłoszenia umotywowanych zastrzeżeń. Dzisiejsza procedura, w przypadku nieuwzględnienia zastrzeżeń przez Prezesa UZP, wprowadza obowiązek podejmowania w tym zakresie uchwały przez Krajową Izbę Odwoławczą. Wiążący charakter opinii KIO wydaje się być rozwiązaniem błędnym. Można z obecnego kształtu tej procedury wywieść wniosek, że KIO w tym przypadku kontroluje Prezesa UZP i jego działania kontrolne. Rozpatrywanie umotywowanych zastrzeżeń powinno być obowiązkiem Prezesa z tym jednak zastrzeżeniem, że Prezes powinien być zobowiązany wyznaczyć nowych pracowników do rozpatrzenia zastrzeżeń¹⁷ oraz stanowisko Prezesa nieuwzględniające zastrzeżeń musi zawierać uzasadnienie prawne i faktyczne odnoszące się do zgłoszonych zastrzeżeń. Wynik kontroli jest tylko informacją o stwierdzonych naruszeniach bez nakładania jakichkolwiek z tym związanych obowiązków. Nawet w przypadku zawarcia w wyniku kontroli zaleceń pokontrolnych nie mają one charakteru nakazu, lecz są tylko zaleceniami. Charakteru swego wynik kontroli nie zmienia również w przypadku wniosku Prezesa o pisemne poinformowanie w zakresie wykonania zaleceń pokontrolnych. W związku z prowadzoną kontrolą, a właściwie jej wynikiem, Prezes może wystąpić do sądu o unieważnienie umowy w całości lub jej części, nałożyć karę pieniężną czy też wystąpić do rzecznika dyscypliny finansów publicznych. W każdym z tych przypadków o naruszeniu prawa będzie rozstrzygał inny organ (sąd lub komisja orzekająca o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych). Co będzie *de facto* kontrolą działań kontrolnych Prezesa; będzie to kontrola zamawiającego, lecz odnosząca się również do kontroli Prezesa i treści jego wniosku. Natomiast nałożenie kary pieniężnej odbywa się w drodze decyzji administracyjnej, tym samym będą miały w tym przypadku zastosowanie przepisy kpa¹⁸ o odwołaniu oraz przepisy dotyczące możliwości zaskarżenia tej decyzji do sądu administracyjnego¹⁹. Kolejnym ważnym problemem jest wynik kontroli prowadzonej przez Prezesa UZP i jego znaczenie dla prowadzonej kontroli danego zamówienia publicznego przez inny uprawniony organ kontroli. Naczelną zasadą w systemie kontroli zamówień publicznych i szerzej w systemie kontroli powinna być zasada poszanowania takiego wyniku. Oczywiście to zastrzeżenie dotyczyć może kontroli prowadzonej w oparciu o identyczne kryteria kontroli i tylko w zakresie tych kryteriów. Inny organ kontrolując dane zamówienia publiczne dochodząc do innego wyniku powinien wskazać na rozbieżności podając uzasadnienie prawne i faktyczne oraz powiadomić o tym fakcie Prezesa UZP. Oczywiście jest również istnienie tego obowiązku po stronie Prezesa UZP w stosunku do innych organów kontroli. Obowiązek ten byłby konsekwencją wskazywanego w literaturze warunku poprawnego funkcjonowania systemu kontroli jakim jest współdziałanie i współpraca wszystkich organów kontroli. Takie ukształtowanie współdziałania organów kontroli służby pogłębianiu zaufania uczestników udzielania zamówień publicznych do państwa i jego organów.

Jedną z uwag szczegółowych powinno być „domknięcie” postępowania wyjaśniającego, które w przypadku jego wszczęcia powinno być zakończone przekazaniem informacji o tym fakcie zamawiającego. Zgodnie z obowiązującą procedurą Prezes UZP może „włączyć” do tego postępowania zamawiającego żądając kopii dokumentów lub wyjaśnień. W tym przypadku zamawiający powinien uzyskać pewność prawną co do zakończenia postępowania wyjaśniającego.

¹⁷ Powinien w tym przypadku mieć zastosowanie przepis art. 162 Pzp z poszerzonym katalogiem wyłączenia pracownika biorącego udział w kontroli, której dotyczą zastrzeżenia.

¹⁸ Ustawa z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (tj. Dz. U. z 2016 r. poz. 23 ze zm.).

¹⁹ Ustawa z dnia 30 sierpnia 2002 r. Prawo postępowania przed sądami administracyjnymi (tj. Dz. U. z 2016 r. poz. 718 ze zm.).

Organy właściwe do rozpatrywania środków ochrony prawnej

Organem właściwym do rozpatrywania odwołań²⁰ jest Krajowa Izba Odwoławcza, której status formalnoprawny budzi w literaturze duże zróżnicowanie poglądów²¹. Pozwolę sobie w niniejszym opracowaniu nie kontynuować tego wątku. Według prawodawcy Krajowa Izba Odwoławcza jest organem administracji publicznej o szczególnych uprawnieniach. Niestety forma prawna działania tego organu jakim jest, między innymi, wydawanie wyroków nie mieści się w klasycznym katalogu prawnych form działania administracji publicznej. Istotnym dla prowadzonych rozważań jest miejsce tego organu w systemie kontroli zamówień publicznych. Co do jednego zadanie KIO dotyczącego podejmowania uchwał w zakresie nieuwzględnienia przez Prezesa UZP wniesionych umotywowanych zastrzeżeń do wyniku kontroli wyżej zgłosiłem postulat ujęcia tego problemu w Pzp. Bardzo ważnym systemowym rozwiązaniem powinna być próba zreformowania KIO, której efektem powinno być ujednolicenie orzecznictwa. Jednym z proponowanych rozwiązań może być wprowadzenie dodatkowego uprawnienia Zgromadzenia Ogólnego Izby w zakresie przyjmowania uchwał określających kierunki orzekania w sprawach budzących wątpliwości członków KIO lub w sprawach powodujących rozbieżności w orzekaniu. Przedmiotowe uchwały nie miałyby charakteru wiążącego dla członków KIO, miałyby charakter zaleceń, wskazań czy też dobrych praktyk orzeczniczych. Innym rozwiązaniem może być uprawnienie Zgromadzenia Ogólnego Izby do występowania do Sądu Najwyższego o podjęcie uchwały rozstrzygającej zagadnienie prawne. W stosunku do członków KIO należy rozważyć możliwość poddawania ocenie poziomu merytorycznego orzecznictwa oraz sprawności i efektywności podejmowanych czynności w działalności orzeczniczej oraz działalności KIO, doskonalenia zawodowego itp. Można również rozważyć, w związku z oceną kwalifikacji członków KIO, wprowadzenie instytucji tzw. awansu „poziomego”.

Kolejnym środkiem ochrony prawnej jest prawo złożenia skargi do sądu²² na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej²³. Obecnie obowiązujące przepisy wskazują, w zakresie wniesienia skargi, sądy okręgowe jako właściwe dla siedziby lub miejsca zamieszkania zamawiającego. Oznacza to rozproszenie właściwości orzeczniczej pomiędzy wszystkie sądy okręgowe działające w Polsce. Biorąc pod uwagę dużą specyfikę regulacji z zakresu zamówień publicznych wydaje się właściwym powrót do rozwiązania już istniejącego w systemie prawa zamówień publicznych jakim było wskazanie jako właściwego do wnoszenia skargi Sądu Okręgowego w Warszawie²⁴. Wartym podkreślenia i utrzymania jest prawo wnoszenia skargi przez Prezesa UZP, który skargę może wnieść w terminie 21 dni od dnia ogłoszenia wyroku²⁵. Nowelizacją z 2001 roku wyłączono stosowanie przepisów o kasacji do Sądu Najwyższego w stosunku do wyroku Sądu Okręgowego²⁶. Problem środków ochrony prawnej został „skomplikowany” wprowadzeniem ustawy koncesyjnej

²⁰ Na temat środków ochrony prawnej zob. H. Nowicki, *Środki ochrony prawnej w systemie kontroli zamówień publicznych* (w:) *Studia Iuridica Toruniensia*, Tom XVII, Toruń 2015, s. 163 i nast.

²¹ Zob. J. Niczyporuk, *Krajowa Izba Odwoławcza – organ administracji regulacyjnej* (w:) *Nowe podejście do zamówień publicznych – zamówienia publiczne jako instrument zwiększenia innowacyjności gospodarki i zrównoważonego rozwoju. Doświadczenia polskie i zagraniczne*, (red.) J. Niczyporuk, J. Sadowy, M. Urbanek, UZP – UMCS, Lublin 2011, s. 105 i nast.

²² Na temat sądowej kontroli zamówień publicznych zob. szerzej H. Nowicki, *Sądowa kontrola części systemu prawnej kontroli zamówień publicznych* (w:) *Kontrola zamówień publicznych*, (red.) T. Kocowski, J. Sadowy, UZP Wrocław-Warszawa 2013, s. 95 i nast.

²³ Pierwszym rozwiązaniem w tym zakresie było wprowadzenie 1997 roku kontroli sądowej rozstrzygnięć arbitrów, rozwiązanie to wprowadzono art. 1 pkt 57 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. o zmianie ustawy o zamówieniach publicznych (Dz. U. nr 123, poz. 778), skarga mogła być wnoszona na zasadach określonych w Kodeksie postępowania cywilnego.

²⁴ Art. 1 pkt 53 ustawy z dnia 22 czerwca 2001 r. o zmianie ustawy o zamówieniach publicznych (Dz. U. nr 76, poz. 813).

²⁵ Do czynności podejmowanych przez Prezesa UZP stosuje się odpowiednio przepisy Kodeksu postępowania cywilnego o prokuratorze (art. 198b, ust. 4 Pzp).

²⁶ Wprowadzał to dodany art. 92h.

w 2009 roku²⁷ (już nieobowiązującej), która przewidywała jako środek ochrony prawnej możliwość wniesienia przez zainteresowany podmiot skargi do sądu administracyjnego.

Obecnie obowiązująca ustawa o umowie koncesji ujednoliciła środki ochrony prawnej przy postępowaniach o zawarcie umowy koncesji ze środkami ochrony prawnej uregulowanymi w Pzp, poprzez odesłanie w tym zakresie do odpowiednich przepisów Pzp.

Zatem w zakresie kontroli sądowej prawodawca powinien rozważyć powrót do wskazania jednego sądu okręgowego jako właściwego do rozpatrywania skarg na orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej. W tym sądzie powinien być wyodrębniony sąd zamówień publicznych, który może być wzorowany na istniejącym już Sądzie Ochrony Konkurencji i Konsumentów. Z tym jednak zastrzeżeniem, że w przypadku sądu zamówień publicznych mógłby być to sąd jednoinstancyjny, tak jak jest to w obecnym stanie prawnym. Powołanie jednego sądu zamówień publicznych służyłoby dalszej profesjonalizacji i ujednoliceniu orzecznictwa w tym obszarze. Innym rozwiązaniem możliwym do rozważania byłoby ograniczenie liczby sądów okręgowych uprawnionych do rozpatrywania skarg w zakresie zamówień publicznych do kilku sądów²⁸, bez potrzeby powoływania odrębnego sądu zamówień publicznych. W przypadku decyzji o powołaniu jednego sądu należy zastanowić się nad jego lokalizacją, wartym rozważenia jest jego umiejscowienie w jednym z dużych ośrodków orzecznictwa²⁹. W przypadku kontroli sądowej prawodawca, dążąc do poszerzenia prawa do sądu oraz poszanowania praworządności w zamówieniach publicznych, powinien rozważyć obniżenie wysokości wpisu od skargi „zamówieniowej” i „koncesyjnej”.

Inne organy kontroli uczestniczące w kontroli zamówień publicznych

Jednym z warunków poprawnej budowy systemu kontroli wskazywanym przez teoretyków prawa administracyjnego jest fachowość realizowanej kontroli. Warunek ten stawiany wobec organów kontroli odnosi się oczywiście w pierwszej kolejności do osób bezpośrednio kontrolę realizujących. Tylko fachowa kontrola udzielania zamówień publicznych daje możliwość prawidłowego przebiegu kontroli i poprawnego sformułowania jej wyników. Jako fachowość, w tym przypadku, należy rozumieć pełną wiedzę z zakresu zamówień publicznych; to wiedza obejmująca wszystkie etapy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, czy też zawarcia umowy koncesji. Fachowość kontrolujących musi dotyczyć wszystkich etapów postępowania, np. przygotowania postępowania, warunków określanych przez zamawiającego, opisu przedmiotu zamówienia, kryteriów oceny ofert, umowy i jej realizacji. Dodatkowym utrudnieniem w zakresie dążenia do osiągnięcia fachowości przez kontrolujących są częste zmiany przepisów regulujących zamówienia publiczne oraz ich rozległość³⁰. Brak fachowości organu kontrolującego może prowadzić do powierzchowności kontroli, braku kompetencji do wykrycia nieprawidłowości, tym samym może skutkować formułowaniem wadliwego wyniku kontroli z wadliwych zaleceń pokontrolnych.

Obecnie funkcjonujący system organów kontrolujących zamówienia publiczne jest bardzo rozbudowany, co nie zawsze wiąże się z jego fachowością. Moim zdaniem należy znaczenie ograni-

²⁷ Ustawa z dnia 9 stycznia 2009 r. o koncesji na roboty budowlane lub usługi (tj. Dz. U. z 2015 r. poz. 113).

²⁸ Np. według właściwości dla sądów apelacyjnych.

²⁹ Moim zdaniem właściwym byłoby umiejscowienie tego sądu poza Warszawą np. w Łodzi, Krakowie, Toruniu lub Poznaniu.

³⁰ Zob. np. H. Nowicki, Prawo zamówień publicznych – pojęcie i zakres regulacji (w:) H. Nowicki, J. Sadowy, (red.) XV-lecie systemu zamówień publicznych w Polsce, Ogólnopolska konferencja naukowa 22–23 czerwca 2009 r. w Toruniu, wyd. Urzędu Zamówień Publicznych, s. 87 i nast. M. Szydło regulację z zakresu zamówień publicznych określa jako hybrydową, zob. M. Szydło, Prawna koncepcja zamówienia publicznego, C. H. Beck, Warszawa 2014, s. 234 i nast. Dzisiejsza regulacja jest jeszcze bardziej rozległa i złożona ze względu na wprowadzenie, np. zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, zamówień na usługi społeczne i inne szczególne usługi i wielu innych.

czyć liczbę organów, które mają przypisane ustawowo zadania kontroli zamówień publicznych. Prawodawca powołując poszczególne organy kontroli zawsze określa ich zakres podmiotowy i przedmiotowy. W przypadku prowadzonych rozważań ważnym jest głównie zakres przedmiotowy kontroli. Powołując Państwową Inspekcję Pracy³¹ prawodawca wskazał, że jest to organ powołany do sprawowania i kontroli przestrzegania prawa pracy, nie musiał dodawać jak to czyni przy innych organach kontroli, że PIP kontroluje przestrzeganie przepisów prawa pracy w zamówieniach publicznych. Dalsze formułowanie takich przykładów uznaję za zbędne, gdyż uznaję, że każdy organ mający określony zakres przedmiotowy swej kontroli dokonuje jej niezależnie od innych przepisów powtarzających te same zadania, tylko że powtórzone w innym kontekście.

Dążąc do pełnej profesjonalizacji organów kontroli należy ograniczyć ilość organów, które wśród zadań kontrolnych mają wpisane zadanie kontroli zamówień publicznych. Oznacza to, że organ kontroli wyspecjalizowany w dotychczasowym swym zakresie przedmiotowym będzie teraz kontrolował cały proces udzielania zamówień publicznych.

Bez wątplenia organem w pełni profesjonalnym w zakresie kontroli zamówień publicznych jest Prezes UZP. Ważnym i profesjonalnym organem kontroli jest bez wątpienia Najwyższa Izba Kontroli³². Organami, które powinny mieć utrzymane zadania kontrolne w zakresie zamówień publicznych są regionalne izby obrachunkowe³³, z zastrzeżeniem ich dalszego dążenia do profesjonalizmu w zakresie kontroli zamówień publicznych. Natomiast w przypadku pozostałych organów kontrolujących zamówienia publiczne można mieć wątpliwości dodatkowe co do podkreślania przez prawodawcę o szczególnej „misji” tych organów kontroli wobec zamówień publicznych³⁴.

Wnioski końcowe

Przedstawione uwagi należy traktować jako jeden z głosów w dyskusji nad nowym kształtem prawa zamówień publicznych ze szczególnym odniesieniem się do kontroli zamówień publicznych. Prawodawca powinien dążyć do upraszczania tego systemu, nie poprzez wyłączenia, tylko poprzez wyeliminowanie rozwiązań zbędnych i nie przynoszących pozytywnych wyników dla funkcjonowania systemu zamówień publicznych. System środków ochrony prawnej powinien dążyć do, między innymi, ujednolicenia orzecznictwa i tym samym kształtowania dobrych praktyk stosowania prawa zamówień publicznych. Należy bez wątpienia dokonać zmian w funkcjonowaniu bardzo (nadmiernie) rozbudowanego systemu organów kontrolujących zamówienia publiczne. Ważnym jest również wzmocnienie pozycji Prezesa UZP, jako profesjonalnego organu odpowiedzialnego za funkcjonowanie systemu zamówień publicznych, w zakresie jego uprawnień, również w zakresie działalności kontrolnej. Ustabilizowania i jednoznacznego określenia wymaga również system organów uczestniczących w rozpatrywaniu środków ochrony prawnej. Tylko organ prawnie, jednoznacznie umiejscowiony w systemie organów państwa może prowadzić do ujednolicenia orzecznictwa w zakresie zamówień publicznych.

³¹ Ustawa z dnia 13 kwietnia 2007 r. o Państwowej Inspekcji Pracy (tj. Dz. U. z 2017 r. poz. 786).

³² Ustawa z dnia 23 grudnia 1994 r. o Najwyższej Izbie Kontroli (tj. Dz. U. z 2017 r. poz. 524).

³³ Ustawa z dnia 7 października 1992 r. o regionalnych izbach obrachunkowych (tj. Dz. U. z 2016 r. poz. 561).

³⁴ Przecież Prezes Urzędu Konkurencji i Konsumentów kontroluje przestrzeganie przepisów dotyczących rozwoju i ochrony konkurencji na całym rynku, w tym rynku zamówień publicznych, niezależnie od tego czy prawodawca dodatkowo wskazał rynek zamówień publicznych – ustawa z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (tj. Dz. U. z 2017 r. poz. 229). Podobne uwagi można zgłosić również do innych organów, które w zakresie swych uprawnień kontrolnych będą prowadziły kontrolę zamówień publicznych ale kontrola ta wynika z ogólnych zadań danego organu zob. np. zadania kontrolne CBA – ustawa z dnia 9 czerwca 2006 r. o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym (tj. Dz. U. z 2016 r. poz. 1310 ze zm.).

WYMÓG ZATRUDNIENIA NA UMOWĘ O PRACĘ W REALIZACJI ZAMÓWIENIA PUBLICZNEGO – AKSJOLOGIA ORAZ ASPEKTY PRAKTYCZNE

dr Paweł Nowicki – radca prawny, adiunkt w Katedrze Prawa Europejskiego Uniwersytetu Mikołaja Kopernika w Toruniu

Abstrakt

Niniejszy artykuł dotyczy przepisu art. 29 ust. 3a ustawy Prawo zamówień publicznych, wprowadzonego w związku z implementacją nowych dyrektyw zamówieniowych z 2014 r., który zobowiązuje zamawiających do określenia w opisie przedmiotu zamówienia na usługi lub roboty budowlane wymagań zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie umowy o pracę osób wykonujących wskazane przez zamawiającego czynności w zakresie realizacji zamówienia, jeżeli wykonanie tych czynności polega na wykonaniu pracy w sposób określony w art. 22 § 1 Kodeksu pracy. Autor wskazuje na potencjalne problemy i wątpliwości związane z nowymi przepisami, zarówno w sferze prawa polskiego, jak i prawa Unii Europejskiej, a także rozważa ich zgodność z zasadą *Best Value for Money*.

Abstract

This paper concerns a new regulation (article 29 section 3a of Public Procurement Law Act) introduced to the Polish Public Procurement Law Act while transposing the New Procurement Directives Package from 2014, which obliges contracting authorities to define the requirements relating to the employment by an economic operator or a subcontractor under an employment contract of the persons carrying out the activities indicated by the contracting authority in the scope of implementation of the contract, if the said activities are carried out in the manner defined in Article 22 § 1 of the Act of 26 June 1974 – Labour Code. The Author points out to possible problems and doubts under both Polish and EU law and asks about coincidence of the new regulation with Best Value for Money principle.

Uwagi wstępne

Ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw¹, implementowano do polskiego porządku prawnego przepisy dwóch nowych dyrektyw zamówieniowych: dyrektywy 2014/24/UE² oraz dyrektywy 2014/25/UE³. Są one częścią reformy unijnego systemu zamówień publicznych, która została wprowadzona w 2014 r. Jedną z istotnych zmian, które zostały wprowadzone, jest większy nacisk na społeczne aspekty związane z procesem udzielania i realizacji zamówień publicznych. Jak wskazuje prawodawca unijny w motywie 2 do dyrektywy 2014/24/UE, zamówienia publiczne mają stać się instrumentem rynkowym wykorzystywanym w celu osiągnięcia inteligentnego, trwałego wzrostu gospodarczego sprzyjającego włączeniu społecznemu, przy jednoczesnym zagwarantowaniu najbardziej efektywnego wykorzystania

¹ Dz. U. poz. 1020.

² Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE (Dz. Urz. UE L 94 z 28.3.2014, str. 65).

³ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylająca dyrektywę 2004/17/WE (Dz. Urz. UE L 94 z 28.3.2014, str. 243).

środków publicznych. W tym zakresie nowe dyrektywy zamówieniowe nawiązują do założeń Strategii Europa 2020⁴, a także odpowiadają na cele wskazane w Akcie o Jednolitym Rynku⁵. Następnie, w art. 18 ust. 2 dyrektywy 2014/24/UE⁶ prawodawca unijny zdecydował, że państwa członkowskie podejmą stosowne środki służące zapewnieniu, by przy realizacji zamówień publicznych wykonawcy przestrzegali mających zastosowanie obowiązków w dziedzinie prawa ochrony środowiska, prawa socjalnego i prawa pracy, ustanowionych w przepisach unijnych, krajowych, układach zbiorowych bądź przepisach międzynarodowego prawa ochrony środowiska, międzynarodowego prawa socjalnego i międzynarodowego prawa pracy wymienionych w załączniku X do dyrektywy. Z kolei przepis art. 71 dyrektywy 2014/24/UE rozciągnął ten obowiązek na podwykonawców⁷.

Polski ustawodawca zareagował na nowe cele stojące przed unijnym systemem zamówień publicznych, m.in. wprowadzając do ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych⁸ przepis art. 29 ust. 3a, który obliuguje zamawiającego do określenia w opisie przedmiotu zamówienia na usługi lub roboty budowlane wymagań zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie umowy o pracę osób wykonujących wskazane przez zamawiającego czynności w zakresie realizacji zamówienia, jeżeli wykonanie tych czynności polega na wykonywaniu pracy w sposób określony w art. 22 § 1 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. – Kodeks pracy⁹. Przepis ten zastąpił uchylony art. 29 ust. 4 pkt 4 ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający mógł określić w opisie przedmiotu zamówienia wymagania związane z realizacją zamówienia, dotyczące zatrudnienia na podstawie umowy o pracę przez wykonawcę lub podwykonawcę osób wykonujących czynności w trakcie realizacji zamówienia na roboty budowlane lub usługi, jeżeli było to uzasadnione przedmiotem lub charakterem tych czynności. Obecnie wymaganie umów o pracę staje się obowiązkiem zamawiającego, a nie jego uprawnieniem, jak było do tej pory.

Instrumentalizacja prawa zamówień publicznych a efektywne wydatkowanie środków

Nie da się ukryć, że wraz z przyjęciem nowych dyrektyw zamówieniowych postępuje proces instrumentalizacji prawa zamówień publicznych. Za pomocą jego przepisów ustawodawca krajowy, w ślad za prawodawcą unijnym, stara się oddziaływać na uczestników rynku zamówień publicznych w celu osiągnięcia pewnych założeń o charakterze gospodarczym, politycznym i społecznym. Poprzez zamówienia publiczne państwo chce oddziaływać na strukturę zatrudnienia, środowisko naturalne, przeciwdziałać wyłączeniu społecznemu czy też eliminować z obrotu przedsiębiorców, którzy łamią przepisy prawa. Niektórzy autorzy wprost wskazują, że zamówienia publiczne mogą stanowić środek walki z bezrobociem i w konsekwencji są preferowanym instrumentem rozwoju zatrudnienia¹⁰.

⁴ Komunikat Komisji Europejskiej, *EUROPA 2020. Strategia na rzecz inteligentnego i zrównoważonego rozwoju sprzyjającego włączeniu społecznemu*, Bruksela, 3.3.2010, KOM(2010) 2020 wersja ostateczna.

⁵ Komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego i Komitetu Regionów, *Akt o jednolitym rynku. Dwanaście dźwigni na rzecz pobudzenia wzrostu gospodarczego i wzmocnienia zaufania. „Wspólnie na rzecz nowego wzrostu gospodarczego”*, Bruksela, 13.4.2011, KOM(2011) 206 wersja ostateczna.

⁶ Niniejszy artykuł odnosi się do przepisów nowej dyrektywy klasycznej, aczkolwiek analogiczne rozwiązania zostały przewidziane w nowej dyrektywie sektorowej (art. 36).

⁷ Ślusznie wskazuje się w doktrynie prawa zamówień publicznych, że z uwagi na strukturę dyrektywy 2014/24/UE bardziej właściwym byłoby przewidzenie zobowiązania z art. 18 ust. 2 w art. 70 dotyczącym warunków realizacji zamówienia. Zob.: W. Hartung [w:] W. Hartung, M. Baglaj, T. Michalczyk, M. Wojciechowski, J. Krysa, K. Kuźma, *Dyrektywa 2014/24/UE w sprawie zamówień publicznych. Komentarz*, wyd. C.H. Beck, Warszawa 2015, str. 276.

⁸ Tekst jednolity: Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zmianami.

⁹ Tekst jednolity: Dz. U. z 2014 r., poz. 1502 ze zmianami.

¹⁰ Szerzej: V. Martinez, *Les péripéties du critère social dans l'attribution des marchés publics* [w:] G. Clamour i M. Ubaud-Bergeron (red.), *Contrats publics. Mélanges en l'honneur du professeur Michel Guibal*, Montpellier 2006, Presses de la Faculté de Droit de Montpellier, str. 251–252. V. Martinez określa zamówienia publiczne jako „*pilier favorable au développement du travail*”.

Warto zauważyć, że na szczeblu prawa unijnego nie są to rozwiązania nowe. W odniesieniu do interesującej nas problematyki, a więc realizacji celów społecznych poprzez zamówienia publiczne, Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej już dawno potwierdził możliwość włączania wymogów o charakterze socjalnym w dziedzinę zamówień publicznych¹¹. Uzasadnienia dla tego typu działań Trybunał szukał m.in. w ochronie praw pracowników, którą Trybunał zalicza do nadrzędnych względów interesu ogólnego¹², jednocześnie zakreślając, w różnym zakresie, granice takiej ochrony¹³. Nie ulega jednak wątpliwości, że społecznie odpowiedzialne zamówienia publiczne mogą stanowić (i stanowią) sferę, w ramach której osiągnąć są różne cele polityczne¹⁴.

Należy jednak pamiętać, że realizacja poprzez zamówienia publiczne różnych polityk horyzontalnych, takich jak osiągnięcie celów społecznych czy ekologicznych, nie zawsze idzie w parze z najbardziej efektywnym ekonomicznie wykorzystywaniem środków publicznych. Można wskazać, że właśnie w drodze instrumentalizacji zamówień publicznych rodzi się konflikt pomiędzy efektywnością ekonomiczną udzielanych zamówień, dążącą do minimalizacji kosztów zamówienia, a realizacją polityk horyzontalnych i promowaniem celów o charakterze politycznym¹⁵. Z jednej strony bowiem zamawiający realizuje pewne wzniosłe idee, które w wielu przypadkach są mu narzucane przez obowiązujące przepisy (z czym mamy do czynienia w przypadku stosowania art. 29 ust. 3a ustawy Pzp), z drugiej zaś musi wydatkować środki w sposób celowy i oszczędny¹⁶. Innymi słowy mówiąc, zamawiający musi realizować zamówienia zgodnie z zasadą *Best Value for Money* (inaczej: *Value for Money, BVfM*), oznaczającą maksymalizację wartości czegoś (przedmiotu zamówienia), co otrzymujemy na skutek przeprowadzonej transakcji (udzielonego zamówienia publicznego), w ramach posiadanych środków finansowych (wydatkowanych w ramach ceny, którą zamawiający płaci za realizację zamówienia publicznego lub kosztu, który ponosi również na etapie eksploatacji przedmiotu zamówienia). Przy czym zamawiający praktycznie zawsze dysponuje

¹¹ Tak: wyrok Trybunału z dnia 20 września 1988 r. w sprawie 31/87 *Beentjes*; wyrok Trybunału z dnia 26 września 2000 r. w sprawie C-225/98 *Komisja przeciwko Francji (Nord Pas de Calais)*.

¹² Tak m.in.: wyrok Trybunału z dnia 12 października 2004 r. w sprawie C-60/03 *Wolff & Müller*, pkt 35; wyrok Trybunału z dnia 24 stycznia 2002 r. w sprawie C-164/99 *Portugaia Construções*, pkt 20.

¹³ Szerzej: wyrok Trybunału z dnia 3 kwietnia 2008 r. w sprawie C-346/06 *Rüffert*; wyrok Trybunału z dnia 18 września 2014 r. w sprawie C-549/13 *Bundesdruckerei*; wyrok Trybunału z dnia 17 listopada 2015 r. w sprawie C-115/14 *RegioPost*. Analiza ww. orzecznictwa Trybunału patrz: P. Bogdanowicz, *Article 56 of the Treaty on the Functioning of the European Union and the Principle of Proportionality – Why, When and How Should They Be Applied After RegioPost?* [w:] A. Sanchez-Graells (ed.), *Smart Public Procurement and Labour Standards – Pushing the Discussion after RegioPost*, maszynopis, opracowanie ukaże się w II połowie 2017 r. nakładem wydawnictwa Bloomsbury-Hart.

¹⁴ Nie oznacza to jednak, że są to działania zupełnie niepożądane, czy też po prostu złe z punktu widzenia funkcjonowania systemu zamówień publicznych. Cele polityczne mogą być przecież jak najbardziej społecznie uzasadnione i potrzebne. Egzemplifikacji dostarczają w tym miejscu bardzo często powtarzające się ostatnio hasła walki „z szarą strefą”, „z umowami śmieciowymi”, „z bezrobociem”, etc. Hasła te, głoszone najczęściej jako elementy programu politycznego różnych ugrupowań politycznych, mogą przekładać się na regulacje dotyczące procesu udzielania zamówień publicznych, co już *de facto* i *de iure* ma miejsce. Jeśli ktoś, kto „walczy z bezrobociem”, jest w stanie rzeczywiście spowodować stworzenie nowych miejsc pracy w drodze zamówień publicznych, to jest to zjawisko jak najbardziej pożądane społecznie. W rezultacie realizacja celów politycznych przez zamówienia publiczne nie musi wcale być oceniana pejoratywnie. Inną sprawą jest oczywiście to, czy przepisy uskuteczniające przykładową „walkę z bezrobociem”, jakkolwiek wartościowe dla społeczeństwa, czy też dla partii politycznych (poprzez realizację ich haseł), podnoszą wartość samego zamówienia publicznego dla zamawiającego, co jest o tyle istotne, że to właśnie instytucja zamawiająca będzie ponosiła koszty realizacji tych przepisów, a poprzez nią – społeczeństwo.

¹⁵ Podobnie: H. Lindskog, S. Brege, P. Brehmer, *Conflicts in Public Procurement, Operations, Research and Decisions* 2013, No. 3, str. 38.

¹⁶ Taki obowiązek nakłada na jednostki sektora finansów publicznych przepis art. 44 ust. 3 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (tekst jednolity: Dz. U. z 2016 r., poz. 1870 ze zmianami). Zgodnie z tym przepisem wydatki publiczne powinny być dokonywane: 1) w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem zasad: a) uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów, b) optymalnego doboru metod i środków służących osiągnięciu założonych celów; 2) w sposób umożliwiający terminową realizację zadań; 3) w wysokości i terminach wynikających z wcześniej zaciągniętych zobowiązań.

ograniczonymi zasobami¹⁷. W rezultacie zamawiający, zgodnie z *Bvfm*, dąży do optymalizacji realizacji zamówienia publicznego, której ramy wyznaczone są przez granice budżetowe. Możemy więc też stwierdzić, że zamawiający dąży do osiągnięcia tzw. efektywności kosztowej, czy też jej zwiększenia, co oznacza, że w ramach posiadanych zasobów uzyskuje on więcej dóbr, lub uzyskuje tą samą ilość dóbr, lecz po niższej cenie¹⁸.

W tak rozumianej efektywności ekonomicznej udzielanego zamówienia trudno dostrzec miejsce na realizację jakichkolwiek celów społecznych, ekologicznych czy służących rozwojowi innowacyjności. Zamawiający zazwyczaj koncentrują się na przedmiocie zamówienia jako takim, dążąc do minimalizacji kosztów jego pozyskania. Taki stan rzeczy odzwierciedlają dostępne dane: w opublikowanej w dniu 11 kwietnia 2017 r. Informacji o wynikach kontroli „Klauzule społeczne w zamówieniach publicznych udzielanych przez administrację publiczną” Najwyższej Izby Kontroli¹⁹ zauważono, że mimo podejmowania działań na rzecz upowszechnienia stosowania tych klauzul w zamówieniach publicznych, nie zwiększono skali ich stosowania. Co ciekawe, NIK uznała za nieprawidłowość zjawisko braku przeprowadzania przez zamawiających analiz pod kątem racjonalności zastosowania klauzuli społecznej oraz ocen społecznych skutków, kosztów i korzyści wynikających z ich stosowania. W *Informacji* wskazuje się wyraźnie, że dobrą praktyką powinna być ewaluacja zamówień publicznych, w których zastosowano klauzule społeczne. Z drugiej strony *Informacja* pokazuje też, że wśród barier i trudności zamawiających w stosowaniu klauzul społecznych zidentyfikowano m.in. obawy przed niską jakością realizacji zamówienia, opóźnieniami w jego realizacji, czy również ograniczonymi możliwościami budżetowymi²⁰.

Istnienie, choćby potencjalne, wskazanego wcześniej konfliktu nie oznacza, że zamawiający powinien nastawiać się jedynie na niczym nieograniczone zwiększanie efektywności ekonomicznej udzielanych zamówień publicznych. Niezwykle trafnie określił to M. Szydło, który wskazał, że: „to, że celem poszczególnych zamówień publicznych (oraz celem prawa zamówień publicznych), jest dążenie do tego, by zamawiający starali się uzyskiwać (nabywać) dobro o możliwie jak najwyższej wartości za jak najniższą cenę lub po jak najniższych kosztach, nie oznacza bynajmniej, że zamawiający powinni dążyć do maksymalizowania wartości nabywanych dóbr bez żadnych zastrzeżeń i bez jakichkolwiek ograniczeń. Takie niczym nie limitowane maksymalizowanie wartości nabywanych dóbr z pewnością nie powinno mieć miejsca (...)”²¹. Niewątpliwie, efektywność ekonomiczna zamówień publicznych jest, w pewnym zakresie, ograniczana przez realizację celów społecznych czy ekologicznych, które niejednokrotnie mogą zaburzać makroekonomiczne funkcje zamówień publicznych, związane z ich podstawowymi celami²². Jednakże w stosunku do środ-

¹⁷ Jak wskazuje T. Kocowski zamawiający stara się gospodarować efektywnie w warunkach ograniczoności dóbr zapewniając, w drodze zamówień publicznych, maksymalną i optymalną realizację zadań publicznych. Szerzej: T. Kocowski, *Zorganizowanie uczestników procesu zamówień publicznych, a efektywność wykorzystania środków publicznych* [w:] *Zamówienia publiczne jako instrument sprawnego wykorzystania środków unijnych*, pod redakcją E. Adamowicz i J. Sadowego, wyd. 2. rozszerzone, Gdańsk–Warszawa 2012, Urząd Zamówień Publicznych, str. 23–24. Nie jest to koncepcja nowa wszak, jak podkreśla T. Sedláček, takie dążenie do optymalizacji w ramach posiadanych zasobów stanowi jedną z najstarszych koncepcji ekonomicznych, znaną już w czasach Starego Testamentu. Zob.: T. Sedláček, *Ekonomia dobra i zła*, Warszawa 2012, Wyd. Studio Emka, str. 84.

¹⁸ J. C. Pauw, J.S. Wolvaardt, *Multi-criteria decision analysis in public procurement – a plan from the South*, Politeia 2009, Vol. 28, No. 1, str. 76.

¹⁹ Nr ewid. 206/2016/P/16/004/KAP, zwana dalej: Informacją. Tekst dostępny pod adresem: <https://www.nik.gov.pl/plik/id,13176,vp,15591.pdf>

²⁰ Informacja..., op. cit., str. 14, 37 i 47.

²¹ M. Szydło, *Prawna koncepcja zamówienia publicznego*, Warszawa 2014, wyd. C.H. Beck, str. 11.

²² Podobnie: A. Sanchez-Graells, *Regulatory substitution between labour and public procurement law: the EU's shifting approach to enforcing labour standards in public contracts*, artykuł przygotowany na *Labour Law Research Network Conference (LLRN3)*, University of Toronto, Faculty of Law, June 25-27, str. 6. Dostępny pod adresem: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2958297.

ków publicznych oraz sposobu ich wydatkowania państwo może mieć większe oczekiwania, niż przy działaniach zakupowych podmiotów prywatnych²³. Zamówienia publiczne w takim wymiarze mogą nie tylko zapewniać zakup określonych usług, dostaw czy robót budowlanych, lecz również ustanawiają pewien standard wydatkowania środków publicznych, w zakresie pozytywnego oddziaływania na rynek, poprzez kształtowanie społecznie pożądanego zachowań uczestników tego rynku. W zamówieniach publicznych dzieje się to na wielu płaszczyznach: od podstaw wykluczenia wykonawców i warunków udziału w postępowaniu, poprzez opis przedmiotu zamówienia, na kryteriach oceny ofert kończąc. Egzemplifikacji oddziaływania państwa na rynek w zamówieniach publicznych dostarcza procedura weryfikacyjna wykonawców, w ramach której zamawiający wyklucza, *inter alia*, wykonawcę skazanego prawomocnie za przestępstwo skarbowe (art. 24 ust. 1 pkt 13 lit. c) ustawy Pzp), czy też może wykluczyć wykonawcę, wobec którego wydano ostateczną decyzję administracyjną o naruszeniu obowiązków wynikających z przepisów prawa pracy, prawa ochrony środowiska lub przepisów o zabezpieczeniu społecznym, jeżeli wymierzono tą decyzją karę pieniężną nie niższą niż 3000 złotych (art. 24 ust. 5 pkt 7 ustawy Pzp). Eliminacja takich wykonawców z obrotu (przynajmniej w zakresie zamówień publicznych) jest zupełnie zrozumiała i społecznie uzasadniona²⁴.

Teoretyczne uzasadnienie dla instrumentalizacji zamówień publicznych może wynikać również z samej natury zamówień publicznych, postrzeganych jako instrument ingerencji państwa w gospodarkę rynkową, który w różnoraki sposób może kształtować zachowania podmiotów w niej uczestniczących. Gospodarka rynkowa powinna być jednak pojmowana szerzej, w kategoriach wielopłaszczyznowego kształtowania ładu publicznego, w którym realizowane są różne wartości²⁵. Definiując gospodarkę rynkową w ten sposób, M. Zdyb, przytaczając poglądy R. N. Bellaha, wskazuje, że kiedy badamy stosunki między rynkiem a państwem, nie można skupiać się jedynie na kwestiach efektywności ekonomicznej i administracyjnej, ponieważ analiza prowadzona tylko w tym kierunku będzie z góry niepełna: brakuje jej „troski o dobro wspólne, o społeczeństwo, w którym żyjemy, i te cnoty, którym ono sprzyja”²⁶. Ponieważ wolny rynek nie jest sprawiedliwy, państwo musi interweniować i rozpościć parasol ochronny nad uczestnikami tego rynku, co samo w sobie jest źródłem wielu sporów²⁷.

Problemem jest jednak to, że prawodawca musi utrzymać odpowiedni balans pomiędzy celami ekonomicznymi z jednej strony, a realizacją innych „pozazakupowych” celów z drugiej. Dążąc do pewnej harmonii między tymi celami, zobowiązany jest tworzyć jasne i stosunkowo proste prze-

²³ W zasadzie działania zakupowe podmiotów prywatnych znajdują się poza obszarem zainteresowania państwa, o ile są one legalne. Chociażby z tego względu nie do końca można się zgodzić z poglądem, że zakupy podmiotów publicznych oraz podmiotów prywatnych są do siebie podobne (tak, m.in.: *Social and Environmental Policies in EC Procurement Law. New Directives and New Directions*, edited by S. Arrowsmith and P. Kunzlik, Cambridge University Press 2009, str. 16). Są do siebie podobne w tym sensie, że każdy podmiot chce optymalizować swój zakup, jednakże podmioty publiczne najczęściej są zobowiązane do zrobienia czegoś, lub czegoś im się w tych działaniach zakupowych zabrania. Natomiast podmioty prywatne mogą dowolnie kierować się swoimi preferencjami zakupowymi. Nie podlegają rygorystycznym procedurom, lecz regułom wolnorynkowym, aczkolwiek kierują się zazwyczaj jakimś rachunkiem ekonomicznym. Co nie oznacza, że w ich ramach nie mogą znajdować się np. cele ekologiczne.

²⁴ Jeśli jednak weźmiemy pod uwagę tzw. zamówienia zastrzeżone, uregulowane w art. 22 ust. 2 ustawy Pzp, sprawa nie wydaje się tak zrozumiała. Co prawda zastosowanie tego przepisu uzależnione jest od decyzji zamawiającego, jednakże jego wdrożenie w konkretnym postępowaniu o udzielenie zamówienia może *de facto* ograniczać konkurencję, a tym samym prowadzić do ograniczenia możliwości realizacji *Best Value for Money*.

²⁵ Tak: M. Zdyb, *Aksjologiczne podstawy ingerencji państwa w sferę gospodarki rynkowej* [w:] A. Powałowski (red.), *Prawne instrumenty oddziaływania na gospodarkę*, Warszawa 2016, wyd. C.H. Beck, str. 2.

²⁶ Ibidem, str. 3.

²⁷ Dość przywołać w tym miejscu jeden z najsłynniejszych sporów w dziejach ekonomii, pomiędzy Friedrichem Hayekiem i Johnem Maynardem Keynesem, kontynuowany następnie, poprzez krytykę Keynesa, przez Milтона Friedmana.

pisy prawa, co wynika chociażby z konieczności zapewnienia odpowiedniej ekonomiki prowadzonego postępowania. Jak pokazuje przykład obecnego przepisu art. 29 ust. 3a ustawy Pzp, jest to bardzo trudne zadanie.

Zatrudnienie na podstawie umowy o pracę – nowe regulacje w ustawie Pzp

Jak już wspomniano wcześniej, przepis art. 29 ust. 3a ustawy Pzp stanowi, że zamawiający określa w opisie przedmiotu zamówienia na usługi lub roboty budowlane wymagania zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie umowy o pracę osób wykonujących wskazane przez zamawiającego czynności w zakresie realizacji zamówienia, jeżeli wykonanie tych czynności polega na wykonywaniu pracy w sposób określony w art. 22 § 1 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. – Kodeks pracy.

Przepis art. 29 ust. 3a ustawy Pzp wprowadził więc nowy obowiązek, obciążający zamawiających, który należy uwzględnić dokonując opisu przedmiotu zamówienia. Dla prawidłowego wypełnienia jego dyspozycji, zamawiający musi najpierw określić czynności w zakresie realizacji zamówienia, a następnie zbadać je pod kątem przesłanek stosunku pracy uregulowanych w art. 22 § 1 KP.

W myśl tego przepisu przez nawiązanie stosunku pracy pracownik zobowiązuje się do wykonywania pracy określonego rodzaju na rzecz pracodawcy i pod jego kierownictwem oraz w miejscu i czasie wyznaczonym przez pracodawcę, a pracodawca – do zatrudniania pracownika za wynagrodzeniem.

Na marginesie warto zauważyć, że **przepisy Kodeksu pracy dokonują rozróżnienia pomiędzy pojęciami stosunku pracy oraz umowy o pracę**. Zgodnie z przepisem art. 2 KP pracownikiem jest osoba zatrudniona na podstawie umowy o pracę, powołania, wyboru, mianowania lub spółdzielczej umowy o pracę. W konsekwencji umowa o pracę jest jedną z podstaw nawiązania stosunku pracy²⁸. O wyborze rodzaju podstawy prawnej zatrudnienia decydują zainteresowane strony, co wynika z przepisu art. 353¹ Kodeksu cywilnego²⁹ w związku z art. 300 KP³⁰, kierując się nie tyle przesłanką przedmiotu zobowiązania, ile sposobem jego realizacji³¹. Jak podkreśla M. Gersdorf: „o charakterze prawnym danego stosunku zatrudnienia nie rozstrzyga jedynie nazwa umowy, jaką nadały jej strony (...), lecz także, a nawet przede wszystkim, jej treść, a ściślej treść stosunku prawnego, który w wyniku tej umowy powstaje”³². Jest to o tyle istotne, że przepis art. 29 ust. 3a ustawy Pzp odnosi się jedynie do wykonywania pracy na podstawie umowy o pracę. Takie rozwiązanie legislacyjne należy ocenić bardzo krytycznie, o czym będzie mowa w końcowej części niniejszego artykułu.

W przypadku analizy potwierdzającej, że wykonywanie czynności w zakresie realizacji zamówienia polega na wykonywaniu pracy w sposób określony w art. 22 § 1 KP, zamawiający obligatoryjnie

²⁸ W. Muszalski [w:] W. Muszalski (red.), *Kodeks pracy. Komentarz*, wyd. 10, Warszawa 2015, wyd. C.H. Beck, str. 8.

²⁹ Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (tekst jednolity: Dz. U. z 2017 r., poz. 459).

³⁰ Zgodnie z przepisem art. 300 KP w sprawach nieuregulowanych przepisami prawa pracy do stosunku pracy stosuje się odpowiednio przepisy Kodeksu cywilnego, jeżeli nie są one sprzeczne z zasadami prawa pracy. Z kolei przepis art. 353¹ Kodeksu cywilnego stanowi, że strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego.

³¹ Tak: wyrok Sądu Najwyższego z dnia 9 grudnia 1999 r., I PKN 432/99, OSNAPiUS 2001, nr 9, poz. 310.

³² M. Gersdorf [w:] M. Gersdorf, K. Rączka, M. Rączkowski, *Kodeks pracy. Komentarz*, wyd. 3, Warszawa 2014, wyd. LexisNexis, str. 111. Przy czym Autorka jednocześnie wskazuje, że „nazwy umowy nie można zignorować, bo nazwa ta przynajmniej pośrednio świadczy o zgodnym celu i zamiarze stron umowy co do rodzaju kreowanego ową umową stosunku prawnego”.

wskazuje te czynności w opisie przedmiotu zamówienia. Na tym jednak działania zamawiającego się nie kończą, ponieważ jeśli wskaże on przedmiotowe czynności stosując art. 29 ust. 3a ustawy Pzp, to w konsekwencji jest zobowiązany do określenia w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w szczególności:

- a) sposobu dokumentowania zatrudnienia osób, o których mowa w art. 29 ust. 3a ustawy Pzp,
- b) uprawnień zamawiającego w zakresie kontroli spełniania przez wykonawcę wymagań w zakresie zatrudnienia na podstawie umowy o pracę osób wykonujących wskazane przez zamawiającego czynności,
- c) rodzaju czynności niezbędnych do realizacji zamówienia, których dotyczą wymagania zatrudnienia na podstawie umowy o pracę przez wykonawcę lub podwykonawcę osób wykonujących czynności w trakcie realizacji zamówienia.

Na pierwszy rzut oka przepisy art. 29 ust. 3a oraz art. 36 ust. 2 pkt 8a lit.c) ustawy Pzp nie są do końca koherentne. Ustawodawca bowiem dwukrotnie daje zamawiającemu podstawę prawną do określenia czynności w zakresie realizacji zamówienia, których dotyczą wymagania zatrudnienia na podstawie umowy o pracę. Przy czym w przepisie art. 36 ust. 2 pkt 8a lit. c) ustawy Pzp ustawodawca mówi o czynnościach „niezbędnych do realizacji zamówienia”. Słowo „niezbędne” nie znalazło się natomiast w art. 29 ust. 3a ustawy Pzp, który z kolei używa pojęcia „czynności w zakresie realizacji zamówienia”. Ponadto, przepis art. 29 ust. 3a ustawy Pzp określa obowiązek zamawiającego do określenia w opisie przedmiotu zamówienia „wymagań zatrudnienia” – taka powinność nie została wskazana w art. 36 ust. 2 pkt 8a ustawy Pzp. Powstaje więc pytanie o wzajemny stosunek obu tych przepisów.

Nie ulega wątpliwości, że to przepis art. 29 ust. 3a ustawy Pzp tworzy obowiązek po stronie zamawiającego, który z kolei implikuje konieczność pojawienia się odpowiednich treści w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wskazanych w przepisie art. 36 ust. 2 pkt 8a ustawy Pzp. Możemy więc uznać, że przepis ten ma charakter techniczny i porządkowy. Nietrafne są jednak poglądy, że przepis art. 36 ust. 2 pkt 8a lit.c) ustawy Pzp przyznaje zamawiającemu jakiegokolwiek „władztwo”³³. Jest to niemożliwe, ponieważ przepis art. 29 ust. 3a ustawy Pzp, a więc przepis o charakterze pierwotnym w stosunku do art. 36 ust. 2 pkt 8a, ma charakter obligatoryjny. Dopiero zastosowanie przepisu art. 29 ust. 3a ustawy Pzp, a więc przewidzenie w opisie przedmiotu zamówienia wymagań zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie umowy o pracę osób wykonujących wskazane przez zamawiającego czynności w zakresie realizacji zamówienia, jeżeli wykonanie tych czynności polega na wykonywaniu pracy w sposób określony w art. 22 § 1 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. – Kodeks pracy, rodzi konieczność zastosowania przepisu art. 36 ust. 2 pkt 8a ustawy Pzp. Określenie **czynności w zakresie realizacji zamówienia**, co do których zamawiający przewiduje wymagania z art. 29 ust. 3a ustawy Pzp, następuje więc już na etapie analizy

³³ Por. W. Dzierżanowski, *Wymóg zatrudnienia pracowniczego przy realizacji zamówienia publicznego*, Prawo Zamówień Publicznych 2017, Nr 1, str. 30 – 31. Zdaniem Autora o ile niekwestionowane jest, iż istnieje wynikający z art. 29 ust. 3a obowiązek żądania, by zatrudnienie pracownicze miało miejsce, o tyle już decyzja o tym, czy ma ono obejmować wykonywanie wszystkich czynności o pracowniczym charakterze, czy też jedynie niektóre spośród nich, należy do zamawiającego. Jest to stanowisko błędne, pozostające w sprzeczności z treścią art. 29 ust. 3a ustawy Pzp. Przyjęciu takiej interpretacji przeciwstawia się również Urząd Zamówień Publicznych, który w swojej opinii nt. stosowania tego przepisu podkreśla: „Niezgodne z treścią art. 29 ust. 3a ustawy Pzp byłoby wskazanie tylko niektórych czynności, choćby miały znaczenie doniosłe dla zamawiającego i pominięcie innych mających np. znaczenie drugorzędne.” Opinia dostępna pod adresem: <https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/interpretacja-przepisow/pytania-i-odpowiedzi-dotyczace-nowelizacji-ustawy-prawo-zamowien-publicznych-2/opinia-dotyczaca-art.-29-ust.-3a-ustawy-pzp-uwzgledniajaca-wspolne-stanowisko-prezesa-urzedu-zamowien-publicznych-oraz-generalnego-inspektora-danych-osobowych-z-dnia-28-kwietnia-2017-r>.

prowadzonej na podstawie tego przepisu. Jak słusznie wskazuje K. Różowicz, na zamawiającym ciąży obowiązek ustalenia czy czynności wykazujące cechy świadczenia pracy występują w trakcie realizacji zamówienia, lecz aby prawidłowo go zrealizować zamawiający musi precyzyjnie przewidzieć jakie czynności będą podejmowane na etapie realizacji zamówienia, a następnie porównać sposób wykonywania tych czynności do wzorca wynikającego z przepisu art. 22 §1 KP³⁴. Nie ulega więc wątpliwości, że zamawiający, aby prawidłowo wypełnić obowiązek z art. 29 ust. 3a ustawy Pzp, musi posiadać odpowiednią wiedzę na temat sposobu realizacji przedmiotu zamówienia. Innymi słowy mówiąc: zamawiający w celu prawidłowej oceny czynności w zakresie realizacji zamówienia pod kątem przesłanek stosunku pracy, określonych w art. 22 §1 KP, musi wiedzieć wykonania jakich czynności wymaga realizacja przedmiotu zamówienia. To właśnie w tym kontekście przepis art. 36 ust. 2 pkt 8a lit. c) ustawy Pzp stanowi o „czynnościach niezbędnych do realizacji zamówienia”. **Wskazanie przez zamawiającego czynności nie związanych z realizacją przedmiotu zamówienia, nawet jeśli spełniają przesłanki wynikające z przepisu art. 22 § 1 KP, stanowiłoby naruszenie przepisu art. 29 ust. 3a ustawy Pzp w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, z uwagi na naruszenie zasady proporcjonalności.** Nie oznacza to jednak, że zamawiający, działając na podstawie art. 36 ust. 2 pkt 8a lit. c) ustawy Pzp, może sobie „wybierać” czynności w zakresie realizacji zamówienia, które spełniają wymogi stosunku pracy określone w art. 22 § 1 KP. Jeśli jakaś czynność w zakresie realizacji zamówienia, wykonuje dyspozycję przepisu art. 22 § 1 KP, to zamawiający ma obowiązek wskazać ją w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz określić wymagania zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie umowy o pracę osób wykonujących taką czynność³⁵.

Literalna wykładnia przepisu art. 29 ust. 3a ustawy Pzp nasuwa jeszcze jedną wątpliwość – czy wykonawcy, którzy, przykładowo, jednoosobowo wykonują działalność gospodarczą, są w stanie wykonywać czynności wskazane przez zamawiającego na podstawie tego przepisu, skoro nie posiadają umowy o pracę? Odpowiedź na to pytanie w gruncie rzeczy dotyczy problemu zupełnie podstawowego, ponieważ odpowiedź negatywna będzie oznaczała, że taki wykonawca, działając samodzielnie, w ogóle nie jest w stanie skutecznie złożyć oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia, w którym określone przez zamawiającego czynności muszą być wykonane na podstawie umowy o pracę. Ten sam problem dotyczy spółek osobowych, w których wspólnicy będą samodzielnie świadczyli pracę w zakresie czynności określonych przez zamawiającego, a brak jest możliwości zastosowania obowiązku zatrudniania takich osób na umowę o pracę. Na szczęście Krajowa Izba Odwoławcza zauważyła te wątpliwości i w wyroku z dnia 24 listopada 2016 r.³⁶ słusznie wskazała, że przepis art. 29 ust. 3a ustawy Pzp powinien podlegać wykładni funkcjonalnej, a nie wykładni literalnej. Ta druga prowadziłaby do interpretacji, zgodnie z którą przedsiębiorcy prowadzący działalność gospodarczą byłiby dyskryminowani, poprzez pozbawienie ich możliwości brania udziału w przetargu. Przepis art. 29 ust. 3a ustawy Pzp dotyczy

³⁴ Zob. K. Różowicz, *Wymóg zatrudnienia na podstawie umowy o pracę*, praktyczne wyjaśnienia do art. 29 ust. 3a ustawy Pzp w Systemie Informacji Prawnej Legalis z dnia 16 marca 2017 r.

³⁵ W tym kontekście za nietrafny należy uznać pogląd, zgodnie z którym art. 29 ust. 3a ustawy Pzp należy interpretować w ten sposób, że odnosi się on do tych czynności, które ze względu na specyfikę konkretnego przedmiotu zamówienia, determinowaną potrzebami zamawiającego, mogą być wykonane wyłącznie w ramach stosunku pracy i że nie jest to próba kwalifikacji tych czynności z punktu widzenia prawa pracy, lecz „raczej wskazanie wykonawcy lub podwykonawcy, że tylko zatrudnienie na podstawie stosunku pracy osób uczestniczących w realizacji zamówienia umożliwia jego prawidłową realizację”. Por. J. Kola, *Wymagania zatrudnienia na podstawie umowy o pracę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego*, Zamawiający 2016, Nr 19, str. 55-56. Z ww. poglądem polemizuje również P. Bogdanowicz, wskazując, że dyspozycja art. 29 ust. 3a ustawy Pzp stanowi, iż jest zupełnie odwrotnie (wystąpienie P. Bogdanowicza nt. „O wylaniu dziecka z kąpielą, czyli wymóg zatrudnienia na umowę o pracę w zamówieniach publicznych samorządu terytorialnego” w dniu 24 kwietnia 2017 r. na Ogólnopolskiej Konferencji Naukowej „Zmiana myślenia o zamówieniach publicznych w samorządzie terytorialnym”, zorganizowanej przez UMCS w Lublinie, pod patronatem Urzędu Zamówień Publicznych).

³⁶ Sygn. akt: KIO 2101/16.

stosunków między wykonawcą (jako pracodawcą) a jego pracownikami i nie obejmuje czynności podejmowanych bezpośrednio przez samego wykonawcę³⁷.

Określenie wymagań zatrudnienia na podstawie umowy o pracę

Niestety, na tym nie kończą się niejasności związane z wymogiem zatrudnienia pracowniczego przy realizacji zamówienia publicznego. Pojęcie „wymagań zatrudnienia na podstawie umowy o pracę” również wymaga głębszej analizy. Dlaczego bowiem ustawodawca użył liczby mnogiej, wskazując na „wymagania”? Przepis art. 29 ust. 3a ustawy Pzp nie mówi jedynie o określeniu wymagania (jednego) zatrudnienia na podstawie umowy o pracę, lecz o określeniu wymagań (a więc przynajmniej dwóch) zatrudnienia na podstawie umowy o pracę. W przypadku użycia słowa w liczbie pojedynczej moglibyśmy uznać, że chodzi po prostu o wskazanie – osoba wykonująca jakąś czynność musi być zatrudniona na podstawie umowy o pracę. Natomiast w sytuacji, gdy mowa jest o „wymaganiach” można domniemywać, że ustawodawcy chodziło nie tylko o samo wskazanie czynności, która ma być wykonywana na podstawie umowy o pracę, lecz również o określenie innych wymogów w tym zakresie, przykładowo: wielkości etatu czy czasu trwania takiej umowy. Na możliwość przyjęcia takiej interpretacji wskazuje przywoływana już wcześniej *Informacja* Najwyższej Izby Kontroli, w której zaznaczono, że: „osiąganiu oczekiwanych efektów ze stosowania klauzul społecznych nie sprzyja stosowana przez niektórych wykonawców zamówień publicznych praktyka polegająca na zatrudnianiu pracowników na niewielkie, ułamkowe części etatu bądź na okres krótszy niż czas realizacji umowy. Z ustaleń kontroli wynika, że do takiego podejścia wykonawców do realizacji wymagań wynikających z zastosowanych klauzul społecznych przyczynia się brak precyzyjnego określenia w SIWZ, a w konsekwencji w zawartych umowach, sposobu i okresu zatrudnienia. W ocenie NIK, w dokumentach tych należy precyzyjnie określać warunki w tym zakresie”³⁸.

Podkreślenia wymaga, że *Informacja* dotyczy stanu prawnego jeszcze sprzed obowiązywania nowelizacji ustawy Pzp z dnia 22 czerwca 2016 r., a więc okresu, gdy obowiązywał przepis art. 29 ust. 4 pkt 4 ustawy Pzp, w brzmieniu: „Zamawiający może określić w opisie przedmiotu zamówienia **wymagania związane z realizacją zamówienia, dotyczące zatrudnienia na podstawie umowy o pracę** przez wykonawcę lub podwykonawcę osób wykonujących czynności w trakcie realizacji zamówienia na roboty budowlane lub usługi, jeżeli jest to uzasadnione przedmiotem lub charakterem tych czynności”. Treść tego przepisu różni się oczywiście od obecnego art. 29 ust. 3a ustawy Pzp. W poprzednim stanie prawnym ustawa Pzp stanowiła o „wymaganiach związanych z realizacją zamówienia, dotyczących zatrudnienia na podstawie umowy o pracę”. Obecnie mamy do czynienia z przepisem odnoszącym się do „wymagań zatrudnienia (...) na podstawie umowy o pracę. Wydaje się wręcz, że poprzednia regulacja, zawarta w art. 29 ust. 4 pkt 4 ustawy Pzp, definiowała interesujące nas „wymagania” szerzej, niż obecny przepis art. 29 ust. 3a ustawy Pzp.

W rezultacie nie dziwi fakt, że w stosunku do poprzedniego stanu prawnego Urząd Zamówień Publicznych wydał opinię, w której w następujący sposób interpretował art. 29 ust. 4 pkt 4 ustawy Pzp: „nie ma przeszkód prawnych, aby zamawiający sprecyzował w SIWZ również liczbę osób, które wykonawca i/lub podwykonawca będzie zobowiązany zatrudnić na podstawie umowy o pracę, okres wymaganego zatrudnienia tych osób, sposób dokumentowania ich zatrudnienia, a także sankcje związane z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem umowy w zakresie

³⁷ Niemożliwe jest również występowanie współnika spółki cywilnej jako jej pracownika, ponieważ jest to niezgodne z przepisem art. 865 § 1 KC. Zob.: W. Muszalski [w:] W. Muszalski (red.), *Kodeks...*, op. cit., str. 12.

³⁸ *Informacja...*, op. cit., str. 16 (pkt 8) i str. 36.

wymagania, o którym mowa w art. 29 ust. 4 pkt 4 ustawy Pzp (...).³⁹ W praktyce zamawiający, korzystając z byłego przepisu art. 29 ust. 4 pkt 4 ustawy Pzp, często wskazywali nie tylko konkretne czynności, które powinny być realizowane na podstawie umowy o pracę, lecz również określali wymiar zatrudnienia oraz liczbę osób, która ma zostać zatrudniona⁴⁰. Powstaje jednak pytanie, czy zarówno zalecenia NIK zawarte w przedstawionej wcześniej *Informacji*, jak też stanowisko Urzędu Zamówień Publicznych *mutatis mutandis* mogą zachować swoją aktualność.

W mojej ocenie poglądy te nie powinny zostać uznane za aktualne w świetle obecnie obowiązującego przepisu art. 29 ust. 3a ustawy Pzp. Przeciw takiej interpretacji przemawiają przynajmniej dwa argumenty.

Po pierwsze, sięgając do prac legislacyjnych nad nowelizacją ustawy Pzp z dnia 22 czerwca 2016 r., możemy zauważyć, że słowo „wymagania”, a więc użycie liczby mnogiej, miało podkreślić, że nie należy mówić o: „wymogu zatrudnienia na podstawie umowy o pracę w ogóle wszystkich osób przy zamówieniach, tylko sam zamawiający ma wskazać czynności ograniczone treścią art. 22 KP”⁴¹. Takie założenie jest oczywiście słuszne, jednakże, niestety, nie rozwiewa wątpliwości związanych z interpretacją przepisu art. 29 ust. 3a ustawy Pzp, ponieważ jego treść ewidentnie odbiega od intencji ustawodawcy.

Po drugie, przyjęcie takiej interpretacji przepisu art. 29 ust. 3a ustawy Pzp, która umożliwiałaby zamawiającym ingerowanie w klauzule umów o pracę, zawieranych przez wykonawców oraz podwykonawców z ich pracownikami, wydaje się naruszać zarówno przepisy Konstytucji RP⁴², jak i samego Kodeksu pracy. Jeśli chodzi o Konstytucję RP, to przyjęcie powyższej interpretacji godzi w wolność działalności gospodarczej, stanowiącej jeden z filarów społecznej gospodarki rynkowej (art. 20 Konstytucji RP). Przy czym, zgodnie z art. 22 Konstytucji RP, nie jest to wolność bezwzględna i może być wyjątkowo ograniczana tylko w drodze ustawy i tylko ze względu na ważny interes publiczny. Analizując przedmiotową interpretację z perspektywy Kodeksu pracy warto zwrócić uwagę, że „wymuszanie” przez zamawiającego samego zatrudnienia na podstawie umowy o pracę, jak również wpływanie na konkretne elementy tej umowy, jest sprzeczne z zasadą swobody umów. Jak podkreśla M. Gersdorf, „w warunkach ustroju społeczno-ekonomicznego opartego na zasadach gospodarki rynkowej podstawowe znaczenie w obrocie prawnym ma autonomia woli stron kreująca swobodę umów. (...) Prowadzi to w obrocie prawnym do uszanowania intencji i woli stron, która znajduje wyraz bezpośrednio w składanych przez nie oświadczeniach woli, a zwłaszcza w zawartych przez nie umowach”⁴³. Zamawiający nie tylko może narzucić podstawę zawarcia stosunku pracy, w postaci umowy o pracę, lecz również mógłby zignorować intencje i wolę stron, dyktując im warunki, na których ma zostać zawarta umowa o pracę. Krytyka tak szerokiego rozumienia przepisu art. 29 ust. 3a ustawy Pzp wydaje się więc być w pełni celowa.

Z drugiej strony, paradoksalnie, uzasadnienia dla ingerencji zamawiającego w klauzule umów o pracę, zawieranych przez wykonawców oraz podwykonawców z ich pracownikami, może dostarczyć również Konstytucja RP, która w przepisie art. 24 stanowi, że praca znajduje się pod

³⁹ Opinia prawna Urzędu Zamówień Publicznych nt. *Możliwość zobowiązania wykonawców lub podwykonawców do zatrudniania na podstawie umowy o pracę osób wykonujących czynności w trakcie realizacji zamówienia na roboty budowlane lub usługi (art. 29 ust. 4 pkt 4 ustawy Pzp)*, opinia dostępna w serwisie www.szukio.pl

⁴⁰ Zob.: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 sierpnia 2015 r., sygn. akt: KIO 1602/15.

⁴¹ Posiedzenie Podkomisji nadzwyczajnej do rozpatrzenia rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (druk nr 366) w dniu 20 kwietnia 2016 r.).

⁴² Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz. U. poz. 78 ze zmianami).

⁴³ M. Gersdorf [w:] M. Gersdorf, K. Rączka, M. Rączkowski, *Kodeks...*, op. cit., str. 110–111.

ochroną Rzeczypospolitej Polskiej, a Państwo sprawuje nadzór nad warunkami wykonywania pracy. Rozstrzygnięcie tego zagadnienia wymaga jednak głębszej analizy, wykraczającej poza ramy niniejszego opracowania.

Uwagi końcowe

Wprowadzenie wymogu zatrudnienia na umowę o pracę w realizacji zamówienia publicznego, uregulowane w art. 29 ust. 3a ustawy Pzp, jakkolwiek realizujące społecznie słuszną ideę, nie jest pozbawione wad. Jak zostało wykazane, analizowany przepis jest nieprecyzyjny i może wywoływać duże wątpliwości zarówno u zamawiających, jak i po stronie wykonawców.

Więszym problemem może się okazać jednak sygnalizowana już niekompatybilność przepisu art. 29 ust. 3a ustawy Pzp z przepisami Kodeksu pracy, czy wreszcie jego potencjalna niezgodność z prawem pierwotnym Unii Europejskiej.

Odnosząc się do pierwszej kwestii, analizowany przepis odnosi się jedynie do wykonywania pracy na podstawie umowy o pracę. Tymczasem stosunek pracy może również powstać na innej podstawie: powołania, wyboru, mianowania lub spółdzielczej umowy o pracę. Zupełnie niezrozumiałym jest fakt, dlaczego przepis, którego *ratio legis* sprowadza się do ochrony pracowników, pomija zupełnie kwestie ustanowienia stosunku pracy na innej podstawie niż umowa o pracę. Podzielić zatem należy prezentowany w doktrynie słuszny pogląd wskazujący na to, że określenie wymagań na podstawie art. 29 ust. 3a ustawy Pzp powinno dotyczyć zatrudnienia na podstawie umowy o pracę lub na innych podstawach stosunku pracy, ponieważ celem ustawodawcy nie było eliminowanie z realizacji zamówień publicznych pracowników realizujących stosunek pracy na innej podstawie niż umowa o pracę⁴⁴.

Pozostaje więc potencjalna niezgodność art. 29 ust. 3a ustawy Pzp z prawem Unii Europejskiej, a dokładniej z przepisem art. 56 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej⁴⁵, zakazującym ograniczeń w swobodzie świadczenia usług wewnątrz UE w odniesieniu do obywateli państw członkowskich mających swe przedsiębiorstwo w państwie członkowskim innym niż państwo odbiorcy świadczenia. Problem ten może wystąpić w zamówieniach publicznych z elementem transgranicznym, a więc chociażby w przypadku, w którym ofertę w postępowaniu o udzielenie zamówienia złoży wykonawca z innego państwa członkowskiego. Czy jego pracownicy muszą spełniać wymogi dotyczące nawiązania stosunku pracy na podstawie umowy o pracę w rozumieniu art. 22 §1 KP? Jak w takiej sytuacji ma się zachować zamawiający i jaką analizę powinien przeprowadzić, aby ustalić czy odpowiednie przepisy prawa państwa członkowskiego wykonawcy są w zgodzie z przepisami polskiego prawa pracy, tym samym pozwalając na uznanie, że wykonawca ten spełnia wymagania określone na podstawie art. 29 ust. 3a ustawy Pzp? Taka sytuacja oznacza nie tylko olbrzymie problemy praktyczne dla zamawiającego, lecz może być interpretowana jako ograniczenie w rozumieniu art. 56 TFUE⁴⁶. Sytuacja jednak nie jest jednoznaczna, również na obszarze przepisów prawa unijnego, ponieważ omawiany przepis ustawy Pzp mógłby być, co do zasady, uzasadniony celem ochrony pracowników⁴⁷. Dotychczasowe

⁴⁴ Zob. J. Kola, *Wymagania...*, op. cit., str. 54.

⁴⁵ Dz. Urz. UE C 326 z 26.10.2012, str. 47.

⁴⁶ Ciekawa analiza podejścia do art. 56 TFUE na gruncie sprawy C-115/14 *RegioPost* zob. P. Syrpis, *EU Secondary Legislation and its Impact on Derogations from Free Movement* [w:] *Exceptions from EU Free Movement Law. Derogation, Justification and Proportionality*, edited by P. Koutrakos, N. Nic Shuibhne and P. Syrpis, Hart Publishing 2016, str. 284–286.

⁴⁷ Zob. wyrok Trybunału z dnia 18 września 2014 r. w sprawie C-549/13 *Bundesdruckerei*, pkt 31; wyrok Trybunału z dnia 17 listopada 2015 r. w sprawie C-115/14 *RegioPost*, pkt 70. Oba wyroki nie dotyczą jednak wymogu zatrudnienia na podstawie umowy o pracę w zamówieniach publicznych.

orzecznictwo Trybunału⁴⁸ nie udzieli nam wyczerpującej odpowiedzi w tym zakresie, ponieważ dotyczy kwestii wymagania minimalnego wynagrodzenia. W rezultacie obowiązek rozstrzygnięcia takiego problemu spada na zamawiających oraz, ewentualnie, na Krajową Izbę Odwoławczą.

Przeciętny zamawiający takimi problemami jednak nie żyje, lecz – zamiast skupić się na jak najlepszej jakości w opisie przedmiotu zamówienia albo na innowacyjnych kryteriach oceny ofert – stara się dokonać kwadratury koła, precyzyjnie przewidując wszystkie czynności w zakresie realizacji zamówienia publicznego, które polegają na wykonywaniu pracy w sposób określony w art. 22 § 1 Kodeksu pracy. Czy osiągnie *Best Value for Money* w największym możliwym zakresie? Zapewne nie, ale przynajmniej będzie miał spokój z zastosowaniem klauzuli społecznej, o ile jakaś kontrola nie zakwestionuje zakresu czynności, które zamawiający wskazał na podstawie art. 29 ust. 3a ustawy Pzp.

⁴⁸ Wskazane w przypisie nr 14.

ROLA ZRÓWNOWAŻONYCH ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH I PRAKTYKA ICH WYKORZYSTANIA

*Magdalena Olejarz, Dyrektor Departamentu Unii Europejskiej i Współpracy Międzynarodowej,
Urząd Zamówień Publicznych*

Abstrakt

Zamówienia publiczne z uwagi na wartość oraz charakter zakupów dokonywanych corocznie przez administrację publiczną mogą być efektywnym instrumentem wspierającym realizację celów innych polityk, w tym np. polityki ochrony środowiska czy polityki społecznej. Realizacji tych celów służyć mają m.in. zrównoważone zamówienia publiczne, które mieszczą w sobie zarówno tzw. zielone zamówienia publiczne jak również społecznie odpowiedzialne zamówienia publiczne. Skuteczność tego instrumentu zależy jednak od zdolności instytucji zamawiających do jego wykorzystania w sposób świadomy i w pełni przemyślany. Należy także pamiętać, że jest to instrument, który ma wspierać a nie zastępować narzędzia właściwe dla określonych polityk.

W Polsce istnieją odpowiednie instrumenty prawne umożliwiające uwzględnianie w zamówieniach publicznych aspektów społecznych i środowiskowych. Zrównoważone zamówienia publiczne zostały ponadto uwzględnione w licznych dokumentach o charakterze programowym i strategicznym. Prowadzone są także działania edukacyjne i promocyjne w tym zakresie. Mimo, że udział zrównoważonych zamówień publicznych w Polsce utrzymuje się na dość stabilnym i stosunkowo niewysokim poziomie, istnieje wiele przykładów przemyślanego i efektywnego udziału społecznych i zielonych zamówień publicznych. Nadal jednak kwestia stanu zrównoważonych zamówień publicznych w Polsce wymaga głębszego zbadania. Istnieje też duży margines do dalszego działania w zakresie promocji zrównoważonych zamówień publicznych.

Abstract

Public procurement, given the value and nature of purchases made annually by public administration, can be an efficient instrument supporting the achievement of objectives of other policies, including, for example, environmental or social policy. These objectives might be achieved among others owing to sustainable public procurement, which includes both the so-called green public procurement as well as socially responsible public procurement. However, the effectiveness of this instrument depends on the ability of contracting authorities to use it in a conscious and thoughtful way. It has to be kept in mind as well that this is the instrument which role is to support, not replace the tools relevant for specific policies.

There are adequate legal instruments in Poland that allow to include social and environmental aspects in public procurement. Sustainable public procurement has also been taken into account in numerous programs and strategic documents. Educational and promotional activities are also carried out in this area. Although the share of sustainable public procurement in Poland remains relatively stable and not very high, there are many examples of well prepared and efficient social and green public procurement. However, the question of the state of sustainable public procurement in Poland requires further investigation. There is also a large margin for further action in promoting sustainable public procurement.

Zamówienia publiczne na rzecz zrównoważonego rozwoju

Pierwotnym i podstawowym celem, dla którego ustanowiono procedury zamówień publicznych było zapewnienie prawidłowego i efektywnego wydatkowania środków publicznych. Zamówienia publiczne stworzono jako instrument, który miał gwarantować administracji publicznej uzyskanie jak najlepszych efektów przy jak najmniejszych nakładach finansowych. Przejrzyste procedury miały otworzyć zamówienia publiczne na szerszą konkurencję i przyciągnąć jak największą liczbę ofert w celu uzyskania jak najkorzystniejszych propozycji cenowych. Miały także za zadanie zapobiegać występowaniu różnego rodzaju patologicznych zjawisk, takich jak oszustwa czy korupcja. W wymiarze europejskim zamówienia publiczne stały się jednym z elementów służących wcieleniu w życie podstawowych swobód traktatowych, tj. przede wszystkim swobody przepływu towarów i usług oraz urzeczywistnieniu w ten sposób idei Rynku Wewnętrznego. Unijne zasady określone w dyrektywach koordynujących procedury udzielania zamówień publicznych miały zapewnić przede wszystkim równe zasady ubiegania się o zamówienia publiczne w poszczególnych państwach UE dla wykonawców krajowych i tych pochodzących z innych państw członkowskich. Cele te nadal zachowują swoją aktualność. Niemniej jednak, wielkość środków wydatkowanych corocznie przez sektor publiczny na zakup dóbr, usług i robót budowlanych przy zwiększonej jednocześnie dyscyplinie budżetowej w wielu państwach, będącej konsekwencją kryzysu ekonomicznego, powoduje konieczność dążenia do maksymalizacji efektów uzyskiwanych z wydatkowanych przez administrację publiczną środków i karze się zastanowić nad możliwością ich spożytkowania w szerszym zakresie, w celu uzyskania nie tylko korzyści dla instytucji zamawiającej, ale także dla ogółu społeczeństwa. Środki publiczne przeznaczone na zamówienia publiczne mogą bowiem z powodzeniem być wykorzystane nie tylko do zaspokojenia potrzeb administracji publicznej i zakupu określonych dóbr, usług lub robót budowlanych, ale również do wsparcia działań prowadzonych na rzecz ochrony środowiska, integracji społecznej, na rzecz wsparcia rozwoju innowacji, wsparcia małych i średnich przedsiębiorstw itp.

W dobie postępującej degradacji środowiska naturalnego, wyczerpywania się zasobów naturalnych, różnego rodzaju problemów o charakterze społecznym takich jak wykluczenie, ubóstwo, bezrobocie itp. kluczowe stają się działania mające na celu ochronę środowiska naturalnego oraz szeroko rozumianą integrację społeczną i zapewnienie godnych warunków życia i pracy przy jednoczesnym zachowaniu odpowiedniej dynamiki rozwoju. Niezwykle ważne w tym kontekście jest podejmowanie zróżnicowanych działań i wykorzystanie różnorodnych narzędzi w celu przeciwdziałania ww. niekorzystnym zjawiskom oraz stymulowania zrównoważonego rozwoju, tzn. takiego, który jak wskazano w raporcie Światowej Komisji ds. Środowiska i Rozwoju ONZ pt. „Nasza wspólna przyszłość”¹, umożliwia zaspokojenie aspiracji rozwojowych obecnego pokolenia w sposób umożliwiający realizację tych samych dążeń kolejnym pokoleniom. Oznacza to konieczność zachowania równowagi między celami gospodarczymi a potrzebą ochrony środowiska naturalnego oraz zapewnienia odpowiedniego poziomu życia, godnych warunków pracy oraz integracji społecznej i zawodowej osób z grup defaworyzowanych. Jednym z instrumentów, który może służyć osiągnięciu tak zdefiniowanego celu są tzw. zrównoważone zamówienia publiczne.

Zrównoważone zamówienia publiczne zdefiniowane zostały przez Program Środowiskowy Organizacji Narodów Zjednoczonych (*United Nations Environment Programme – UNEP*) jako proces, w którym organizacje zaspokajają swoje potrzeby na towary, usługi, roboty budowlane w oparciu o stosunek jakości do ceny w całym cyklu życia, generując korzyści nie tylko dla organizacji, ale także dla społeczeństwa i gospodarki, przy jednoczesnym minimalizowaniu szkód dla środowiska²

¹ <http://www.un-documents.net/our-common-future.pdf>

² <http://www.unep.org/resourceefficiency/Portals/24147/scp/procurement/docsres/ProjectInfo/UNEPImplementationGuidelines.pdf>

i mieszczą w sobie zarówno tzw. zielone jak i społeczne, bądź inaczej mówiąc, społecznie odpowiedzialne zamówienia publiczne. Zgodnie bowiem z definicją wypracowaną przez Komisję Europejską zielone zamówienia publiczne to zamówienia, w ramach których instytucje publiczne starają się uzyskać towary, usługi i roboty budowlane, których oddziaływanie na środowisko w trakcie ich cyklu życia jest mniejsze w porównaniu do towarów, usług i robót budowlanych o identycznym przeznaczeniu, jakie zostałyby zamówione w innym przypadku.³ Natomiast, społecznie zamówienia publiczne to zamówienia, w ramach których bierze się pod uwagę m.in. takie kwestie, jak: możliwości zatrudnienia, godne warunki pracy, zgodność z prawami społecznymi i z prawem do pracy, integracja społeczna, równość szans, dostępność i projektowanie dla wszystkich, uwzględnianie kwestii etycznego handlu oraz przestrzeganie zasad społecznej odpowiedzialności biznesu (*ang. corporate social responsibility – CSR*)⁴.

W ten sposób rozumiane zrównoważone zamówienia publiczne dają możliwość wsparcia takich celów jak:

- ogólna poprawa stanu środowiska naturalnego, w tym zmniejszenie zanieczyszczenia wody, powietrza, gleby poprzez zmniejszenie poziomu emisji szkodliwych substancji czy takie inwestycje, jak np. budowa oczyszczalni ścieków;
- bardziej efektywne i oszczędne korzystanie z zasobów poprzez uwzględnienie w udzielanych zamówieniach takich wymogów jak, np. efektywność energetyczna, oszczędne wykorzystanie zasobów wodnych itp.;
- integracja społeczna i zawodowa osób z grup społecznie marginalizowanych;
- przestrzeganie polityki równych szans oraz równego traktowania;
- zwiększenie dostępności obiektów i usług publicznych dla wszystkich użytkowników w tym w szczególności dla osób niepełnosprawnych;
- eliminacja nieuczciwych lub nieprawidłowych praktyk stosowanych na rynku pracy.

Potencjał zamówień publicznych w tym kontekście tkwi nie tylko w instrumentach prawnych przewidzianych w ramach procedur zamówień publicznych, umożliwiających uwzględnienie w nich aspektów społecznych czy środowiskowych ale przede wszystkim w wartości środków przeznaczanych corocznie przez administrację publiczną na zakup dóbr, usług i robót budowlanych. Szacuje się, że wartość zamówień publicznych udzielanych w państwach członkowskich UE stanowi ok. 14% unijnego PKB⁵. W Polsce w 2015 r. wartość udzielonych zamówień publicznych wyniosła 116,3 mld zł, co stanowiło ok. 6,5 % PKB Polski.⁶ Warto przy tym odnotować, że jest to wartość tylko tych zamówień, które podlegają obowiązkowi ich udzielania zgodnie z procedurami określonymi w ustawie Prawo zamówień publicznych. Podmioty publiczne udzielają jednak także znacznej ilości zamówień, które nie podlegają procedurom określonym w ustawie z uwagi

³ Komunikat Komisji -- Zamówienia publiczne na rzecz poprawy stanu środowiska KOM(2008) 400; <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2008:0400:FIN:PL:PDF>

⁴ Kwestie społeczne w zakupach. Przewodnik dotyczący uwzględniania kwestii społecznych w zamówieniach publicznych, 2011 r., str. 7; <http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=738&langId=pl&pubId=606&type=2&furtherPubs=no>

⁵ Informacja pochodzi ze strony internetowej KE: https://ec.europa.eu/growth/single-market/public-procurement_pl

⁶ Sprawozdanie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych w 2015 r.: https://www.uzp.gov.pl/__data/assets/pdf_file/0025/32389/Sprawozdanie-Urzedu-Zamowien-Publicznych-za-rok-2015.pdf

na wartość nieprzekraczającą ustawowego progu, od którego uzależniony jest obowiązek stosowania ustawy Prawo zamówień publicznych (Pzp)⁷ lub ze względu na podleganie wyłączeniem określonym w ustawie. Zgodnie z danymi Urzędu Zamówień Publicznych, wartość takich zamówień w 2015 r. wyniosła ok. 88 mld zł⁸. Łącznie, wartość zakupów dokonanych przez podmioty publiczne w Polsce w 2015 r. wyniosła zatem 204,3 mld zł. Tak znaczące kwoty wydatkowane na zamówienia publiczne powodują, iż są one istotnym narzędziem, pozwalającym administracji publicznej oddziaływać na tendencje występujące na rynku. Sektor publiczny tworząc zapotrzebowanie na produkty, usługi lub roboty budowlane o określonych cechach, np. o mniejszym niekorzystnym oddziaływaniu na środowisko czy lepiej przystosowane do potrzeb osób o różnicowanych potrzebach, np. osób niepełnosprawnych, osób starszych itp. może przyczynić się do zwiększenia dostępności robót, usług lub produktów o takich cechach czy nawet do rozwoju innowacyjnych rozwiązań w tym obszarze. Rynek odpowiada bowiem na zwiększone zapotrzebowanie na określone produkty dostosowując do niego swoją ofertę.

Potencjał zamówień publicznych w zakresie wspierania celów innych polityk, w tym w szczególności polityki społecznej i polityki ochrony środowiska polega także na specyfice zamówień dokonywanych przez sektor publiczny. Z danych Urzędu Zamówień Publicznych wynika, że największą część rynku zamówień publicznych, zarówno pod względem wartości jak i ilości udzielonych zamówień, stanowiły w 2015 r. dostawy (35% pod względem wartości oraz 41% pod względem ilości udzielonych zamówień) – w przeciwieństwie do lat poprzednich, kiedy to pod względem wartości udzielonych zamówień publicznych największą grupę stanowiły roboty budowlane. Niemniej jednak również w roku 2015 roboty budowlane stanowiły znaczną część rynku zamówień publicznych osiągając pod względem wartości poziom 33% udzielonych zamówień, a pod względem ilości 26%.⁹ Administracja publiczna dokonuje także zakupów o znacznej wartości w tzw. sektorach użyteczności publicznej (tzw. zamówienia sektorowe), spośród których największą część w 2015 r. stanowiły inwestycje w sektorze energetycznym. Duży udział w udzielanych zamówieniach mają też zakupy dokonywane na potrzeby świadczenia usług w zakresie transportu publicznego oraz zamówienia w sektorze gospodarki wodno-ściekowej. Są to obszary charakteryzujące się znacznym oddziaływaniem na środowisko, w których to, w jaki sposób zamawiany produkt, usługa lub robota budowlana będzie wpływać na stan środowiska naturalnego, zależeć będzie w dużej mierze od tego jak zdefiniowane zostaną wymogi dotyczące przedmiotu zamówienia lub realizacji zamówienia. Tym samym instytucje zamawiające mają możliwość istotnego wpływania na takie aspekty jak efektywność energetyczna budynków i urządzeń wykorzystujących energię i dzięki temu przyczyniania się do bardziej efektywnego korzystania z zasobów naturalnych czy zmniejszenie negatywnego wpływu na stan powietrza poprzez ograniczanie emisji CO₂ i innych szkodliwych substancji. Ponadto, w tego typu zamówieniach już sam przedmiot zamówienia, którym może być, np. oczyszczalnia ścieków, może mieć charakter inwestycji korzystnie wpływającej na stan środowiska. W ramach dostaw charakter prośrodowiskowy może mieć niemal każdy zakup dokonywany przez administrację publiczną, poczynając od papieru do drukarek, poprzez żywność, sprzęt komputerowy, aż po pojazdy. Z kolei w przypadku aspektów o charakterze społecznym rodzaje zamówień udzielanych najczęściej przez administrację publiczną, w szczególności zamówienia na usługi i roboty budowlane umożliwiają uwzględnienie różnorodnych wymogów prospołecznych, takich jak np. wymóg zatrudnienia do realizacji zamówienia osób z grup społecznie marginalizowanych czy projektowanie zgodnie z zasadą dostępności dla wszystkich użytkowników.

⁷ Ustawa Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 z późn. zm.).

⁸ Sprawozdanie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych w 2015 r.: https://www.uzp.gov.pl/_data/assets/pdf_file/0025/32389/Sprawozdanie-Urzedu-Zamowien-Publicznych-za-rok-2015.pdf

⁹ J.w.

Wykorzystanie zamówień publicznych w tym kontekście ma znaczenie także z punktu widzenia wzorcowej roli administracji publicznej. Sektor publiczny zakupując produkty, usługi i roboty budowlane o mniejszym niekorzystnym lub wręcz pozytywnym oddziaływaniu na środowisko bądź też uwzględniając w tych zamówieniach różnorakie potrzeby społeczne może także pełnić rolę wzorca, przyczyniając się w ten sposób do zwiększenia świadomości społeczeństwa dotyczącej istniejących problemów społecznych i środowiskowych, zwiększenia wrażliwości społecznej w tym zakresie oraz upowszechnienia postaw prośrodowiskowych i prospołecznych.

Warto jednakże zauważyć, że, mimo iż zamówienia publiczne mają w sobie duży potencjał, który może zostać wykorzystany m.in. w celu poprawy stanu środowiska naturalnego lub przynajmniej zmniejszenia niekorzystnego oddziaływania człowieka na stan środowiska czy też w celu przeciwdziałania lub zwalczania określonych problemów lub zjawisk o charakterze społecznym, to po pierwsze jest to narzędzie o charakterze wspierającym a nie zastępującym podstawowe działania w ww. sferach, po drugie pozytywne efekty, które można uzyskać w tym zakresie dzięki wykorzystaniu zamówień publicznych nie są bezwarunkowe. Nie wystarczy zatem zapewnić, że instytucje zamawiające stosują odpowiednio często klauzule społeczne czy klauzule prośrodowiskowe w prowadzonych przez nie postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego. Myślenie o zrównoważonych zamówieniach publicznych jedynie przez pryzmat danych statystycznych świadczących o mniejszej lub większej częstotliwości stosowania przez zamawiających odpowiednich zapisów prospołecznych lub prośrodowiskowych prowadzi do błędnego założenia, zgodnie z którym już samo osiągnięcie wystarczająco wysokiego poziomu stosowania zrównoważonych zamówień publicznych przyczynia się do rozwiązania problemów społecznych czy środowiskowych. Jednakże, aby zamówienia publiczne mogły w sposób efektywny przyczynić się do osiągnięcia ww. celów konieczne jest znacznie bardziej kompleksowe i wielopłaszczyznowe podejście do tego zagadnienia. Przede wszystkim, skoro zrównoważone zamówienia publiczne mają wspierać realizację celów polityki ochrony środowiska czy polityki społecznej powinny być ściśle z tymi celami skorelowane i stanowić jeden z elementów tych polityk. Kluczowa w tym kontekście jest identyfikacja problemów środowiskowych lub społecznych, których rozwiązaniu służyć mają poszczególne działania przewidziane w ramach tych polityk, ustalenie priorytetów i określenie celów oraz dostosowanie do nich odpowiednich instrumentów, w tym odpowiedni dobór narzędzi prawnych przewidzianych ustawą Prawo zamówień publicznych. Inne bowiem instrumenty ustawowe będą bardziej odpowiednie w przypadku, kiedy celem będzie zwiększenie efektywności energetycznej budynków, inne, kiedy mowa o zwiększeniu aktywności zawodowej i o integracji społecznej osób z grup defaworyzowanych, a jeszcze inne, kiedy celem jest wsparcie rozwoju podmiotów ekonomii społecznej. Takie podejście wymaga określenia odpowiednich polityk, zdefiniowania celów i odpowiedniego doboru instrumentów zarówno w skali makro, na poziomie polityki krajowej, jak również w skali mikro, tj. na poziomie jednostek samorządu terytorialnego czy nawet na poziomie poszczególnych zamawiających. Istotne jest bowiem, aby zrównoważone zamówienia publiczne były stosowane w sposób przemyślany, ze świadomością celów, którym mają służyć i efektów, jakie mają dzięki nim zostać osiągnięte. Dopiero w dalszej kolejności należałoby koncentrować się na celach ilościowych, które zapewnią odpowiednią skalę stosowania zrównoważonych zamówień publicznych i efekty w zdefiniowanych uprzednio obszarach.

Zrównoważone zamówienia publiczne w praktyce

Ustawa Prawo zamówień publicznych zawiera szereg instrumentów, które umożliwiają wzięcie pod uwagę aspektów społecznych lub środowiskowych na różnych etapach procedury udzielania zamówienia publicznego i które sukcesywnie, w miarę rozwoju regulacji unijnych w tym zakresie a także potrzeb krajowych, były uzupełniane i rozwijane. Obecnie zamawiający mają możliwość wykorzystania w tym celu szeregu narzędzi, poczynając od opisu przedmiotu zamówienia, warun-

ków udziału w postępowaniu, poprzez kryteria oceny ofert, po warunki realizacji zamówienia i szczególnie, bardziej elastyczny reżim udzielania zamówień na usługi społeczne i inne szczególne usługi. W ramach tych instrumentów narzędziem o szczególnych możliwościach oddziaływania w zakresie społecznie odpowiedzialnych zamówień publicznych są tzw. klauzule społeczne, czyli inaczej mówiąc prozatrudnieniowe warunki realizacji zamówienia oraz tzw. zamówienia zastrzeżone. W przypadku zielonych zamówień na szczególną uwagę zasługuje podejście oparte na analizie cyklu życia produktu, w ramach którego analizie podlega wpływ danego przedmiotu zamówienia na środowisko na wszystkich etapach funkcjonowania tego produktu, od fazy produkcji, a czasem nawet od fazy badań i rozwoju, poprzez fazę użytkowania aż do momentu jego utylizacji.

Od pewnego czasu zamówienia publiczne zaczęto także wprowadzać do dokumentów o charakterze strategicznym lub programowym, jako narzędzie służące wsparciu określonych w tych dokumentach celów polityki środowiskowej lub polityki społecznej. Tym sposobem zamówienia publiczne zostały wskazane m.in. w takich dokumentach, jak: Strategia Bezpieczeństwo Energetyczne i Środowisko – perspektywa do 2020 r.¹⁰, Strategia Sprawne Państwo 2020¹¹, Strategia Innowacyjności i Efektywności Gospodarki na lata 2012–2020 – Dynamiczna Polska¹², Strategia Rozwoju Kapitału Społecznego¹³, Krajowy Plan Gospodarki Odpadami 2022¹⁴, Krajowy Plan mający na celu zwiększenie liczby budynków o niskim zużyciu energii¹⁵, Ramowy Plan Działań dla Żywności i Rolnictwa Ekologicznego w Polsce na lata 2014–2020¹⁶, Krajowy Program Rozwoju Ekonomii Społecznej¹⁷ czy Krajowy Plan Działań na Rzecz Równego Traktowania na lata 2013–2016¹⁸. Znaczenie zamówień publicznych w kontekście dążenia do zrównoważonego rozwoju kraju zostało także podkreślone w najnowszym dokumencie rządowym o charakterze strategicznym, tj. w Planie na rzecz odpowiedzialnego rozwoju¹⁹ oraz w dokumencie wykonawczym do planu, jakim jest Strategia na rzecz odpowiedzialnego rozwoju²⁰.

Ważnym dokumentem odnoszącym się do zamówień publicznych w kontekście rozwiązywania problemów o charakterze społecznym są przyjęte w 2015 r. Zalecenia Rady Ministrów w sprawie stosowania przez administrację rządową klauzul społecznych w zamówieniach publicznych²¹ oraz

¹⁰ Uchwała nr 58 Rady Ministrów z dnia 15 kwietnia 2014 r. w sprawie przyjęcia Strategii „Bezpieczeństwo Energetyczne i Środowisko – perspektywa do 2020 r.” (M. P. poz. 469); <http://monitorpolski.gov.pl/mp/2014/469/1>

¹¹ Uchwała nr 17 Rady Ministrów z dnia 12 lutego 2013 r. w sprawie przyjęcia strategii „Sprawne Państwo 2020” (M. P. poz. 136) – <http://monitorpolski.gov.pl/mp/2013/136/1>.

¹² Uchwała nr 7 Rady Ministrów z dnia 15 stycznia 2013 r. w sprawie Strategii Innowacyjności i Efektywności Gospodarki „Dynamiczna Polska 2020” (M. P. poz. 73); <http://monitorpolski.gov.pl/mp/2013/73/1>.

¹³ Uchwała nr 61 Rady Ministrów z dnia 26 marca 2013 r. w sprawie przyjęcia „Strategii Rozwoju Kapitału Społecznego 2020” (M.P. poz. 378); <http://monitorpolski.gov.pl/mp/2013/378/1>

¹⁴ Uchwała nr 88 Rady Ministrów z dnia 1 lipca 2016 r. w sprawie Krajowego planu gospodarki odpadami 2022 (M. P. poz. 784); <http://www.monitorpolski.gov.pl/MP/2016/784>

¹⁵ Uchwała nr 91 Rady Ministrów z dnia 22 czerwca 2015 r. w sprawie przyjęcia „Krajowego planu mającego na celu zwiększenie liczby budynków o niskim zużyciu energii” (M. P. poz. 614); <http://monitorpolski.gov.pl/mp/2015/614/1>.

¹⁶ <http://www.minrol.gov.pl/Jakosc-zywnosci/Rolnictwo-ekologiczne/Ramowy-Plan-Dzialan-dla-Zywnosci-i-Rolnictwa-Ekologicznego-w-Polsce>

¹⁷ Uchwała nr 164 Rady Ministrów z dnia 12 sierpnia 2014 r. w sprawie przyjęcia programu pod nazwą „Krajowy Program Rozwoju Ekonomii Społecznej” (M. P. poz. 811); <http://monitorpolski.gov.pl/mp/2014/811/1>

¹⁸ <http://www.spoleczenstwoobywatelskie.gov.pl/aktualnosci/krajowy-program-dzialan-na-rzecz-rownego-traktowania-na-lata-2013-2016>

¹⁹ Uchwała nr 14/2016 Rady Ministrów z dnia 16 lutego 2016 r. w sprawie przyjęcia „Planu na rzecz odpowiedzialnego rozwoju”; https://www.mr.gov.pl/media/16403/uchwala_plan_odp_rozw_16022016.pdf

²⁰ https://www.mr.gov.pl/media/36848/SOR_2017_maly_internet_03_2017_aa.pdf

²¹ https://www.uzp.gov.pl/_data/assets/pdf_file/0024/26637/zalecenia_Rady_Ministrow_klauzule_spoleczne.pdf

stanowiące ich aktualizację, przyjęte w 2017 r. Zalecenia Rady Ministrów w sprawie uwzględniania przez administrację rządową aspektów społecznych w zamówieniach publicznych²².

Z kolei działania edukacyjne, których celem jest popularyzacja zrównoważonych zamówień publicznych oraz zwiększanie wiedzy instytucji zamawiających w zakresie dostępnych instrumentów prawnych w ustawie Pzp umożliwiających uwzględnianie aspektów społecznych i środowiskowych w zamówieniach publicznych i ich poprawnego stosowania, prowadzone są w oparciu o kolejne przyjmowane od 2007 r. Krajowe Plany Działań. Początkowo były to Plany Działań w zakresie zielonych zamówień publicznych, natomiast od 2010 r. w ich zakres włączona została także tematyka społecznie odpowiedzialnych zamówień publicznych, w związku z czym od 2010 r. ww. działania podejmowane są w ramach Krajowych Planów Działań w zakresie zrównoważonych zamówień publicznych.

Można zatem pokusić się o stwierdzenie, że na poziomie krajowym określone zostały cele, których realizacji służyć mają m.in. zrównoważone zamówienia publiczne, a same zamówienia publiczne zostały włączone do określonych polityk składających się na politykę społeczną oraz szeroko rozumianą politykę ochrony środowiska. Prowadzone są także działania edukacyjne, które służyć mają przede wszystkim popularyzacji zrównoważonych zamówień publicznych i zwiększaniu umiejętności instytucji zamawiających poprawnego stosowania instrumentów przewidzianych w tym zakresie ustawą Pzp. Pytaniem wciąż jednak aktualnym pozostaje pytanie o to w jakim stopniu i na ile efektywnie instrumenty te wykorzystywane są przez polskich zamawiających w praktyce.

Próbę zbadania tego zagadnienia podejmują różnego rodzaju podmioty zajmujące się problematyką społeczną czy środowiskową. Swoje badania, w oparciu o określoną próbę losową ogłoszeń i dokumentacji przetargowych, prowadzi także Urząd Zamówień Publicznych. Wszystkie te badania cechuje jednak słabość polegająca na tym, że są to badania jedynie wycinkowe, oparte na analizie pewnej ograniczonej próby postępowań o udzielenie zamówienia publicznego oraz na tym, że są to badania siłą rzeczy ilościowe, koncentrujące się jedynie na tym w jakim stopniu zamawiający uwzględniają aspekty społeczne lub środowiskowe w udzielanych przez siebie zamówieniach. Pozwalają one określić pewne tendencje panujące w tym zakresie na rynku zamówień publicznych. Nie dają jednak, z uwagi na wycinkowy charakter uzyskanych w ten sposób danych statystycznych, możliwości wyciągania dalej idących wniosków w tym zakresie. Nie pozwalają także na dokonanie oceny jakościowej zrównoważonych zamówień publicznych, w tym m.in. efektów ich zastosowania. Brakuje wiedzy na temat tego na ile zastosowanie odpowiednich instrumentów ustawy Pzp przełożyło się na rozwiązanie określonych problemów czy osiągnięcie określonych celów. Na obecnym etapie nie jest też możliwe oszacowanie jaki jest stosunek kosztów ponoszonych w związku z udzielonym zrównoważonym zamówieniem publicznym do korzyści uzyskanych dzięki takiemu zamówieniu.

Uzyskanie bardziej szczegółowej wiedzy w tym zakresie umożliwi – przynajmniej częściowo – dopiero badanie, które zostanie przeprowadzone w oparciu o nową metodologię określoną przez Urząd Zamówień Publicznych, w której dane statystyczne pochodzić będą z informacji przekazywanych Prezesowi UZP w ramach rocznych sprawozdań o udzielonych zamówieniach publicznych. Nowa metodologia pozwoli uzyskać bardziej kompleksowe dane ilościowe dotyczące zarówno poziomu zrównoważonych zamówień publicznych jak również częstotliwości wykorzystania poszczególnych prośrodowiskowych czy prospołecznych instrumentów przewidzianych ustawą Pzp. Ponadto, zgodnie z założeniami Krajowego Planu Działań na rzecz zrównoważonych zamówień publicznych na lata 2017–2020 badanie ilościowe prowadzone przez Urząd ma być

²² https://www.uzp.gov.pl/_data/assets/pdf_file/0020/34535/Zalecenia-RM.pdf

uzupełnione badaniem jakościowym prowadzonym na zlecenie Urzędu, które ma dostarczyć szerszej wiedzy na temat praktycznych aspektów związanych z udzielonymi zielonymi lub społecznie odpowiedzialnymi zamówieniami publicznymi.

W chwili obecnej, analizując praktykę stosowania zrównoważonych zamówień publicznych, możemy się opierać jedynie na danych Urzędu zgromadzonych dotychczas oraz na prowadzonej przez Urząd analizie dobrych praktyk w zakresie zrównoważonych zamówień publicznych. Dostępne obecnie dane dotyczące zrównoważonych zamówień publicznych wskazują na ogólny wzrost poziomu zarówno zielonych jak i społecznych zamówień publicznych w stosunku do wartości wyjściowych zidentyfikowanych na początku okresu podlegającego analizie, tj. w 2006 r. w odniesieniu do zielonych zamówień publicznych i w 2010 r. w odniesieniu do społecznych zamówień publicznych. W 2006 r. poziom zielonych zamówień publicznych wynosił 4%, podczas gdy w 2013 r., w którym odnotowany został najwyższy dotąd wskaźnik zielonych zamówień, wynosił on 12,1%. W przypadku społecznych zamówień publicznych wartość wyjściowa w 2010 r. wynosiła 2,83% , natomiast najwyższy osiągnięty dotychczas poziom wynosił 4,50% w 2013 r.²³ Od pewnego momentu, tj. od 2011 r. w przypadku zielonych zamówień publicznych oraz od 2013 r. w przypadku społecznych zamówień można jednakże zaobserwować pewną stabilizację jeśli chodzi o częstotliwość stosowania zrównoważonych zamówień publicznych, tj. utrzymywanie się tych wskaźników na określonych poziomach bez wyraźnej tendencji wzrostowej. Należy jednocześnie pamiętać, że dane te nie obejmują jeszcze informacji za rok 2016 r., który może pod tym względem przynieść pewne zmiany. Natomiast jeśli chodzi o wartość udzielonych zamówień o charakterze prośrodowiskowym lub społecznym, przy obecnych możliwościach analizy tego typu zamówień, wskaźnik ten można oszacować jedynie poprzez odniesienie wartości procentowych ilości zidentyfikowanych zielonych lub społecznych zamówień publicznych do całkowitej wartości zamówień publicznych udzielonych przez polskie instytucje zamawiające w danym roku. Dla przykładu, w 2013 r., w którym odnotowano najwyższy dotąd odsetek zarówno zielonych jak i społecznych zamówień publicznych wartość rynku zamówień publicznych wyniosła 143,2 mld zł. Biorąc pod uwagę, iż odsetek zielonych zamówień w tym czasie wyniósł 12,1% można założyć, że szacunkowa wartość zielonych zamówień wyniosła w tym roku 17,33 mld zł. Społeczne zamówienia publiczne oszacowano z kolei na poziomie 4,5%, co w przeliczeniu na wartość odpowiada 6,44 mld zł.²⁴

Dane za ostatnie lata wskazują zatem na dość stabilny udział zrównoważonych zamówień publicznych w ogólnej liczbie zamówień udzielanych corocznie przez polskich zamawiających. Nie są to wprawdzie szczególnie wysokie poziomy, niemniej jednak biorąc pod uwagę wartości zamówień publicznych, na jakie te wskaźniki się przekładają, należy uznać, że są to kwoty, które w pewien sposób mogą już przekładać się na tendencje panujące na rynku i przyczynić się do osiągnięcia efektów oczekiwanych od zrównoważonych zamówień publicznych. Jak zauważono powyżej, w chwili obecnej, nie ma możliwości dokonania oceny jakościowej zrównoważonych zamówień publicznych. Jednakże, analizy dobrych praktyk prowadzone przez Urząd pozwalają sformułować pewne dość optymistyczne wnioski w tym względzie. Mianowicie, można zaobserwować wśród praktyk stosowanych przez polskich zamawiających coraz więcej przykładów bardzo świadomego i przemyślanego stosowania zrównoważonych zamówień publicznych. Dość wyraźnie daje się wyróżnić tendencja do chętniejszego uwzględniania w zamówieniach publicznych aspektów społecznych lub środowiskowych na poziomie jednostek samorządu terytorialnego, co wiąże się najprawdopodobniej z łatwiejszym identyfikowaniem przez te jednostki korzyści, jakie dla swojej instytucji czy społeczności lokalnej można uzyskać dzięki zastosowaniu tego typu zamówień,

²³ Źródło: Krajowy Plan Działań w zakresie zrównoważonych zamówień publicznych na lata 2017–2020: https://www.uzp.gov.pl/_data/assets/pdf_file/0022/34537/Krajowy_Plan_Dzialan_ZZP_na_lata_2017_2020.pdf

²⁴ J.w.

aczkolwiek wyróżniają się też przykłady jednostek administracji rządowej, które również z powodzeniem i w sposób regularny stosują prospołeczne i prośrodowiskowe instrumenty w zamówieniach publicznych. Niektórzy zamawiający – tu w szczególności należy wskazać właśnie samorząd terytorialny – uwzględniają społeczne lub zielone zamówienia w ramach swoich strategii rozwoju, co świadczy o rosnącej świadomości potencjału tego instrumentu. Ważną grupę wśród zamawiających udzielających zielonych zamówień publicznych, jak wynikałoby z występujących dobrych praktyk w tym zakresie, stanowią też zamawiający udzielający zamówień sektorowych. W tym obszarze można znaleźć stosunkowo dużo przykładów inwestycji związanych z wykorzystaniem energii ze źródeł odnawialnych, inwestycji w gospodarkę wodno-ściekową czy inwestycji w przyjazne środowisku środki transportu miejskiego. Transport publiczny jest też dziedziną, w której w istotnym zakresie można uwzględnić aspekty społeczne, takie jak np. kwestie dostępności i projektowania dla wszystkich użytkowników. Zidentyfikowano także dość dużo przykładów zamówień związanych z termomodernizacją budynków lub budową obiektów o bardzo wysokiej charakterystyce efektywności energetycznej. W obszarze zamówień społecznych identyfikuje się stosunkowo niewielką liczbę zamówień zastrzeżonych, natomiast już dość dużo można znaleźć przykładów zastosowania klauzul prozatrudnieniowych, ukierunkowanych na integrację zawodową i społeczną osób bezrobotnych, osób niepełnosprawnych czy osób z innych grup społecznie marginalizowanych.

Przykłady te wskazują na bardzo praktyczne korzyści, jakie można uzyskać dzięki takim zamówieniom, jak wskazywana na początku niniejszego referatu większa świadomość społeczna istniejących problemów, większa wrażliwość społeczna na potrzeby innych osób oraz na potrzebę chronienia otaczającego nas środowiska, szersze wykorzystanie produktów i technologii prośrodowiskowych, większe zaangażowanie różnych podmiotów w działania o charakterze prospołecznym, uzyskanie przez osoby defaworyzowane określonych umiejętności i doświadczenia zawodowego zwiększającego ich szanse na samodzielne poszukiwanie pracy czy nawet takie kwestie jak zwiększone poczucie własnej wartości wśród tych osób.

Z pewnością znalazłyby się również liczne przykłady niepoprawnego stosowania ustawowych instrumentów prospołecznych czy prośrodowiskowych, jak również przykłady zastosowania tych instrumentów bez przemyślenia celów, jakie miałyby dzięki nim zostać osiągnięte i bez szczególnego przekonania co do skuteczności tego instrumentu, a jedynie z uwagi na konieczność wywiązania się z pewnych obowiązków narzuconych w tym zakresie czy to ustawą Pzp czy też istniejącymi wytycznymi bądź zaleceniami. Można jednak zaryzykować tezę, że stan zrównoważonych zamówień publicznych w Polsce ulega stopniowej poprawie, aczkolwiek nadal istnieje potrzeba głębszego zbadania tego zagadnienia oraz duży margines do dalszych działań w tym zakresie i do większego wykorzystania potencjału zamówień publicznych.

Konkluzje

Podsumowując, warto podkreślić, że wydatkując środki publiczne administracja publiczna nie powinna się koncentrować jedynie na uzyskaniu bezpośrednich korzyści z nich wynikających, a powinna dążyć do maksymalizacji tych korzyści i spożytkowania tych środków w jak najszerszym zakresie dla dobra całej społeczności. Zrównoważone zamówienia publiczne mogą być istotnym narzędziem pomagającym przeciwdziałać lub rozwiązywać określone problemy środowiskowe czy społeczne. Należy jednak pamiętać, że jest to instrument wspierający w tym zakresie politykę ochrony środowiska oraz politykę społeczną a nie zastępujący określone działania. Kluczem do skuteczności tego instrumentu jest przede wszystkim przemyślane działanie, wynikające ze świadomości celów, których wsparciu mają służyć zamówienia publiczne i efektów, które dzięki nim mają być osiągnięte. Z tego względu wśród priorytetów, które prowadzić mają

do efektywnego wykorzystania zrównoważonych zamówień publicznych postawić należy przede wszystkim działania zmierzające do budowy świadomości instytucji zamawiających w zakresie istniejących problemów społecznych czy środowiskowych oraz potrzeby i możliwości wykorzystania zrównoważonych zamówień publicznych na rzecz przeciwdziałania tym zjawiskom. Kolejnym istotnym elementem decydującym o efektywności wykorzystania zamówień publicznych w tym obszarze jest właściwy dobór narzędzi ustawowych i umiejętność ich odpowiedniego wykorzystania na rzecz ochrony środowiska czy rozwiązywania określonych problemów społecznych. Z tego względu bardzo istotną rolę do odegrania nadal mają wszelkiego rodzaju działania o charakterze edukacyjnym oraz promocja dobrych praktyk. Dopiero w dalszej kolejności należałoby myśleć o ustanawianiu określonych celów ilościowych, które zapewnią efekt skali i szersze oddziaływanie zastosowanych narzędzi na tendencje występujące na rynku. Elementem, który jak się wydaje, w ostatniej kolejności powinien być brany pod uwagę jako stymulator pożądanych zachowań wśród zamawiających i rozwoju zrównoważonych zamówień publicznych powinny być regulacje wprowadzające obowiązki w tym zakresie. Wydaje się, że tego typu narzędzie powinno zostać zarezerwowane jedynie dla sytuacji, w których niezbędne jest powszechne stosowanie określonego narzędzia w celu uzyskania pożądanych efektów, przy jednoczesnym braku perspektyw takiej powszechności w przypadku zastosowania rozwiązań o charakterze dobrowolnym. Najskuteczniejsze i najbardziej efektywne są bowiem, jak wynikałoby z analizy istniejących dobrych praktyk, działania wynikające z przekonania instytucji zamawiających co do potrzeby podjęcia tego typu działania, ze świadomości celów, jakie chcą osiągnąć i z zaangażowania osób odpowiadających w danej instytucji za udzielanie zamówień publicznych. Kluczowa zatem jest praca nad zmianą sposobu myślenia polskich zamawiających, zachęcenia ich do podejmowania działań może mniej standardowych, ale przynoszących większe korzyści zarówno im samym jak i społeczności, dla której pracują.

ISTOTA PRAWNA ZAWIADOMIEŃ O WYBORZE TRYBU NIEKONKURENCYJNEGO W ZAMÓWIENIACH PUBLICZNYCH

Andrzej Panasiuk, prof. Wydziału Prawa Uniwersytetu w Białymstoku, dyrektor Delegatury NIK w Warszawie

Abstrakt

Artykuł zawiera analizę charakteru prawnego zawiadomień o wyborze trybu niekonkurencyjnego w zamówieniach publicznych. Autor dokonując analizy zawiadomień, stara się odnajdywać cechy wspólne bądź wskazywać na różnice z takimi instytucjami prawnymi jak rejestracją czy też zaświadczeniem. Problematyka określenia charakteru prawnego zawiadomień o wyborze trybu nabiera obecnie szczególnego znaczenia, gdyż z dniem 1 stycznia 2017 roku, podmioty publiczne chcące udzielić zamówień wewnętrznych (in-house) będą musiały wykorzystywać przedmiotową instytucję prawną.

Abstract

The article contains an analysis of the legal nature of notifications mode is selected non-competitive public procurement. Author analyzing notifications, tries to find common features or indicate differences with institutions such as the legal registration or certificate. The problem of determining the nature of the legal notices of the selection mode is now particular importance, as from 1 January 2017 public entities wishing to award internal procurement (in-house) will have to use the institution in question legal.

Wprowadzenie

W obliczu kryzysu gospodarczego poszczególne państwa zaczynają poszukiwać możliwych oszczędności oraz środków na finansowanie zadań publicznych. Zaczyna się coraz częściej zwracać uwagę na instrumenty prawne systemu zamówień publicznych¹. Dobrze funkcjonujący system zamówień publicznych będzie wpływał na dobre zarządzanie sprawami państwa oraz wzrost zaufania społeczeństwa do państwa. Aby wykorzystywane instrumenty zamówień publicznych przynosiły spodziewane efekty, cały system musi być zrozumiały, przejrzysty oraz skuteczny. Zamówienia publiczne są procesem, w którym duże ilości środków publicznych są wykorzystywane przez podmioty publiczne na zakup towarów i usług z sektora prywatnego oraz realizację różnych inwestycji budowlanych. Zamówienia publiczne są więc prawną formą realizacji zadań publicznych przez podmioty sektora publicznego oraz podmioty prywatne realizujące zadania publiczne w imieniu podmiotów publicznych². Ogromne sumy środków publicznych są wydatkowane poprzez system zamówień publicznych. System zamówień publicznych powinien zatem mieć jasne zasady, tak by uniknąć pojawieniu się różnego rodzaju nadużyć, szczególnie przy wykorzystywaniu trybów niekonkurencyjnych udzielania zamówień³.

¹ Nie tylko klasyczne zamówienia publiczne, lecz również partnerstwo publiczno-prywatne, czy też koncesje na roboty budowlane lub usługi.

² Por. szerzej A. Panasiuk, *System zamówień publicznych*, Zarys wykładu. Klasyczne zamówienia publiczne. Partnerstwo publiczno-prywatne, Warszawa 2013 r.

³ Szczególnie należy zwracać uwagę na prawidłowe wykorzystywanie przez podmioty publiczne trybu negocjacji bez ogłoszenia oraz trybu zamówienia z wolnej ręki, świadomie pomijam w dalszych rozważaniach zawiadomienie o zawarciu umowy ramowej.

Regulacje prawa zamówień publicznych⁴ zawierają instrumenty prawne przeciwdziałające występowaniu naruszeniom ogólnych zasad systemowych postępowania o zamówienie publiczne. Jednym z takich instrumentów jest możliwość przeprowadzania kontroli prawidłowości udzielanych zamówień. Kontrola stanowi nieodłączny element w cyklu działania zorganizowanego zaś w funkcjonowaniu państwa i jego zachodzących procesów gospodarczych odgrywa doniosłą rolę. Kontroli systemu zamówień publicznych z różną intensywnością podlega niemal każdy podmiot publiczny udzielający zamówień.

Funkcja kontrolna Prezesa UZP w procesie wyboru trybu niekonkurencyjnego udzielenia zamówienia publicznego

Prezes UZP jako organ administracji publicznej który czuwa nad przestrzeganiem zasad systemu zamówień publicznych, w szczególności poprzez kontrole procesu udzielania zamówień, jest przede wszystkim organizatorem i decydentem w zakresie prowadzonych procedur, a podejmowane przez niego decyzje dotyczą bieżącej i przyszłej sytuacji zamawiającego. Rola tego centralnego organu administracji publicznej jest bardzo istotna, gdyż, nietrafne decyzje mogą mieć wpływ na funkcjonowanie zamawiającego z jednej strony, a pośrednio poprzez brak możliwości realizacji kontraktu również na wykonawców. W szczególności mogą mieć negatywne skutki w zakresie realizacji budżetu przez poszczególnych zamawiających będących jednostkami sektora finansów publicznych. Dlatego też kontrola systemu zamówień publicznych ma za zadanie nie tylko ustalenie legalności postępowania, ale także uzyskanie informacji, czy zamawiający prawidłowo i przejrzysto z zastosowaniem podstawowych zasad udziela zamówień publicznych.

Kontrola powinna być kierowana w obszary, gdzie zasady funkcjonowania systemu są naruszane, a zatem potrzebna jest informacja o konkretnych działaniach uczestników rynku zamówień publicznych. Szczególnej staranności należy dochować przy udzielaniu zamówień w trybach niekonkurencyjnych zamkniętych. W tym właśnie celu w ustawie prawo zamówień publicznych została ustanowiona instytucja zawiadomień o wyborze trybu. Oparcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na zasadzie swobody wyboru trybu zamówienia, przez zamawiającego w ramach ustawowych przesłanek przewidzianych przepisami prawa materialnego, powoduje określone następstwa prawne dla skuteczności podejmowanych czynności we wszczętym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Swoboda ta jest jednak z jednej strony ograniczona katalogiem ustawowych okoliczności skutkujących możliwością udzielenia zamówienia, w trybach innych niż konkurencyjne z publikacją ogłoszenia. Z drugiej zaś strony, swobodę wyboru ogranicza w pewnej mierze ocena prawidłowości wyboru określonego trybu udzielenia zamówienia, dokonywana przez centralny organ administracji publicznej, jakim w tym przypadku jest Prezes UZP. Ocena taka, jest dokonywana na podstawie zawiadomienia o wyborze trybu negocjacyjnego bez publikacji ogłoszenia lub trybu zamówienia z wolnej ręki, przekazywanego przez zamawiającego, w ściśle określonych warunkach prawnych.

Zawiadomienie o wyborze trybu udzielenia zamówienia

W literaturze przedmiotu uznaje się, że administracja publiczna coraz w szerszym zakresie realizuje dobro publiczne w formach nie władczych, a wykorzystanie władztwa publicznego staje się wyjątkiem od tej reguły⁵. Typowym przykładem realizacji domniemania działania administra-

⁴ Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r., Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r., poz. 2164, ze zm.).

⁵ A. Chełmoński, *Zasady ogólne prawa publicznego* (w:) A. Borkowski, A. Chełmoński, M. Guziński, K. Kiczka, L. Kieres, T. Kocowski, *Administracyjne prawo gospodarcze, Kolonia Limited 2003 r.*, s. 53.

cji w formach nie władczych jest odejście systemu zamówień publicznych od pełnej władczej ingerencji w procedury zamówień publicznych⁶, na korzyść zawiadomień o podjętych wyborach. Instytucja zawiadomień o wyborze trybu została wprowadzona w życie w dniu 25 maja 2006 r.⁷ Zawiadomienie o udzieleniu zamówienia w trybie negocjacji bez ogłoszenia bądź trybie zamówienia z wolnej ręki, nie ma natury aktu prawnego policyjnego, lecz bardziej jest zbliżone do rejestracji mających charakter czynności materialno-technicznej. Nie jest, bowiem zawiadomienie, czynnością prawną niezbędną do udzielenia zamówienia, warunkowaną uzyskaniem określonego pozwolenia organu administracji publicznej.

Zawiadomienie informujące o wszczęciu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w przypadku niezachowania obowiązkowych wymogów formalnych, jak również niezgodności z prawem materialnym, stanowi podstawę do wszczęcia postępowania wyjaśniającego prowadzonego w ramach jednego z rodzajów dopuszczalnej kontroli zamówień publicznych, mającego ustalić, czy domniemana jego treść jest zgodna z wolą zamawiającego, od którego pochodzi zawiadomienie oraz z właściwymi przepisami prawa materialnego, regulującymi okoliczności zastosowania procedur negocjacyjnych bez wcześniejszej publikacji ogłoszenia. Klasyfikując dokonywane czynności zawiadamiania organu administracyjnego o podejmowanych decyzjach uważam, że stanowią one korelat działań ingerencyjnych podejmowanych przez administrację publiczną, w sferę gospodarki w ramach funkcji reglamentacji gospodarczej⁸. Jest więc to instrument z grupy instrumentów służących sprawowaniu nadzoru reglamentacyjnego. W przypadku wystąpienia jakichkolwiek nieprawidłowości ze wzorcowym stanem prawnym, organ administracyjny ma możliwość zastosowania określonych środków, zmierzających do usunięcia z zaistniałej rzeczywistości gospodarczej powstałego stanu faktycznego⁹.

Przechodząc do analizy charakteru prawnego zawiadomienia o wyborze trybu, należy wyodrębnić następujące cechy zawiadomienia o wyborze trybu niekonkurencyjnego zamkniętego: podstawą zawiadomienia jest norma prawna zamówień publicznych, zawiadomienie dotyczy wyłącznie okoliczności w niej określonych, zawiadomienie jest kierowane do organu administracji publicznej, nie tworzy nowego prawa podmiotowego, tylko je raczej stwierdza, ma charakter podmiotowy, odnoszący się do sytuacji zindywidualizowanego podmiotu, nie jest klasycznym aktem administracyjnym typu deklaratoryjnego, lecz czynnością faktyczną deklaratoryjną.

Zawiadomienie o wyborze trybu a rejestracja

W piśmiennictwie prawniczym, jest wyrażany pogląd przez niektórych autorów, że zasadniczą formą akceptacji przez państwo działalności gospodarczej jest rejestracja¹⁰. Przyjmując za podstawę dalszych rozważań instytucję rejestracji, jako posiadającej pewne podobieństwa do zawiadomienia o wyborze trybu, postaram się określić istotę i charakter prawny zawiadomień.

⁶ Należy zauważyć, że od 1994 roku czyli od wejścia w życie przepisów ustawy o zamówieniach publicznych, Prezes UZP miał szereg uprawnień do wydawania decyzji administracyjnych w zakresie procedury udzielania zamówienia publicznego.

⁷ Ustawa z dnia 7 kwietnia 2006 r. o zmianie ustawy prawo zamówień publicznych oraz ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. Nr. 79, poz. 551), po raz pierwszy wprowadziła do systemu zamówień publicznych konstrukcję prawną zawiadomień o wyborze trybu.

⁸ K. Strzyczkowski, *Prawo gospodarcze publiczne*, wyd. 2, Wydawnictwo Prawnicze Lexis Nexis Warszawa 2007 r., s. 158.

⁹ Możliwość w przypadku Prezesa UZP polega na skierowaniu zawiadomienia o podjętych czynnościach przez zamawiającego, do kontroli, a w konsekwencji na zaleceniu unieważnienia dokonanych czynności, a nawet na nałożeniu kary pieniężnej za rażące naruszenie przepisów prawa zamówień publicznych.

¹⁰ Por. M. Szubiakowski, *Podjęmowanie działalności gospodarczej*, GAP 1989 r. Nr 4, s. 9, M. Niezgódka-Medek, M. Skubiakowski, *Działalność gospodarcza. Spójność systemu prawnego*, Przegląd Prawa Handlowego z 1992 r., Nr 2, s. 2.

W piśmiennictwie dominuje również pogląd, że rejestracja pod względem charakteru prawnego nie różni się od pozwolenia administracyjnego¹¹. Rejestracja jest, bowiem prawną formą ingerencji państwa w sferę wolności gospodarczych, stwierdzającą legalność podejmowanych działań¹².

W przypadku rejestracji nie wystarczyło samo zgłoszenie organowi administracji, aby wykonywać określone działania gospodarcze, należało jeszcze uzyskać potwierdzenie zgłoszenia, będące już aktem administracyjnym konstytutywnym. Zawiadomienie o wyborze trybu w przeciwieństwie do rejestracji, składa się tylko z jednej fazy, a mianowicie fazy zgłoszenia organowi administracji publicznej (Prezesowi UZP), informacji o dokonany wyborze konkretnego trybu, w jakim zostanie przeprowadzona procedura udzielenia zamówienia. Jest to już przesłanka do legalnego podjęcia czynności zmierzających do wyłonienia wykonawcy, któremu zostanie udzielone zamówienie. Brakuje, więc drugiego etapu, w którym organ administracji publicznej, dokonuje potwierdzenia prawidłowości dokonanego wyboru, po zweryfikowaniu ustawowych okoliczności, w formie aktu administracyjnego. Nie oznacza to jednak, że organ administracji publicznej, jest zwolniony z obowiązku przeprowadzenia weryfikacji zawiadomienia o wyborze trybu, i podjęcia czynności prawnych zmierzających do usunięcia stwierdzonych nieprawidłowości. Zawiadomienie będzie, zatem czynnością związaną z dalszym zachowaniem organu administracji publicznej, do którego takie zawiadomienie wpłynęło. Nie ma, więc bezpośredniego związania zamawiającego przesyłającego zawiadomienie o wyborze trybu, z późniejszą koniecznością uzyskania zatwierdzenia, dokonanego wyboru.

Uzyskana informacja, w drodze przekazanego zawiadomienia, może następnie być dwójako wykorzystana. Jeżeli organ stwierdzi, prawidłowość dokonanego wyboru, wówczas kończą się na tym etapie wszelkie czynności, jeżeli bowiem stwierdzi nieprawidłowości, zobowiązany jest do wszczęcia czynności kontrolnych, mogących się zakończyć nawet, zaleceniem unieważnienia wszczętego postępowania o udzielenie zamówienia. Postępowanie sprawdzające prawidłowość zastosowania określonego trybu udzielenia zamówienia publicznego, ma charakter materialny, polegający na ocenie prawidłowości dokonanego wyboru, z konsekwencjami jego ewentualnego derogowania, w wyniku podjętych czynności kontrolnych. Nie podjęcie, zatem czynności kontrolnych przez Prezesa UZP, będzie niejako stwierdzeniem prawidłowości dokonanego wyboru, i w konsekwencji przyzwoleniem na udzielenie zamówienia w wybranym trybie niekonkurencyjnym. Zawiadomienie będzie czynnością konwencjonalną, której konsekwencją nie będzie wydanie decyzji administracyjnej, lecz brak potencjalnej kontroli Prezesa UZP. Zawiadomienie jest środkiem dowodowym należącym do czynności materialno-technicznych zamawiającego dokonywanym poza postępowaniem, choć jego znaczenie może mieć pośredni wpływ na losy postępowania, w wyniku wszczęcia kontroli prawidłowości dokonanego wyboru.

Dokonując dokładnej analizy zawiadomienie, można dojść do wniosku, że jest to środek dowodowy należący do czynności faktycznych lub nawet czynności materialno-technicznych zamawiającego, zawiadomienie stanowi, bowiem stwierdzenie dokonanej czynności zamawiającego, rodzącej jednakże różnorakie konsekwencje prawne, wynikające z prawidłowości lub nie, wyboru określonego trybu udzielenia zamówienia. Nie można uznać zawiadomienia kierowanego przez zamawiającego na zewnątrz, to jest poza krąg uczestników postępowania, za czynność mającą bezpośredni związek materialno-prawny z wszczętym postępowaniem. Jest to czynność zamawiającego dokonywana poza postępowaniem, choć jej znaczenie może mieć pośredni wpływ na losy postępowania, w wyniku wszczęcia kontroli prawidłowości dokonanego wyboru.

¹¹ B. Walawski, *Pozwolenia i koncesje administracyjne w prawie polskim*, Wilno 1939 r., s. 27–31.

¹² M. Waligórski, *Administracyjnoprawna reglamentacja działalności gospodarczej*, Poznań 1994 r., s. 117.

Zawiadomienia o wyborze trybu, nie można również uznać jako czynności materialno-technicznej zamawiającego, służącej wyłącznie celom informacyjnym. Zgodnie z poglądem J. Starościanka, cechą charakterystyczną czynności materialno-technicznych, jest to, że wywołują one określone skutki prawne, stwarzają nową sytuację prawną. Kształtują nowe stosunki prawne przez fakty, a nie przez bezpośrednie tworzenie nowej normy obowiązującego porządku prawnego¹³. Takie rozumienie czynności materialno-technicznych, pozwala na odróżnienie ich od aktów administracyjnych. Z uwagi na to, że zawiadomienie jest czynnością wynikającą z podjętej decyzji przez zamawiającego, co do określenia trybu, w jakim zostanie udzielone zamówienie, nie można go uznać, za władczą czynność, polegającą na przyznaniu uprawnienia do udzielenia zamówienia z zastosowaniem wybranego trybu. Uprawnienie takie, bowiem, wynika z przepisów ustawy prawo zamówień publicznych, jest jedynie ograniczone koniecznością dokonania czynności, polegającej na przekazaniu zawiadomienia organowi administracji publicznej. W takim ujęciu zawiadomienie, będzie miało charakter czynności materialno-technicznej, której istotą będzie kontrola i weryfikacja podjętych decyzji zamawiającego, przez organ administracji publicznej.

Zawiadomienie o wyborze trybu a akt administracyjny deklaratoryjny

Ustalając charakter prawny zawiadomień, nie sposób, nie odnieść się do istoty deklaratoryjnych aktów administracyjnych, i przeprowadzić ich krótką analizę. Zdaniem M. Zimmermana, akty deklaratoryjne są to akty podciągające dane stany faktyczne pod normy prawne w sposób wiążący¹⁴. Rola takich aktów sprowadza się do deklarowania, że w określonym stanie faktycznym i przy określonych uwarunkowaniach prawnych powstają pewne obowiązki lub uprawnienia, same ich jednak nie tworzą. W takim zakresie, decyzję zamawiającego dotyczącą wyboru trybu, należałoby uznać za akt wewnętrzny deklaratoryjny, z którego wynika, że w danych okolicznościach, można zastosować przy udzielaniu zamówienia publicznego tryb negocjacyjny zamknięty. Nie ma, bowiem w takiej sytuacji, konieczności dokonywania czynności konstytutywnej, tworzącej, jedynie istnieje konieczność stwierdzenia zaistnienia określonego stanu faktycznego, na tle stanu prawnego, powodującego powstanie możliwości wyboru odpowiedniego trybu udzielenia zamówienia. Jeżeli przyjmiemy, że decyzja zamawiającego o wyborze trybu, będzie aktem wewnętrznym deklaratoryjnym, to zawiadomienie Prezesa UZP o wyborze trybu, możemy potraktować jako poświadczenie, zaistnienia określonych uwarunkowań prawnych, od których uzależniony był wybór konkretnego trybu udzielenia zamówienia publicznego. Przyjmując jednak stanowisko wyrażone przez J. Patera, że w akcie deklaratoryjnym organ stwierdza, że po stronie określonego podmiotu zaistniał stan faktyczny, wymagany przez prawo, jednocześnie określając władczo zakres tego prawa, jako objaw woli organu, zaś poświadczenie rozumie jako objaw wiedzy¹⁵. Należy zauważyć, że na gruncie systemu zamówień publicznych, zawiadomienie, nie może być tylko czystym oświadczeniem wiedzy zamawiającego, bowiem z zawiadomieniem wiąże się funkcja kontrolno-weryfikacyjna. Konieczność zawiadamiania organu administracji publicznej, o wyborze trybu, wynika z prawa materialnego zamówień publicznych, nie jest zaś dobrowolną czynnością, nie powodującą powstania żadnych konsekwencji prawnych. Jest niejako dopełnieniem prawidłowości dokonanej czynności wyboru trybu udzielenia zamówienia publicznego. Nie można również utożsamiać zawiadomienia z zaświadczeniem, bowiem cechą każdego zaświadczenia jest zgodnie z poglądem M. Wierzbowskiego, brak jakiegokolwiek normy postę-

¹³ J. Starościanek, *Prawne formy działania administracji*, Warszawa 1957, s. 299.

¹⁴ Por. M. Zimmermann, (w:) *Polskie prawo administracyjne*, red. J. Służewski, Warszawa 1992 r., s. 330 i n.

¹⁵ J. Pater, *Problemy prawne wydawania zaświadczeń*, OMT z 1989 r., Nr 5, s. 22.

powania w samym zaświadczeniu¹⁶. Z kolei zawiadomienie o wyborze trybu, z jednej strony stwierdza, że wybrany został określony tryb, z drugiej zaś strony jest przesłanką do jego przeprowadzenia, zgodnie z regułami wynikającymi z prawa zamówień publicznych. Pewne wątpliwości w odcieciu się od koncepcji podobieństwa zaświadczenia do zawiadomienia, może spowodować, stanowisko M. Waligórskiego¹⁷, który przez zaświadczenie rozumie oświadczenie potwierdzające istnienie określonej sytuacji faktycznej lub prawnej, lecz nie wywołujące bezpośrednio żadnych skutków prawnych, choć może ono mieć wpływ na możliwość realizacji uprawnień lub obowiązków. Moim jednak zdaniem, ten moment wykorzystania poszczególnych konstrukcji prawnych, decyduje o postawieniu tezy, że zawiadomienia o wyborze trybu, nie można utożsamiać z zaświadczeniem. Zawiadomienie dotyczy, bowiem zachodzącego procesu udzielanego zamówienia publicznego, jest niejako dopełnieniem czynności wszczęcia postępowania, zaś zaświadczenie dotyczy oświadczenia wiedzy, potrzebnego do dokonania przyszłych zamierzeń i czynności. Przykładowo, zaświadczenie o ukończeniu studiów, jest potrzebne do tego, aby ubiegać się o możliwość udziału w studiach podyplomowych. W literaturze możemy spotkać się z różnym rozumieniem istoty zaświadczeń, niektóre z nich będą bardzo zbliżone do istoty i charakteru zawiadomienia. I tak E. Ochendowski wraz z J. Filipkiem, zaliczają zaświadczenia do czynności faktycznych, mogących również spełniać rolę określonych czynności prawnych¹⁸. Z kolei inni autorzy, idą w rozumieniu zaświadczeń w kierunku swoistego rodzaju aktów administracyjnych, zarówno aktów deklaratoryjnych jak i konstytutywnych¹⁹.

Wymogi formalne zawiadomienia o wyborze trybu udzielenia zamówienia

Wymagania formalne, co do treści zawiadomienia o wszczęciu postępowania określone zostały w artykułach 62 ust 2 i 67 ust 2 ustawy prawo zamówień publicznych. W przepisach powyższych znalazły się ogólne informacje, które powinny się znaleźć w takim zawiadomieniu. Wydaje się jednak, że zawiadomienie powinno zawierać również takie informacje jak wskazanie zamawiającego, od którego pochodzi, jego siedzibę oraz podpis przez osobę uprawnioną do dokonania takiej czynności. W zakresie treści merytorycznej zawiadomienia powinny się znaleźć informacje dotyczące wybranego trybu do udzielenia konkretnego zamówienia, wraz z podaniem okoliczności faktycznych i prawnych skutkujących jego zastosowaniem. Jest to, bowiem minimum wymagań formalnych, od spełnienia, których uzależnione jest uznanie skuteczności prawnej tej czynności (techniczno-faktycznej). Bez tych wymagań, nie można ustalić zasadniczych elementów wskazujących na przyczyny zastosowania określonego trybu udzielenia zamówienia publicznego, a mianowicie takich jak określenie zamawiającego, który informuje o dokonanym wyborze. Bez wskazania podmiotu, od którego pochodzi zawiadomienie, jego siedziby i podpisu osoby uprawnionej, nie można dokonać indywidualizacji zamawiającego, który złożył zawiadomienie. Podpis warunkuje, że zawiadomienie pochodzi od osoby, reprezentującej zamawiającego. Brak podpisu zamawiającego, przy równoczesnym braku podpisu osoby przez niego umocowanej, gdy nie zostanie usunięty, powoduje brak uniemożliwiający wywołanie skutku prawnego, jakim jest informacja organu administracji publicznej o wszczęciu

¹⁶ M. Wierzbowski, *Zasady i tryb wydawania zaświadczeń według kodeksu postępowania administracyjnego*, PiP z 1981 r., Nr 1, s. 43 i n.

¹⁷ M. Waligórski, *op. cit.*, s. 120 i n.

¹⁸ Por. E. Ochendowski, (w:) *System prawa administracyjnego*, Warszawa 1977 r., t. II, s. 355 i n., J. Filippek, (w:) *Prawo administracyjne, praca zbiorowa pod redakcją W. Brzezińskiego*, Kraków 1970 r., s. 104.

¹⁹ Por. M. Jełowicki, (w:) *Prawo administracyjne PRL, praca zbiorowa pod red. K. Sanda*, Warszawa 1979 r., s. 29, T. Kuta, *pojęcie działań niewładczych w administracji*, Wrocław 1963 r., s. 21, J. Boć, T. Kuta, *Prawo administracyjne*, t. I, Wrocław 1980, s. 111 i n., R. Orzechowski, *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, pod red. J. Borkowskiego, Warszawa 1985 r., s. 328 i n.

postępowania z zastosowaniem określonego trybu. W razie wniesienia zawiadomienia w formie elektronicznej, zawiadomienie opatrzone musi być bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikatora certyfikatu, przy zachowaniu zasad przewidzianych w przepisach o podpisie elektronicznym.

Dyspozycje artykułu 62 ust 2 i 67 ust 2 ustawy prawo zamówień publicznych regulują wymagania formalne, jakie musi spełnić zamawiający. Nie oznacza to jednak, że nie dochowanie wymagań formalnych zawiadomienia o wszczęciu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, nie spowoduje określonych skutków prawnych. Wszczęte postępowanie w danym momencie, będzie się toczyło, chociażby z ułomnym wyborem określonego trybu, dokonany przez zamawiającego. Jego ewentualna rektyfikacja może dopiero nastąpić na późniejszym etapie, ewentualnej kontroli przeprowadzonej przez Prezesa UZP. Spełnienie wymagań formalnych gwarantuje zarówno, że czynność w procesie udzielania zamówień publicznych została dokonana przez zamawiającego, a następnie, że tylko treść zawiadomienia zamawiającego wyznacza prawidłowość wyboru trybu.

Konsekwentnie do zasady ogólnej przyjętej w art. 9 kodeksu postępowania administracyjnego, braki co do treści zawiadomienia o wszczęciu postępowania, nie powodują od razu bezskuteczności zawiadomienia z punktu widzenia właściwych przepisów materialnych. Składniki zawiadomienia kierowanego do Prezesa UZP służą ustaleniu szeregu faktów niezbędnych do weryfikacji prawidłowości wyboru określonego trybu. Oznaczenie podmiotu oznacza również ustalenie, czy jest to zamawiający klasyczny, czy może zamawiający sektorowy. Wskazanie daty wszczęcia postępowania w zawiadomieniu pozwala na ustalenie, czy został zachowany trzydniowy termin do zawiadomienia Prezesa UZP o wyborze konkretnego trybu. W zależności od wybranego trybu negocjacyjnego, długości prowadzonych negocjacji oraz środka przekazu zawiadomienia, będziemy mieli do czynienia w przypadku wystąpienia nieprawidłowości, z wszczęciem kontroli uprzedniej lub też kontroli następcej, dokonywanej po udzieleniu zamówienia.

Zawiadomienie o wszczęciu postępowania w oparciu o wybrany tryb negocjacyjny powinno zawierać powołanie podstawy prawnej. Powołanie podstawy prawnej to przytoczenie przepisów prawa materialnego (przesłanek zawartych w przepisach prawa zamówień publicznych), na których zamawiający oparł swój wybór. Należy podzielić pogląd, że jako podstawę prawną podjętej decyzji o zastosowaniu konkretnego trybu negocjacyjnego bez wcześniejszej publikacji ogłoszenia, należy powoływać jedynie przepisy proceduralne mające szczególny związek z konkretną okolicznością znamionującą wybór trybu postępowania. Należy pamiętać, że podstawą prawną wyboru konkretnego trybu mogą być tylko przepisy prawne powszechnie obowiązujące. Brak powołania podstawy prawnej zastosowania konkretnego trybu nie pozbawia zawiadomienia bytu prawnego, powoduje jedynie to, iż zawiadomienie takie jest niepełne w świetle brzmienia artykułów 62 ust 2 i 67 ust 2 ustawy prawo zamówień publicznych, nie stanowi również podważenia prawidłowości dokonanego wyboru trybu w znaczeniu formalnym. Może jedynie powodować reakcję organu administracyjnego, jakim jest Prezes UZP zmierzającą do wyjaśnienia brakujących aspektów zawiadomienia, w świetle dokonywanej oceny prawidłowości wyboru trybu. Uzasadnienie podjętej decyzji o wyborze trybu negocjacyjnego bez wcześniejszego ogłoszenia, ma spełniać w szczególności prawny obowiązek wykazania, na jakiej podstawie czynność wyboru została podjęta, a następnie daje podstawę kontroli poprawności dokonanej czynności.

Uzasadnienie faktyczne decyzji o wyborze trybu postępowania powinno w szczególności zawierać wskazanie faktów spełniających ustawowe przesłanki do dokonania takiego wyboru, które

zamawiający uznał za udowodnione, dowodów, na których się oparł, oraz przyczyn, z powodu, których innym okolicznościom odmówił wiarygodności i mocy dowodowej. W uzasadnieniu faktycznym zamawiający powinien, zatem dokładnie wskazać podstawę faktyczną rozstrzygnięcia. Ocena zebranego materiału dowodowego i wyczerpujące wyjaśnienie przesłanek dokonanego rozstrzygnięcia powinny znaleźć pełne odzwierciedlenie w uzasadnieniu decyzji o wyborze, przekonywającym zarówno, co do prawidłowości oceny sytuacji materialnej zamawiającego, jak i co do zasadności treści podjętego wyboru, w oparciu o który zostało wszczęte postępowanie.

Moim zdaniem, uzasadnienie spełnia funkcje wewnętrzną oraz zewnętrzną. Pierwsza z tych funkcji, wiąże się m.in. z dokumentacją przetargową oraz dokonywanymi czynnościami przez zamawiającego, zaś druga ma inny charakter, gdyż dotyczy waloru uzasadnienia skierowanego do organu administracji publicznej, który ma możliwość dokonania oceny i podjęcia ewentualnych działań wyjaśniająco-kontrolnych. Uzasadnienie powinno być podporządkowane planowi i metodzie, aby w dostatecznym stopniu motywować podjęty wybór, nie może być przeciążone argumentami, a ponadto powinno być realne i adekwatne, a nie pozorne.

Zawiadomienie o wszczęciu postępowania w określonym trybie, powinno być przekazane Prezesowi UZP w terminie trzech dni od dnia wszczęcia postępowania. Nie jest to jednak termin materialny związany bezpośrednio z wszczętym postępowaniem, tylko termin instrukcyjny do dokonania określonej czynności przez zamawiającego, będącej pochodną czynności wyboru trybu udzielenia zamówienia i wszczęcia postępowania. Naruszenie tego terminu, nie będzie miało skutku prawnego w zakresie prawidłowości toczącego się postępowania, na tym etapie. Ograniczenie czasowe czynności zamawiającego ma jednak bardzo ważne konsekwencje, jeżeli chodzi o podjęcie jakichkolwiek czynności kontrolnych przez Prezesa UZP. Czas, w jakim Prezes UZP otrzyma zawiadomienie, a następnie dokona jego oceny z punktu widzenia poprawności zastosowanego trybu, jest o tyle istotny, że wpływa na rodzaj przeprowadzanej kontroli. O ile po wszczęciu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w jednym z trybów negocjacyjnych bez publikacji ogłoszenia, nie dojdzie do udzielenia zamówienia publicznego, organ administracji publicznej może przeprowadzić kontrolę udzielanych zamówień przed zawarciem umowy. Konsekwencje prawne takiej kontroli wyrażają się w sformułowaniu zaleceń pokontrolnych lub informacji o wynikach kontroli, wskazujących na obowiązek unieważnienia postępowania z uwagi na stwierdzone naruszenia bądź na obowiązek usunięcia stwierdzonych naruszeń. Kontrola uprzednia może również stwierdzić brak naruszeń albo zaistnienie naruszeń, które nie miały wpływu na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

W sytuacji, kiedy zamawiający udzieli zamówienia po przeprowadzeniu postępowania w jednym z trybów negocjacyjnych bez publikacji ogłoszenia, a organ administracji publicznej uprawniony do kontroli zamówień publicznych, na podstawie zawiadomienia stwierdzi podejrzenie nieprawidłowego wyboru trybu, może wszcząć kontrolę udzielonego zamówienia. W takim przypadku, gdy nastąpi ujawnienie naruszenia przepisów prawa zamówień publicznych, Prezes UZP może zawiadomić właściwego rzeczownika dyscypliny finansów publicznych o naruszeniu dyscypliny finansów publicznych lub wystąpić z wnioskiem o ukaranie za naruszenie dyscypliny finansów publicznych do właściwej komisji orzekającej. Najbardziej jednak rygorystyczną kompetencją Prezesa UZP, jest możliwość wystąpienia do sądu o stwierdzenie nieważności umowy zawartej w wyniku wadliwej procedury o udzielenie zamówienia publicznego.

Praktyczny wymiar zawiadomień o wyborze trybu

Jak wynika z danych gromadzonych przez UZP, ilość zawiadomień o wyborze trybów negocjacyjnych zamkniętych rokrocznie się zmniejsza. Przykładowo w 2012 roku takich zawiadomień

było 1866, w 2013 ta liczba zmniejszyła się do 1754 by już w 2014 roku spaść do 1657 zawiadomień, zaś w kolejnych latach jeszcze bardziej się zmniejszyć. Przyczyny spadku liczby zawiadomień są różne. Przede wszystkim zmniejsza się liczba postępowań wszczynanych w trybach niekonkurencyjnych na rzecz trybów otwartych konkurencyjnych. Pewien wpływ na zmniejszającą się liczbę zawiadomień mogą mieć również zmieniające się przepisy prawa zamówień publicznych (przesłanki udzielania zamówień w trybach niekonkurencyjnych czy też podniesienie progu wartości do 30 tys. Euro, do którego nie mają zastosowania przepisy ustawy prawo zamówień publicznych).

Analizując proces weryfikacji zawiadomień przez Prezesa UZP należy stwierdzić, że jest on dość ograniczony. Z tego względu, że przykładowo w 2013 roku przeprowadzono 50 kontroli prawidłowości zawiadomień, z których w aż 48 przypadkach stwierdzono nieprawidłowości przy wyborze trybu. To samo dotyczy kolejnych lat, gdyż w 2014 roku przeprowadzono 35 kontroli doraźnych z tego, aż w 33 przypadkach stwierdzono nieprawidłowości. Skala nieprawidłowości w prowadzonych kontrolach zawiadomień wskazywałaby na konieczność większej ilości weryfikacji składanych zawiadomień. Tym bardziej, że od dnia 1 stycznia 2017 roku *in-house* (zamówienie wewnętrzne) stanie się jedną z przesłanek umożliwiających dokonanie wyboru wykonawcy w trybie zamówienia z wolnej ręki.

Doświadczenia europejskie

Analizując problematykę kontroli wybranego trybu przez zamawiających, w krajach członkowskich WE²⁰, najbardziej zbliżone rozwiązania prawne do Polskiego modelu, mają miejsce na Węgrzech. Zamawiający węgierski, zobowiązany jest, bowiem notyfikować Radzie Arbitrażowej (PP Arbitration Board) prowadzone postępowanie w trybach negocjacyjnych bez publikacji ogłoszenia. Notyfikacja odbywa się już po wszczęciu postępowania. Jeżeli Rada Arbitrażowa ma wątpliwości, co do zastosowania uproszczonego trybu, wszczyna z urzędu procedurę odwoławczą. Możliwość wszczęcia takiej procedury istnieje w terminie zawitym 15 dni. W przypadku uznania postępowania ogłoszonego w trybie uproszczonym, za wadliwe, Rada podejmuje decyzję o zawieszeniu lub unieważnieniu decyzji zamawiającego o wyborze trybu, o ile nie podpisano jeszcze umowy. Jeżeli umowa została podpisana Rada zasądza pieniądze. W przypadku pozostałych trybów kontrolę sprawuje jedynie Editorial Board (Biuro Publikacji), które sprawdzając zawartość publikowanych ogłoszeń sprawdza również prawidłowość decyzji o wyborze trybu. W wielu krajach kontrola wyboru właściwego trybu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, odbywa się w ramach procedury odwoławczej. Jest to najczęściej spotykane rozwiązanie, występujące m.in. w: Finlandii, Austrii, w której dodatkowo zamawiający są zobowiązani do ustanowienia wewnętrznego systemu kontroli wyboru trybu, Holandii, Włoszech. I tak, dla przykładu we Włoszech, Public Procurement Authority jest we Włoszech instytucją, która posiada ogólne kompetencje kontrolne, jest też instytucją odwoławczą. PPA jest uprawnione do żądania zarówno od zamawiających jak i od wykonawców informacji na temat prowadzonych postępowań. Może też nakładać kary, jeżeli którakolwiek ze stron, nie dostarczy informacji lub złoży informacje nieprawdziwe. Działalność tego organu skupia się głównie na rozwiązywaniu sporów lub problemów wynikających ze stosowania prawa zamówień publicznych. W związku z powyższym, Włoska kontrola prawidłowości wyboru trybu odbywa się głównie w trakcie procedury odwoławczej. Są również kraje wspólnotowe, w których, nie istnieje kontrola wyboru trybu prowadzonego postępowania, do krajów tych należą: Szwecja, Norwegia, Estonia, Islandia.

²⁰ Dane uzyskane dzięki uprzejmości punktów kontaktowych (Public Procurement Network – PPN) w poszczególnych podmiotach zajmujących się w krajach Wspólnoty problematyką zamówień publicznych.

Podsumowanie

Reasumując, zawiadomienia o wyborze trybu, jest aktem potwierdzającym mającym charakter czynności materialno-technicznej, nie będącym decyzją administracyjną, wywołującym skutki kontrolno-weryfikacyjne. Zawiadomienie, może również być traktowane jako akt deklaratoryjny, nie tworzący nowej rzeczywistości prawnej, lecz potwierdzający istnienie określonego prawa zamawiającego wynikającego wprost z delegacji zawartej w prawie zamówień publicznych, które zostało wykorzystane przez zamawiającego. Zawiadomienie o wyborze trybu stanie się od 1 stycznia 2007 roku szczególnym instrumentem w rękach Prezesa UZP, umożliwiającym weryfikację udzielanych zamówień wewnętrznych, szczególnie w obszarze działalności komunalnej.

ŚRODKI OCHRONY PRAWNEJ – PROPOZYCJE NIEKTÓRYCH ZMIAN TEGO SYSTEMU

Małgorzata Rakowska, Prezes Krajowej Izby Odwoławczej

Abstrakt

Referat ma zaprezentować potrzebę dokonania zmian niektórych instytucji dotyczących środków ochrony prawnej. Część ze wskazanych propozycji dotyczy instytucji, które, mimo że dotychczas funkcjonują – wydawałoby się prawidłowo – to jednak różnicują sytuację prawną podmiotów działających w systemie środków ochrony prawnej (stron, uczestników postępowania czy nawet Prezesa UZP). Inne są związane z nieuchronną elektronizacją zamówień publicznych, a co za tym idzie koniecznością dostosowania w tym zakresie także instytucji dotyczącej środków ochrony prawnej. Są i takie propozycje, które będą miały wpływ na zwiększenie stopnia ujednolicenia orzecznictwa.

Abstract

The aim of the paper is to present the need to introduce changes to some of the institutions in the field of remedies. Some of the proposals concerns institutions which – despite of the fact that they have been functioning hitherto in an apparently proper way – tend nevertheless to differentiate the legal situation of actors in the field of remedies (parties, participants in the proceedings or even the President of the PPO). Other proposals are connected with the inevitable digitalization of procurement and consequently the need to adapt institutions in the field of remedies in that regard. Finally, some of the proposals aim at increasing the level of uniformity of the jurisprudence.

Przedmiotem niniejszego opracowania jest przedstawienie jedynie przykładowych propozycji zmian w procedurze postępowania odwoławczego. Przede wszystkim konieczne jest uregulowanie istotnych kwestii dotyczących składów orzekających Izby, postępowania dowodowego i skargowego.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznaje odwołania w składzie jednoosobowym. Prezes Izby – zgodnie z art. 188 ust. 2 ustawy Pzp¹ – może zarządzić rozpoznanie sprawy w składzie trzyosobowym, jeżeli uzna to za wskazane ze względu na szczególną zawziętość lub precedensowy charakter sprawy. Także skład orzekający kierując odwołanie do rozpoznania na rozprawie może w uzasadnionych przypadkach wystąpić do Prezesa Izby z umotywowanym wnioskiem o wyznaczenie do rozpoznania sprawy w składzie trzyosobowym.

Regulacja ta została wprowadzona nowelizacją ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 2 grudnia 2009 r.². Do wejścia w życie cytowanej ustawy regułą było rozpoznawanie odwołań w składach trzyosobowych. Odejście od rozpoznawania odwołań w składach trzyosobowych było

¹ Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.).

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

krytycznie oceniane w piśmiennictwie. Wskazywano m.in., że orzekanie jednoosobowe przez organ niebędący sądem trudno uznać za rozwiązywanie sprzyjające jakości orzecznictwa³.

Zasada składów jednoosobowych nie sprzyja bowiem wypracowywaniu modelu wzajemnej wymiany poglądów i prezentowania sposobu wykładni obowiązujących przepisów prawa w ramach konkretnego stanu faktycznego, a w konsekwencji ujednoliceniu orzecznictwa⁴.

Wobec tego właściwa byłaby zmiana przepisów ustawy Pzp w tym właśnie zakresie. Krajowa Izba Odwoławcza jako organ pierwszej instancji właściwy do rozpoznawania odwołań wnoszonych w postępowaniu o udzielenie zamówienia co do zasady rozpoznawałby sprawy w składzie trzyosobowym.

Od tej reguły mogłyby być przewidziane odstępstwa, a mianowicie w sprawach, w których wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznawałaby sprawy w składzie jednoosobowym. W sprawach tych (których wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8) Prezes Krajowej Izby Odwoławczej mógłby zarządzić rozpoznanie sprawy w składzie trzyosobowym jeżeli uznałby, że jest to wskazane ze względu na szczególnie dużą zawartość lub precedensowy charakter sprawy. Z wnioskiem o rozszerzenie składu mógłby wystąpić także skład orzekający.

W art. 190 ustawy Pzp uregulowane zostało postępowanie dowodowe w postępowaniu odwoławczym. Zostało ono rozbudowane w stosunku do tego jakie funkcjonowało jeszcze przed powołaniem Krajowej Izby Odwoławczej jednak nadal regulacja ta nie jest wystarczająca.

Art. 190 ust. 3 ustawy Pzp wymienia środki dowodowe. Dowodami – w myśl powołanego przepisu – są w szczególności dokumenty, zeznania świadków, opinie biegłych oraz przesłuchanie stron. Wskazane środki dowodowe nie tworzą zamkniętego katalogu. Izba może więc przeprowadzić inne, niewymienione w ustawie dowody. Izba przeprowadzała już dowód z oględzin rzeczy oraz dowód z opinii instytutu naukowego lub naukowo-badawczego.

Brak jest jednak regulacji, z której wynikałaby podstawa do wydania przez Izbę postanowienia dowodowego i wskazania elementów jakie w jego treści powinny być zawarte. Brak jest więc podstawy do wydawania postanowień dowodowych, na których częstokroć w procesie cywilnym są opierane zarzuty apelacji. Tymczasem zakreslenie stron materiału dowodowego stanowiącego podstawę, na której organ orzekający będzie się opierał przy orzekaniu, jest przejawem realizacji gwarancji procesowych stron, a także przejrzystości postępowania⁵.

W procesie cywilnym sąd wydaje stosowne postanowienie o przeprowadzeniu dowodu, oznaczając m.in. fakty podlegające stwierdzeniu oraz środki dowodowe. Z art. 190 ust. 2 i 6 ustawy Pzp wynika, że dowody „dopuszcza” lub „odmawia ich przeprowadzenia” cały skład orzekający Izby, a z użycia przez ustawodawcę wyrażen „płyne wnioski, że następuje to po podjęciu czynności o charakterze decyzyjnym”⁶. Powinno to więc nastąpić w formie postanowienia.

³ M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, Prawo zamówień publicznych, Komentarz Lex, 6 Wydanie, Warszawa 2014, s. 1004.

⁴ A. Trojanowska, System środków ochrony prawnej i organów je realizujących oraz propozycje zmian tego systemu, Prawo zamówień publicznych Stan obecny i kierunki zmian, red. Henryk Nowicki i Paweł Nowicki, Warszawa 2015, s. 483

⁵ Tamże, s. 484.

⁶ M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, Prawo ... s. 1023.

Ustawa Pzp dopuszczając czy to dowód z zeznań świadków, czy też dowód z opinii biegłego i inny nie zawiera regulacji określających sposób ich przeprowadzenia., np. brak jest przepisu dotyczącego prawa do odmowy zeznań, treści przyrzeczenia, sposobu jego złożenia. Z uwagi na to, że Izba coraz częściej korzysta z tych dowodów należałoby kwestie te także uregulować.

Zgodnie z art. 198a ust. 1 ustawy Pzp na orzeczenie Izby stronom oraz uczestnikom postępowania odwoławczego przysługuje skarga do sądu.

Skarga do sądu, tj. skarga na orzeczenie Izby jest drugoinstancyjnym środkiem ochrony prawnej zapewnianej stronom postępowania odwoławczego przez sąd powszechny.

Przyjmuje się, że skarga przysługuje od orzeczeń wydawanych przez składy orzekające Izby – na orzeczenie merytoryczne rozstrzygające spór co do istoty, czyli na wyrok, oraz na postanowienia kończące postępowania odwoławcze. Postanowieniami tymi są postanowienie o odrzuceniu odwołania (art. 189 ust. 2 ustawy Pzp) oraz postanowienie o umorzeniu postępowania odwoławczego (art. 183 ust. 5 ustawy Pzp)⁷.

Składy orzekające Izby mogą jeszcze wydać, poza ww. postanowieniami, postanowienie w przedmiocie zwrotu odwołania. Zgodnie z treścią art. 187 ust. 7 ustawy Pzp „jeżeli niezachowanie warunków formalnych lub niezłożenie pełnomocnictwa zostanie stwierdzone przez skład orzekający Izby, przepisy ust. 1–6 stosuje się, z tym że kompetencje Prezesa Izby przysługują składowi orzekającemu Izby”. Skoro więc skarga przysługuje na orzeczenie Izby to wobec aktualnej treści art. 198a ust. 1 ustawy Pzp postanowienie Izby w przedmiocie zwrotu odwołania jest także zaskarżalne do sądu.

Skarga nie przysługuje natomiast na postanowienie Prezesa Izby w przedmiocie zwrotu odwołania, gdyż ustawa Pzp zastrzega dopuszczalność stosowania skargi wyłącznie w odniesieniu do orzeczeń Izby, nie przewiduje natomiast zastosowania tego środka procesowego do zaskarżania orzeczeń Prezesa Izby⁸.

Nieuprawnionym byłoby twierdzenie, wobec aktualnej treści art. 198a ust. 1 ustawy Pzp i braku w ustawie Pzp odpowiednika art. 394 § 1 pkt 1 k.p.c., że przepis art. 198a ust. 1 ustawy Pzp dotyczy wyłącznie postanowień kończących postępowanie w sprawie. Art. 394 § 1 pkt 1 k.p.c. bowiem stanowi, że „zażalenie do sądu drugiej instancji przysługuje na postanowienia sądu pierwszej instancji kończące postępowanie w sprawie, a ponadto na postanowienia sądu pierwszej instancji i zarządzenia przewodniczącego, których przedmiotem jest: 1) zwrot pozwu (...)”. Zawiera więc enumeratywne wyliczenie sytuacji, w których możliwe jest kwestionowanie postanowienia wydanego przez organ pierwszej instancji, a mianowicie postanowienia kończące postępowanie w sprawie i inne.

W kontekście powyższego art. 198a ust. 1 ustawy Pzp dotyczy wszystkich postanowień wydanych przez składy orzekające Izby, w tym także postanowienia w przedmiocie zwrotu odwołania, mimo że postanowienie to nie jest orzeczeniem kończącym postępowanie w sprawie. Dotyczy ono bowiem wstępnej fazy postępowania, gdyż zamyka etap badania warunków formalnych odwołania, którego celem jest prawidłowe wszczęcie postępowania odwoławczego.

A ponieważ przepis art. 198b ust. 1 ustawy Pzp nie różnicuje postanowień na kończące postępowanie w sprawie i inne, jak czyni to art. 394 § 1 pkt 1 k.p.c. wobec czego należy uznać, iż przepis

⁷ M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, Prawo ..., s. 1050.

⁸ System zamówień publicznych w Polsce pod redakcją J. Sadowego, Warszawa 2013, s. 357.

ten (art. 198b ust. 1 ustawy Pzp) dotyczy możliwości zaskarżenia wszystkich postanowień Izby. Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie w wydanym orzeczeniu stwierdził, że skarga na postanowienie w przedmiocie zwrotu odwołania niezależnie od tego, czy postanowienie to zostało wydane przez Prezesa Izby czy przez skład orzekający, przysługuje na podstawie art. 198a i następnych ustawy Pzp⁹. Inne stanowisko prezentowane jest przez sądy powszechne. W ich ocenie skargi na postanowienia Prezesa Izby w przedmiocie zwrotu odwołania są niedopuszczalne, gdyż przepis art. 198a ust. 1 ustawy Pzp wyraźnie ogranicza zastosowanie przedmiotowego środka odwoławczego tylko do orzeczeń Izby, a nie do orzeczeń Prezesa¹⁰.

Konsekwencją powyższego jest zróżnicowanie sytuacji prawnej odwołującego się wykonawcy w zależności od tego, kto wydał postanowienie w przedmiocie zwrotu odwołania. Postanowienie w przedmiocie zwrotu odwołania podlega zaskarżeniu do sądu bądź też takiemu zaskarżeniu nie podlega.

Wobec tego postulować należy wprowadzenie przepisu jednoznacznie wskazującego na możliwość zaskarżenia przez strony oraz uczestników postępowania postanowienia w przedmiocie zwrotu odwołania wydanego przez Prezesa Izby, jak i skład orzekający Izby.

Art. 198b ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że skargę wnosi się do sądu okręgowego właściwego dla siedziby albo miejsca zamieszkania zamawiającego.

Sądem właściwym miejscowo do rozpoznania skargi jest sąd okręgowy właściwy dla siedziby albo miejsca zamieszkania zamawiającego. Sąd Okręgowy stanowi bowiem drugą instancję merytorycznego rozpoznania sprawy, zbadanej w pierwszej instancji przez skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej.¹¹ A zatem skarga może być wniesiona do jednego z 45 sądów okręgowych.

Najwięcej skarg w okresie funkcjonowania Izby, tj. w latach 2007–2016 wniesiono do Sądu Okręgowego w Warszawie, przy czym chodzi tu zarówno o Sąd Okręgowy Warszawa–Praga w Warszawie, jaki i Sąd Okręgowy w Warszawie. Przykładowo w roku 2015 wniesiono 179 skarg na orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej, a w 2016 roku 130. W 2015 roku do sądów warszawskich wniesiono 71 skarg, co stanowi 39,84% wszystkich skarg wniesionych do sądów w danym roku, a 2016 roku wniesiono 51 skarg, co stanowi 39,23% skarg wniesionych do sądów w danym roku.

Do sądów okręgowych, poza sądami warszawskimi, wpływa do 3% wszystkich skarg. Są jednak i takie sądy okręgowe, do których w danym roku nie wpływa żadna skarga, ale i takie (także pojedyncze), do których wpływa kilkanaście skarg rocznie, przy czym nie więcej niż do warszawskich sądów okręgowych.

Niewątpliwym jest, iż Krajowa Izba Odwoławcza została powołana jako organ zawodowy właściwy do rozpoznawania odwołań wnoszonych w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Powołanie Izby miało bowiem na celu zwiększenie profesjonalizmu osób rozpoznających odwołania, a przede wszystkim podwyższenie jakości wydawanych przez nich orzeczeń i jednolitości orzecznictwa. Nadrzędnym było przy tym uzyskanie spójnego i jednolitego orzecznictwa. Cel ten byłby osiągnięty o ile kontrola instancyjna działałaby również centralnie, jak Izba, co przyczyniłoby się do kształtowania linii orzeczniczej.

⁹ Wyrok WSA w Warszawie z dnia 9 czerwca 2011 r., sygn. akt V SA/Wa 288/11.

¹⁰ Postanowienie SO w Warszawie z dnia 8 lutego 2017 r., sygn. akt XXIII Ga 2039/16; podobnie postanowienie SO w Warszawie z dnia 30 czerwca 2011 r., sygn. akt V Ca 1209/11;

¹¹ System zamówień publicznych w Polsce ..., s. 358.

Jednolitość orzecznictwa to nie tylko kwestia dotycząca orzeczeń Izby, ale i rozproszenia systemu skargowego na wszystkie sądy okręgowe. Efektem tego jest brak specjalizacji sędziów i niejednolitość orzecznicza również na poziomie skargowym¹². Przykładem niejednolitości orzecznictwa sądów okręgowych mogą być orzeczenia dotyczące wadium konsorcjalnego.

Dlatego też należałoby rozważyć możliwość utworzenia jednego sądu rozpoznającego skargi na orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej i postanowienia Prezesa Izby, działającego jako odrębna jednostka organizacyjna w Sądzie Okręgowym w Warszawie, a więc modelu scentralizowanego postępowania skargowego opartego na jednym sądzie powszechnym. Model ten sprzyja bowiem stabilizacji systemu zamówień publicznych przy zwiększeniu stopnia ujednolicenia orzecznictwa¹³, jednego sądu właściwego do rozpoznawania spraw z zakresu zamówień publicznych.

Kolejną kwestią wymagającą uregulowania jest kwestia doręczeń odpisów orzeczeń wraz uzasadnieniem. Zgodnie z art. 196 ust. 5 ustawy Pzp odpisy orzeczenia wraz z uzasadnieniem wysyła się w terminie 3 dni od dnia ogłoszenia orzeczenia, a jeżeli nie było ogłoszenia w terminie 3 dni od dnia wydania postanowienia, stronom oraz uczestnikom postępowania odwoławczego lub ich pełnomocnikom. Odpis wyroku oraz orzeczenia kończącego postępowanie odwoławcze doręcza się obu stronom oraz uczestnikom postępowania odwoławczego za pokwitowaniem lub dowodem doręczenia¹⁴. Następuje to w formie kserokopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem przez Prezesa Izby lub Wiceprezesa, działającego z upoważnienia Prezesa Izby.

Na gruncie powyższego należałoby rozważyć dwie kwestie, a mianowicie kwestię dotyczącą terminu, o którym mowa w tym przepisie oraz kwestię sposobu doręczenia orzeczeń Izby.

Jeśli chodzi o termin: odpisy orzeczenia wraz z uzasadnieniem, co wprost wskazano w przepisie, wysyła się w terminie 3 dni od dnia wydania, a więc od dnia ogłoszenia orzeczenia, a jeżeli nie było ogłoszenia w terminie 3 dni od dnia wydania postanowienia.

Wydawałoby się, że przepis ten dotyczy tylko i wyłącznie wysyłania orzeczeń Izby, a więc czynności technicznej związanej z obsługą Krajowej Izby Odwoławczej. Przepis ten utożsamiany jest jednak z terminem na ogłoszenie i sporządzenie uzasadnienia orzeczenia przez skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej. Wobec tego właściwszym byłby powrót do treści tego przepisu, ale wyłącznie w zakresie przekazania orzeczenia stronom i uczestnikom postępowania, jaki obowiązywał w okresie powstania Krajowej Izby Odwoławczej, a mianowicie w roku 2007, kiedy to art. 192 ust. 5 ustawy Pzp stanowił m.in., iż „odpisy wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze wraz z uzasadnieniem przekazuje się niezwłocznie stronom oraz uczestnikom postępowania odwoławczego lub ich pełnomocnikom (...)”. Orzeczenie, jak słusznie wówczas przepis wskazywał, powinno być przekazywane niezwłocznie, a więc bez nieuzasadnionej zwłoki, stronom oraz uczestnikom postępowania odwoławczego lub ich pełnomocnikom.

Obecnie obowiązująca ustawa Pzp stanowi, że Izba ogłasza orzeczenie po zamknięciu rozprawy na posiedzeniu jawnym oraz podaje ustnie motywy rozstrzygnięcia. Tak więc w trakcie ogłoszenia orzeczenia skład orzekający może ograniczyć się do przytoczenia motywów, którymi kierował się wydając orzeczenie. Natomiast sporządzone następnie uzasadnienie musi już być szczegółowe i zawierać wszystkie elementy wskazane w treści art. 196 ust. 4 ustawy Pzp. Biorąc pod uwagę aktualną treść art. 196 ust. 5 ustawy Pzp orzeczenie, niezależnie od tego czy dotyczy sprawy o wysokim stopniu skomplikowania, wielozarzutowej, czy też kilkakrotnie łączonej, powinno być

¹² A. Trojanowska, System środków ..., s. 489.

¹³ Tamże, s. 486.

¹⁴ M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, Prawo ..., s. 1047.

wysłane w terminie 3 dni, co w istocie oznacza, że na sporządzenie uzasadnienia pozostawałby jeden bądź dwa dni, o ile przewodniczący składu orzekającego w te dni nie orzekałby w innych sprawach. Tak też przepis ten jest rozumiany przez strony oraz uczestników postępowania.

Terminy te nie mogą być jednak traktowane jako tożsame. Termin na wysłanie orzeczenia nie może być utożsamiany z terminem na sporządzenie uzasadnienia wyroku. Zarówno jeden, jak i drugi termin należy traktować jako terminy instrukcyjne. Dlatego też przepis ten powinien przewidywać, że orzeczenia winny być przesłane niezwłocznie, przy czym nie od dnia wydania orzeczenia, ale od dnia sporządzenia uzasadnienia. Można oczywiście doprecyzować, wskazując w jakim terminie uzasadnienie orzeczenia powinno być sporządzone, przy czym termin ten nadal musi pozostać instrukcyjnym z uwagi na złożoność spraw. Nie może być bowiem tak, że to członkowie Izby ponoszą negatywne skutki takich uregulowań, że czynność techniczna wpływa na czynność arbitra.

Rozważając kwestie wysłania czy też przekazania orzeczenia składu orzekającego Izby nie sposób nie odnieść się do zmian jakie zostały wprowadzone do kodeksu postępowania cywilnego. Poza dotychczasowym sposobem doręczenia w 2016 r. wprowadzono do k.p.c. możliwość doręczenia elektronicznego za pośrednictwem systemu teleinformatycznego, jeżeli adresat wniósł pismo za pośrednictwem systemu teleinformatycznego albo dokonał wyboru wnoszenia pism za pośrednictwem systemu teleinformatycznego¹⁵. A ponieważ przed nami elektronizacja zamówień publicznych to kwestie te należy także uwzględnić w nowej ustawie, zwłaszcza, że taki sposób przesłania orzeczenia niewątpliwie przyczyni się do przyspieszenia postępowania o zamówienie publiczne.

Art. 198b ust. 4 ustawy Pzp, który stanowi, że w terminie 21 dni od dnia wydania orzeczenia skargę może wnieść także Prezes Urzędu, wiąże się także ze sposobem przekazywania orzeczenia Izby.

Na orzeczenia Izby stronom oraz uczestnikom postępowania odwoławczego przysługuje skarga. Skargę wnosi się za pośrednictwem Prezesa Izby w terminie 7 dni od dnia doręczenia orzeczenia Izby. W przypadku stron i uczestników postępowania decyduje data doręczenia orzeczenia.

Skargę na orzeczenie Izby może wnieść także Prezes UZP, dla którego termin na wniesienie skargi wynosi 21 dni od dnia wydania orzeczenia, a nie doręczenia orzeczenia, jak ma to miejsce w przypadku uczestników postępowania odwoławczego. Momentem wydania orzeczenia jest jego ogłoszenie i od tego momentu biegnie termin na wniesienie skargi. Jak zwraca się uwagę w piśmiennictwie, zróżnicowanie terminu na wniesienie skargi dla uczestników postępowania i dla Prezesa UZP, który korzysta ze swego uprawnienia jedynie w przypadkach rażącego naruszenia przez wydane orzeczenia przepisów ustawy, powoduje nierzadko pojawienie się wniosków do Prezesa UZP o wszczęcie, zgodnie z kompetencjami, postępowania skargowego z urzędu. Wnioski te kierują najczęściej wykonawcy, którym termin na wniesienie odwołania już upłynął, albo którzy w obawie przed powiększeniem się kosztów ich obciążających o koszty ewentualnego przegranego postępowania skargowego nie chcą, albo nie mogą wnieść skargi samodzielnie¹⁶.

Powyższe uzasadnienie przedstawiane w doktrynie przedmiotu traci obecnie aktualność z uwagi na fakt, że sprawy wielowątkowe, wielozarzutowe o skomplikowanych stanach faktycznych i rozbudowanym materiale dowodowym, który wnioskowany może być przez strony i uczestników postępowania aż do zamknięcia rozprawy mimo odroczenia ogłoszenia wyroku wymagają dla sporządzenia uzasadnienia kilkunastu dni.

¹⁵ Ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. Kodeks postępowania cywilnego (Dz. U. z 1965 r., Nr 43, poz. 296 ze zm.)

¹⁶ G. Wicik, Prawo zamówień publicznych, Komentarz, Warszawa 2007, s. 824.

Wobec mnogości zarzutów, stopnia skomplikowania spraw i ich złożoności w wielu przypadkach ogłoszenie orzeczenia jest odraczane, a sporządzenie uzasadnienia następuje dopiero po kilku czy kilkunastu dniach.

Prowadzi to sytuacji, w której Prezes UZP, któremu termin na wniesienie skargi biegnie od dnia ogłoszenia orzeczenia pozostaje w trudnej sytuacji procesowej, bowiem chcąc skorzystać ze swojego prawa może mieć minimalny czas na przygotowanie skargi, bądź w granicznych sytuacjach może upłynąć termin na wniesienie skargi.

Wydaje się, że i w tym przypadku należałoby liczyć termin na wniesienie skargi od dnia doręczenia czy to w sposób dotychczasowy, czy też poprzez doręczenie elektroniczne. Z reguły bowiem przekroczenie terminu na wniesienie skargi może uniemożliwić Prezesowi UZP złożenie skargi w sprawach, których byłoby to uzasadnione.

Na przestrzeni ostatnich 10 lat – okresu funkcjonowania Krajowej Izby Odwoławczej wielokrotnie następowały zmiany przepisów ustawy Pzp. Zmiany te nie uwzględniały jednak wskazanych wyżej kwestii. W opracowaniu wskazano tylko kilka propozycji zmian, istotnych z punktu widzenia postępowania prowadzonego przed Krajową Izbą Odwoławczą. Proponowane powyżej zmiany powinny przyczynić się do ulepszenia funkcjonującego systemu odwoławczego.

STOSOWANIE INSTRUMENTÓW CYWILNOPRAWNYCH W PERSPEKTYWIE ROZWOJU PRAWA ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

dr Wojciech Robaczyński, Wydział Prawa i Administracji Uniwersytetu Łódzkiego

Abstrakt

Niniejsze opracowanie poświęcone jest problematyce stosowania konstrukcji prawa cywilnego w odniesieniu do różnych aspektów umów w sprawach zamówień publicznych. Jest to zagadnienie ważne zarówno z praktycznego, jak i teoretycznego punktu widzenia. W polskiej literaturze prawniczej i orzecznictwie dominuje pogląd, że umowy w sprawie zamówienia publicznego są umowami z zakresu prawa cywilnego. Potwierdzają to także postanowienia ustawy – Prawo zamówień publicznych. Mimo przynależności prawa umów w zakresie zamówień publicznych do sfery prawa cywilnego, zastosowanie reguł cywilistycznych rodzi poważne trudności ze względu na cele publiczne, które realizować ma system zamówień publicznych. Rodzi to konieczność wyważenia proporcji między respektowaniem podstawowej dla prawa zobowiązań zasady swobody umów a różnego rodzaju dyrektywnymi ograniczeniami tej swobody. Osią pracy jest ustalenie kilku podstawowych obszarów, w których problem stosowania instytucji prawa cywilnego pojawia się z całą mocą, i których dotyczy zawarta w opracowaniu analiza. Chodzi zatem o kwestie dotyczące zawarcia umowy, jej wykonania (w tym modyfikacji postanowień umownych), zakończenia stosunku umownego oraz odpowiedzialności za niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy.

W konkluzji autor stwierdza, że modernizacja polskiego prawa zamówień publicznych powinna szeroko respektować zasady wywiedzione z kodeksu cywilnego. Ewentualne odrębności powinny być wprowadzane tylko w takim zakresie, w jakim jest to absolutnie niezbędne ze względu na realizację celów publicznych, aby nie dopuścić do sytuacji, w której zamówienia publiczne stałyby się odrębnym reżimem kontraktowym, funkcjonującym w oderwaniu od zasad prawa umów wynikających z kodeksu cywilnego.

Abstract

The present paper is dedicated to the issue of applying the civil law constructions with reference to different aspects of contracts regarding public procurement. This question is important both from the practical and theoretical point of view. In the Polish law literature and the jurisdiction prevail the opinion that the contracts within the public procurement constitute civil law contracts. It is also confirmed by the legislation – the Public Procurement Law. Although the contractual law concerning the public procurement forms part of the civil law, the use of civil law principles causes many difficulties, because of the public goals of the public procurement system. That is why, the proportion between the basic contract law rule of the unconstraint of contracts and different kind of directive limitations to this rule should be established. The aim of the study is to determine a few basic fields in which the problem of applying the civil law institutions becomes visible and which constitute the subject of the analysis. These are, in other words, all the issues related to the conclusion of a contract, the execution (including modifications of the contractual provisions), the termination of a contractual relationship and the liability for non-performance or improper performance of a contract.

In conclusion the author claims that the modernisation of the Polish public procurement law should highly respect the civil code rules. The eventual distinctions should be introduced only when

absolutely necessary due to the realization of the public goals. That is how, the situation in which the public procurement becomes a separate contractual regime that functions in isolation from the contractual law rules established in the civil code is avoided.

Wprowadzenie

1. Umowy, których przedmiotem jest wymiana dóbr i usług, a które zawierane są w wyniku złożenia zgodnych oświadczeń woli obu stron, są umowami z zakresu prawa cywilnego. Dotyczy to także umów w sprawie zamówienia publicznego. Teza ta jest w tej chwili przyjmowana, zarówno przez większość przedstawicieli nauki prawa, jak i w orzecznictwie. Takie są też konsekwencje rozwiązań przyjętych w ustawie z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (j.t. Dz.U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm.)¹, a wyrażonych najdobitniej w art. 14 ust. 1 i art. 139 ust. 1 p.z.p. Zaznaczmy przy tym, że w literaturze spotkać się można także z krytyczną oceną tego stanowiska, nie jest to jednak głos dominujący. W szczególności W. Dzierżanowski zauważa, że „mimo tak wielu cech szczególnych umowy o zamówienie publiczne – odróżniającej ją od umowy cywilnoprawnej – w Polsce nie podjęto dotychczas poważniejszej dyskusji o wyodrębnieniu na potrzeby zamówień publicznych umowy publicznoprawnej”². Także H. Nowicki wyraża opinię, że „w polskim prawie administracyjnym niestety nie wykształciła się umowa publiczna (administracyjna), której zastosowanie w tym przypadku byłoby właściwą formą prawną działania”. Autor formułuje pogląd, zgodnie z którym: „Umowy, których stroną jest podmiot publiczny (...), są jedną z prawnych form działania administracji publicznej. Odwoływanie się w przypadku tych umów do przepisów kodeksu cywilnego jest oczywiste, co nie przesądza o zaliczeniu tych ustaw (chodzi o ustawę – Prawo zamówień publicznych i ustawę o koncesji na roboty budowlane lub usługi – przyp. WR) do prawa cywilnego”³.

Przynależność umów w sprawie zamówienia publicznego do sfery prawa cywilnego wynika w szczególności z powołanych wyżej art. 14 ust. 1 i art. 139 ust. 1 p.z.p., choć można zauważyć, że przepisy te są sformułowane trochę nazbyt „asekuracyjnie”. Art. 14 ust. 1 p.z.p. stanowi, że do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (...), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Zgodnie natomiast z art. 139 ust. 1 p.z.p., do umów w sprawach zamówień publicznych „stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej”. Redakcja obu powołanych przepisów może sugerować, że ustawodawca dopuszcza tu jakąkolwiek wątpliwość, którą należy usunąć. Można się nawet w związku z tą uwagą zastanawiać, czy przepisy te są konstrukcyjnie potrzebne. Z drugiej strony przyznać trzeba, że mają one swój instruktywny walor, zwłaszcza w odniesieniu do sfery praktyki stosowania ogółu przepisów dotyczących zamówień publicznych, stąd w przyszłej regulacji ustawy – Prawo zamówień publicznych powinny być one zachowane. Wskazują one także na relację przepisów o zamówieniach publicznych jako przepisów szczególnych wobec kodeksu cywilnego. W literaturze wyprowadza się na tym tle dodatkowy argument na rzecz tezy o cywilnoprawnym charakterze zamówień publicznych⁴.

¹ Ustawa oznaczana dalej skrótem „p.z.p.”.

² W. Dzierżanowski: *Umowy o zamówienie publiczne – stan obecny, stan przyszły* (w:) *Prawo zamówień publicznych. Stan obecny...*, s. 295.

³ H. Nowicki (w:) *System zamówień publicznych w Polsce*, pod red. J. Sadowego, Warszawa 2013, s. 74.

⁴ Zdaniem I. Machnio, relacja *lex generalis – lex specialis* „może zachodzić tylko w obrębie przepisów systemowo jednorodnych, a więc przynależnych do tej samej gałęzi prawa” i dalej: „Jeśli zaś ustawodawca uznaje przepisy prawa zamówień publicznych o czynnościach zamawiającego i wykonawcy za przepisy szczególne wobec unormowań kodeksu cywilnego, to tym samym przesądza o cywilnoprawnym charakterze tej czynności”. I. Machnio: glosa do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 22 kwietnia 2010 r. (V CSK 321/09), LEX/el. 2014, nr 192737.

Skoro umowa w sprawie zamówienia publicznego jest umową z zakresu prawa cywilnego, to konsekwentnie należy stwierdzić, że stosunek prawny przez nią stworzony jest stosunkiem cywilnoprawnym. Odróżnienie umowy od stosunku prawnego przez tę umowę wykreowanego jest ważnym punktem odniesienia dla teoretycznej analizy szeregu dalszych zagadnień, w tym zwłaszcza problematyki zmian przedmiotowych i podmiotowych w zobowiązaniu⁵.

2. Nie jest w tym miejscu moim zamierzeniem kontynuowanie rozważań na temat cywilnoprawnego charakteru umów w sprawach zamówień publicznych. Należy bowiem zauważyć, że zasadnicze problemy tkwią dalej, niż we wspomnianym początkowym pytaniu o charakter umowy w sprawie zamówienia publicznego i charakter stosunku prawnego, który powstaje w wyniku jej zawarcia. Jeśli bowiem nie będziemy sprzeciwiać się tezie o cywilnoprawnym charakterze stosunku prawnego łączącego zamawiającego i wykonawcę, to pojawi się z konieczności pytanie o to, jakie jest pole zastosowania „klasycznych” instrumentów prawa cywilnego do tego rodzaju stosunków. Skoro, z jednej strony, mamy do czynienia z umowami cywilnoprawnymi, zaś z drugiej strony ustawa – Prawo zamówień publicznych może wprowadzać rozwiązania szczególne w porównaniu z kodeksem cywilnym, to pojawia się pytanie, jakie są granice stosowania typowych dla prawa cywilnego rozwiązań w obszarze zamówień publicznych. Jest to jedno z podstawowych pytań, które należy postawić przystępując do prospektywnej analizy podstawowych założeń prawa zamówień publicznych w najbliższej, ale i dalszej perspektywie. Warto w tym miejscu zaznaczyć, że w literaturze wskazuje się szereg obszarów możliwych zastosowań w sferze zamówień publicznych konstrukcji cywilistycznych. Przykładowo W. Dubis wskazuje tu „regulacje dotyczące składania i wykładni oświadczeń woli, wad oświadczeń woli i związanych z tym sankcji wadliwości czynności prawnych, pełnomocnictwa i prokury, trybów zawierania umów, zwrotu nienależnego świadczenia w związku z nieważnością (czy unieważnieniem) umowy o zamówienie publiczne, świadczeń spełnionych na rzecz zamawiającego poza przedmiotem takiej umowy, podstaw odpowiedzialności za niewykonania zobowiązania w kontekście kary umownej, czy przede wszystkim zasady swobody umów”⁶. Warto w tym miejscu zauważyć, że umowy w sprawach zamówień publicznych pozostają nazwanymi lub nienazwanymi umowami prawa cywilnego, nie stanowią zaś kategorii odrębnej w tej typologii. Przekonujące są bowiem rozważania, z których wynika, że brak normatywnych i konstrukcyjnych podstaw do wyodrębnienia umowy w sprawie zamówienia publicznego jako kolejnego typu umowy nazwanej. Zagadnienie to – bardzo interesujące z teoretycznego punktu widzenia – w tym miejscu może być jedynie zasygnalizowane⁷.

3. Wyżej uczyniona deklaracja co do przynależności regulacji dotyczącej umów w sprawie zamówienia publicznego do sfery prawa cywilnego nie pociąga za sobą, rzecz jasna, lekceważenia istotnych elementów prawa publicznego, towarzyszących zwłaszcza zawieraniu, ale także i wykonywaniu umów. Na marginesie warto zauważyć, że proces przenikania rozwiązań prawa prywatnego i prawa publicznego daje się zauważyć także i w innych sektorach obrotu, co nie powoduje, że nie można kwalifikować ich do określonej dziedziny prawa. Przykładem mogą być elementy prawa publicznego w sektorze umów konsumenckich, w dziedzinie prawa autorskiego, czy też w zakresie prawa zwalczania nieuczciwej konkurencji. Nie jest w tym kontekście potrzebne, ani teoretycznie doniosłe, prowadzenie sporu, czy w ramach postępowania o udzie-

⁵ Na znaczenie w sferze zamówień publicznych rozróżnienia między umową a stosunkiem zobowiązaniowym przez nią stworzonym wskazuje Z. Gordon: *Kształtowanie treści umów i stosunków umownych w ramach zamówień publicznych* (w:) *Prawo zamówień publicznych. Stan obecny i kierunki zmian*, pod. red. H. Nowickiego i P. Nowickiego, Wrocław 2015, s. 326–327.

⁶ W. Dubis: *Stosowanie wybranych instrumentów cywilnoprawnych do umów w sprawie zamówień publicznych* (w:) *Prawo zamówień publicznych. Stan obecny...*, Wrocław 2015, s. 287.

⁷ Więcej na ten temat zob. R. Szostak: *Zakres i struktura prawa zamówień publicznych*, *Kwartalnik Prawo Zamówień Publicznych* 2013, nr 3, s. 12–15; W. Dubis: *Stosowanie wybranych instrumentów cywilnoprawnych...*, s. 283–285.

lenie zamówienia publicznego przeważają elementy „prywatne”, czy „publiczne”. Spór taki nie wydaje się twórczy. Jako przekonujące przyjmują natomiast w tym zakresie stanowisko R. Szośtaka, który propaguje w naszej literaturze koncepcję prawa zamówień publicznych jako syntezy ponadgałęziowej. Koncepcja ta może pogodzić wszystkich, którzy w zakresie zamówień publicznych dostrzegają elementy prawa administracyjnego, jak i tych, którzy prymat dają instrumentacji cywilnoprawnej⁸.

Jest sprawą oczywistą, że zastosowanie reguł cywilistycznych do obszaru zamówień publicznych rodzić może bardzo istotne trudności ze względu na cele o charakterze publicznym, przyświecające systemowi zamówień publicznych. Wydaje się największym wyzwaniem przyświecającym modernizacji prawa zamówień publicznych jest właśnie pogodzenie tych tendencji, tzn. realizacji celów zamówień publicznych oraz realizacji zasad rządzących umowami w prawie cywilnym. Nie zmienia to jednak faktu, że treść stosunku obligacyjnego wynikającego z umowy w sprawie zamówienia publicznego jest wyznaczana przez te same elementy, które kształtują treść stosunku prawnego wynikającego z każdej czynności prawnej. Mowa tu zatem, w świetle art. 56 k.c., o skutkach nie tylko wyrażonych wprost w czynności prawnej, ale również tych, które wynikają z ustawy, z zasad współżycia społecznego i z ustalonych zwyczajów⁹.

4. W odniesieniu do problematyki umów wyróżnić należy pewne zasadnicze bloki zagadnień, których dotyczyć mogą zasady rządzące prawem kontraktowym: zawarcie i treść umowy, wykonanie umowy, w tym jej modyfikacje, rozwiązanie i odstąpienie od umowy oraz odpowiedzialność za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania wynikającego z umowy. Te same bloki zagadnień pozostają aktualne oczywiście także w odniesieniu do umów w sprawie zamówienia publicznego, co uzasadnia oparcie dalszych rozważań o problemy pojawiające się właśnie w tak wyróżnionych obszarach.

Z punktu widzenia zasad prawa cywilnego podstawowym pytaniem, które pojawia się zazwyczaj na tle problematyki umów w danej sferze stosunków prawnych, jest pytanie o zakres swobody umów. W tym miejscu pojawia się uwaga ogólniejszej natury, potwierdzająca zresztą rzecz powszechnie znaną – z punktu widzenia wykonawcy praktycznie trudno w ogóle mówić w sposób istotny o swobodzie umów. W literaturze i orzecznictwie zwraca się uwagę na występującą w praktyce obrotu nierównorzędnosć stron w zamówieniach publicznych¹⁰. Przyczyn takiego zjawiska upatruje się w pewnej utartej tradycji organizacji rynku zamówień publicznych¹¹. Należy jednak zauważyć, że sam porządek prawny, niezależnie od utrwalonych zwyczajów, jest tak skonstruowany, że zamawiający uzyskuje istotną przewagę w zakresie kształtowania treści umowy. To on przecież ustala „warunki brzegowe”, redagując nie tylko specyfikację istotnych warunków zamówienia, ale i wzór umowy. Wykonawca jest postawiony tylko przed wyborem w zakresie określenia tych parametrów, które zawierają się w kryteriach oceny ofert. Od strony konstrukcyjnej nie jest zresztą istotne, czy kryteria te są złożone, czy też ograniczają się do jednego parametru, np. ceny – w każdym z tych przypadków rola wykonawcy ogranicza się do zaproponowania tylko tych parametrów. Z punktu widzenia wykonawcy mamy tu do czynienia z zastosowaniem wzorca umowy, którego istotna treść zawiera się w ogłoszeniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz we wzorze umowy. Przewaga zamawiającego w tym zakresie nie podlega dyskusji. W literaturze wyrażono w związku z tym obawę, że korzystanie

⁸ Więcej na temat tej koncepcji zob. R. Szośtak: *Zakres i struktura prawa zamówień publicznych*, s. 15–17.

⁹ Obszerniej na ten temat zob. Z. Gordon: *Kształtowanie treści umów i stosunków umownych...*, s. 325 i n.

¹⁰ Na różne aspekty nierówności zwraca uwagę w szczególności M. Smaga: „Równość” zamawiającego i wykonawcy w zamówieniach publicznych, *Finanse Komunalne* 2016, nr 1–2.

¹¹ Por. I. Skubiszak-Kalinowska, Ewa Wiktorowska: *Czy umowy w sprawie zamówień mogą być win-win? (w:) Prawo zamówień publicznych. Stan obecny...*, s. 351 i n.

z wzorców umownych stworzonych dla sektora prywatnego i jednocześnie przepisów szczególnych mających zastosowanie w sektorze publicznym „może stać w sprzeczności z dążeniem do efektywności wydatków wymaganej art. 44 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych”¹². Wydaje się, że obawa o brak „kompatybilności” między celami umów cywilnych w obrocie gospodarczym a celami zamówień publicznych pojawić się może w różnych przypadkach, jednak jej źródeł nie upatrywałbym w tym, że korzysta się z wzorców zaczerpniętych z prywatnego sektora obrotu. Jeśli bowiem pewne wzorce są już od wielu lat powszechnie w obrocie gospodarczym stosowane (np. warunki FIDIC w odniesieniu do robót budowlanych), to zachodzi wysokie prawdopodobieństwo, że umożliwiają one realizację zasad sprawiedliwości kontraktowej. Skoro na określone zasady zgadzają się przedsiębiorcy we wzajemnych stosunkach, to można przyjąć, że nie powodują one nieuzasadnionego pokrzywdzenia jednej, a preferowania drugiej strony. Oczywiście, wzgląd na ochronę publicznego interesu realizowanego przez zamówienia publiczne może powodować konieczność szczególnej regulacji – powinna to być jednak regulacja ustawowa o charakterze *iuris cogentis*, w związku z czym strony nie miałyby możliwości odmiennej regulacji w umowie. To zjawisko jest obserwowalne i dziś – weźmy dla przykładu prawo odstąpienia od umowy na podstawie art. 145 p.z.p., o czym jeszcze będzie mowa w dalszej części niniejszego opracowania.

Z natury rzeczy w sferze zamówień publicznych dochodzi do najdalej idących ograniczeń swobody w sferze zarówno zawierania, jak i wykonywania umów, w porównaniu z innymi regulacjami dotyczącymi obrotu gospodarczego. Najistotniejsze ograniczenie dotyczy już samego aktu wyboru kontrahenta: zamawiający jest limitowany ścisłymi procedurami wyboru określonymi w ustawie – Prawo zamówień publicznych, zaś wykonawca w ogóle nie ma wyboru w tym zakresie, bo druga strona – zamawiający – jest już „z góry” konkretnie wskazana. Zaznaczmy, że ze względu na art. 139 ust. 2 p.z.p. strony nie mają także swobody co do formy umowy. Problem ograniczeń formalnych dotyczy także umów zawieranych w obrocie elektronicznym. Kwestie te muszą jednak pozostać poza zakresem naszego zainteresowania w tym opracowaniu.

Charakterystycznym zjawiskiem jest to, że mimo dostrzegania wyżej zarysowanych ograniczeń, doktryna nie przekreśla znaczenia swobody umów w sferze kreowania stosunków prawnych na gruncie zamówień publicznych. Przeciwnie, podkreśla się, że zasada swobody w kształtowaniu treści umowy nie została na gruncie ustawy – Prawo zamówień publicznych wyłączona. R. Szostak uważa, że „w ramach zasad dotyczących umów o zamówienia publiczne na czoło wysuwa się zasada swobody kontraktowej, której liczne ograniczenia wynikające z reżimu PZP bynajmniej nie przekreślają, lecz jedynie limitują jej zakres”¹³. Zdaniem powołanego autora, wspomniane ograniczenia wyrażają się po pierwsze w tym, że „wprawdzie to, jakie umowy mogą zawierać jednostki zamawiające, nie wynika z przepisów prawa (kodeksowa typologia kontraktów została zachowana), jednak wybór typu umowy nie jest w pełni swobodny, skoro każde zamówienie ma na celu zaspokojenie określonych potrzeb publicznych, zazwyczaj w ramach statutowych zadań jednostki zamawiającej”, zaś po drugie w tym, że „w zamówieniach publicznych istotne znaczenie mają rozmaite wycinkowe ograniczenia swobodnego kształtowania postanowień umownych”, przy czym „niektóre z tych ograniczeń same podniesione zostały do rangi zasad ustawowych niższego rzędu, jak np. zasada terminowego charakteru zobowiązania umownego”¹⁴.

¹² W. Dzierżanowski: *Umowy o zamówienie publiczne...*, s. 295.

¹³ R. Szostak: *Zasady prawa zamówień publicznych*, Kwartalnik Prawo Zamówień Publicznych 2014, nr 3, s. 26.

¹⁴ Tamże, s. 16–17. Co do analizy ograniczeń w zakresie swobody umów na tle zamówień publicznych zob. także m.in. W. Merkwa: *Granice swobody umów w zamówieniach publicznych*, *Zamówienia Publiczne – Doradca* 2013, nr 9; A. Fermus-Bobowiec: *Skarb Państwa jako strona umowy w sprawie zamówienia publicznego zawieranej z przedsiębiorcą a zasada swobody umów* (w:) *Skarb Państwa a działalność gospodarcza*, pod red. A. Kidyby, SIP LEX 2014.

5. Uwagi powyższe prowadzą do wniosku, że dostrzegana w wielu aspektach „publicyzacja” postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie powinna być traktowana jako mechanizm przenoszenia cywilnoprawnej sfery umownej w rejony dogmatycznego i normatywnego oddziaływania prawa publicznego. Należy w dzisiejszych czasach, charakteryzujących się nieuniknionymi tendencjami do konwergencji prawa prywatnego i prawa publicznego, stanąć na stanowisku, że cele publiczne leżące u podstaw systemu zamówień publicznych mogą być osiąganе także metodami „prywatnymi”, opartymi m.in. na zasadzie swobody umów. Tendencja odwrotna jest przecież także wyraźnie zauważalna: szereg wartości istotnych z punktu widzenia prawa prywatnego osiąga się administracyjnymi w istocie metodami ochrony swobód. Przykładem mogą być publicznoprawne rozwiązania dotyczące zwalczania nieuczciwej konkurencji, ochrona konsumentów, niektóre rozwiązania prawa autorskiego itd. Dodajmy, że zakwalifikowanie określonego celu jako publicznego ma w istotnym zakresie znaczenie z punktu widzenia zasad zarządzania sferą publiczną. Natomiast z punktu widzenia funkcjonowania konkretnego zamawiającego chodzi o osiągnięcie konkretnego celu gospodarczego, który w znaczeniu prawnym nie może być kwalifikowany inaczej, niż inne cele gospodarcze. Samochód nabywany np. przez jednostkę sektora finansów publicznych służyć na realizacji zadań tej jednostki – i to jest cel publiczny, ale w wyniku postępowania ma być nabyty ten pojazd po prostu jako dobry produkt, o odpowiednich parametrach, niezawodności itp. cechach – i to jest cel gospodarczy, a zatem „prywatny”, bo przecież każdy kupujący jest zainteresowany nabyciem towaru dobrej jakości. Analogicznie przedstawiają się oczekiwania stron w odniesieniu do innych nabywanych dóbr i usług. W konkluzji tej części rozważań powiedzmy zatem, że w świetle poczynionych uwag nie byłoby zasadne odchodzenie od cywilnoprawnej metody regulacji aktywności transakcyjnej podmiotów uczestniczących w rynku zamówień publicznych. Nie byłoby zasadne przede wszystkim zaś dlatego, że po prostu nie ma takiej potrzeby. Normy prawa cywilnego stanowią optymalny, jak się wydaje, regulator zachowań uczestników obrotu.

Zawarcie i treść umowy

6. Zagadnieniom dotyczącym zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego poświęcona jest znacząca część regulacji zawartej w ustawie – Prawo zamówień publicznych. Chodzi tu nie tylko o poszczególne procedury udzielenia zamówienia, ale także o zasady ich udzielania, na co składają się tylko rozwiązania zawarte w art. 7–10 p.z.p., ale także dotyczące całego postępowania (art. 14 i nast. p.z.p.). Jest sprawą oczywistą, że w krótkim opracowaniu nie sposób odnieść się do szczegółowych problemów związanych ze stosowaniem trybów zawarcia umowy przewidzianych w ustawie. Ze względu jednak na poruszany zasadniczy problem, tj. stosowanie mechanizmów cywilnoprawnych w sferze zamówień publicznych warto zauważyć, że rozwiązania zawarte w ustawie – Prawo zamówień publicznych należy ujmować jako przepisy szczególne w stosunku rozwiązań kodeksu cywilnego odnoszących się do zawarcia umowy¹⁵. Wynika to z art. 14 ust. 1 p.z.p., w świetle którego do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stosuje się przepisy kodeksu cywilnego, jeżeli przepisy kodeksu cywilnego nie stanowią inaczej.

W kontekście powołanego art. 14 ust. 1 p.z.p. stwierdzić należy, że ustawa – Prawo zamówień publicznych nie wyłącza w szczególności stosowania tych przepisów kodeksu cywilnego, które dotyczą podmiotowości prawnej, reprezentacji, wad oświadczenia woli, formy czynności prawnych itd. Należy podkreślić, że zastosowanie – oczywiście z modyfikacjami wynikającymi z ustawy – Prawo zamówień publicznych – mają także przepisy dotyczące trybów zawarcia

¹⁵ Tak m.in. J. E. Nowicki, A. Bazan: *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2015, s. 186.

umowy, w tym w szczególności przepisy dotyczące oferty (art. 66–70 k.c.) i przetargu, w tym wadium (art. 70¹–70⁵ k.c.). Trzeba zwłaszcza zauważyć, że w odniesieniu do umowy w sprawie zamówienia publicznego ma zastosowanie także możliwość unieważnienia zawartej umowy, jeżeli strona tej umowy, inny uczestnik lub osoba działająca w porozumieniu z nimi wpłynęła na wynik aukcji albo przetargu w sposób sprzeczny z prawem lub dobrymi obyczajami (art. 70⁵ k.c.)¹⁶.

Bez względu na przyszły kształt nowego prawa zamówień publicznych należy założyć, że aktualne w stosunku do udzielania zamówienia pozostaną rozwiązania kodeksu cywilnego, dotyczące obowiązku zawarcia umowy z kontrahentem wyłonionym w toku postępowania przetargowego oraz dotyczące wadium. Na konieczność stosowania tych reguł od dawna wskazuje się w literaturze¹⁷. Moim zdaniem, należy zdecydowanie opowiedzieć się za poglądem na rzecz konsekwentnego utrzymania w zmodernizowanym prawie zamówień publicznych zasady stosowania przepisów kodeksu cywilnego o składaniu oświadczeń woli i zawarciu umowy. W przeciwnym razie kwestie te – bez żadnej istotnej potrzeby – musiałyby znaleźć swoją odrębną regulację wśród przepisów o zamówieniach publicznych, co z pewnością groziłoby dysfunkcjonalnością całego systemu kontraktowego. Utrzymać należy przy tym dotychczasową wykładnię art. 14 ust. 1 p.z.p., zgodnie z którą przepisy kodeksu cywilnego stosuje się w interesującej nas sferze wprost, a nie tylko odpowiednio¹⁸.

7. Zastanawiając się nad interpretacją postanowień już zawartej umowy w sprawie zamówienia publicznego – przy uwzględnieniu jej cywilnoprawnego charakteru – nie sposób pominąć kwestii kodeksowych zasad wykładni umowy. Podstawowe znaczenie mają tu normy zawarte w art. 65 k.c. W świetle tego artykułu strony są związane umową, jednak nie są bezwzględnie „niewolnikami” użytych w niej konkretnych sformułowań. Zgodnie z art. 65 § 1 k.c., oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje. Oczywiście, dosłowna treść umowy jest podstawowym wyznacznikiem jej znaczenia, ale przypomnijmy, że stosunek prawny zawiera także pewne elementy wynikające ze źródeł pozaprawnych, określonych w art. 56 k.c. Ani zatem strony, ani organy stosujące prawo nie mogą odstąpić od konieczności dokonywania wykładni w świetle art. 65 k.c. Szczególne znaczenie, także w kontekście poruszanej wyżej kwestii ewentualnej niejednoznaczności postanowień umownych, ma art. 65 § 2 k.c., który stanowi, że w umowach należy raczej badać, jaki był zgodny zamiar stron i cel umowy, aniżeli opierać się na jej dosłownym brzmieniu. Jest to dyrektywa „mięka” w tym sensie, że nie zawiera bardzo stanowczego nakazu („należy raczej badać”), nie ulega jednak wątpliwości, że ma ona zastosowanie także w sektorze gospodarczym, w tym również w zamówieniach publicznych. Z zasady tej wynika m.in. to, że o charakterze umowy decyduje jej merytoryczna treść, nie zaś np. nadany konkretnej umowie tytuł, czy zastosowane przez strony nazewnictwo. Zaznaczam w tym miejscu, że kwestia wykładni umowy w sprawie zamówienia publicznego wymagałaby oddzielnego opracowania o rozmiarach monograficznych, jednak nie sposób nie zasygnalizować choćby tej kwestii, gdy prowadzi się rozważania na temat cywilnoprawnych instrumentów stosowanych w zamówieniach publicznych. W kodeksowym ujęciu kwestie te omawiam bliżej w innym miejscu¹⁹.

¹⁶ Por. przykładowo W. Robaczyński (w:) *Kodeks cywilny. Część ogólna. Komentarz*, pod red. M. Pyziak-Szafnickiej i P. Księżaka, Warszawa 2014, s. 873–874 i powołane tam literatura i orzecznictwo.

¹⁷ Zob. zwłaszcza R. Szostak: *Przetarg nieograniczony na zamówienie publiczne...*, s. 174–196.

¹⁸ Por. J.E. Nowicki, A. Bazan: *Prawo zamówień publicznych...*, s. 186.

¹⁹ Zob. W. Robaczyński (w:) *Kodeks cywilny. Część ogólna. Komentarz*, pod red. M. Pyziak-Szafnickiej i P. Księżaka, Warszawa 2014, s. 751–772 i powołane tam orzecznictwo oraz literatura.

8. W analizowanym wyżej kontekście pytania o równowagę stron umowy oraz o zasady jej wykładni, pojawia się jeszcze problem zastosowania art. 385 § 2 k.c. Zgodnie z tym przepisem, wzorzec umowy powinien być sformułowany jednoznacznie i w sposób zrozumiały, zaś postanowienia niejednoznaczne tłumaczy się na korzyść konsumenta. Jest to zasada *in dubio contra proferentem*. Należy podzielić przekonanie, że choć przepis ten odnosi się *expressis verbis* do konsumenta, to powinien on mieć jednak szersze zastosowanie. Nie ma bowiem wątpliwości, że zasada wyrażona w tym przepisie powinna odnosić się do każdego przypadku, w którym jedna strona proponuje (przy użyciu mniej życzliwej terminologii – narzuca) drugiej stronie określone postanowienia umowne²⁰. Wydaje się, że w związku z tym zasadą powinno być interpretowanie postanowień wzorca umownego na korzyść tej strony umowy, która jest adresatem postanowień tego wzorca. Dotyczy to także zamówień publicznych, a zatem wzoru umowy ustalonego przez zamawiającego. Już sam fakt, że jedna ze stron jest autorem wzorca, daje jej istotną przewagę nad drugą stroną, nawet wówczas, gdy tą drugą stroną nie jest konsument, lecz profesjonalny uczestnik obrotu. Powyższa interpretacja znalazła także odzwierciedlenie w orzecznictwie. Zgodnie z wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 29 stycznia 2016 r.²¹, zawarta w art. 385 § 2 k.c. dyrektywa interpretacyjna powinna być stosowana powszechnie, ponieważ ryzyko wieloznaczności wyrażen powinien ponosić ten, kto je sformułował. Zgodzić się natomiast należy ze stanowiskiem R. Szostaka, że ze względu na to, iż wzorzec sformułowany przez zamawiającego ma pierwszeństwo przed wzorcami stosowanymi przez wykonawcę, nie pojawia się możliwość tzw. konfliktu wzorców, którego dotyczy art. 385⁴ k.c.²².

9. Biorąc powyższe pod uwagę, zastanowić się trzeba nad możliwością sformułowania instrumentu w postaci tak, czy inaczej ujętego katalogu klauzul abuzywnych – analogicznie, jak w relacjach konsumenckich. Oczywiście, podobnie, jak w przypadku art. 385³ k.c. Katalog taki mógłby być co najwyżej przykładowy, jednak samo jego istnienie mogłoby dać czytelny sygnał o dążeniu porządku prawnego do ochrony pewnych istotnych wartości. Można zresztą także poprzestać na sformułowaniu zasady ogólnej, którą w odniesieniu do klauzul konsumenckich znajdujemy w art. 385¹ § 1 zd. 1 k.c. Powołany przepis zawiera definicję niedozwolonego postanowienia umownego, stanowiąc że postanowienia umowy zawieranej z konsumentem niezgodnione indywidualnie nie wiążą go, jeżeli kształtują jego prawa i obowiązki w sposób sprzeczny z dobrymi obyczajami, rażąco naruszając jego interesy. Rozwiązanie polegające na pozostawieniu w odniesieniu do sfery zamówień publicznych odpowiednika samej takiej ogólnej klauzuli byłoby bliższe tradycyjnemu ujęciu kodeksu cywilnego. Wydaje się jednak, że w warunkach postępującej kazuistyki rozwiązań prawa cywilnego, poprzestanie na klauzuli generalnej mogłoby nie być wystarczającym sygnałem co do wyrażenia intencji ustawodawcy. Należałoby zatem zastanowić się nad ewentualnym normatywnym ustaleniem listy (raczej też tylko przykładowej) wspomnianych niedozwolonych klauzul, analogicznie do art. 385³ k.c. Należy przy tym zwrócić uwagę, że korzystanie z takiej listy nie może być automatyczne. Klauzule zawarte w art. 385³ k.c. są „podejrzane” w tym sensie, że zachodzi wysokie prawdopodobieństwo iż stanowią one niedozwolone postanowienia umowy, jednak ostateczna kwalifikacja nastąpić musi w oparciu o badanie ich abuzywności (tzw. test abuzywności) w konkretnym przypadku, w kontekście całokształtu postanowień art. 385¹ i 385² k.c.²³.

²⁰ Zob. K. Zagrobelny (w.): *Kodeks cywilny. Komentarz*, pod red. E. Gniewka, Warszawa 2006, s. 591 i powołana przez autora literatura.

²¹ II CSK 91/15.

²² R. Szostak: *Przetarg nieograniczony na zamówienie publiczne. Zagadnienia konstrukcyjne*, Kraków 2005, s. 70.

²³ Tak trafnie P. Mikłaszewicz (w.): *Kodeks cywilny. Komentarz, t. II, Zobowiązania*, pod red. K. Osajdy, Warszawa 2013, s. 216–217.

Gdy mowa o propozycjach stworzenia katalogu niedozwolonych postanowień umów w sprawie zamówienia publicznego, to należy w szczególności zauważyć, że w toku prowadzonych do tej pory dyskusji (w tym debat zorganizowanych przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych wiosną 2017 r.) podkreślano, iż istotne jest tworzenie wzorów umów rozdzielających poszczególne ryzyka pomiędzy stronami umowy o zamówienie publiczne. Jeśli jednak postulat wprowadzenia listy klauzul abuzywnych miałby być zrealizowany, pojawiłaby się przy tej okazji potrzeba rozważenia stworzenia rejestru takich klauzul²⁴. Byłoby to pożądane ze względu na prewencyjną funkcję takiego systemu, analogicznie do rejestru prowadzonego przez Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w odniesieniu do postanowień stosowanych w obrocie konsumenckim. Wydaje się, że rejestr taki powinien być prowadzony przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych. Oczywiście, w pierwszym rzędzie należałoby przesądzić, który organ orzekałby o zakwalifikowaniu danego postanowienia jako niedozwolonego. Wydaje się, że organem właściwym powinna być przede wszystkim Krajowa Izba Odwoławcza, ale nie powinny być w tym zakresie wyłączone kompetencje sądu. Rzecz jasna, konieczne byłoby także ustalenie, czy kwalifikowanie klauzul abuzywnych jako podlegających wpisowi do rejestru wymagałoby orzeczenia w konkretnej sprawie, czy też możliwa byłaby kontrola abstrakcyjna wzorca umownego i kto wówczas miałby być podmiotem legitymowanym do wystąpienia ze stosownym żądaniem. Zauważmy na marginesie, że w ostatnim czasie kompetencje w zakresie kontroli abstrakcyjnej wzorców umownych w obrocie konsumenckim – poprzez nową regulację zawartą w ustawie z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (j.t. Dz.U. z 2017 r., poz. 229) – przeniesiono z orzecznictwa cywilnego na drogę administracyjną²⁵.

W tym miejscu warto także odnotować zgłaszany w literaturze postulat, aby wprowadzić dla zamówień publicznych „urzędowy” wzór umowy, co mogłoby pozytywnie wpłynąć na rynek²⁶. Propozycja ta wymaga wnikliwego rozważenia, gdyż w istocie istnienie takiego zestandaryzowanego wzorca mogłoby sprzyjać dążeniu do zachowania równowagi kontraktowej w zamówieniach publicznych²⁷. Wydaje się przy tym, że cel mógłby być osiągnięty zwłaszcza wtedy, gdyby wzorzec taki zyskał walor normatywny. W tym przypadku poprzestanie na sformułowaniu zasad dobrych praktyk mogłoby być niewystarczające. Oczywiście, wstępna kierunkowa akceptacja takiego rozwiązania to dopiero początek drogi. Realizacja tego postulatu wymagałaby opracowania szeregu wariantowych wersji, możliwych do uniwersalnego wykorzystania.

10. W analizowanym obszarze pojawia się jeszcze jedno zagadnienie, które wymaga refleksji z punktu widzenia przyszłych ewentualnych zamierzeń ustawodawcy. Chodzi o kwestie dopuszczalności ingerencji Krajowej Izby Odwoławczej w treść projektowanej umowy, w wyniku rozpatrywania środka odwoławczego złożonego przez potencjalnego uczestnika postępowania o zamówienie publiczne na etapie podejmowania decyzji o udziale w postępowaniu i złożeniu oferty. Można bowiem dopuścić także i takie rozwiązanie, że Krajowa Izba Odwoławcza, w wyniku rozpoznania sprawy, ukształtuje treść specyfikacji lub wzór umowy w taki sposób, aby nie doszło do naruszenia zasad wyrażonych w ustawie – Prawo zamówień publicznych. Jest to kwestia dość kontrowersyjna, gdyż pojawia się wówczas problem wkraczania w ten sposób – poprzez zmianę treści proponowanych postanowień – w sferę

²⁴ Zob. dokument Urzędu Zamówień Publicznych: *System zamówień publicznych. Projektowane kierunki zmian i perspektywy rozwoju. Materiał opracowany na podstawie debat z przedstawicielami grup uczestników rynku zamówień publicznych*, Warszawa, kwiecień 2017 r. (niepubl.).

²⁵ Por. art. 23a i nast. dodane ustawą z dnia 5 sierpnia 2015 r. o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2015 r., poz. 1634) z dniem 17 kwietnia 2016 r.

²⁶ R. Szostak: *Przetarg nieograniczony na zamówienie publiczne...*, s. 354.

²⁷ Zob. dokument powołany w przyp. 24.

gospodarczą umowy, która co do zasady powinna jednak pozostać „suwerennym terytorium” zamawiającego. Tymczasem, przyjęcie wspomnianego modelu oznaczałoby przyznanie wykonawcy prawa do ingerencji w projekt umowy w trybie środków ochrony prawnej. Można to jednak uzasadniać także i praktyczną obserwacją, że we wzorze umowy mogą znaleźć się postanowienia niezgodne z ustawą – Prawo zamówień publicznych²⁸. W każdym jednak razie zamawiający powinien mieć możliwość odstąpienia od zamiaru zawarcia umowy, gdyby ingerencja organu orzekającego doprowadziła do, w jego ocenie, zniweczenia lub ograniczenia możliwości osiągnięcia celu zamówienia. Nie można bowiem, jak się wydaje, dopuścić do sytuacji, w której w sposób faktyczny cele gospodarcze zamówienia będą określone w istocie nie przez zamawiającego, ale przez organ orzeczniczy, w tym przypadku Krajową Izbę Odwoławczą. Należy jednak też zauważyć, że w aktualnym stanie prawnym, ponieważ wzór umowy stanowi składnik specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a specyfikacja ta podlega ocenie dokonywanej przez Krajową Izbę Odwoławczą, w szczególności w świetle obowiązującej zasady proporcjonalności, to w praktyce ocena postanowień umowy także jest dokonywana²⁹.

11. Na zakończenie tego fragmentu rozważań należy także zauważyć jeszcze jedna kwestię, która nie będzie w tym miejscu bliżej rozważana, ale musi być choćby zasygnalizowana z punktu widzenia prac nad kształtem przyszłych rozwiązań prawnych. Chodzi o niejednorodność terminologiczną między kodeksem cywilnym a ustawą – Prawo zamówień publicznych co do określenia przedmiotu umowy. Jak wiadomo, przedmiotem umowy w sprawie zamówienia publicznego są dostawy, roboty budowlane lub usługi, zdefiniowane w art. 2 pkt 2, 8 i 10 p.z.p. Definicje te odbiegają w zakresie znaczeniowym od określeń stosowanych w kodeksie cywilnym. Wydaje się, że w tym przypadku problem jest *de lege lata* dostatecznie rozwiązywany w drodze interpretacji. Można się jednak zastanawiać, czy *de lege ferenda* nie byłoby możliwe osiągnięcie wyższego stopnia zbieżności terminologicznej. Rzecz jasna, mieć tu trzeba jednocześnie na uwadze terminologię prawa unijnego, które nie ułatwia w tym przypadku zadania, gdy chodzi o dążenie do wspomnianego ujednolicenia, gdyż także terminologia unijna nie pozostaje zgodna z przyjętą w naszym prawie cywilnym³⁰.

Wykonanie umowy

12. Kolejny, istotny obszar, w ramach którego konieczne jest rozważenie podstawowych zasad prawa cywilnego, to sfera wykonania umowy. W tym zakresie część zasad będzie miała pełne zastosowanie. Dotyczy to np. miejsca i czasu wykonania umowy. Odwołać się wówczas należy do reguł wyrażonych w art. 454 i 455 k.c. Pewne znaczenie, choć ograniczone ze względu na organizacyjne ujęcie zamówień publicznych, mają także zasady odnoszące się do wykonywania umów wzajemnych – a takimi są z założenia umowy w sprawie zamówienia publicznego – w tym w szczególności możliwość powołania się na zarzut niewykonania zobowiązania przez drugą stronę (*exceptio non adimpleti contractus*), wyrażony w art. 488 k.c. Zgodnie z § 2 tego artykułu, jeżeli świadczenia wzajemne powinny być spełnione jednocześnie, każda ze stron może powstrzymać się ze spełnieniem świadczenia, dopóki druga strona nie zaoferuje świadczenia wzajemnego. Ograniczone znaczenie tego rozwiązania polega na tym, że w przypadku

²⁸ Por. powołane niżej wyroki Krajowej Izby Odwoławczej dotyczące niezamieszczenia we wzorze umowy klauzul waloryzacyjnych wymaganych przez art. 142 ust. 5 p.z.p.

²⁹ Zob. dokument powołany w przyp. 24.

³⁰ Definicje zawarte w prawie unijnym omawia szczegółowo A. Sołtysińska w komentarzu do art. 2 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, Dz.U.UE.L.2014.94.65 (tzw. dyrektywa klasyczna). A. Sołtysińska (w:) A. Sołtysińska, H. Talago-Sławoj: *Europejskie prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2016, s. 130 i nast.

zamówień publicznych zasadą jest, iż wykonanie dostawy, robót budowlanych, czy innych usług z założenia nastąpić ma wcześniej, niż zapłata, co znajduje odzwierciedlenie w umowie. Nie oznacza to, że nie mają wówczas w ogóle zastosowania przepisy o zobowiązaniach wzajemnych, lecz że nie będą się odnosić do nich zasady dotyczące jednoczesności świadczeń w takich zobowiązaniach.

Co do terminu zapłaty należnego wykonawcy wynagrodzenia, należy uwzględnić przepisy ustawy z dnia 8 marca 2013 r. o terminach zapłaty w transakcjach handlowych³¹. Przepisy te mają przeciwdziałać zjawisku tzw. zatorów płatniczych. Istotne znaczenie mają tu przede wszystkim postanowienia art. 8 ust. 2 i 3 tej ustawy. Zgodnie z ust. 2, termin zapłaty określony w umowie nie może przekraczać 30 dni, liczonych od dnia doręczenia dłużnikowi faktury lub rachunku, potwierdzających dostawę towaru lub wykonanie usługi, a w transakcjach handlowych, w których dłużnikiem jest podmiot publiczny będący podmiotem leczniczym w rozumieniu art. 4 ust. 1 pkt 2–4 ustawy z dnia 15 kwietnia 2011 r. o działalności leczniczej, termin ten nie może przekraczać 60 dni. Z kolei według ust. 3 tego artykułu, strony transakcji handlowej mogą ustalić termin zapłaty dłuższy niż 30 dni, pod warunkiem że ustalenie to jest obiektywnie uzasadnione właściwością lub szczególnymi elementami umowy, a termin ten nie przekracza 60 dni³².

13. Na gruncie wykonywania umów także można mówić o zasadzie swobody umów. Zasada ta nie jest wprost zadeklarowana w żadnym przepisie analogicznym do art. 353¹ k.c., jednak nie ulega przecieży wątpliwości, że swoboda umów nie wyczerpuje się na etapie zawarcia umowy. W szczególności strony w obrocie gospodarczym mają możliwość kształtowania stosunku prawnego w sposób dynamiczny, dostosowując wzajemnie prawa i obowiązki do zmieniających się realiów gospodarczych, społecznych, przyrodniczych itd. Dopuszczalna jest zatem, jako zasada, renegocjacja umowy³³. Na tle zamówień publicznych sprawa przedstawia się jednak inaczej.

Na temat zmian umowy w sferze zamówień publicznych napisano już bardzo wiele, stąd nie ma potrzeby w tym miejscu powracać do zagadnień wielokrotnie już omówionych³⁴. Prawdą jest, że poważnych inspiracji do coraz to nowych rozważań z tego zakresu dostarcza sam ustawodawca, dokonując kolejnych nowelizacji podstawowego w tym zakresie art. 144 pzp. Ostatnia nowelizacja, dokonana z inspiracji ustawodawstwa unijnego³⁵, stworzyła konieczność spojrzenia na to zagadnienie na nowo.

Nie ma w tym miejscu potrzeby dokonywania szczegółowej analizy art. 144 p.z.p. Jego obszerność zaważyłaby w znacznym stopniu na zakresie objętościowym niniejszego opracowania. Dla potrzeb niniejszych rozważań wystarczy wspomnieć, że ustawodawca z jednej strony ogranicza swobodę stron co do modyfikacji stosunku umownego (tradycyjnie art. 144 pzp

³¹ J.t. Dz.U. z 2016 r., poz. 684.

³² Obszerniej na ten temat zob. M. Wojewoda, W. Robaczyński: *Problematyka odsetek za opóźnienie w transakcjach handlowych w znówelizowanym stanie prawnym*, Monitor Prawniczy 2017, nr 9, s. 467 i nast. oraz tych samych autorów: *Granice swobody umów w odniesieniu do odsetek w transakcjach handlowych*, Monitor Prawniczy (w opracowaniu redakcyjnym).

³³ Teoretyczne podstawy renegocjacji umów omówił w naszej literaturze A. Szumański: *Renegocjacja umów w międzynarodowym obrocie gospodarczym. Studium prawnoporównawcze*, Kraków 1994.

³⁴ Z nowszej literatury na ten temat, uwzględniającej nowelizację z 2016 r., zob. m.in. J. Kobyliński: *Modyfikacja postanowień umowy w sprawie udzielenia zamówienia publicznego po 28.7.2016 r.*, Kwartalnik Prawo Zamówień Publicznych 2016, nr 4; W. Robaczyński: *Umowna modyfikacja zamówienia publicznego – nowe rozwiązania ustawowe*, Kontrola Państwowa 2016, nr 6.

³⁵ Zob. art. 72 dyrektywy klasycznej z 2014 r. Przepis ten poddaje analizie A. Sołtysińska (w:) A. Sołtysińska, H. Talagó-Sławoj: *Europejskie prawo zamówień publicznych...*, s. 612 i nast.

ujęty jest jako zakaz dopuszczający pewne wyjątki), z drugiej jednak dopuszcza taką możliwość w licznych przypadkach. Z art. 144 pzp, stanowiącego wierny odpowiednik art. 72 dyrektywy klasycznej z 2014 r. trudno się zorientować, jakie są w istocie preferencje ustawodawcy. Czy w związku z licznymi wyjątkami od zakazu modyfikacji umowy, jej stabilizacja jest nadal zasadą? W każdym razie zakaz modyfikacji (a z pierwszych słów art. 144 ust. 1 p.z.p. wnosimy, że jest to jednak zakaz) stanowi na pewno wyłom od swobody umów na płaszczyźnie wykonania umowy.

Zwróćmy uwagę, że stosowany w praktyce zwrot „zmiana umowy” jest pewnym skrótem myślowym. Modyfikacje dotyczą bowiem nie tyle samej umowy, co powstałego w wyniku jej zawarcia stosunku obligacyjnego. Na tę okoliczność trafnie zwraca uwagę Z. Gordon, wskazując, że elementami stosunku zobowiązaniowego są nie tylko postanowienia umowy, ale także i inne elementy, wskazane w art. 56 k.c.³⁶. Warto w tym miejscu zauważyć, że sam ustawodawca posługuje się w art. 144 p.z.p. terminami tymi niekonsekwentnie, co rodzi określone problemy interpretacyjne.

14. Ograniczenia możliwości modyfikacji stosunku umownego wynikające z art. 144 pzp nie dotyczą przewidzianych w kodeksie cywilnym możliwości ingerencji sądu w treść tego stosunku. W szczególności chodzi o możliwość zastosowania konstrukcji klauzuli *rebus sic stantibus*, uregulowanej w art. 357¹ k.c. Jest to generalna podstawa zmiany treści umowy w przypadku nadzwyczajnej zmiany stosunków, prowadzącej do zachwiania równowagi umowy³⁷. Ustalono jest orzecznictwo sądów cywilnych, zgodnie z którym klauzula *rebus sic stantibus* może być zastosowana w odniesieniu do umów w sprawach zamówień publicznych³⁸. Należy zwrócić przy tym uwagę, że zgodnie z niekwestionowanym w tej chwili poglądem orzecznictwa i doktryny, nadzwyczajna zmiana stosunków, o której mowa w art. 357¹ k.c., może polegać na poważnych przeobrażeniach gospodarczych, a także zmianach stanu prawnego, w tym także w zakresie cel i podatków³⁹. Oczywiście, aktualny pozostaje postulat, aby rozwiązanie zawarte w powołanym przepisie było stosowane wyjątkowo, jako wprowadzające wyjątek od zasady realnego wykonywania zobowiązań, czyli zasady *pacta sunt servanda*, wyrażonej w art. 354 § 1 k.c. Przepis ten na plan pierwszy wysuwa, dla określenia sposobu wykonania zobowiązania, aby dłużnik czynił to zgodnie z treścią zobowiązania – w naszym przypadku – zgodnie z treścią umowy. Zaznaczmy w tym miejscu, że ustawa – Prawo zamówień publicznych zawiera rozwiązanie szczególne, dotyczące zmiany okoliczności skutkującej tym, że dalsze wykonywanie umowy nie leży w interesie publicznym. Zgodnie z art. 145 ust. 1 p.z.p., w razie zaistnienia istotnej zmiany okoliczności powodującej, że wykonanie umowy nie leży w interesie publicznym, czego nie można było przewidzieć w chwili zawarcia umowy, lub dalsze wykonywanie umowy może zagrozić istotnemu interesowi bezpieczeństwa państwa lub bezpieczeństwu publicznemu, zamawiający może odstąpić od umowy w terminie

³⁶ Z. Gordon: *Kształtowanie treści umów i stosunków umownych...*, s. 55–56.

³⁷ Art. 357¹ k.c. ma następujące brzmienie: „Jeżeli z powodu nadzwyczajnej zmiany stosunków spełnienie świadczenia byłoby połączone z nadmiernymi trudnościami albo groziłoby jednej ze stron rażąca strata, czego strony nie przewidywały przy zawarciu umowy, sąd może po rozważeniu interesów stron, zgodnie z zasadami współżycia społecznego, oznaczyć sposób wykonania zobowiązania, wysokość świadczenia lub nawet orzec o rozwiązaniu umowy. Rozwiązując umowę sąd może w miarę potrzeby orzec o rozliczeniach stron, kierując się zasadami określonymi w zdaniu poprzedzającym.”

³⁸ Na orzeczenia te zwraca uwagę R. Szostak: *Zasady prawa zamówień publicznych*, s. 23.

³⁹ Z najnowszego orzecznictwa por. przykładowo wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 7 kwietnia 2016 r. (I ACa 1004/15) oraz wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 17 stycznia 2014 r. (VI ACa 307/13). Co do umów w sprawie zamówień publicznych zob. także W. Robaczyński: *Wybrane problemy przedmiotowej modyfikacji zobowiązania na gruncie prawa zamówień publicznych*, *Kwartalnik Prawo Zamówień Publicznych* 2014, nr 2, s. 77–79.

30 dni od dnia powzięcia wiadomości o tych okolicznościach. W świetle orzecznictwa, chodzi tu o bezcelowość realizacji zamówienia dla interesu publicznego, którego realizację winien zapewniać zamawiający, jako podmiot realizujący zadania publiczne, wynikające z przepisów prawa⁴⁰.

Jak wynika z art. 145 ust. 1 p.z.p., w przypadku, o którym mowa w cytowanym przepisie, zamawiający może dokonać jednostronnej ingerencji, kończąc stosunek umowny łączący strony. Nie ma jednak żadnych przeszkód co do tego, by wystąpić także i w takim przypadku do sądu z żądaniem modyfikacji na podstawie klauzuli *rebus sic stantibus*. Sytuacja faktyczna może być bowiem tego rodzaju, że wprowadzenie wykonania umowy w pierwotnym kształcie nie leży w interesie publicznym, ale znaczenie z punktu widzenia interesu publicznego może być „odzyskane” w wyniku dokonania modyfikacji zobowiązania przez sąd.

15. Mniejsze znaczenie z punktu widzenia zamówień publicznych może mieć możliwość ingerencji sądu w treść umowy na podstawie ustalonych w art. 358¹ k.c. reguł waloryzacji umowy. Wprawdzie w § 3 tego artykułu przewidziana jest możliwość waloryzacji w razie istotniej zmiany siły nabywczej pieniądza, jednak § 4 wprowadza istotne ograniczenie powodujące, że wykonawca co do zasady pozbawiony jest możliwości skorzystania z dobrodziejstwa tego rozwiązania. Chodzi o to, że w świetle art. 358¹ § 4 k.c., z żądaniem zmiany wysokości lub sposobu spełnienia świadczenia pieniężnego nie może wystąpić strona prowadząca przedsiębiorstwo, jeżeli świadczenie pozostaje w związku z prowadzeniem tego przedsiębiorstwa. Oczywiście, zdarzają się przypadki, w których wykonawca nie korzysta ze statusu przedsiębiorcy, jednak nie mają one większego znaczenia gospodarczego w ogólnej skali. Można wprawdzie zastanawiać się nad możliwością wystąpienia ze stosownym żądaniem przez zamawiającego, jednak ponieważ chodziłoby tu o obniżenie wysokości świadczenia, to przydatność omawianego rozwiązania wydaje się wątpliwa.

Przy tej okazji warto zwrócić uwagę na art. 142 ust. 5 p.z.p., przewidujący konieczność uwzględnienia mechanizmów waloryzacyjnych w umowach terminowych, zawartych na okres dłuższy, niż 12 miesięcy. Obowiązywanie tego rozwiązania niewątpliwie rozwiązuje szereg problemów, które mogłyby się pojawić w związku ze zmianą parametrów skłaniających do waloryzowania świadczeń⁴¹. Zauważmy, że najnowsze orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej potwierdziło tezę, że umieszczenie stosownych klauzul – wymaganych przez art. 142 ust. 5 p.z.p. – stanowi obowiązek zamawiającego, stąd KIO może nakazać zmianę specyfikacji istotnych warunków zamówienia, polegającą na dodaniu odpowiednich postanowień⁴².

16. Na zakończenie problematyki modyfikacji stosunków umownych należy odnieść się krótko także do zagadnień zmian podmiotowych. Jak wiadomo, problem sprowadza się przede wszystkim do kwestii tzw. przejścia zamówienia publicznego, tj. zmiany po stronie wykonawcy.

⁴⁰ Tak Sąd Apelacyjny w Łodzi w wyroku z dnia 13 grudnia 2016 r. (I ACa 763/16).

⁴¹ W świetle z art. 142 ust. 5 p.z.p., umowa zawarta na okres dłuższy niż 12 miesięcy musi zawierać postanowienia o zasadach wprowadzania odpowiednich zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy, w przypadku zmiany następujących parametrów: 1) stawki podatku od towarów i usług, 2) wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę albo wysokości minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy o minimalnym wynagrodzeniu za pracę, 3) zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne – jeżeli zmiany te będą miały wpływ na koszty wykonania zamówienia przez wykonawcę.

⁴² Por. wyroki Krajowej Izby Odwoławczej: z dnia 23 listopada 2015 r. (KIO 2398/15) oraz z dnia 25 maja 2016 r. (KIO 748/16). Pierwszy z wymienionych wyroków jest omówiony w opracowaniu M. Olszewskiej: *Zmiana wynagrodzenia wykonawcy*, Monitor Zamówień Publicznych 2016, nr 2, s. 40–43, zaś drugi przedstawia A. Mościcka: *Klauzule waloryzacyjne w umowie*, Monitor Zamówień Publicznych 2017, nr 2, s. 39–40.

Zagadnienie to było szerzej omawiane w literaturze⁴³, stąd w tym miejscu skoncentrujemy się wyłącznie na zagadnieniach istotnych z punktu widzenia dyskusji nad kierunkami modernizacji prawa zamówień publicznych.

Do czasu nowelizacji z 2016 r. dopuszczalność zmian podmiotowych była kwestionowana, ze wskazaniem na niebezpieczeństwo wykonywania zamówienia przez podmiot, który nie został wybrany w toku konkurencyjnego postępowania, jako na zasadniczą przyczynę takiego wyłączenia. Wskazywano przede wszystkim na naruszenie art. 7 ust. 3 p.z.p., statuującego zasadę udzielenia zamówienia publicznego wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy⁴⁴. Pomijając przypadki sukcesji uniwersalnej, nie było możliwe wprowadzanie do stosunku umownego zmian podmiotowych odnośnie do wykonawcy. Sytuacja zmieniła się jednak istotnie po nowelizacji, która w tym punkcie wiernie oddaje rozwiązanie zawarte w art. 72 dyrektywy klasycznej z 2014 r. Wśród dopuszczalnych zmian (ustawa nie czyni wyraźnego podziału na zmiany przedmiotowe i podmiotowe) pojawiło się rozwiązanie zawarte w art. 144 ust. 1 pkt 4 p.z.p. W świetle tej regulacji, dopuszczalne są zmiany postanowień zawartej umowy lub umowy ramowej w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, w sytuacji, gdy wykonawcę, któremu zamawiający udzielił zamówienia, ma zastąpić nowy wykonawca: a) na podstawie postanowień umownych, o których mowa w pkt 1 (tj. zmiany zostały przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia w postaci jednoznacznych postanowień umownych, które określają ich zakres, w szczególności możliwość zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy, i charakter oraz warunki wprowadzenia zmian), b) w wyniku połączenia, podziału, przekształcenia, upadłości, restrukturyzacji lub nabycia dotychczasowego wykonawcy lub jego przedsiębiorstwa, o ile nowy wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu, nie zachodzą wobec niego podstawy wykluczenia oraz nie pociąga to za sobą innych istotnych zmian umowy, c) w wyniku przejęcia przez zamawiającego zobowiązań wykonawcy względem jego podwykonawców. Jak z tego wynika, pod wpływem prawa europejskiego nastąpiło znaczne rozszerzenie możliwości zmian podmiotowych w zobowiązaniu wynikającym z umowy w sprawie zamówienia publicznego. Nie są to wprawdzie rozwiązania powodujące taki stopień swobody, jaki wynikałby z przepisów kodeksu cywilnego o przelewie wierzytelności (art. 509–517 k.c.), jednak zmiana w zestawieniu z dotychczasowym ujęciem jest znacząca. Ze względu na krótki horyzont czasowy obowiązywania dokonanej nowelizacji nie można jeszcze odwołać się do ustalonego orzecnictwa, jednak już dziś wyrazić można obawę, że ze względu na bardzo szerokie ujęcie generalnych klauzul zawartych w analizowanych rozwiązaniach, stać się one mogą furtką do zbyt szerokiego dopuszczenia zmian podmiotowych po stronie wykonawcy zamówienia publicznego⁴⁵. Takie ujęcie rodzi zaś obawę o praktyczne respektowanie zasady wyłączności wyrażonej w art. 7 ust. 3 p.z.p.

Rozwiązanie i odstąpienie od umowy

17. Gdy mowa o możliwości zastosowania instrumentów cywilnoprawnych na etapie wykonywania umowy, pojawia się pytanie o możliwość zakończenia stosunku prawnego według ogólnych reguł prawa cywilnego. W pierwszym rzędzie chodziłoby tu o rozwiązanie i odstąpienie od umowy.

⁴³ Zob. przykładowo W. Dzierżanowski: *Ochrona konkurencji w prawie zamówień publicznych*, SIP LEX 2012, rozdz. VII, pkt 2; W. Robaczyński: *Zmiana wykonawcy zamówienia publicznego – uwagi na tle nowych rozwiązań prawnych*, Kontrola Państwowa 2015, nr 5.

⁴⁴ Por. m.in. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 września 2014 r. (KIO 1872/14). Zob. także J. E. Nowicki, A. Bazan: *Prawo zamówień publicznych...*, s. 1086.

⁴⁵ Zob. W. Robaczyński: *Zmiana wykonawcy zamówienia publicznego...*, s. 169–170.

Co do rozwiązania umowy zarówno na podstawie zgodnego porozumienia stron, jak i w drodze wypowiedzenia, to nie ulega wątpliwości, że na gruncie „klasycznego” prawa cywilnego stosunek umowny może być w ten sposób rozwiązany. Gdy chodzi o porozumienie stron, to możliwość rozwiązania dotyczy także tych umów, które ze swej istoty podlegają większej stabilizacji, jak np. umowy zawarte na czas oznaczony. Wydaje się, że nie ma wprost przeszkód normatywnych, aby tę regułę zastosować także do umów zawieranych w trybie zamówień publicznych, choć w literaturze spotkać można różne głosy na ten temat. Przeciwno dopuszczalności rozwiązania umowy w sprawie zamówienia publicznego, w szczególności w drodze wypowiedzenia, jest R. Szostak⁴⁶. Odmienne stanowisko w tej kwestii zajmuje Z. Gordon. Zdaniem tego autora, analiza i ocena podstaw prawnych rozwiązywania stosunków umownych między zamawiającym i wykonawcą musi mieć na względzie także publiczną funkcję zamówień publicznych⁴⁷. Nie wywodzi on jednak całkowitego zakazu rozwiązywania stosunków umownych w zakresie zamówień publicznych⁴⁸. Wydaje się, że w tej kwestii należałoby przychylić się do stanowiska Z. Gordona i nie wyłączać z góry możliwości rozwiązania stosunku prawnego wynikającego z umowy w sprawie zamówienia publicznego.

18. Nie ulega natomiast wątpliwości możliwość odstąpienia od umowy. Odstąpienie od umowy prowadzi do unicestwienia stosunku obligacyjnego na podstawie jednostronnego oświadczenia strony. Ze względu na potrzebę ochrony drugiej strony i jej interesów, odstąpienie od umowy możliwe jest w limitowanych przypadkach. W świetle kodeksu cywilnego, o odstąpieniu można mówić, gdy prawo to wynika z umowy między stronami lub z ustawy. Umowne prawo odstąpienia jest do wykorzystania także w sferze zamówień publicznych, choć instrument ten nie jest w praktyce zbyt popularny. Oczywiście, należy zastrzec, że kontraktowe przesłanki odstąpienia od umowy powinny być w takim przypadku ujęte we wzorze umowy proponowanej wykonawcom.

Z pewnością z punktu widzenia problematyki zamówień publicznych ważniejsze znaczenie ma jednak prawo odstąpienia wynikające z ustawy. Było już wyżej sygnalizowane, że z odstąpieniem od umowy możemy mieć do czynienia na gruncie art. 145 p.z.p. Nie ulega jednak wątpliwości, że odstąpienie od umowy może także nastąpić w wyniku oświadczenia złożonego w przypadkach przewidzianych w kodeksie cywilnym. Należy przyznać rację pogładowi, że ustawowe podstawy jednostronnego rozwiązywania stosunków umownych mają zastosowanie także do zamówień publicznych, zaś stanowisko przeciwne byłoby uzasadnione tylko w razie istnienia wyraźnego przepisu wyłączającego taką możliwość, z tym że wyłączenie takie nie byłoby jednak uzasadnione przy uwzględnieniu faktu, że odstąpienie od umowy jest zazwyczaj sformułowane jako regulacja o charakterze sankcyjnym⁴⁹. Nie jest w tym miejscu konieczne analizowanie poszczególnych przypadków, w których przewidziana jest możliwość odstąpienia od umowy, warto jednak zauważyć, że najczęstszą podstawą odstąpienia od umowy jest poważne naruszenie przez stronę obowiązków kontraktowych. Dotyczy to w szczególności zwłoki w spełnieniu świadczenia wzajemnego, na podstawie art. 491 i 492 k.c.

Podsumowując ten fragment rozważań należy opowiedzieć się za pozostawieniem możliwości zakończenia stosunku prawnego w wyniku odstąpienia od umowy na podstawie przepisów

⁴⁶ Por. R. Szostak: *glosa do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 10 kwietnia 2003 r. (III KKN 1320/00)*, Przegląd Sądowy 2005, nr 1, a także tegoż autora: *Zasady prawa zamówień publicznych*, Kwartalnik Prawo Zamówień Publicznych 2014, nr 3, s. 23–24.

⁴⁷ Z. Gordon: *Podstawy prawne dopuszczalnego rozwiązywania stosunków umownych między zamawiającym i wykonawcą zamówienia publicznego*, Kwartalnik Prawo Zamówień Publicznych 2015, nr 3, s. 54.

⁴⁸ Tamże, s. 57–58.

⁴⁹ Tamże, s. 59–60.

kodeksu cywilnego. Powstaje pytanie, czy prawo zamówień publicznych nie powinno zawierać wówczas jakichś szczególnych instrumentów dotyczących rozliczeń między stronami. Można się także zastanawiać, czy w takich przypadkach nie powinien być przewidziany w jakiegokolwiek formie „powrót” do zakończonego przetargu w celu skorzystania z ofert złożonych przez pozostałych wykonawców. Oczywiście, kolejny wykonawca musiałby zgodzić się na to, by zostać stroną umowy, gdyż w takich przypadkach nie byłby on już związany złożoną w toku postępowania ofertą.

Odpowiedzialność za niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy

19. Ostatnim aspektem cywilnoprawnym umów sprawach zamówień publicznych, na który chciałbym zwrócić w tym miejscu uwagę, jest kwestia odpowiedzialności za niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy. Jak wiadomo, zagadnienie to jest uregulowane w art. 471 i nast. k.c. pojawia się pytanie, czy kodeksowe rozwiązania pozostają adekwatne dla potrzeb wynikających z zamówień publicznych. W tym miejscu należy zauważyć, że w świetle kodeksu cywilnego odpowiedzialność kontraktowa oparta jest na zasadzie winy, mamy nawet do czynienia z domniemaniem tej odpowiedzialności, co wynika z redakcji art. 471 k.c. Zgodnie z tym przepisem, dłużnik obowiązany jest do naprawienia szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, chyba że niewykonanie lub nienależyte wykonanie jest następstwem okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi. Zakres odpowiedzialności dłużnika wyznaczony jest przez art. 472 k.c., który stanowi, że jeżeli ze szczególnego przepisu ustawy albo z czynności prawnej nie wynika nic innego, dłużnik odpowiedzialny jest za niezachowanie należytej staranności. Odniesienie podstaw odpowiedzialności do kryteriów należy tej staranności w nieuchronny sposób prowadzi do obiektywizacji odpowiedzialności. Art. 355 § 1 k.c. definiuje bowiem należyłą staranność jako staranność ogólnie wymaganą w stosunkach danego rodzaju, przy czym zgodnie z § 2 tego artykułu, należyłą staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności. Prowadzi to wniosku, że zakres odpowiedzialności profesjonalnego kontrahenta wyznaczony jest przez staranność ogólnie wymagana od profesjonalisty w danych okolicznościach. Uwolnienie od odpowiedzialności na tej podstawie jest bardzo trudne, w wielu przypadkach wręcz niemożliwe. Z tej perspektywy patrząc, można zastanawiać się czy konieczne byłoby na tym etapie uwzględnianie postulatów zgłaszanych niekiedy w doktrynie co do potrzeby wprowadzenia odpowiedzialności obiektywnej wykonawcy. Oczywiście, można wprowadzić takie rozwiązanie⁵⁰, jednak należy wyrazić wątpliwość, czy zasadne byłoby odstępowanie od reguł kodeksowych wyłącznie dla zamówień publicznych w sytuacji, gdy ze wspomnianych reguł i tak wynikają mocno zobiektywizowane zasady odpowiedzialności.

20. Należy w tym miejscu zauważyć, że praktyka ostatnich lat wykształciła mechanizmy przenoszące w istocie reguły odpowiedzialności w sferę obiektywną. Chodzi o stosowane w obrocie zastrzeżenia gwarancyjne w ramach kar umownych. Jak wiadomo, klasyczna kara umowna stanowi zryczałtowane odszkodowanie za niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy. Zgodnie z art. 483 § 1 k.c., można zastrzec w umowie, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy. Sprawą drugorzędną staje się wówczas wysokość szkody, a nawet to, czy w ogóle

⁵⁰ Zaostrenie odpowiedzialności kontraktowej w świetle kodeksu cywilnego jest dopuszczalne. Może być to także jedno z kryteriów oceny ofert. Zob. bliżej W. Robaczyński: *Zaostrenie warunków odpowiedzialności wykonawcy jako kryterium oceny ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego*, *Kwartalnik Prawo Zamówień Publicznych* 2015, nr 2.

szkoda w konkretnym przypadku wystąpiła⁵¹, gdyż w świetle art. 484 § 1 zd. 1 k.c., w razie niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania kara umowna należy się wierzycielowi w zastrzeżonej na ten wypadek wysokości bez względu na wysokość poniesionej szkody, zaś żądanie odszkodowania przenoszącego wysokość zastrzeżonej kary jest dopuszczalne tylko wtedy, gdy strony tak postanowiły.

W przypadku typowej kary umownej, jej zastrzeżenie daje wierzycielowi tę korzyść, że nie musi wykazywać szkody. Jednak pozostałe przesłanki odpowiedzialności kontraktowej muszą być spełnione, w szczególności niewykonanie lub nienależyte wykonanie musi być następstwem okoliczności, za które dłużnik ponosi odpowiedzialność. Jak trafnie wskazuje się w doktrynie, kara umowna nie może być oderwana od winy, gdyż jest powiązana z odpowiedzialnością kontraktową, nie ma zaś charakteru gwarancyjnego⁵². Istotną zatem staje się kwestia możliwości postawienia zarzutu zawinionego zachowania wyrażającego się w braku należytej staranności. Jest to wprawdzie okoliczność objęta domniemaniem, jednak gdy dłużnik wykaże, że nie można postawić mu takiego zarzutu, zwalnia go to zarazem od zapłaty kary umownej. W świetle zasadnego poglądu orzecznictwa, przez zastrzeżenie kary umownej zamawiający nie może co do zasady przerzucać skutków ewentualnych własnych zaniedbań na wykonawcę⁵³. Jednak inaczej sytuacja przedstawia się wtedy, gdy zastrzeżenie nazwane przez strony „karą umowną” jest w istocie zastrzeżeniem o charakterze gwarancyjnym. W ten sposób dłużnik–wykonawca gwarantuje wierzycielowi–zamawiającemu osiągnięcie zakładanego w umowie celu, zaś charakter przyczyny niewykonania zobowiązania jest obojętny z punktu widzenia zapłaty świadczenia przewidzianego w takim przypadku. Taka modyfikacja odpowiedzialności jest w świetle zasad rządzących odpowiedzialnością kontraktową dopuszczalna⁵⁴, jednak stosowne zastrzeżenie wynikać musi z treści umowy, nie może być domniemane.

21. Jednym z najistotniejszych zagadnień związanych z odpowiedzialnością kontraktową w ogóle, w tym w szczególności w odniesieniu do zamówień publicznych, jest kwestia wysokości kary umownej. Ustawodawca przewiduje rozwiązanie, z którego wynika, że kara umowna nie może być nieracjonalnie wysoka. Chodzi o art. 484 § 2 k.c., zgodnie z którym dłużnik może żądać zmniejszenia kary umownej w dwóch przypadkach: jeżeli zobowiązanie zostało w znacznej części wykonane oraz wtedy, gdy kara umowna jest rażąco wygórowana. Jest to tzw. miarkowanie kary umownej, które stanowi codzienność orzecznictwa polskich sądów, także w odniesieniu do umów w sprawach zamówień publicznych⁵⁵.

W odniesieniu do zamówień publicznych dotkliwe są zwłaszcza przypadki zastrzegania nadmiernie wysokich kar umownych, nierzadko z naruszeniem zasad równowagi kontraktowej. Zauważmy, że wykonawca nie ma żadnego wpływu na wysokość zastrzeżonej kary umownej, może co najwyżej zrezygnować z ubiegania się o udzielenie zamówienia. Nie ulega bowiem wątpliwości, że miarkowanie kary umownej może nastąpić wyłącznie *ex post*, tj. dopiero w sytuacji,

⁵¹ Por. obszerną literaturę i orzecznictwo na ten temat powołane przez W. Borysiaka (w:) *Kodeks cywilny. Komentarz. T. II. Zobowiązania*, pod red. K. Osajdy, Warszawa 2013, s. 879, w tym przede wszystkim uchwałę składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z dnia 6 listopada 2003 r. (III CZP 61/03).

⁵² Por. P. Drapała (w:) *System prawa prywatnego, t. 5, Prawo zobowiązań – część ogólna*, pod red. E. Łętowskiej, Warszawa 2006, s. 965; R. Adamus: *Kara umowna w umowie o zamówienie publiczne*, *Kwartalnik Prawo Zamówień Publicznych* 2015, nr 3, s. 7.

⁵³ Por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 27 września 2013 r. (I CSK 748/12).

⁵⁴ Zgodnie z art. 473 § 1 k.c., dłużnik może przez umowę przyjąć odpowiedzialność za niewykonanie lub za nienależyte wykonanie zobowiązania z powodu oznaczonych okoliczności, za które na mocy ustawy odpowiedzialność nie ponosi.

⁵⁵ Zasadnicze wnioski wynikające z orzecznictwa co do przesłanek i mechanizmu miarkowania kary umownej przedstawia R. Adamus: *Kara umowna w umowie o zamówienie publiczne*, s. 10–11.

gdy dojdzie do zdarzenia uzasadniającego obowiązek jej zapłaty. Nie podlega ona natomiast apriorycznej kontroli. Środkiem zaradczym mogłaby być natomiast możliwość uznania zastrzeżenia kary umownej w nadmiernej wysokości za niedozwolone postanowienie (klausule abuzywną), o której była mowa we wcześniejszej części niniejszego opracowania.

W podsumowaniu tego fragmentu rozważań można stwierdzić, że omawiana sprawa jest bardzo kontrowersyjna. Ukazały to także przeprowadzone przez Prezesa UZP debaty. Część z uczestników opowiadała się za prawem wykonawcy w trybie środków ochrony prawnej do ingerencji w projekt umowy, ponieważ często w projekcie umowy znajdują się zapisy niezgodne z ustawą – Prawo zamówień publicznych. Zdaniem części uczestników Krajowa Izba Odwoławcza nie ma uprawnień do wypowiedziania się co do wysokości kar umownych i nie powinna narzucać szczegółowych rozwiązań stronom umowy⁵⁶.

Innym rozwiązaniem, postulowanym niekiedy w literaturze, jest wprowadzenie górnego limitu wysokości kary umownej⁵⁷. Z punktu widzenia uczestników obrotu byłoby to zapewne najbardziej czytelne rozwiązanie, gdyż eliminowałoby konieczność formułowania klauzul generalnych i rozważań z punktu widzenia abuzywności postanowień umownych. Rozwiązanie to stanowiłoby z pewnością ograniczenie swobody umów, byłoby jednak dopuszczalne w kontekście art. 53¹ k.c. Należałoby oczywiście założyć, że tego rodzaju ograniczenie dotyczyłoby tylko umów zawieranych w trybie zamówień publicznych, czy ewentualnie szerzej – tych, w których strona byłaby jednostką publiczną. Problemem byłoby oczywiście określenie konkretnych parametrów, np. procentowo w odniesieniu do wartości zamówienia lub kwotowo. Sprawa ta wymagałaby dalszego zastanowienia, z góry jednak możliwości wprowadzenia takiego rozwiązania nie można wykluczyć.

22. W dotychczasowym stanie prawnym w przypadku zamawiających będących jednostkami sektora finansów publicznych, możliwości obniżenia kary umownej na podstawie porozumienia stron nie były w zasadzie możliwe. Chodzi o to, że art. 42 ust. 5 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych⁵⁸ przewiduje obowiązek dochodzenia należności cywilnoprawnych, zaś nierespektowanie tego obowiązku naraża kierownika jednostki sektora finansów publicznych na odpowiedzialność z art. 5 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych⁵⁹. W szczególnych przypadkach możliwy byłby także zarzut z art. 231 k.k. To samo dotyczy całkowitej rezygnacji z dochodzenia kary umownej. Natomiast wszelkie zmiany w zakresie kar umownych dokonane w toku realizacji zamówienia należy uznać albo za niewiążące drugą stronę (jeśli dokonane byłyby przez zamawiającego jednostronnie), albo za niedozwoloną modyfikację umowy, dokonaną z naruszeniem art. 144 p.z.p., co z kolei pociąga za sobą odpowiedzialność z art. 17 ust. 6 powołanej wyżej ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych oraz możliwość unieważnienia zmiany na podstawie art. 144a ust. 1 pkt 2 p.z.p.

Istotna zmiana w zakresie możliwości zmniejszenia wysokości kary umownej przewiduje nowelizacja, która umożliwia zawarcie ugody w sprawie spornej należności cywilnoprawnej. Nowelizacja ta weszła w życie z dniem 1 czerwca 2017 r. i polega na dodaniu do ustawy o finansach publicznych nowego art. 54a. Zgodnie z ust. 1 tego artykułu, jednostka sektora finansów publicznych może zawrzeć ugodę w sprawie spornej należności cywilnoprawnej

⁵⁶ Zob. dokument powołany w przyp. 24.

⁵⁷ Tak I. Skubiszak-Kalinowska, E. Wiktorowska: *Czy umowy w sprawie zamówień...*, s. 363.

⁵⁸ J.t. Dz. U. z 2016 r., poz. 1870 ze zm.

⁵⁹ J.t. Dz. U. z 2013 r., poz. 168 ze zm.

w przypadku dokonania oceny, że skutki ugody są dla tej jednostki lub odpowiednio Skarbu Państwa albo budżetu jednostki samorządu terytorialnego korzystniejsze niż prawdopodobny wynik postępowania sądowego albo arbitrażowego. Jednocześnie, dla umożliwienia kontroli zasadności zawarcia ugody, wprowadzono art. 54a ust. 2, zgodnie z którym ocena skutków ugody nastąpi, w formie pisemnej, z uwzględnieniem okoliczności sprawy, w szczególności zasadności spornych żądań, możliwości ich zaspokojenia i przewidywanego czasu trwania oraz kosztów postępowania sądowego albo arbitrażowego. Opisana możliwość może w praktyce być wykorzystana, w sytuacji gdy podstawy miarkowania kary umownej na podstawie art. 484 § 2 k.c. są oczywiste, w związku z czym zachodzi wysokie prawdopodobieństwo, że w razie wytoczenia powództwa o obniżenie kary umownej, jej wysokość zostałaby przez sąd zredukowana.

23. Niezależnie od przedstawionego nowego rozwiązania wydaje się, że korzystne byłoby wprowadzenie do nowej ustawy – prawo zamówień publicznych postanowień zabezpieczających przed zastrzeganiem kar umownych w nadmiernej wysokości. Oczywiście, sprawą istotną byłoby legislacyjne ujęcie tych przepisów, gdyż możliwe byłyby różne rozwiązania (najprawdopodobniej należałoby odnieść się w jakiś sposób do wartości zamówienia). Stosowna regulacja musiałaby wyważyć interesy zamawiającego jako jednostki dysponującej środkami publicznymi, a interesami wykonawcy jako przedsiębiorcy, dla którego niewielkie naruszenia obowiązków kontraktowych nie powinny stanowić groźby katastrofy ekonomicznej, zagrażając jego egzystencji. Zagadnienie to powinno być, w moim przekonaniu, rozważone w sposób bardziej szczegółowy, w tym miejscu mogłoby być tylko zasygnalizowane.

24. Gdy mowa o skutkach nienależytego wykonania zobowiązania, wspomnieć należy także o zastosowaniu w odniesieniu do umów w sprawie zamówień publicznych konstrukcji odsetek. Jak wiadomo, odsetki za opóźnienie stanowią konsekwencję opóźnienia w spełnieniu świadczenia pieniężnego, zgodnie z art. 481 k.c. Dla świadczeń pieniężnych nie może być bowiem zastrzeżona kara umowna. Instrument w postaci odsetek ma zatem istotne z znaczenie pod warunkiem, że niewykonanie zobowiązania dotyczy zobowiązania o charakterze pieniężnym. Przypomnijmy już wcześniej uczynioną uwagę, że do umów w sprawach zamówień publicznych mają zastosowanie odsetki za opóźnienie w transakcjach handlowych, zwłaszcza te, o których mowa w art. 8 ust. 1 i 2 ustawy o terminach zapłaty w transakcjach handlowych⁶⁰.

Podsumowanie

25. Przedstawione wyżej rozważania – z konieczności dotyczące tylko niektórych kwestii, ale przecież i tak dość obszerne – skłonić mają do kontynuowania dyskusji na temat roli, miejsca i zakresu instrumentów cywilnoprawnych stosowanych w zamówieniach publicznych. Wydaje się, że niezależnie od specyfiki rozwiązań przyjmowanych w kwestiach szczegółowych, idea przyświecająca dalszym pracom nad modernizacją polskiego prawa zamówień publicznych powinna być taka, iż do zamówień publicznych powinny być odnoszone w możliwie najszerszym zakresie zasady wynikające z przepisów kodeksu cywilnego. Trudno bowiem o bardziej klarowne i wyważone rozstrzygnięcia w zakresie zawierania i wykonywania umów. Jednak z przedstawionych wyżej względów nie należy też odrzucać stanowiska, zgodnie z którym konieczne może okazać się proponowanie co do niektórych kwestii rozwiązań odbiegających od zasad ustalonych w kodeksie cywilnym, w sytuacji gdy cele realizowane przez system zamówień publicznych takich rozwiązań wymagają. Ewentualne z zastrzeżenia – na przykład z punktu widzenia zasady swobody umów – ustąpić muszą niejednokrotnie potrzebom realiza-

⁶⁰ Zob. przypis 32.

cji zadań przyświecających zamówieniom publicznym. Zamówienia publiczne mają bowiem także pewne cele „pozakontraktowe”, które wymagają odmiennego ukształtowania praw i obowiązków stron w porównaniu z zasadami „zwykłego” obrotu gospodarczego. Z drugiej jednak strony, ewentualne odrębności powinny być wprowadzane tylko w takim zakresie, w jakim jest to absolutnie niezbędne, aby nie dopuścić do sytuacji, w której zamówienia publiczne stałyby się jakimś równoległym reżimem kontraktowym, funkcjonującym niezależnie od zasad prawa umów wynikających z kodeksu cywilnego.

DOPUSZCZALNOŚĆ ZMIAN UMOWY W SPRAWIE REALIZACJI ZAMÓWIENIA PUBLICZNEGO

Paweł Stokłosa, doktorant w WSPiA Rzeszowskiej Szkole Wyższej

Abstrakt

Artykuł dotyczy problemu dopuszczalnych zmian umów w sprawie realizacji zamówień publicznych w kilka miesięcy po nowelizacji polskich przepisów dotyczących zamówień publicznych. Opracowanie zawiera krótki opis zmian dopuszczalnych przed nowelizacją ustawy oraz w aktualnym stanie prawnym. Podjęta została również próba wyliczenia konsekwencji dokonanych zmian umów. Ostatecznie sformułowano konkluzję, że pełna i kompletna ocena nowelizacji jest niemożliwa z powodu małej ilości przykładów orzeczniczych. Analiza obowiązującego stanu prawnego pozwala natomiast na stwierdzenie, że przepisy po nowelizacji są łatwiejsze w stosowaniu, co pomaga w praktycznym zachowaniu norm zamówień publicznych.

Abstract

This article touches the problem of the permissible changes in public procurements contracts few months after novelization of polish legislation concerning public procurements. Elaboration contains short description of permissible changes before law's novelization and in actual legal status. There was also made attempt of the enumerate contracts change's consequences. Finally there was formulated conclusion that the full and complete assessment of the novelization is now impossible because of very small judicature example's amount. Analysis of the mandatory legal provisions allows to make statement that regulations after novelization are easier in practical application what helps maintain public procurement's norms.

Wstęp

Ilekoć mowa o zamówieniach publicznych „*należy przez to rozumieć umowy odpłatne zawierane między zamawiającym a wykonawcą, których przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane*”¹. Są to umowy nazwane w myśl Kodeksu cywilnego², którego przepisy stosuje się pomocniczo do umów w sprawie realizacji zamówienia publicznego³. Niniejsze stanowisko znajduje oparcie w przykładach orzecznictwa potwierdzających, że umowa w/s udzielenia zamówienia publicznego nie jest odrębnym typem umowy nazwanej⁴. Tryb zawierania i późniejszego wykonywania postanowień tych umów objęty jest szczególną regulacją mającą zapewnić celowe i oszczędne wydatkowanie środków publicznych z zachowaniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców⁵, powyższe nie ma jednak wpływu na kwalifikację mate-

¹ Art. 2 pkt 13 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm.) – dalej: Pzp.

² Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (tekst jedn. Dz.U. z 2017 r., poz. 459).

³ Zgodnie z treścią art. 139 ust. 1 Pzp „*Do umów w sprawach zamówień publicznych, zwanych dalej „umowami”, stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej.*”.

⁴ Por. uzasadnienie wyroku Sądu Okręgowego w Szczecinie z dnia 22 grudnia 2016 r. (syg. VIII GC 544/15), www.lex.pl.

⁵ De facto realizację zasad dokonywania wydatków ze środków publicznych. Zgodnie z art. 44 ust. 4 Ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 2016 r., poz. 1870) „*Jednostki sektora finansów pub-*

rialno-prawną tego typu umów w ramach norm prawa cywilnego⁶. W procesie udzielania i realizacji zamówień publicznych zawężenia doznaje, wywodzona z treści art. 353¹ Kodeksu cywilnego, zasada swobody umów (zwana również zasadą swobody kontraktowania). W myśl przywołanego przepisu: „*Strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego*”. W praktyce swoboda kontraktowania realizowana jest w zakresie treści podpisywanych umów, ich formy oraz trybu w jakim są zawierane. Autonomia stron w kształtowaniu stosunków obligacyjnych nie ma charakteru absolutnego, doznaje trojakich ograniczeń odwołujących się do: ustawy, właściwości rozumianej jako natura stosunku prawnego, który ma łączyć strony oraz do zasad współżycia społecznego. W praktyce swoboda umów jest ograniczana przez ustawę poprzez wprowadzenie różnego rodzaju zakazów funkcjonujących w różnych sferach porządku prawnego (regulacje konstytucyjne, regulacje prawa publicznego, regulacje prawa karnego i administracyjnego). W ramach przepisów prawa cywilnego, z którego wywodzi się zasada swobody umów, funkcjonują przepisy o charakterze norm *iuris cogentis*, których złamanie zagrożone jest sankcją nieważności⁷. Na gruncie zamówień publicznych zasada ta doznaje ograniczenia w zakresie trybu zawarcia umowy oraz późniejszych, ewentualnych modyfikacji jej postanowień. Zakaz dowolnej zmiany postanowień umów w/s realizacji zamówienia publicznego wynika z treści art. 144 ust. 1 Pzp, który został zmodyfikowany w wyniku nowelizacji Pzp dokonanej w czerwcu 2016 r. W dniu 28 lipca 2016 r. weszła w życie ustawa z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw⁸.

Dotychczasowy stan prawny

Reguły dotyczące zmian umów w/s realizacji zamówienia publicznego tworzą swoisty system zasad odrębny od reguł występujących w innych aktach prawnych – „*dopuszczalność zmian umowy o roboty budowlane w świetle przepisów p.b. nie oznacza jednocześnie dopuszczalności zmiany umowy o roboty budowlane zawartej na podstawie p.z.p.*”⁹ W brzmieniu sprzed nowelizacji przepis utrzymywał zakaz dokonywania istotnych zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, dopuszczając takie zmiany, w sytuacji gdy zamawiający przewidział możliwość ich dokonania w ogłoszeniu o zamówieniu lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia szczegółowo określając ich warunki. Konstruując przepis regulujący kwestię modyfikacji umów o realizację zamówienia publicznego posługiwał się ustawodawca klauzulą generalną nie doprecyzowując, co należy rozumieć pod pojęciem istotnych zmian postanowień umowy. Zasadą był zakaz dokonywania zmian w odniesieniu do treści wybranej oferty, nie mniej jednak istotne modyfikacje były możliwe pod warunkiem ich przewidzenia i opisanie warunków zastosowania już na etapie procedury wyboru najkorzystniejszej oferty¹⁰. Ponieważ przepis zakazywał dokonywania zmian istotnych zmiany nieistotne dopuszczone były na zasadzie wnioskowania *a contrario* przy czym ustawodawca nie precyzował jakie zmiany należy uznać za istotne a jakie za nieistotne. Przedstawiony stan prawny powodował konieczność doko-

licznych zawierają umowy, których przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane, na zasadach określonych w przepisach o zamówieniach publicznych, o ile odrębne przepisy nie stanowią inaczej”.

⁶ Por. uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z dnia 7 lutego 2013 r. (syg. II CSK 248/12), www.lex.pl.

⁷ W. Czachórski, Zobowiązania Zarys wykładu, Warszawa 2009, s. 149–150.

⁸ Dz.U. z 2016 r., poz. 1020 – dalej jako: nowelizacja Pzp.

⁹ Uchwała Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 9 lutego 2016 r. (syg. KIO/KD 13/16), www.lex.pl.

¹⁰ Art. 144. 1. Pzp (sprzed nowelizacji) „Zakazuje się istotnych zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba że zamawiający przewidział możliwość dokonania takiej zmiany w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz określił warunki takiej zmiany”.

nywania przez strony umowy interpretacji stanów faktycznych skutkujących potrzebą modyfikacji postanowień zawartych umów pod kątem możliwości wprowadzenia zmian. Rodziło to ryzyko niejednolitego stosowania przepisu art. 144 ust. 1 Pzp. W praktyce stosowania prawa (na podstawie orzecznictwa) wypracowano podejście, zgodnie z którym za zmianę nieistotną mogła być uznana modyfikacja postanowień umowy wywołana przyczynami zewnętrznymi, obiektywnie uzasadniającymi potrzebę jej wprowadzenia, niepowodująca zachwiania równowagi ekonomicznej pomiędzy wykonawcą a zamawiającym, nie wpływająca w sposób negatywny na zasadę uczciwej konkurencji oraz na krąg wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia.¹¹ Kryterium „istotności zmian”, które występowało w treści art. 144 ust. 1 Pzp, wywoływało konieczność badania i porównania treści stosunku prawnego obejmującego proponowane zmiany w odniesieniu do treści wybranej oferty. Jeżeli wprowadzenie zmian do umowy powodowało, że zobowiązanie wykonawcy odbiegało istotnie od zobowiązania zawartego w ofercie, to należało uznać, iż takie zmiany objęte były zakazem wynikającym z art. 144 ust. 1 Pzp. Za przykłady istotnych zmian umowy uznawane były m.in. modyfikacje w zakresie: terminu realizacji zamówienia¹² i podwyższenia wynagrodzenia wykonawcy¹³. W starym stanie prawnym w sytuacji braku zasad zmiany wynagrodzenia wykonawcy określonych w SIWZ (zasad aneksowania albo klauzul waloryzacyjnych), wynagrodzenie przewidziane w umowie mogło zostać zmienione jedynie przez sąd na podstawie klauzul *rebus sic stantibus* lub w innych szczególnych przypadkach przewidzianych prawem. Dokonanie tego typu zmian bez spełnienia warunków ustawowych – należało traktować jako naruszenie zasad równego traktowania wykonawców¹⁴. Wyznacznikiem istotności zmiany pozostawał z jednej strony jej ewentualny wpływ na krąg wykonawców, którzy ubiegaliby się o dane zamówienie, a z drugiej strony – na wynik postępowania i określone przez wykonawcę wynagrodzenie¹⁵. Potwierdzeniem przedstawionej interpretacji jest pogląd wyrażony w uchwale Krajowej Izby Odwoławczej, zgodnie z którym dla oceny czy dana zmiana umowy o zamówienie publiczne ma charakter istotny, należy mieć na uwadze wpływ takiej zmiany na warunki konkurencji w danym postępowaniu, a w szczególności na potencjalną zmianę kręgu podmiotów (wykonawców), którzy, gdyby wiedzieli o możliwości takiej zmiany umowy, byłiby zdolni bądź zainteresowani ubieganiem się o udzielenie tego zamówienia”¹⁶.

Aktualnie obowiązujący przepis

Aktualnie obowiązująca norma, tak jak poprzednia, zakłada niezmiennosć treści zawartej umowy w/s zamówienia publicznego – ogólna zasada trwałości postanowień umów w/s zamówienia publicznego została utrzymana. Zakres regulacji art. 144 ust. 1 w obowiązującym brzmieniu został rozszerzony poprzez objęcie nią oprócz umów konkretyzujących również umów ramowych. Podkreślenia wymaga fakt, iż w wyniku nowelizacji nie doszło do modyfikacji obowiązującej normy formułującej zakaz dokonywania zmian postanowień umowy w/s realizacji zamówienia publicznego, natomiast istotnie zmieniono kompozycję przepisu wprowadzając

¹¹ Wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 30 listopada 2016 r. (syg. XX GC 762/14), www.lex.pl.

¹² Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Rzeszowie z dnia 14 lutego 2017 r. (syg. I SA/Rz 1050/16), www.lex.pl, Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 6 października 2016 r. (syg. II GSK 376/16), www.lex.pl, Uchwała Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 3 czerwca 2015 r. (syg. KIO/KD 30/15), www.lex.pl.

¹³ Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 25 października 2016 r. (syg. II GSK 3069/16), www.lex.pl, Uchwała Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Zamówień Publicznych z dnia 19 stycznia 2016 r. (KIO/KD 1/16), www.lex.pl.

¹⁴ Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 listopada 2015 r. (syg. KIO 2451/15), www.lex.pl.

¹⁵ Orzeczenie Głównej Komisji Orzekającej z dnia 22 lutego 2016 r. (syg. BDF1.4800.161.2015), www.lex.pl.

¹⁶ Uchwała Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 16 września 2016 r. (syg. KIO/KD 61/16), www.lex.pl.

regulacje szczegółowo opisujące przypadki możliwych modyfikacji. Ustawodawca posłużył się wyliczeniem taksatywnym opisując możliwe przypadki zmiany postanowień zawartej umowy, art. 144 ust. 1 Pzp zawiera ich zamknięty katalog. Możliwość wprowadzenia modyfikacji zachodzi, gdy zaistnieje co najmniej jedna z wymienionych w treści przepisu okoliczności. Pierwsza zakłada konieczność uwzględnienia na etapie prowadzonego postępowania możliwości wprowadzenia modyfikacji i określenia w ogłoszeniu o zamówieniu lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia jednoznacznych postanowień umownych, które opisują zakres zmian i charakter oraz warunki ich wprowadzenia (art. 144 ust. 1 pkt 1 Pzp). Przepis odnosi ten wymóg w szczególności do okoliczności zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy¹⁷. Kolejna okoliczność dotyczy modyfikacji związanych z realizacją dodatkowych dostaw, usług lub robót budowlanych (które stały się niezbędne i nie są objęte zakresem zamówienia podstawowego) przez dotychczasowego wykonawcę jednak, aby takie modyfikacje były możliwe musi dojść do łącznego spełnienia następujących przesłanek: zmiana wykonawcy nie może zostać dokonana z powodów ekonomicznych lub technicznych w szczególności związanych z interoperacyjnością sprzętu, usług lub instalacji realizowanych w ramach zamówienia podstawowego, zmiana wykonawcy spowodowałaby istotną niedogodność lub znaczne zwiększenie kosztów dla zamawiającego a wartość każdej kolejnej zmiany nie przekracza 50% wartości zamówienia określonej pierwotnie w umowie lub umowie ramowej (art. 144 ust. 1 pkt 2 lit. a–c Pzp). Trzecia okoliczność dopuszczająca modyfikację postanowień umownych zakłada konieczność łącznego zaistnienia przesłanek dotyczących: niemożliwości przewidzenia przez zamawiającego (przy dołożeniu należytej staranności) okoliczności prowadzących do konieczności zmiany umowy lub umowy ramowej oraz limitu wartości zmiany nieprzekraczającego 50% wartości zamówienia określonej w umowie lub umowie ramowej (art. 144 ust. 1 pkt 3 lit. a i b Pzp). Pzp dopuszcza także możliwość dokonania podmiotowej zmiany umowy w/s zamówienia publicznego, w sytuacji gdy zmiana taka dokonywana jest na podstawie postanowień umownych, o których mowa w art. 144 ust. 1 pkt 1 Pzp lub zmiana następuje w wyniku sukcesji generalnej (uniwersalnej) dotychczasowego wykonawcy a nowy spełnia kryteria podmiotowe i przedmiotowe udziału w postępowaniu w wyniku, którego doszło do udzielenia przedmiotowego zamówienia¹⁸ lub zmiana podmiotowa następuje w wyniku przejęcia przez zamawiającego zobowiązań wykonawcy względem jego podwykonawców¹⁹. Dopuszczalne są również modyfikacje, które bez względu na wartość nie wpisują się w zakres katalogu zmian istotnych, wymienionych w treści art. 144 ust. 1e Pzp. Zgodnie z brzmieniem przywołanego artykułu modyfikacje postanowień umowy lub umowy ramowej należy uznać za istotne jeżeli: zmieniają ogólny charakter umowy lub umowy ramowej, w stosunku do charakteru umowy lub umowy ramowej w pierwotnym brzmieniu (art. 144 ust. 1e pkt 1 Pzp) lub nie zmieniają ogólnego charakteru umowy lub umowy ramowej, ale w związku z wprowadzeniem modyfikacji pojawiają się warunki, które na etapie postępowania o udzielenie zamówienia pozwoliłyby na udział w tym postępowaniu innych wykonawców lub na złożenie ofert innej treści (art. 144 ust. 1e pkt 2 lit a Pzp). Za istotne są również uznane modyfikacje, które naruszają równowagę ekonomiczną umowy lub umowy ramowej na korzyść wykonawcy w sposób, który nie był przewidziany pierwotnie w umowie lub umowie ramowej lub modyfikacje znacznie rozszerzające albo zmniejszające zakres świadczeń i zobowiązań wynikający z umowy lub umowy ramowej (art. 144 ust. 1e pkt 2 lit. b i c Pzp) . Za istotną uznana jest

¹⁷ Art. 144 ust. 1 pkt 1 Pzp.

¹⁸ W wyniku połączenia, podziału, przekształcenia, upadłości, restrukturyzacji lub nabycia dotychczasowego wykonawcy lub jego przedsiębiorstwa, o ile nowy wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu, nie zachodzą wobec niego podstawy wykluczenia oraz nie pociąga to za sobą innych istotnych zmian umowy.

¹⁹ Na temat dopuszczalnych zmian podmiotowych umowy w/s realizacji zamówienia publicznego wypowiedział się Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej w uzasadnieniu orzeczenia z dnia 19 czerwca 2008 r. w sprawie C-454/06 *pressetext Nachrichtenagentur*, Analiza orzecznictwa Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości w zakresie zamówień publicznych w latach 2006–2008, Warszawa 2008, s. 279–292. Znowelizowany przepis w pełni uwzględnia tezy przywołanego orzeczenia.

również zmiana, która prowadzi do zastąpienia wykonawcy, który otrzymał zamówienie nowym wykonawcą w okolicznościach innych niż wymienione w art. 144 ust. 1 pkt 4 Pzp (art. 144 ust. 1e lit. d Pzp). Wprowadzenie zamkniętego katalogu enumeratywnie wyliczającego istotne zmiany postanowień umowy jest rozwiązaniem, które z jednej strony porządkuje sposób dokonywania zmian w ramach umów dotyczących zamówień publicznych z drugiej zaś może spowodować, że przyjęte wyliczenie nie obejmuje wszystkich stanów faktycznych, które mogą wystąpić w indywidualnych przypadkach stosowania prawa. Wystąpienie takiej sytuacji budziłoby uzasadnione wątpliwości. Kolejnymi dopuszczalnymi modyfikacjami są zmiany, których łączna wartość jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 i jest mniejsza od 10% wartości zamówienia, określonej pierwotnie w umowie w przypadku zamówień na usługi lub dostawy albo, w przypadku zamówień na roboty budowlane – jest mniejsza od 15% wartości zamówienia określonej pierwotnie w umowie (art. 144 ust. 1 pkt 6 Pzp). Pomimo szczegółowości obowiązującej obecnie regulacji, kwestią problematyczną może okazać się okoliczność, iż ustawodawca posługuje się niejasnym pojęciem „ogólnego charakteru” umowy lub umowy ramowej, które nie posiada legalnej definicji. Wydaje się, że zasadnym jest odnoszenie zmian umowy w zakresie tego pojęcia do istotnych i nieistotnych postanowień umowy, których modyfikacja może prowadzić do zmiany typu umowy. Wprowadzenie do treści przepisu pojęcia o nieostrym znaczeniu niewątpliwie utrudnia interpretację normy, co może wpływać na jej prawidłowe stosowanie. W orzecznictwie funkcjonuje pogląd zgodnie, z którym ogólny charakter klauzuli jurysdykcyjnej (jako instytucji prawa) obejmuje ogół relacji pomiędzy stronami umowy²⁰. Przyjmując tok interpretacji Sądu Najwyższego w odniesieniu do pojęcia „ogólnego charakteru” umowy należałoby przyjąć, że „ogólny charakter” umowy odnosi się do wszystkich cech danej umowy. Powszechnie znanymi pojęciami są określenia takie jak np.: „charakter wzajemny” umowy, „charakter odpłatny” umowy, „charakter konsensualny” umowy, odnoszą się one jednak do konkretnych cech danej umowy dlatego „charakter ogólny” należy łączyć ze wszystkimi jej cechami. Innymi słowy opisując „ogólny charakter” umowy należy podać jej wszystkie cechy (z uwzględnieniem postanowień istotnych jak i nieistotnych). Za powyższą interpretacją przemawia pogląd wyrażony w uzasadnieniu wyroku Sądu Apelacyjnego w Szczecinie, zgodnie z którym: o charakterze umowy decyduje jej treść w zakresie kompletnych (wszystkich) elementów zobowiązania²¹. Z kolei analiza elementów stosunku zobowiązaniowego pozwala na przyporządkowanie go do konkretnego typu zobowiązań. Stąd właściwe wydaje się pojmowanie „ogólnego charakteru umowy” jako typu umowy. Stąd modyfikacje powodujące zmianę typu umowy należy uznać za istotne.

Konsekwencje modyfikacji postanowień umowy

Wprowadzenie modyfikacji postanowień umowy w/s realizacji zamówienia publicznego może wywoływać określone konsekwencje. Dokonanie zmian umowy lub umowy ramowej powoduje obowiązek informacyjny jeżeli zmiany dotyczą realizacji dodatkowych dostaw, usług lub robót budowlanych od dotychczasowego wykonawcy, nieobjętych zamówieniem podstawowym oraz w sytuacji kiedy są następstwem modyfikacji zaistniałych w konieczności zmiany umowy lub umowy ramowej spowodowanej okolicznościami, których zamawiający (działając z należytą starannością) nie mógł przewidzieć oraz wartość zmiany nie przekracza 50% wartości zamówienia określonej pierwotnie w umowie lub umowie ramowej²². Obowiązek ten realizowany jest poprzez zamieszczenie przez zamawiającego w Biuletynie Zamówień Publicznych lub przekazanie Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszenia o zmianie umowy po jej dokonaniu. W sytuacji, kiedy

²⁰ Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 7 kwietnia 2016 r. (syg. II CSK 465/15), www.lex.pl.

²¹ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z dnia 15 października 2015 r. (syg. AUa 946/16), www.lex.pl.

²² Art. 144 ust. 1 pkt 2 i 3 Pzp.

umowa zawiera postanowienia przewidujące możliwość zmiany wynagrodzenia wykonawcy z powodu okoliczności innych niż zmiana zakresu świadczenia wykonawcy, dopuszczalną wartość zmiany umowy, w sytuacji gdy: wartość zmiany lub każdej kolejnej zmiany nie przekracza 50% wartości zamówienia określonej w umowie lub umowie ramowej (art. 144 ust. 1 pkt 2 lit. c i pkt 3 lit. b Pzp) albo łączna wartość zmian jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp i jest mniejsza od 10% wartości zamówienia określonej pierwotnie w umowie w przypadku zamówień na usługi lub dostawy lub mniejsza od 15% wartości zamówienia w przypadku robót budowlanych (art. 144 ust. 1 pkt 6 Pzp), ustala się w oparciu o wartość zamówienia określoną pierwotnie, z uwzględnieniem zmian wynikających z tych postanowień. Prawo zamówień publicznych zawiera normę, która ma przeciwdziałać praktyce modyfikowania postanowień zawartej umowy lub umowy ramowej w celu uniknięcia stosowania odpowiednich przepisów tej ustawy. Modyfikacja umów nie może prowadzić do powstania nowego stosunku zobowiązaniowego. Ustawodawca zastrzegł, że w przypadkach, kiedy zmiany dotyczą realizacji dodatkowych dostaw, usług lub robót budowlanych przez dotychczasowego wykonawcę, a dostawy, usługi lub roboty budowlane nie były objęte zamówieniem podstawowym, ale stały się niezbędne i zostały spełnione następujące warunki: zmiana wykonawcy nie została dokonana z powodów ekonomicznych lub technicznych, w szczególności dotyczących zamienności lub interoperacyjności sprzętu, usług lub instalacji, zamówionych w ramach zamówienia podstawowego (art. 144 ust. 1 pkt 2 lit. a Pzp), a zmiana wykonawcy spowodowałaby istotną niedogodność lub znaczne zwiększenie kosztów dla zamawiającego (art. 144 ust. 1 pkt 2 lit. b Pzp), przy czym wartość każdej kolejnej zmiany nie przekracza 50% wartości zamówienia określonej pierwotnie w umowie lub umowie ramowej (art. 144 ust. 1 pkt 2 lit. c Pzp) albo umowa jest modyfikowana, ponieważ zostały spełnione łącznie warunki dotyczące konieczności zmiany umowy lub umowy ramowej spowodowanej okolicznościami, których zamawiający (działając z należytą starannością, nie mógł przewidzieć), a wartość zmiany nie przekracza 50% wartości zamówienia określonej pierwotnie w umowie lub umowie ramowej (art. 144 ust. 1 pkt 3 Pzp), zamawiający nie może wprowadzać kolejnych zmian umowy lub umowy ramowej w celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy. Ten sam reżim dotyczy zmian polegających na tym, że wykonawcę, któremu zamawiający udzielił zamówienia, ma zastąpić nowy wykonawca: w wyniku połączenia, podziału, przekształcenia, upadłości, restrukturyzacji lub nabycia dotychczasowego wykonawcy lub jego przedsiębiorstwa, o ile nowy wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu, nie zachodzą wobec niego podstawy wykluczenia oraz nie pociąga to za sobą innych istotnych zmian umowy (art. 144 ust. 1 pkt 4 lit. b Pzp).

W sytuacji w której wprowadzane są zmiany przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia w postaci jednoznacznych postanowień umownych określających ich zakres, w szczególności możliwość zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy i charakter oraz warunki wprowadzenia zmian, a także gdy konieczność zmiany umowy lub umowy ramowej spowodowana jest okolicznościami, których zamawiający (działając z należytą starannością) nie mógł przewidzieć, a wartość zmiany nie przekracza 50% wartości zamówienia określonej pierwotnie w umowie lub umowie ramowej lub łączna wartość zmian jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 i jest mniejsza od 10% wartości zamówienia określonej pierwotnie w umowie w przypadku zamówień na usługi lub dostawy albo, w przypadku zamówień na roboty budowlane – jest mniejsza od 15% wartości zamówienia określonej pierwotnie w umowie – dokonanie modyfikacji nie może prowadzić do zmiany charakteru umowy lub umowy ramowej. Przepisami mającymi na celu zagwarantowanie zachowania zasad udzielania zamówień publicznych a przede wszystkim zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców a także realizację normy wyrażonej w treści art. 7 ust. 3 Pzp, zgodnie z którą: „zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy”, są regulacje znowelizowanego art. 144 ust. 2 i 3. Wynika z nich, że zmiany w zakresie postano-

wień umów dokonane z naruszeniem prawa zamówień publicznych podlegają unieważnieniu i zastępują je postanowienia w brzmieniu sprzed dokonanych zmian (w pierwotnym brzmieniu). Natomiast chęć wprowadzenia zmian postanowień umowy, które przekraczają zakres modyfikacji dopuszczony w prawie zamówień publicznych wymaga przeprowadzenia nowego postępowania²³. Modyfikacje umów w/s realizacji zamówienia publicznego nie mogą prowadzić do powstania nowego stosunku zobowiązaniowego.

Podsumowanie

1. Potrzeba wprowadzenia modyfikacji w zakresie przepisów regulujących kwestie związane ze zmianami umów w/s zamówień publicznych była dostrzegana w przeszłości²⁴ i wynikała z obserwacji pojawiających się w praktyce stosowania zamówień publicznych potrzeb, które nie były uwzględnione w regulacjach ustawowych przed nowelizacją. Pomimo faktu znacznego rozbudowania przepisów opisujących dopuszczalne modyfikacje postanowień umów w/s zamówień publicznych reguła trwałości postanowień umowy zawartej w wyniku udzielenia zamówienia publicznego została utrzymana, doprecyzowano przesłanki pozwalające na dokonywanie transformacji. Niezmienna pozostaje podkreślana w orzecnictwie zasada zakazu rozszerzającej interpretacji przepisów reglamentujących dopuszczalność zmian umowy²⁵, nie mniej jednak nowelizacja wprowadziła bardziej elastyczne rozwiązania, w tym nowe przesłanki umożliwiające modyfikację postanowień umownych.

2. Jak wynika z uzasadnienia rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych i niektórych innych ustaw²⁶ – celem projektu było wdrożenie do polskiego porządku prawnego rozwiązań wprowadzonych przez prawodawstwo unijne, tj. art. 72 dyrektywy 2014/24/EU²⁷ oraz art. 89 dyrektywy 2014/25/EU²⁸.

3. Podkreślić należy, że nowelizując przepisy zastosował ustawodawca odmienną od dotychczasowej technikę legislacyjną. Przed nowelizacją przepis art. 144 ust. 1 Pzp miał formę klauzuli generalnej (ogólnej), co powodowało konieczność każdorazowej interpretacji i subsumcji stanów faktycznych do normy wynikającej z treści tego przepisu. Znowelizowany przepis jest bardziej szczegółowy posługuje się wyliczeniami taksatywnymi w odniesieniu do wyliczeń przypadków, w których możliwe jest dokonanie zmian postanowień zawartej umowy oraz w odniesieniu do katalogu zamkniętego istotnych zmian umowy. Takie rozwiązanie czyni przepis bardziej precyzyjnym jednak może budzić wątpliwości, że nie obejmuje on wszystkich mogących wystąpić w prak-

²³ Por. Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 13 stycznia 2004 r. w sprawie zakazu podmiotowych zmian umowy o zamówienie publiczne (syg. V CK 97/03), www.lex.pl. Sąd Najwyższy w przywołanym orzeczeniu uznał, że umowa umożliwiająca przejęcie zamówienia publicznego przez podmiot nieuprawniony z obejściem rygorów ustawowych jest nieważna gdyż prowadzi obejścia bezwzględnie obowiązującego przepisu art. 12 a ustawy o zamówieniach publicznych (obecnie art. 7 ust. 3 Pzp).

²⁴ Zob. np. P. Stokłosa, *Dopuszczalność zmian po stronie wykonawcy w ramach umów w sprawie realizacji zamówienia publicznego udzielonego przez gminę [w:] Obrót powszechny i gospodarczy. Problemy publicznoprawne i ekonomiczne*, red. I. Ramus, Kielce 2014, s. 197–210.

²⁵ Uchwała Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 18 lipca 2016 r. (syg. KIO/KD 46/16), www.lex.pl.

²⁶ Uzasadnienie rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych i niektórych innych ustaw, Druk sejmowy nr 366, <http://www.sejm.gov.pl/Sejm8.nsf/druk.xsp?nr=366> (dostęp 27.03.2017 r.).

²⁷ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE (Dz.U.UE.L.2014.94.65 z dnia 2014.03.28).

²⁸ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylająca dyrektywę 2004/17/WE (Dz.U.UE.L.2014.94.243 z dnia 2014.03.28).

tyce stanów faktycznych. Nowelizacja uwzględnia również dotychczasowe kierunki wypracowane w praktyce orzeczniczej Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej oraz sądów krajowych.

4. Stosowanie znowelizowanej regulacji może wywoływać określone konsekwencje. Pierwsza to obowiązek informacyjny związany z wymogiem publikowania ogłoszeń dotyczących modyfikowanych postanowień umowy w przypadkach określonych przez Prawo zamówień publicznych. Druga to nieważność zmian wprowadzonych niezgodnie z prawem, przy czym nie jest to nieważność *ex lege* ale wskazanie, że wadliwe zmiany podlegają unieważnieniu i zastępowane są przez postanowienia obowiązujące przed wprowadzeniem zmian. Trzecią konsekwencją jest obowiązek przeprowadzenia nowego postępowania, w sytuacji gdy planowana zmiana umowy prowadziła do powstania nowego stosunku zobowiązaniowego.

5. Aktualnie wobec braku ugruntowanej linii orzeczniczej dotyczącej nowo obowiązujących przepisów, po niespełna dziewięciu miesiącach obowiązywania nowelizacji, pełna i jednoznaczna ocena nowej regulacji w świetle praktycznego zastosowania przepisów jest niemożliwa. Wydaje się, że zmiana dokonana w zakresie przepisów regulujących kwestie związane z dopuszczalnością modyfikacji postanowień umów w/s realizacji zamówień publicznych w wyniku wejścia w życie ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o *zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw* to zmiana potrzebna i uwzględniająca oczekiwania uczestników obrotu gospodarczego związanego z rynkiem zamówień publicznych w Polsce. Przepisy w brzmieniu po nowelizacji umożliwiają łatwiejsze ich stosowanie, co bez wątpienia pozytywnie wpływa na zachowanie zasad finansów publicznych przy realizacji zamówień publicznych.

O POTRZEBIE ZMIAN KOMPLEKSOWYCH W PRAWIE ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

*dr hab. Ryszard Szostak, Kierownik Katedry Prawa Administracyjnego i Zamówień Publicznych,
Uniwersytet Ekonomiczny w Krakowie*

Abstrakt

Artykuł traktuje o konieczności wprowadzenia zmian w prawie zamówień publicznych przedstawiając kierunki zmian i konkretne propozycje rozwiązań. Konieczność opracowania nowego aktu prawnego jest oczywista, wynikająca z jednej strony ze zużycia się obecnej Ustawy Prawo zamówień publicznych, obciążonej mankamentami, lukami czy sprzecznościami, utrudniającymi stosowanie prawa, z drugiej zaś z potrzeby implementacji nowych rozwiązań europejskich, zmierzających do integracji i modernizacji zamówień międzynarodowych.

Istotne jest, aby kierunki nowelizacji obejmowały m.in. wdrożenie rozwiązań zmierzających do pełnej elektronizacji zamówień publicznych, poprawę spójności, przejrzystości i werbalnej jakości przepisów wraz z możliwym ich uproszczeniem, unowocześnienie regulacji ustawowej poprzez eliminację rozwiązań chybionych lub zbędnych oraz modernizację rozwiązań mało efektywnych, a także dalsze usprawnienie i odformalizowanie procedur udzielania zamówień publicznych.

Abstract

The paper presents the need of introducing changes to public procurement law and indicates general directions as well as specific proposals of changes. The necessity of preparation of a new legal act is obvious and it results, on the one hand, from the weariness of the Act – Public Procurement Law currently in force, full of shortcomings, gaps and contradictions, which make its application more difficult; on the other hand, it is connected with the necessity to implement new European solutions aimed at integration and modernization of international procurement.

It is crucial that the amendments cover inter alia implementation of solutions aimed at full digitalization of public procurement processes, improvement of coherence, transparency and verbal quality of the provisions together with their possible simplification, modernization of the regulation by means of elimination of ineffective or superfluous solutions as well as further improvement and increase of flexibility of public procurement award procedures.

Uwagi ogólne

Zamówienia publiczne rzutują nie tylko na sprawne funkcjonowanie aparatu państwowego i samorządowego, odgrywają także istotną rolę gospodarczą i społeczną. Obejmują bowiem ponad 20% obrotu zawodowego¹. Podstawowe znaczenie ma oczywiście zaopatrzenie instytucji publicznych w niezbędne dobra i zaspokajanie rozległych potrzeb zbiorowych. Pod względem gospodarczym zamówienia kreują zatem znaczny popyt. Nie bez znaczenia jest też aspekt ochronny związany z koniecznością racjonalnego wydatkowania środków publicznych. W ramach rachunku efektyw-

¹ Por. R. Szostak: Zamówienia publiczne instrumentem stymulacji rozwoju gospodarczego (w:) Prawne instrumenty oddziaływania na gospodarkę, red. A. Powąłowski, Warszawa 2016, s. 273 i n.

nego gospodarowania środkami publicznymi nie można jednak pomijać kosztów biurokratycznych i rozmaitych strat wywołanych wadliwym funkcjonowaniem procedur, choć nie wolno zapominać też o korzyściach jakie można osiągnąć przy stymulacyjnym ukierunkowaniu zamówień na postęp i innowacyjność, rozwój gospodarczy oraz wzmocnienie interesów pracowniczych².

Powyższe cele wymagają udanej regulacji ustawowej, poczynwszy od planowania i przygotowania, poprzez procedury udzielania zamówień, aż do efektywnej realizacji umów o zamówienie publiczne. Normowanie tych zagadnień jest trudne, ponieważ w istocie dotyczą nietypowych rozwiązań organizacyjnych i rozmaitych ograniczeń swobody kontraktowej, którym towarzyszą podwyższone standardy gospodarowania i dyscypliny finansów publicznych. Tymczasem w poprzednim okresie ustrojowym zamówienia rynkowe w ogóle nie były praktykowane. Wystarczyły plany scentralizowane, rozdzielniki administracyjne i cenniki urzędowe, a umowa finalna była jedynie listkiem figowym. Brak zatem rodzimych tradycji i trwałych standardów. Po kilkudziesięciu latach zastoju wszystko trzeba od nowa wypracować. Zmieniana wielokrotnie regulacja ustawowa zamówień publicznych ciągle nie jest jeszcze stabilna, dostatecznie spójna i adekwatna do potrzeb. Pomimo upływu ćwierćwiecza od zmiany ustroju wciąż nie ma wiarygodnej perspektywy zakończenia przedłużającego się okresu jej dojrzewania. Niemalych trudności nastrocza ponadto konieczność implementacji nowych rozwiązań europejskich, zmierzających zwłaszcza do większej integracji i modernizacji zamówień transgranicznych. Dlatego potrzeby opracowania nowego aktu normatywnego nikt nie kwestionuje. Obecna ustawa zużyła się, jako nadmiernie przepełniona rozmaitymi przerostami, lukami, sprzecznościami i innymi mankamentami, utrudniającymi zwyczajne stosowanie prawa. Także i pod względem merytorycznym nie wytrzymuje próby czasu.

Rychła interwencja legislacyjna powinna zmierzać – jak się zdaje – do wprowadzenia pilnych korekt do aktualnej ustawy, wyłącznie w odniesieniu do rozwiązań chybionych lub utrudniających bieżące stosowanie prawa, a następnie do w miarę szybkiego sporządzenia koncepcji i założeń nowej ustawy, przeprowadzenie niezbędnych konsultacji, opracowana udanego projektu i nadania mu właściwego biegu legislacyjnego, tak aby najpóźniej w drugiej połowie 2018 roku można było operować nowym aktem. Prace przygotowawcze oraz projektodawcze powinno się skoncentrować w Urzędzie Zamówień Publicznych (UZP), nie tylko z uwagi na jego współodpowiedzialność za budowę sprawnego systemu i koherentny stan prawa zamówień publicznych, ogólny obowiązek monitoringu i diagnozowania, lecz także ze względu na ustawową powinność przedstawiania niezbędnych projektów zmian legislacyjnych (vide art. 154 Pzp). Nie bez znaczenia jest ponadto naturalne zaplecze kadrowe UZP, specjalizacja i dostęp do rzetelnej informacji, użytecznej legislacyjnie³. Dlatego na szczególne uznanie zasługuje przeprowadzona ostatnio akcja UZP w postaci serii konsultacji nt. założeń koncepcyjnych oraz kierunków nowego prawa zamówień publicznych, ze środowiskami naukowo-eksperckimi oraz przedstawicielami palestry, administracji i praktyki⁴. Pogłębiony merytorycznie charakter dyskusji i konstruktywne wnioski pozwalają na sformułowanie wielu postulatów de lege ferenda odnośnie głównych założeń nowelizacji⁵.

Sfera ograniczeń swobody kontraktowej to problematyka niezwykle wrażliwa, wymagająca odpowiedzialnych analiz i ostrożności w projektowaniu konkretnych rozwiązań. Nikt bowiem nie lubi ograni-

² Na temat aspektów społecznych zob. nowe zalecenia Rady Ministrów z 29 marca 2017 r. w sprawie uwzględniania przez administrację rządową aspektów społecznych w zamówieniach publicznych, dostępne na stronach internetowych UZP.

³ Jeśli utrzymują się jeszcze jakieś „niedobory kadrowe”, zwłaszcza w Departamencie Prawnym UZP (na stanowiskach legislatorów) powinny być rychło usunięte.

⁴ Zob. M. Stręciwilk: Publiczna debata – w kierunku usprawnienia systemu zamówień publicznych, „Zamówienia Publiczne – Doradca” 2017 Nr 1, s. 6 i n.

⁵ Por. materiał przedstawiony przez UZP na podstawie przeprowadzonych debat pn. System zamówień publicznych – projektowane kierunki zmian i perspektywy rozwoju, Warszawa 2017.

czeń, o ile nie są zasadne, zwłaszcza że w sferze zamówień publicznych większość z nich ma charakter proceduralny. Poza tym chodzi też o to, aby ostateczny kształt regulacji był oszczędny, racjonalny i przejrzysty. Rzeczywistego przestrzegania warunków proceduralnych i innych wymagań nie da się bowiem w pełni zagwarantować w drodze prostej dekretacji ustawowej, nawet umocnionej sankcjami. Potrzeba zrozumienia i akceptacji ze strony adresatów poszczególnych unormowań jest oczywista, a do tego niezbędna jest elastyczność, stabilizacja i racjonalizacja oraz podejście nastawione na spójność i jasność nowego prawa, aby mogło wreszcie funkcjonować w warunkach zwyczajnego zaufania obywatelskiego. Sama procedura legislacyjna powinna być zatem niezwykle zobiektywizowana, wolna od pierwiastków politycznych i nadmiernego lobbingu ze strony grup partykularnych interesów.

Podstawowe założenia koncepcyjne i kierunki zmian

Nasuujące się w związku z przeprowadzonymi konsultacjami UZP wnioski dotyczące koncepcji nowego prawa zamówień publicznych są racjonalne i dojrzałe z perspektywy minionego ćwierćwiecza, zasługują na aprobatę⁶.

Na czoło wysuwa się postulat zachowania kompleksowego ujęcia nowego prawa, korzystnego zwłaszcza z punktu widzenia pewności jego stosowania, a także z punktu widzenia bezpieczeństwa transakcji, w zgodzie z konstytucyjnymi zasadami państwa demokratycznego. Przemawiają za tym także względy historyczne (vide: regulacja przedwojenna oraz ustawa z 1994 r.) oraz prawno-porównawcze (w większości państw europejskich obowiązują regulacje kompleksowe). Jednym aktem trzeba objąć zatem w miarę wszystkie rodzaje zamówień, także sektorowe i związane z obronnością. Wyjątek może dotyczyć co najwyżej zamówień na świadczenia zdrowotne finansowane z środków gromadzonych w trybie obowiązkowych ubezpieczeń zdrowotnych, choć w wielu krajach nie zasługują one na wyłączenie. Nie oznacza to – rzecz jasna – zgody na poniesienie starań o doskonalenie procedur także tych zamówień, w kierunku rzeczywistej ich konkurencyjności, przejrzystości i efektywności. Odrębne unormowanie koncesji budowlanych i usługowych w ramach innej ustawy można tolerować tylko przejściowo.

Najbardziej jednak niepokojące są narastające od wielu lat tendencje do wyłączania z prawa zamówień regulacji coraz to nowych rodzajów zamówień (kulturalnych, oświatowych, naukowych, ubezpieczeniowych, śmieciowych itp.)⁷ i całościowego lub częściowego normowania ich w osobnych ustawach, nierzadko w ramach chybionych rozwiązań. Prowadzi to do postępującej degradacji i szkodliwego rozpraszania problematyki zamówień publicznych poprzez mnożenie przepisów odrębnych, prowadzące do niepotrzebnego dublowania unormowań z rażącymi defektami w zakresie spójności i przejrzystości. Konieczna jest rychła inwentaryzacja wszystkich takich przypadków wraz z oceną ich zasadności merytorycznej i formalno-legislacyjnej (celem obnażenia nonsensów), wraz z sformułowaniem wniosków o zakresie postępującej dezintegracji całej regulacji.

Z drugiej strony na tym tle rysuje się potrzeba krótkiego unormowania statusu zamówień całkowicie wyłączonych z reżimu ustawowego, zwłaszcza drobnych (bagatelnych), tak aby łatwiej można było w praktyce rozpatrywać je w kategoriach zamówień uprzywilejowanych (vide: problem sumarycznej wartości zamawianego asortymentu), wraz z podstawowymi zasadami ich udzielania. Pogląd o tym, że w prawie zamówień publicznych nie powinno się normować zamówień wyłączonych lub uprzywilejowanych jest chybiony i przyczynia się do trudności praktycznych oraz przerostów biurokratycznych. Na gruncie regulacji przedwojennej nie było co do tego żadnych wątpliwości.

⁶ Tamże.

⁷ Por dla przykładu art. 6c–6 f ustawy z 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz. U. z 2016 r., poz. 250 ze zm.).

W ramach kompleksowego ujęcia nowej ustawy oczywiste staje się zachowanie tytułowego określenia „prawo”, choć jedynie dla podkreślenia znaczenia regulacji wyspecjalizowanej, skoro nie może chodzić o samodzielną gałąź prawa. Akcent ten podnosi rangę regulacji, a także jej walory systemowe, tym bardziej że objęta nią problematyka nie jest przecież jednorodna, lecz stanowi wynik niezwykle złożonej syntezy ponadgałęziowej⁸. Najważniejsza jest tu konieczność posilkowego stosowania przepisów kodeksu cywilnego, ustawy o finansach publicznych, ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i wielu innych przepisów ogólnych. Z tych właśnie względów nie można zgodzić się z pojawiającym się ostatnio poglądem, aby nową ustawę nazwać „kodeksem zamówień publicznych”, co – na gruncie polskiego systemu prawa – byłoby uzasadnione jedynie w warunkach w pełni samodzielnej i wyczerpującej regulacji. W nielicznych krajach (np. we Francji) wykształciły się jednak tradycje w odniesieniu do „kodeksów wyspecjalizowanych”.

Przy zachowaniu subsydiarnego stosowania przepisów odrębnych kluczową rolę musi odgrywać troska o zachowanie spójności „miedzy-ustawowej”, co wynika zresztą wprost z zasad dobrej legislacji. Z tego punktu widzenia nie można dłużej tolerować przypadków operowania pojęciami, konstrukcjami i terminologią odbiegającymi bez potrzeby od rozwiązań ogólnych. W przeciwnym wypadku od razu ujawniają się tendencje do przerostów regulacyjnych, wynikających choćby tylko z pozornej potrzeby definiowania coraz to nowych pojęć i rozwiązań, nie wspominając o naruszeniu wymogu przejrzystości, pociągającym nieuchronnie zwiększenie trudności w stosowaniu prawa. Aktualna regulacja jest przepełniona zbyt wieloma rzekomo oryginalnymi „nowościami”, które wymagają urzędowej inwentaryzacji z punktu widzenia oceny przydatności. Niektóre z nich usprawiedliwia się nietrafnie potrzebą implementacji rozwiązań europejskich. Tymczasem przecież już z samej istoty tej „implementacji” wynika jedynie przystosowawcza transpozycja koniecznych rozwiązań w procesie odpowiedzialnej i elastycznej recepcji, nie tyle z bezpośredniej treści dyrektyw, ile co do celów i konstrukcji. Trzeba zatem zadbać o rzeczywiste przystosowanie prawa polskiego do dyrektyw, z poszanowaniem w miarę możliwości rodzimych rozwiązań, doświadczeń i tradycji, a także ugruntowanych już kompromisów⁹, zmierzając do ograniczenia skutków prostego przepisywania dyspozycji dyrektyw z przeszłości. Poza tym przegląd wymaga lista rozwiązań fakultatywnych, które implementowano z pewnym kredytem zaufania, a to z punktu widzenia ich przydatności w świetle bieżących potrzeb praktyki.

W ogóle kompleksowy charakter aktu normatywnego narzuca pod każdym względem podwyższone standardy spójności i przejrzystości regulacji oraz oszczędne i odpowiedzialne operowanie przepisami narzucającymi odstępstwa od rozwiązań ogólnych, z uwzględnieniem całego otoczenia normatywnego. Dlatego nowa ustawa musi być bardziej efektywna pod tym względem, w porównaniu do aktualnie obowiązującego aktu, przede wszystkim powinna być wolna od wszelkich przerostów o wątpliwej przydatności, przysłowiowych „wyjątków od wyjątków”. Przykładowo pomimo zgłaszanych od dawna postulatów przywrócenia odwołań w zakresie zamówień małej wartości, nadal utrzymuje się niczym nieuzasadnione drobne wyłączenie, które wymaga kilku przepisów i niezwykle kosztownych wysiłków interpretacyjnych, niezbędnych w obliczu narosłych rozbieżności w orzecznictwie (vide: art. 180 ust. 2 Pzp).

Nie zasługuje na aprobatę spotykany niekiedy pomysł, aby systematyka nowej ustawy odbiegała od układu dotychczasowej regulacji. Wręcz przeciwnie, usprawiedliwiona historycznie systematyka Pzp (sięgająca okresu międzywojennego), analogiczna do układu regulacji obowiązujących

⁸ Więcej o tym R. Szostak: Zakres i struktura Prawo zamówień publicznych, „Kwartalnik Prawo Zamówień Publicznych” 2013, Nr 4, s. 3 i n.

⁹ O rozwiązaniach kompromisach w ramach ostatniej nowelizacji ustawy zob. zwłaszcza M. Haładyj: Nowelizacja trudna, ale konieczna oraz M. Kowalski: Ulga i niedosyt, „Zamówienia Publiczne – Doradca” 2016, Nr 7, s. 10 i n. oraz 20 i n.

w większości państw środkowoeuropejskich, w pełni zasługuje na utrzymanie, co potwierdzają wyniki wstępnej konsultacji przeprowadzonych przez UZP. Wszelka bowiem „rekodyfikacja” o charakterze ewolucyjnym powinna uwzględniać dotychczasowe rozwiązania, już sprawdzone, zweryfikowane pozytywnie przez praktykę, judykaturę i piśmiennictwo. W szczególności chronologiczny układ regulacji: od zakresu reżimu poprzez zasady, wymagania przygotowawcze – aż do procedur, co najmniej od przedwojnia zapewniał przejrzystość i odpowiadał potrzebom praktyki. Ten swoiście „chronologiczny” układ (systematyka) nowej ustawy, oparty na kryteriach przedmiotowych wydaje się konieczny także ze względu na mieszany charakter regulacji. W świetle powszechnego przekonania należy zachować w pełni cywilnoprawny charakter, nie tylko umów o zamówienia publiczne, lecz także samych procedur ich udzielania, natomiast planowanie zamówień i przygotowanie procedur ich udzielania powinno odbywać się w ramach więzi administracyjno-prawnych. Administracyjne są też nadzór i kontrola wewnętrzna, jak i zewnętrzna, a także status UZP oraz KIO, choć postępowanie przed KIO musi mieć charakter jurysdykcyjny, z uwagi na wyłączenie drogi sądowej. Finansowanie zaś zamówień publicznych odbywa się z uwzględnieniem przepisów prawa finansowego, podobnie jak i odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych.

W świetle powyższego podstawowe znaczenie mają trzy, nasuwające się także w świetle uruchomionej już dyskusji, kierunki nowelizacji, a mianowicie: a) dalsze wdrożenie rozwiązań zmierzających do pełnej elektronizacji zamówień, b) poprawa spójności, przejrzystości i werbalnej jakości przepisów wraz z możliwym ich uproszczeniem (ograniczeniem ilościowym), c) unowocześnienie regulacji ustawowej poprzez eliminację rozwiązań chybionych lub zbędnych oraz modernizację rozwiązań mało efektywnych, a także dalsze usprawnienie i odformalizowanie (w miarę możliwości) procedur udzielania zamówień publicznych. Towarzyszyć temu powinna weryfikacja trafności implementacji poszczególnych dyspozycji z dyrektyw europejskich, z uwzględnieniem doświadczeń bieżącej praktyki.

Najbardziej oczywiste są postulaty z zakresu wdrożenia rozwiązań europejskich umożliwiających pełną elektronizację zamówień. Nie chodzi tu bynajmniej tylko o komunikację elektroniczną, czy bezpieczne składanie ofert, czy transfer dokumentów, lecz o kompleksową elektronizację, łącznie z formułą prowadzenia protokołu postępowania i jego udostępniania zainteresowanym oraz optymalnym ukształtowaniem szczególnych technik kontraktowania, zwłaszcza w odniesieniu do umów ramowych i katalogów elektronicznych¹⁰.

Struktura nowego prawa

Nieuchronne przerosty regulacyjne powstałe w wyniku kolejnych nowelizacji prawa zamówień publicznych z 2004 roku, a także sukcesywnego jego wzbogacania o kolejne kwestie, doprowadziły do nadmiernego rozszerzenia objętości ustawy. Stąd niezbędna jest większa koncentracja regulacji z zachowaniem efektywnej (co do treści i stylu) redakcji przepisów, w miarę syntetycznych, operujących terminologią i pojęciami powszechnie znanymi, wyrosłymi z rodzimych tradycji, przy eliminacji zbędnej kazuistyki i niekończących się „wylizczanek”. Koniecznie przestrzegać należy zasad logicznego podziału treści, konsekwencji pojęciowo-konstrukcyjnych, a przede wszystkim zasad dobrej legislacji. Pośród kluczowych wymagań syntetyki, spójności i przejrzystości nowej ustawy, na czoło wysuwają się:

- dostateczne wyczerpanie problematyki, bez pozostawiania poza regulacją lub też przenoszenia do odrębnych ustaw, istotnych kwestii,

¹⁰ Zob. G. Wicik: Katalogi elektroniczne nowym sposobem kontraktowania w zamówieniach publicznych, „Kwartalnik Prawo Zamówień Publicznych” 2016, Nr 1, s. 132 i n.

- ograniczenie wyjątków i wyłączeń od ogólnych zasad prawa (cywilnego, administracyjnego, finansowego i t.d.) do absolutnie koniecznych, usprawiedliwionych okolicznościami szczególnymi, zwłaszcza europejskimi, z zachowaniem aparatury pojęciowej właściwej dla poszczególnych gałęzi prawa,
- całkowite wykluczenie powtórzeń przepisów (tym bardziej nieudolnych) z innych ustaw,
- regulacja powinna być zwięzła, ujęta w zgodzie z regułami języka polskiego, w brzmieniu dostatecznie odzwierciedlającym intencje ustawodawcy,
- ograniczenie definicji legalnych jedynie do określeń wieloznacznych, nieostrych lub niezrozumiałych, z ewentualnym „słowniczkiem” – dotyczącym wyłącznie pojęć stosowanych wielokrotnie,
- ograniczenie wyliczeń do przypadków wyjątkowych, usprawiedliwionych okolicznościami, z zastosowaniem właściwej techniki redakcyjnej.

Pełne wdrożenie powyższych zasad dobrej legislacji spowoduje niewątpliwie znaczne oszczędności redakcyjne. Dodatkowe usprawnienia można osiągnąć w wyniku utrzymania dyscypliny redakcyjnej, koniecznej aż do momentu całkowitego zakończenia prac legislacyjnych, a także w miarę prostej systematyki materii ustawowej¹¹.

Wydaje się, że tak jak w wielu innych krajach, wystarczająca byłaby jednostopniowa systematyka ustawy, analogiczna do zastosowanej w ustawie z 1994 r. (rozdziały). Im bowiem więcej stopni systematyki, tym więcej problemów natury redakcyjnej, umacnia się też tendencja do rozrostu całej regulacji, nie zawsze z pożytkiem dla jej przejrzystości.

Rozdział 1 powinien zawierać – rzecz jasna – „przepisy ogólne”, zwłaszcza wyznaczać zakres reżimu, specyfikację wyłączeń, zamówienia uprzywilejowane, w tym zasady zamawiania usług szczególnych z delegacją do stosownego rozporządzenia wykonawczego R.M. (por. załącznik nr 14 do dyrektywy 2014/24), zamówienia mieszane, status zamówień drobnych i t.d.

Rozdział 2 mógłby obejmować nieco szerszy, niż obecnie, katalog zasad udzielania zamówień, z uwzględnieniem dorobku paroletniej dyskusji na ten temat; w ramach zaś zasady równego dostępu do zamówień powinno się unormować ogólnie status wykonawcy, natomiast przy okazji zasady przetargowego sposobu udzielania zamówień można wspomnieć o wyjątkach, zwłaszcza o negocjacyjnym (niewiązącym) trybie udzielenia zamówienia z wolnej ręki oraz o konkursowym sposobie zamawiania twórczych prac projektowych i innych dzieł autorskich.

Rozdział 3 poświęcony „przygotowaniu udzielenia zamówienia publicznego” powinien obejmować normy dotyczące: planowania zamówień, prawidłowego opisu przedmiotu zamówienia i szacowania jego wartości, wyboru trybu oraz w miarę możliwości normy poświęcone reprezentacji zamawiającego, w tym komisji przetargowej wraz z nadzorem nad udzieleniem i wykonywaniem zamówień, a ponadto normy o formach „wspólnego udzielenia zamówień”, natomiast do problematyki „warunków zamówienia” powinno się przesunąć zasady wspólnego ubiegania się o zamówienie.

Rozdział 4, pn. „ustalenie warunków zamówienia”, musi wyczerpywać całą, obecnie niezwykle rozległą i skomplikowaną, problematykę kształtowania tych warunków w trybie adhezyjnym (vide: art. 36 i n. Pzp).

¹¹ Więcej o tym R. Szostak: O urzędowej koncepcji nowego prawa zamówień publicznych – krytycznie, „Zamówienia publiczne – Doradca”, 2016, Nr 6, s. 19 i n.

Rozdział 5 powinno się poświęcić „składaniu ofert”; w wielu bowiem krajach wyróżnia się ten pierwszy etap postępowania, obejmujący kolejne fazy, począwszy od ogłoszenia (zaproszenia), udostępnienia warunków zamówienia i sposobów ich wyjaśniania, poprzez samo składanie ofert z możliwością ich zmian (wycofywania), aż do fazy otwarcia ofert, wraz z dostępem do protokołu postępowania.

Rozdział 6 mógłby dotyczyć „kwalifikacji wykonawców”, począwszy od zasad weryfikacji warunków podmiotowych i podstaw wykluczania wykonawców, poprzez sposoby ich dokumentowania, łącznie z tzw. uzupełnianiem dokumentów, aż do samej czynności wykluczenia i jej następstw, także w ramach tzw. procedury odwróconej.

Rozdział 7 konsekwentnie trzeba poświęcić problematyce „udzielenia zamówienia”, zaczynając od tzw. badania ofert, poprzez ich kwalifikację, a następnie wartościującą ich ocenę na podstawie zobiektywizowanych kryteriów, aż do wyboru oferty najkorzystniejszej, wraz z wszystkimi konsekwencjami tzw. obowiązku zawarcia umowy finalnej.

Rozdział 8, zatytułowany „przetarg” mógłby regulować elementy konstrukcyjne trzech rodzajów przetargu: nieograniczonego, ograniczonego i uproszczonego, zwanego obecnie nie całkiem zřęcznie „zapytaniem o cenę”; w jego zakończeniu można zamieścić regulację dodatkowej procedury „przetargu elektronicznego”, zwanej dotychczas – niezbyt trafnie – „aukcją uzupełniającą”, oczywiście z wyłączeniem jej zastosowania w przetargu uproszczonym, natomiast jej dopuszczalność w innych procedurach wynikałaby z odesłania.

Rozdziały 9–11 należałoby poświęcić kolejno procedurom: negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego i tzw. partnerstwa innowacyjnego.

Rozdział 12 mógłby zawierać skromną regulację negocjacji bez ogłoszenia, o ile nie dałoby się jej „dopisać” w rozdz. poprzednim.

Rozdział 13 poświęcony „udzieleniu zamówienia z wolnej ręki” zamykałby katalog procedur powszechnego zastosowania.

Rozdział 14 powinien dotyczyć „konkursu” na prace projektowe i inne dzieła intelektualne, który powinien być trybem zasadniczym dla twórczych prac projektowych, tak jak to było od średniowiecza, a w innych państwach pozostaje kwestią oczywistą.

Rozdział 15 mógłby dotyczyć samodzielnej „licytacji elektronicznej” w zarysie, w odniesieniu do zamówień małej wartości, choć zainteresowanie nią aktualnie w praktyce jest znikome, liczyć należy jednak na jej ożywienie w przyszłości.

Rozdział 16 zwierający przepisy pn. „umowy ramowe” o szczególnym sposobie kontraktowania, pozostającym jednak nadal w stanie reaktywacji; rozważyć natomiast trzeba pominięcie procedury tzw. dynamicznego systemu zakupów (brak jakiegokolwiek zainteresowania praktycznego), w przeciwnym wypadku regulacja powinna być niezwykle oszczędna i wolna od zbędnych przepisów instrukcyjnych, ujęta w konwencji obligacyjnej.

Rozdziały 17–18 obejmować powinny przepisy odpowiednio o „zamówieniach sektorowych” oraz o „zamówieniach z zakresu bezpieczeństwa i obronności”.

Rozdział 19 o „dokumentowaniu postępowań” krótko mógłby załatwiać kwestię protokołu postępowania oraz sprawozdawczości, choć lepiej byłoby powiązać protokół bezpośrednio z zasadą

dokumentowania przebiegu postępowania, a sprawozdawczość z zadaniami Prezesa UZP, skoro i tak nie da się uniknąć rozporządzeń wykonawczych.

Rozdział 20 dotyczyłby problematyki umów o zamówienia publiczne z zagadnieniem podwykonawstwa oraz niezbędnymi ograniczeniami swobody kontraktowej, zwłaszcza w odniesieniu do zmiany zobowiązań umownych.

Rozdziały 21–22, w zakończeniu ustawy, należałoby odnieść się do kwestii organizacyjnych, zwłaszcza do statusu i zadań Prezesa UZP oraz KIO¹².

Rozdział 23 o „szczególnych środkach ochrony prawnej” powinien być poświęcony nie tylko postępowaniu odwoławczemu, lecz także i dochodzeniu odpowiedzialności odszkodowawczej (skutecznej): zamawiającego za uchybienia organizatorskie¹³, a wykonawców za oczywiście bezzasadne nadużywanie środków ochrony prawnej (obstrukcję)¹⁴; chodzi o unormowanie niezbędnych odstępstw od rozwiązań kodeksowych, a ponadto o usprawnienie niektórych elementów postępowania przed KIO¹⁵.

Rozdział 24 (ostatni) dotyczyłby „odpowiedzialności finansowej za naruszenie przepisów ustawy” wymierzonej na podstawie indywidualnych decyzji Prezesa UZP; aktualny jej zakres wymaga poszerzenia o nakładanie kar finansowych z tytułu przedwczesnego zawarcia umowy; kwestia ta mieści się bowiem niepotrzebnie we właściwości KIO, orzekającej tu z urzędu, poza granicami kontrydiktoryjności (por. art. 193–195 Pzp).

Odzwierciedlenie dyrektyw europejskich

Problem implementacji nowych dyrektyw europejskich, wdrażanych zwłaszcza w ramach nowelizacji Pzp z lat 2014–2016, należy ostrożnie rozważyć na nowo, uwzględniając bieżące doświadczenia i rzeczywiste potrzeby praktyki, a także okoliczności systemowe i względy podyktowane efektywną techniką legislacyjną. Potrzebne są nie tylko usprawnienia redakcyjne, w trosce o polepszanie spójności i przejrzystości regulacji wraz z możliwymi uproszczeniami proceduralnymi, lecz także ocena merytoryczna rozwiązań z punktu widzenia rodzimych oczekiwań i standardów. W szczególności rzetelnym przeglądem objąć trzeba wszystkie rozwiązania przewidziane do fakultatywnej implementacji z punktu widzenia ich przydatności i sposobu odzwierciedlenia w prawie polskim. W świetle bowiem art. 288 ust. 3 TFUE implementacja przedmiotowych dyrektyw powinna uwzględniać nie tylko same dyspozycje normatywne, lecz także wyniki ich wykładni, zwłaszcza ukształtowanej pod wpływem bieżącego orzecznictwa i doświadczeń urzędowych (*acquis communautaire*). Transpozycja powinna zmierzać do elastycznej recepcji wymagań europejskich do rodzimego prawa, tak aby bezkolizyjnie wpisywały się one w krajowy porządek prawny, oszczędzając w miarę możliwości dotychczasowy dorobek, gwarantujący bez-

¹² Więcej o tym M. Stręciwilk: Status krajowej Izby Odwoławczej w nowym ujęciu, „Kwartalnik Prawo Zamówień Publicznych” 2015, Nr 3, s. 240 i n. oraz R. Szostak: O potrzebie wzmocnienia statusu Krajowej Izby Odwoławczej – z perspektywy dziesięciolecia jej działalności, „Zamówienia publiczne – Doradca”, 2017, Nr 3, s. 26 i n.

¹³ Por. R. Szostak: Odpowiedzialność organizatora przetargu za szkody wyrządzone konkurentom, „Państwo i Prawo”, 2011, s. 46 i n. oraz A. Gawrońska-Baran: Odpowiedzialność odszkodowawcza w zamówieniach publicznych – de lege ferenda, „Kwartalnik Prawo Zamówień Publicznych” 2015, Nr 3, s. 44 i n.

¹⁴ Więcej o tym R. Szostak: z problematyki odpowiedzialności odszkodowawczej za nadużycie środków ochrony procesowej, „Przegląd Prawa Handlowego”, 2012, Nr 2, s. 45 i n.

¹⁵ Por. zwłaszcza W. Dzierżanowski: O potrzebie usprawnienia środków ochrony prawnej, „Kwartalnik Prawo Zamówień Publicznych” 2016, Nr 1, s. 27 i n.

pieczeństwo prawne (spójność) oraz uwzględniający rodzimą kulturę prawną¹⁶. Nie może być zatem mowy o mechanicznym przepisywaniu kolejnych fragmentów dyrektyw, z natury przepełnionych dyspozycjami o funkcjach ponadnarodowych, będących często wynikiem kompromisu, a niekiedy nawet celowo pozbawionych zdecydowanych koncepcji, z nadzieją na ich racjonalne ukształtowanie w ramach krajowych porządków prawnych. Muszą one bowiem zadowolić blisko 30 krajów członkowskich. W szczególności wyrazem harmonizacji, a nie unifikacji, jest zasada, według której przy udzielaniu zamówień publicznych stosuje się krajowe procedury dostosowane do wymogów dyrektywy (por. art. 26 ust. 1 dyrektywy 2014/24)¹⁷.

Przepisy ogólne

W ramach przepisów ogólnych pożądane jest doprecyzowanie statusu kontraktowego jednostek zamawiających nieposiadających osobowości pranej (działają w ramach cudzej osobowości), tym bardziej, że umowy finalne w imieniu i na rzecz właściwych osób prawnych zawierają przecież nie tyle same te jednostki wewnątrzorganizacyjne (*stationes fisci*), ile ich kierownicy, jako pełnomocnicy. Ciągłe też w praktyce utrzymują się wątpliwości odnośnie do zakresu podmiotowego reżimu ustawowego, które muszą być ostatecznie usunięte na gruncie nowej ustawy (por. bogate orzecznictwo dotyczące unormowania z art. 3 Pzp). Sytuacja prawna wykonawców stanowi zaś pochodną prawno-organizacyjnej formy działalności oraz sposobu ochrony ich interesów przy ubieganiu się o zamówienie. Dlatego, tak jak dotychczas, jedynie ważniejsze kwestie dotyczące wykonawców powinno się wyrazić w ramach zasad ogólnych, natomiast inne (konieczne) „na bieżąco” przy normowaniu poszczególnych faz procedur. Dalszego uproszczenia i być może racjonalizacji wymaga katalog wyłączeń podmiotowo-przedmiotowych, objętych obecnym art. 4–4c Pzp. Większa syntetyka jest pożądana w odniesieniu do zamówień wyłączonych aż do wartości europejskiego progu kwotowego (art. 4d Pzp) z jasnym i odpowiedzialnym przywołaniem zasad ich uproszczonego udzielania – bezpośrednio w ustawie, bez pozbawionego większego sensu odsyłania do przepisów odrębnych, które w tym zakresie powinny być skreślone. Bardziej zwartej i przejrzystej regulacji potrzebują tzw. zamówienia mieszane wraz z kryteriami umożliwiającymi trafną ich kwalifikację prawno-proceduralną.

Zasady udzielania zamówień

Tego po co są i komu służą zasady udzielania zamówień publicznych nie trzeba objaśniać. Obecny ich katalog wymaga modernizacji oraz – jak się zdaje – nieznacznego wzbogacenia. W szczególności do rangi zasady podnieść trzeba wymóg celowości postępowania (obecny art. 2 pkt 7 Pzp nie jest dostatecznie wyeksponowany), choćby tylko z uwagi na poważny wyjątek w postaci unieważnienia postępowania, jeśli stało się bezprzedmiotowe (por. art. 93 Pzp). Awansować należy zasadę z obecnego art. 14 Pzp, przesądzającą o obligacyjnej (wiążącej) naturze postępowania. Pożądana jest też zasada o szczególnej ochronie interesów wykonawców na drodze odwoławczej, która stanowiłaby oparcie dla jurysdykcji KIO, a ponadto zasada o koniecznej kontroli wewnętrznej zamówień publicznych, także w etapie ich realizacji, z którą można by sensownie łączyć obligatoryjne ustanowienie tzw. zespołu nadzorczego. Nie tyle o samym wyborze właściwej procedury udzielenia zamówienia, ile o odpowiedzialności za prawidłowy wybór należałoby przesądzić

¹⁶ Więcej o tym zwłaszcza C. Mik: *Metodologia implementacji europejskiego prawa wspólnotowego do krajowych porządków prawnych* (w:) *Implementacja prawa integracji europejskiej*, Toruń 1998, s. 28 i n., a także W. Hartung: *Sposób i granice implementacji nowych dyrektyw o zamówieniach publicznych*, *Kwartalnik Prawo Zamówień Publicznych* 2016, Nr 1, s. 59 i n.

¹⁷ Por. także uwagi A. Sołtyśińskiej: *Europejskie prawo zamówień publicznych*, wraz z powołanym tam orzecznictwem, *Komentarze*, Warszawa 2016, s. 302 i n.

w dalszej części ustawy. Ogłoszenie w formie urzędowej należałoby powiązać z zasadą jawności, natomiast informowanie o planowanych zamówieniach, jak i kwestię harmonogramu udzielania zamówień (tzw. plan postępowań) – przesunąć do rozdziału o przygotowaniu udzielania zamówienia. Nowego unormowania potrzebuje zasada pisemności postępowania, a właściwie już konieczne stało się jej zastąpienie „zasadą elektronicznego sposobu prowadzenia postępowania” wraz z elektroniczną formą komunikacji i ewentualnymi odstępstwami od niej na rzecz pisemności, przy skreśleniu rozbudowanych dyspozycji z przejściowego rozdziału 2a (art. 10a–10g) Pzp.

Przygotowanie udzielenia zamówienia

Z reprezentacją zamawiającego łączy się legitymacja do występowania w stosunkach zewnętrznych, w tym do zorganizowania przetargu bądź innej procedury w zastępstwie zamawiającego, co należy konsekwentnie odgraniczać od nadzoru organu zarządzającego nad udzielaniem każdego zamówienia. Przy zastępstwie, zarówno w zakresie pierwszej, jak i drugiej roli, operować trzeba raczej „powierzeniem czynności”, o skutkach upoważniających, a nie „upoważnieniem”. To poszerzone ujęcie ma doniosłe znaczenie z punktu widzenia odpowiedzialności zastępcy. Z drugiej strony kierownik lub inny organ zarządzający zamawiającego nie może wyzbyć się całkowicie obowiązku zorganizowania skutecznej kontroli zarządczej, także w razie powierzenia przeprowadzenia stosownej procedury osobie trzeciej. Dlatego tradycyjna zasada, że „za przygotowanie i przeprowadzanie postępowania odpowiada kierownik” wymaga krótkiego werbalnego rozwinięcia. Na dodatek niezbędne wydaje się rozważenie zastrzeżenia o zachowaniu szczególnej staranności przy powierzaniu czynności organizatorskich. Przepisy o tzw. pomocniczych działaniach zakupowych wymagają odwrotnie: większej syntetyki (por. obecny art. 15 Pzp). To samo odnosi się do problematyki centralizacji zamówień, której regulacja nie jest dostatecznie przejrzysta (por. art. 15a–15d), potrzeba też większej odpowiedzialności za słowo. Powinna być odgraniczana (redakcyjnie) od mającego doraźne znaczenie „wspólnego udzielenia zamówienia” (art. 16 i 15e Pzp). Status i zadania komisji przetargowej należy łączyć bezpośrednio z reprezentacją zamawiającego, choć in casu jej członkowie działają także w sferze wewnętrznej zamawiającego. W zakończeniu problematyki organizacyjnej unormować wypada problem tzw. konfliktu interesów. Aktualna regulacja może uzasadniać jedynie rozważenie na nowo wykluczenia wykonawcy na wypadek nieusuwalnego konfliktu interesów: obligatoryjnego zamiast fakultatywnego (vide art. 24 ust. 5 pkt 3 Pzp).

Obecne unormowanie sposobów należytego **opisu przedmiotu zamówienia** jest zbyt obszerne, wymaga uporządkowania oraz większej syntetyki i przejrzystości (art. 29–31d.). Nie zawsze bowiem czytelne są intencje ustawodawcy. Z przepisów tych powinno jasno wynikać jakie znaczenie mają normy techniczne i inne normatywy. To samo dotyczy oznakowań. W ramach zaś tzw. opisu funkcjonalnego „zagubieniu” uległa możliwość odwołania się do typowego przeznaczenia zamawianego przedmiotu. Zastrzeżenie o przeniesieniu praw autorskich lub wynalazczych (nie tylko tych drugich) na zamawiającego powinno być obligatoryjnie, jeśli jest to niezbędne do należytego korzystania z przedmiotu zamówienia (por. art. 29 ust. 31 Pzp), a ponadto kwestia ta łączy się bardziej z konstruowaniem warunków zamówienia (umową), niż z samym opisem przedmiotu zamówienia.

Najwięcej jednak wątpliwości i trudności w praktyce wywołuje art. 29 ust. 3a Pzp¹⁸. Koniecznie należy wyciągnąć z tego wnioski. Dezorientację potęguje starcie się dwóch przeciwstawnych tendencji: reguł uczciwej konkurencji, uzasadniających jednakowe poszanowanie dla stosunków pracowniczych, jak i cywilnoprawnych oraz potrzeby większej ochrony wyłącznie interesów

¹⁸ Por. zwłaszcza P. Zatyka: Klauzule społeczne w teorii i praktyce oraz J. Dolecki: Zatrudnię na podstawie umowy o pracę, „Zamówienia Publiczne – Doradca” Nr 11, s. 6 i n. oraz 32 i n.

pracowniczych¹⁹. Stąd niezbędne wydaje się zastrzeżenie, że zamawiający narzuca zatrudnienie pracownicze w odniesieniu do czynności (prac), realizowanych lepiej i efektywniej w ramach stosunku pracowniczego (problem charakteru), niż w ramach innych form zatrudnienia. Tytułem przykładowego wskazania sposobu dokumentowania zatrudnienia można się powołać nie tylko na wykaz osób, lecz także na wgląd do dokumentacji pracownicznej wykonawcy, a nie na jej kopiowanie – wchodzące niepotrzebnie w zakres kłopotliwej ochrony danych osobowych. Tak, czy owak, unormowanie z obecnego art. 29 ust. 3a Pzp, wraz z przepisami towarzyszącymi trzeba zweryfikować, z punktu widzenia intencji ustawodawcy.

Także w obrębie unormowań dotyczących **szacowania wartości zamówienia** potrzeba większej syntetyki, przejrzystości i jasności intencji. Przede wszystkim ciągle szwankuje kwestia należytej wiarygodności kosztorysu inwestorskiego, który nie zawsze stwarza zamawiającemu dostateczne oparcie, zwłaszcza przy weryfikacji rażąco niskiej ceny²⁰. Konieczna jest tu adekwatna interwencja legislacyjna. Uciążliwy brak jednoznacznego stanowiska ustawodawcy w zakresie tzw. sumarycznej wartości zamówienia, odnoszonej (w ślad za dyrektywami) do przewidywanego rodzaju dostaw lub usług albo pojedynczego obiektu budowlanego musi być usunięty²¹. W praktyce, zwłaszcza urzędowo-kontrolerskiej, wnioskowanie na ten temat nabiera charakteru pośredniego, zwłaszcza w oparciu o art. 32 ust. 4 i art. 34 ust. 1 Pzp. Tymczasem ciągle utrzymujące się nieporozumienia stanowią niekiedy przyczynę nadmiernego rygoryzmu albo odwrotnie: uchylania się od obowiązku stosowania reżimu ustawowego, zależnego przecież od określonych progów kwotowych. Spotykane jeszcze tendencje do nadmiernego rozdrabniania zamówień, w celu wyłączenia się z reżimu ustawowego są wzmacniane w praktyce przewrotnymi opiniami o roli art. 6a Pzp, zezwalającego rzekomo na uwolnienia się od reżimu ustawowego przy tzw. resztówkach. Tymczasem z treści art. 6a Pzp wynika wyraźnie, że dotyczy on wyłącznie dzielenia zamówień większej wartości i udzielania ich na złagodzonych warunkach, a nie całkowitego wyłączenia reżimu ustawowego. Poza tym szacunkową wartość zamówienia jednostkowego powiększoną o VAT od razu powinno się ujawniać zainteresowanym, jako kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, a nie dopiero w związku z otwarciem ofert. Sensowny wyjątek mógłby dotyczyć co najwyżej trybu z wolnej ręki oraz samodzielnej licytacji elektronicznej (kwestia tzw. ceny wywoławczej). Chodzi o dodatkowy warunek zamówienia, w postaci wiążącej deklaracji zamawiającego, zapobiegający bezzasadnemu unieważnieniu postępowania z powodu rzekomego braku pokrycia finansowego. Dlatego w tradycyjnym ujęciu liczy się kwota oszacowania plus podatek, mającą rzeczywiste pokrycie finansowe w zasobach zamawiającego (według planu rzeczowo-finansowego). Kwestie te nie mogą być domyślne, tym bardziej, że do sfery zamówień przystępują coraz to nowi wykonawcy, a kadra zamawiających podlega zwyczajnej wymianie pokoleniowej.

Kształtowanie warunków zamówienia

Znaczenie prawne warunków zamówienia powinno wynikać wprost z ustawy. Stanowią bowiem nadrzędną kategorię prawną; wyznaczają bowiem nie tylko warunki ubiegania się o zamówienie i inne wymagania proceduralne oraz sam przebieg postępowania, lecz także projektowane postanowienia umowy finalnej²². Obecne unormowanie z art. 36 wymaga uporządkowania. Niektóre z warunków uregulowano w rozmaitych częściach ustawy, niekiedy zaznacza się

¹⁹ Por. D. Koba: Klauzule społeczne po nowelizacji Prawa zamówień publicznych, „Zamówienia Publiczne – Doradca” 2016, Nr 11, s. 27 i n.

²⁰ Por. A. Borowicz, A. Warwas: Profesjonalizacja kosztorysowania inwestorskiego w zamówieniach publicznych, „Kwartalnik Prawo zamówień Publicznych” 2015, Nr 2, s. 13 i n.

²¹ Więcej o tym R. Szostak: O urzędowej koncepcji... op. cit., s. 22.

²² Tamże, op. cit., s. 23.

niedopuszczalna dezintegracja problematyki, są też powtórzenia, a nawet przepisy pozbawione treści regulacyjnej. Konieczna jest koncentracja i większa przejrzystość regulacji powyższych warunków. Najpierw trafne wydaje się wprowadzenie formuły ogólnej, analogicznej do aktualnego art. 36 Pzp, a następnie przedstawienie kwestii szczegółowych, poczynając od zasad kształtowania warunków podmiotowych i ich dokumentowania, wadium przetargowego, zastrzeżeń związanych z opisem przedmiotu zamówienia i t.d.

W ramach zaś rozdziału o kwalifikacji wykonawców (podstawach weryfikacji wiarygodności) można by unormować dalsze kwestie szczegółowe, w tym podstawy wykluczenia wzorowane na obecnym art. 24 Pzp. W ramach nadrzędnego pojęcia „warunków zamówienia”, przepełnionego tradycją, unormowanego w art. 70¹ kodeksu cywilnego, występują rozmaite postanowienia o zróżnicowanym charakterze: zaproszenie i inne komunikaty, deklaracje, oświadczenia woli, a nawet zwykłe informacje i instrukcje. Z treści poszczególnych dyspozycji ustawowych powinna jasno wynikać ich adekwatna kwalifikacja i znaczenie prawne (problem trafnej terminologii). Nie mogą one być domyślne, skoro nowe prawo stanowi się przede wszystkim z myślą o następnym pokoleniu adresatów, nie zawsze dysponujących dostateczną wiedzą prawno-administracyjną.

Nieustające trudności praktyczne dotyczą kształtowania **warunków wymaganych od wykonawców** i ich dokumentowania. Regulacja w tym zakresie musi być usprawniona²³. Ostatnio doszły też trudności z zastosowaniem tzw. procedury odwróconej, które nasuwają potrzebę doprecyzowania, zwłaszcza przepisów o dokumentach towarzyszących ofercie w ramach tej uproszczonej procedury. Zmodernizowany art. 22 Pzp wyodrębnia trzy kategorie warunków podmiotowych (były cztery), a mianowicie dotyczące: uprawnień do prowadzenia działalności reglamentowanej, (osobiste uprawnienia do czynności zawodowych słusznie przesunięto do kompetencji personelu w ramach tzw. zdolności zawodowej), sytuacji ekonomicznej lub finansowej oraz zdolności technicznej lub zawodowej. Na gruncie obecnego art. 22 ust. 1b Pzp niejasno rysuje się problem trzeciej (po koncesjach i zezwoleniach) formy reglamentacji, w postaci zastrzeżenia działalności regulowanej. Wydaje się, że wystarczające tu będzie zastrzeżenie o fakultatywnej weryfikacji spełniania przez wykonawcę wymagań działalności regulowanej, zwłaszcza gdy bezpieczeństwo zamówienia (transakcji) tego wymaga. Poza tym niezrozumiałe jest całkowite pominięcie w obecnej ustawie możliwości, choćby tylko ubocznego, polegania na cudzych uprawnieniach do działalności (podwykonawcy), co wymaga rozważenia w ramach nowej ustawy. Z punktu widzenia potrzeb praktyki lakonicznie ujęty warunek „sytuacja ekonomiczna i finansowa” wykonawcy trzeba jeszcze rozwinąć, skoro chodzi o zdolności majątkowe do efektywnej realizacji zamówienia (przede wszystkim wypłacalność) oraz o możliwość sfinansowania kosztów realizacji zamówienia (tzw. płynność). W zakresie ustawowych wymagań weryfikacji wiarygodności wykonawcy nadal niejasno przedstawia się zwłaszcza wymóg ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej; kiedy i przy jakich przesłankach można żądać tego rodzaju ubezpieczenia? Dotychczasowa praktyka nie zasługuje na kontynuację. Z kolei szeroko ujęta „zdolność techniczna lub zawodowa” także wymaga być może jeszcze dookreślenia (z punktu widzenia przeciętnego urzędnika), z uwzględnieniem poszczególnych kategorii zasobów. Przede wszystkim trzeba wyraźnie rozgraniczać wiedzę i doświadczenia firmowe (przedsiębiorstwa) od wiedzy, kwalifikacji i doświadczenia osobistego na stanowiskach personelu wykonawcy. Wysoko oceniany jest przepis art. 22d Pzp pozwalający zamawiającemu na uznanie, że wykonawca nie posiada dostatecznych zdolności, jeżeli zaangażowanie zasobów technicznych lub zawodowych wykonawcy w inne przedsięwzięcie gospodarcze może mieć negatywny wpływ na realizację zamówienia. Problem jednak ze znajomością źródeł dowodowych, miarodajnych do odpowiedniej oceny sytuacji. To samo dotyczy oceny rzetelności, efektywności i doświadczenia wykonawcy w ujęciu art. 22 ust. 3 Pzp. Na tym

²³ Por. też analizę W. Dzierżanowskiego, K. Kostro Warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, „Zamówienia Publiczne – Doradca” 2017, Nr 2, s. 6 i n.

tle rysuje się potrzeba dalszej racjonalizacji wymagań dokumentacyjnych, oczywiście z poszanowaniem kontrowersyjnego – niestety – rozporządzenia UE o jednolitym europejskim dokumencie zamówienia. W odniesieniu zaś do zamówień mniejszej wartości nasuwa się potrzeba przykładowego wskazania w ustawie minimalnych warunków i odpowiadającym im elementów oświadczenia wykonawcy (składanego według żądania zamawiającego) o zdolnościach rzutuujących bezpośrednio na bezpieczeństwo transakcji, przede wszystkim z zakresu niezbędnych uprawnień, wiedzy, kompetencji, doświadczenia zawodowego. W praktyce dominuje bowiem lakoniczny formularz składany przez wykonawców o „spełnianiu wymaganych warunków i braku podstaw do wykluczenia”, podczas gdy w istocie w ogóle warunki te nie są konkretyzowane przez zamawiających, z naruszeniem art. 25a ust. 1 Pzp operującego – niestety – zbyt enigmatycznie „zakresem wskazanym przez zamawiającego w ogłoszeniu lub (...) warunkach zamówienia”.

W przypadku tzw. zamówienia zastrzeżonego nasuwa się postulat ograniczenia rozległej „wyliczanki” z obecnego art. 22 ust. 2 Pzp na rzecz ogólnego odesłania do właściwych przepisów odrębnych, choć z drugiej strony taki oszczędnościowy zabieg legislacyjny może budzić wątpliwości z punktu widzenia techniki prawodawczej. Tak, czy owak, brzmienie tego unormowania powinno być skrócone. Przy konstruowaniu przepisów o granicach polegania na zdolnościach (zasobach) osób trzecich konieczna jest dalsza poprawa ich przejrzystości, na tle wniosków podyktowanych doświadczeniami bieżącego orzecznictwa i praktyki.

Problem tzw. **podziału udzielanego zamówienia na części** w rozumieniu art. 36aa Pzp trzeba rozpatrywać – jak się zdaje – konsekwentnie w ramach tradycyjnego ujęcia oferty częściowej, które szczęśliwie przy ostatniej nowelizacji ustawy nie zostało wyeliminowane całkowicie (por. art. 2 pkt 6 Pzp), doszło jednak do zaburzenia spójności terminologicznej²⁴. Wskazane jest zatem scalenie w miarę możliwości regulacji, a także wyraźne zastrzeżenie o tym, że „zaleca się” dopuszczenie ofert częściowych, a nie, że zamawiający „może” je dopuścić, skoro w razie odstąpienia od tego wymogu powinien podać przyczyny w protokole postępowania. Formuła „ustawowego zalecenia” bardziej odpowiada intencji ustawodawcy europejskiego²⁵, nie wspominając o zaletach elastycznej transpozycji dyrektywy.

Obligatoryjna **forma elektroniczna ofert przetargowych** wymagać będzie dookreślenia na nowo warunków bezpiecznego składania ofert i ich archiwizacji, a także sposobu prowadzenia protokołu postępowania, z którym tradycyjnie oferty są związane. Jak się zdaje protokół powinien być prowadzony elektronicznie i archiwizowany dodatkowo na piśmie. Pozytywnie ocenić należy zamiar stworzenia urzędowej platformy cyfrowej, wspomagającej proces składania ofert (bezpieczeństwo dowodowe i poufność przekazu).

Pomimo kilkukrotnych prób regulacji problem **podwykonawstwa** w procesie ubiegania się o zamówienie publiczne nadal szwankuje. W szczególności za chybiony w polskich warunkach uznać trzeba wymóg z art. 36b Pzp zmuszający zamawiającego do żądania od ubiegającego się o zamówienie wykonawcy podania z góry w ofercie firm ewentualnych podwykonawców²⁶. Wcześniejsze rozwiązanie, ograniczające się jedynie do żądania od wykonawcy wskazania części zamówienia, których zamierza powierzyć podwykonawcom, było wystarczające, sprawdziło się w praktyce. Wykonawca bowiem nie zawsze jest gotowy do wiążącej deklaracji co do osoby pod-

²⁴ Por. E. Wiktorowska: Niejasności, wątpliwości i zdrowy rozsądek, „Zamówienia Publiczne – Doradca” 2017, Nr 2, s. 15–16.

²⁵ Więcej o tym R. Szostak: Konstruowanie warunków zamówienia po zmianach w prawie zamówień publicznych, cz. II, „Finanse Komunalne” 2016, Nr 12, s. 61 i n. oraz Z. Gordon: Podział zamówienia publicznego na części, „Kwartalnik Prawo Zamówień Publicznych” 2017, nr 2 (w druku).

²⁶ Por. E. Wiktorowska: op. cit., s. 19–20.

wykonawcy, już w fazie składania oferty. Praktykowane „deklaracje na wyrost” są przyczyną niepotrzebnych sporów. Stwarzają też okazję do uciążliwej biurokracji na wypadek zmiany uprzednio zgłoszonego podwykonawcy. Poza tym samo pojęcie podwykonawstwa nie funkcjonuje spójnie w ustawie. Przede wszystkim w praktyce nie może być rozumiane dowolnie i uchybiać tradycji²⁷. Przykładowo dostaw materiałów i innych środków niezbędnych do realizacji robót budowlanych lub usług w ogóle nie powinno się rozpatrywać w kategoriach podwykonawstwa, nawet tzw. biernego, chyba że towarzyszy im bezpośredni udział osoby trzeciej w faktycznym spełnieniu świadczenia na rzecz zamawiającego (montaż lub inne zaangażowanie w przedmiocie odbieranym przez zamawiającego). Implementację dyrektyw należy ograniczyć zatem tylko do tego co wynika z ich dyspozycji, w trosce o zachowanie podstawowego celu w postaci zapewnienia zamawiającemu efektywnej kontroli nad podwykonawstwem. Także w odniesieniu do innych form wsparcia wykonawcy przez osoby trzecie przepisy nowej ustawy powinny zmierzać wyłącznie do stworzenia podstaw umożliwiających zamawiającemu weryfikację rzeczywistych zdolności deklarowanych przez te osoby²⁸. W tym zakresie przepisy wymagają bardziej udanego dostosowania do dyrektywy, w zgodzie z wykładnią zawartą w wyrokach TSUE z 7 kwietnia 2016 r. (C-324/14 *Apels* oraz z 5 kwietnia 2017 r. (C-298/15, *Borta*). Niektóre z nich powinno się przesunąć do rozdziału o umowach, jak np. unormowanie z art. 36ba Pzp.

Należy zgodzić się z poglądem, że problematyka **kształtowania zobiektywizowanych kryteriów oceny ofert** powinna zostać unormowana w całości w rozdziale poświęconym konstruowaniu warunków zamówienia. Obecnie jest niepotrzebnie „rozcłonkowana”. Od razu też nasuwa się postulat dalszego uporządkowania przepisów o kryteriach w celu zapewnienia im większej spójności i przejrzystości oraz optymalizacji normatywnej. Widoczne są przerosty werbalne, np. co do kryterium kosztu. W polskich warunkach trzeba zacząć od poprawy samej definicji, z której jasno powinno wynikać, że kryterium to miernik korzyści transakcyjnych oraz, że (w zgodzie z dyrektywą) liczą się wyłącznie kryteria ekonomiczne. Brak zdecydowanego stanowiska ustawodawcy²⁹ pozbawia zamawiających oparcia w poszukiwaniu realnych kryteriów pozacenowych. Być może potrzeba zastrzeżenia ustawowego, zgodnie z którym przypisanie wagi poszczególnym kryteriom pozacenowym powinno wynikać (naturalnie) z ustalenia rzeczywistego ich znaczenia ekonomicznego względem pozostałych elementów transakcji. Na ogół bowiem zamówienia publiczne są ekwiwalentne, a nawet ekonomiczne znaczenie elementów umów niewzajemnych (wyjątkowych w obrocie) stanowi wynik rzeczywistej ich wartości dla zamawiającego i nie bywa przypadkowe (vide: ubezpieczenie, pożyczka, obsługa bankowa itd.)³⁰. Waga każdego z kryteriów pozacenowych powinna mieć zatem swoje uzasadnienie w relacji wartości nakładów dodatkowych, niezbędnych do oczekiwanego polepszenia właściwości przedmiotu zamówienia (netto) do całkowitej szacunkowej wartości tego przedmiotu. Miarodajna może być też relacja spodziewanych oszczędności, zwłaszcza eksploatacyjnych (po stronie zamawiającego), do szacunkowej wartości zamówienia. Kontrowersyjny przepis art. 91 ust. 2a Pzp nie spełnia tych założeń, a poza tym jest – niestety – wadliwie „odczytywany” przez niektórych zamawiających, automatycznie dostosowujących dyspozycje warunków zamówienia do wynikających z tego przepisu wskaźników (60% i 40%), podczas gdy rzeczywiste potrzeby są na ogół odmienne. Dlatego wzrosło pozorne zainteresowanie kryteriami pozacenowymi, nierzadko w warunkach niedozwolonej manipulacji przy

²⁷ Por. W. Wyrzykowski: Pojęcie podwykonawstwa w budowlanych zamówieniach publicznych, „Kwartalnik Prawo Zamówień Publicznych” 2016, Nr 1, s. 145 i n.

²⁸ O narastających w praktyce wątpliwościach E. Wiktorowska: Niejasności, wątpliwości ... op. cit., s. 17–18.

²⁹ Por. D. Koba: O przymusie kryteriów pozacenowych, wraz z powołanym tam orzecznictwem, „Zamówienia Publiczne – Doradca” 2016, Nr 12, s. 30 i n.

³⁰ Więcej o tym R. Szostak: Kryteria oceny ofert przetargowych w nowym ujęciu, „Kwartalnik Prawo Zamówień Publicznych” 2014, Nr 4, s. 3 i n., F. Łapecki: Pozacenowe kryteria oceny ofert jako mierniki wartości transakcyjnej, „Kwartalnik Prawo Zamówień Publicznych” 2017, Nr 1, s. 66 oraz A. Borowicz: O kryteriach ekonomicznych oceny ofert, „Kwartalnik Prawo Zamówień Publicznych” (w druku).

wyborze oferty. Postulować zatem trzeba poszukiwanie innych, bardziej elastycznych, sposobów wymuszenia zainteresowania kryteriami pozacenowym w praktyce. Przy okazji zagubieniu uległ dopuszczalny wyjątkowo model udzielenia zamówienia wyłącznie w oparciu o kryterium najniższej ceny, w odniesieniu do dostaw i usług powszechnie dostępnych o ustalonych standardach. Poza tym przykładowy katalog kryteriów pozacenowych można by jeszcze uzupełnić, np. o kryterium skróconego terminu realizacji zamówienia, czy o kryterium w postaci zaostrzenia odpowiedzialności za jakość świadczenia poprzez przedłużenie ustawowego terminu rękojmi za wady przedmiotu zamówienia.

Składanie ofert

W ramach etapu składania ofert należałoby unormować nie tylko zagadnienia objęte obecnymi art. 82–86 Pzp, lecz także o kwestię inicjacji procedury udzielenia zamówienia poprzez ogłoszenie lub zaproszenie, dopuszczalne formy i minimalną treść ogłoszeń (zaproszeń), sposoby udostępnienia pełnych warunków zamówienia wraz z zasadami ich wyjaśniania lub korygowania, bieg terminu składania ofert z możliwością jego przedłużenia oraz o okoliczności złożenia oferty elektronicznej wraz z powinnością zapewnienia jej poufności i odpowiedniej ewidencji (potwierdzenia odbioru). Wobec powracającego poglądu o rzekomo zbędnej fazie publiczno-oficjalnego otwarcia ofert, stwierdzić należy, że nadal zachowuje ono doniosłe znaczenie informacyjno-kontrolne. Rozważyć można jedynie wprowadzenie **elektronicznego sposobu otwarcia ofert** poprzez ich zamieszczenie na stronie internetowej zamawiającego (platformie cyfrowej UZP), w terminie z góry zastrzeżonym w warunkach zamówienia, pod rygorem odpowiedzialności, co najmniej karno administracyjnej, ponieważ ewentualnych uchybień nie można już potem korygować, poprzez powtórzenie prezentacji ofert. Z uwagi jednak na silne przywiązanie do tradycji (por. dyskusję związaną z nowelizacją ustawy w 2016 r.) należałoby raczej utrzymać obecne rozwiązanie z art. 86 Pzp, z niezwłoczną publikacją informacji z otwarcia ofert na stronie internetowej zamawiającego. Zakres podawanych aktualnie informacji nie jest jednak dostatecznie miarodajny do prawidłowej oceny sytuacji związanej z otwarciem ofert. W szczególności informowanie o okresie gwarancji (z założenia dobrowolnej, w przeciwieństwie do ustawowej rękojmi) oraz o warunkach płatności, obecnie w znacznym stopniu zdeterminowanych ustawowo, od wielu lat jest bezprzedmiotowe. Niezbędne wydaje się natomiast podanie do wiadomości publicznej tych wszystkich danych zawartych w złożonych ofertach, które dotyczą bezpośrednio kryteriów ich oceny, a więc umożliwiających sensowne prognozowanie wyniku procedury, przy ograniczeniu możliwości manipulacyjnych po stronie zamawiającego. Tak zresztą od dawna w praktyce postępuje wielu zamawiających.

Kwalifikacja wykonawców

W odniesieniu do trudnej fazy kwalifikacji wykonawców nasuwa się potrzeba modyfikacji normatywnej co najmniej w zakresie czterech kwestii, a mianowicie: podstaw wykluczeń fakultatywnych, kryteriów selekcji konkurentów, dalszej racjonalizacji przepisów o uzupełnianiu dokumentów przez wykonawców oraz usprawnienia tzw. odwróconej procedury przetargowej.

W pierwszej kolejności uzasadnione wątpliwości nasuwają niektóre z podstaw fakultatywnego wykluczenia wykonawcy z ubiegania się o zamówienie na tle obecnego art. 24 ust. 5 pkt 1–3 Pzp, zależne od uprzedniego zastrzeżenia w warunkach zamówienia. Przede wszystkim w odniesieniu do wykonawców znajdujących się w stanie upadłości, nierzetelnych (winnych poważnego naruszenia zawodowego lub nienależytego wykonania zamówienia), albo pozostających w relacji tzw. nieusuwalnego konfliktu interesów. W odniesieniu do tych sytuacji dyrektywy przewidują alterna-

tywnie wykluczenie obligatoryjne. Nie można przecież w trudnych polskich warunkach dopuszczać do tego, aby w wyniku zaniedbania zamawiającego, przypadkowo pomijającego stosowne zastrzeżenie, nie wolno było wykluczyć a limie szkodliwego hochsztaplera bądź upadłego wykonawcy z ubiegania się o zamówienie publiczne³¹.

Na drugim planie są rozmaite niepewności dotyczące wstępnej redukcji liczby konkurentów w procedurach wielostopniowych, przeprowadzanej na podstawie kryteriów selekcji, z góry zastrzeżonych w warunkach zamówienia. Wykonawcę pominiętego traktuje się jak wykluczonego. Stąd wstępna selekcja obarczona jest emocjami i licznymi nieporozumieniami. W aktualnej ustawie nie przewidziano jednak żadnej definicji kryteriów selekcji, ograniczając się do zastrzeżenia, że muszą być one „obiektywne i niedyskryminacyjne”. Sformułowanie definicji pozostawiono zatem doktrynie i orzecznictwu. Dotychczas problem załatwiano w uproszczeniu, operując wprost stopniem spełniania wymaganych warunków. Wykonawcy w większym stopniu spełniający wymagane warunki wyprzedzali tych, którzy spełniali je w mniejszym stopniu. Ostatecznie kwalifikowano najlepszych. Uwzględniając dotychczasowy dorobek orzecznictwa i doświadczeń praktyki przez „kryteria selekcji” powinno się rozumieć zobiektywizowane mierniki zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, nadające się do „stopniowalnego” zastosowania (liczba podobnych zamówień zrealizowanych w ostatnich latach z należytą starannością, liczebność wykwalifikowanego personelu, ilość specjalistycznego sprzętu i t. d.). Ustawodawca uchylił się ponadto od zajęcia jednoznacznego stanowiska co do utrzymujących się w praktyce wątpliwości w zakresie tego, czy przy operowaniu kryteriami selekcyjnymi należy uwzględniać także zdolności (zasoby) osób trzecich, na które powołuje się ewentualnie wykonawca? Wprawdzie w dyrektywach także pominięto ten problem, lecz w piśmiennictwie i orzecznictwie (rodzimy) ukształtował się słuszny – jak się zdaje – pogląd negatywny³². Znowelizowany w 2016 r. przepis art. 25a ust. 3 Pzp, normujący dokumentowanie wymaganych kryteriów, wskazuje pośrednio raczej na rozwiązanie przeciwne, nakazując uwzględnienie w jednolitym dokumencie zamówienia zasobów osoby trzeciej, na które wykonawca powołuje się dowodząc spełnienia „warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji”. Wzmocnia to konkurencję z udziałem wyspecjalizowanych przedsiębiorców, na których zasoby będą mogli powoływać się wykonawcy, lecz z drugiej strony sprzyja różnym manipulacjom.

Niezależnie od powyższego trzeba jakoś zaradzić nieustającym mankamentom w dokumentowaniu zasobów deklarowanych przez osoby trzecie. Przykre wnioski nasuwa bieżące orzecznictwo i praktyka³³. Cała regulacja tej kwestii powinna być bardziej przejrzysta i podporządkowana rygorystycznej zasadzie rzetelnej weryfikacji: realnego i wiarygodnego wsparcia wykonawcy przez deklarowanych podwykonawców lub inne osoby trzecie³⁴. To samo dotyczy wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie publiczne³⁵.

Odnosnie do utrzymujących się trudności związanych z uzupełnianiem dokumentów wymaganych od wykonawców w pierwszej kolejności należy wprowadzić normę, podyktowaną zresztą wprost dyrektywami, że wyjątkowo dopuszczalne uzupełnianie dokumentów przez wykonaw-

³¹ Por. też A. Gawrońska-Baran: *Fakultatywne podstawy wykluczenia wykonawcy z ubiegania się o zamówienie publiczne*, „Kwartalnik Prawo Zamówień Publicznych” 2017, Nr, s. 39 i n.

³² Por. np. P. Granecki: *Prawo zamówień publicznych, Komentarz*, Warszawa 2014, s. 308–309 oraz J. Pieróg: *Prawo zamówień publicznych, Komentarz*, Warszawa 2015, s. 158.

³³ O trudnościach bieżących E. Wiktorowska: *Niejasności, wątpliwości ... op. cit.*, s. 19.

³⁴ Por. W. Dzierżanowski: *Skuteczna weryfikacja potencjału deklarowanego przez osobę wspierającą wykonać ubiegającego się o zamówienie, wraz z powołanym tam orzecznictwem*, „Zamówienia Publiczne – Doradca” 2015, Nr 11, s. 32 i n.

³⁵ Por. A. Sołtyśńska, G. Wicik: *Kwalifikacja wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie publiczne*, „Kwartalnik Prawo Zamówień Publicznych” 2017, Nr 1, s. 15 i n.

ców ubiegających się o zamówienie może dotyczyć wyłącznie dokumentów przedłożonych, a nie brakujących (zaniedbanych)³⁶. Niefortunny przepis obecnego art. 26 ust. 3 Pzp, bez należytego umocowania w dyrektywie, obciąża niepotrzebnie zamawiającego obowiązkiem wzywania wykonawców do uzupełnienia brakującego jednolitego dokumentu zamówienia (oświadczenia), pomimo wyraźnej powinności ustawowej jego „dołączenia” do oferty lub wniosku. Spowolnia to postępowanie i sprzyja rozmaitym niepewnościom. O wiele mniejsze zastrzeżenia budzi zaś dopuszczalność uzupełnienia lub wyjaśnienia treści już przedłożonego wraz z ofertą (wnioskiem) standardowego formularza. Także stanowiące nowość „poprawianie” wadliwego dokumentu (brak w dyrektywach) przyczynia się do nieporozumień w sformalizowanej procedurze, choć być może ostatecznie poradzi sobie z tym orzecznictwo. Trzeba tu stwierdzić, że „poprawianie” to wyłącznie prostowanie przypadkowych omyłek, a nie jakiegokolwiek „przeróbki” w dokumentach, zwłaszcza podejmowane w okolicznościach, uzasadniających wykluczenie wykonawcy a limie z tytułu „wprowadzenia w błąd zamawiającego” (por. art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp). Poza tym niezbyt jasno rysuje się rola art. 26 ust. 3a Pzp, według którego jeżeli wykonawca nie złożył wymaganych pełnomocnictw albo złożył wadliwe pełnomocnictwa, zamawiający wzywa do ich złożenia we wskazanym terminie. Wprawdzie z przepisu tego na szczęście nie wynika już, tak jak dawniej, że żądanie pełnomocnictw jest obligatoryjne, ale niepotrzebna sugestia pozostała na tle tej instrukcji. O fakultatywnym żądaniu pełnomocnictw w ogóle nie powinno się wspominać w ustawie. Poza tym w praktyce wystarczyć powinno przedłożenie kopii pełnomocnictwa albo nawet jego okazanie na żądanie, ponieważ realne zagrożenia związane z działaniem bez umocowania mogą zaistnieć dopiero przy podpisywaniu umowy finalnej. Na dodatek żądanie przedłożenia pełnomocnictwa (fakultatywnego) jest nadużywane w praktyce, w imię wadliwego założenia, że oferta bez towarzyszącego jej pełnomocnictwa jest nieważna. Dochodzi zatem często do „antydatowania” aktu pełnomocnictwa, zwłaszcza jeśli zamawiający domaga się tego aktu w oryginale, a wykonawca nie może temu sprostać, ponieważ pełnomocnictwa udziela się zazwyczaj pracownikowi lub innej osobie do wielokrotnych czynności prawnych.

W zakresie tzw. odwróconej procedury przetargowej wątpliwości jest wiele, trzeba je zinventoryzować rzetelnie w oparciu o wnioski nasuwające się na tle bieżącego orzecznictwa. Dwie kwestie uzasadniają jednak niewątpliwie potrzebę interwencji legislacyjnej. Pierwsza wiąże się z niepewnością co do tego jakie dokumenty – pomimo uproszczenia procedury – powinni składać wraz z ofertami wszyscy konkurenci? Wydaje się, że nie tylko podstawowy dokument zamówienia, lecz także i dokumenty niezbędne do rzetelnej oceny wszystkich ofert (certyfikaty, próbki), które na dodatek powinny być należycie skompletowane. Uprzednia ocena ofert jest bowiem definitywna, a nie tymczasowa. Druga natomiast sprawa dotyczy skutków wykluczenia zwycięskiego oferenta. Nie ma podstaw do wyboru kolejnego oferenta „z listy rankingowej”, bez ponownej oceny ofert, skoro ocena powtórna może doprowadzić do odmiennego uszeregowania ofert, nie wspominając o tym, że w zawiadomieniu oferentów o wyborze oferty podaje się rzeczywisty, a nie jakiś prowizoryczny, wynik przetargu. W tym zakresie brak możliwości do analogicznego zastosowania art. 24aa ust. 2 Pzp.

Ponadto wymóg uzupełniania dokumentów dodatkowych przez zwycięskiego oferenta także budzi zastrzeżenia. Według obecnej ustawy zamawiający wzywa zwycięskiego wykonawcę do przedłożenia stosownych dokumentów po ocenie ofert, a przed wyborem oferty najkorzystniejszej. Nie jest to rozwiązanie szczęśliwe, ponieważ niepotrzebnie wydłuża postępowanie. Ponadto odbiega od art. 59 ust. 4 zd. 2 dyrektywy 2014/24, według którego „przed udzieleniem zamówienia instytu-

³⁶ Por. w tej kwestii wyroki TS UE z 10 października 2013 r. (C 336/12, Manova) oraz 6 listopada 2014 r. (C-42/13, Cortiera dell Adda), dostępne na stronach internetowych UZP, zgodnie z którymi uzupełniać można wyłącznie dokumenty przedłożone zamawiającemu i zaistniałe w postępowaniu, czego nie wolno rozciągać na przedkładanie zupełnie nowych dokumentów. Zob. też J. Dolecki: Kilka uwag w sprawach istotnych, „Zamówienia Publiczne-Doradca” 2016, Nr 5, s. 36–38.

cja zamawiająca (...) wymaga, aby oferent któremu postanowiono udzielić zamówienia, przedłożył aktualne dokumenty ...". Gdyby zaś zwycięski oferent dokumentował swoją wiarygodność po wyborze oferty, niezbędna weryfikacja następowałaby już w trakcie biegu dziesięciodniowego (albo pięciodniowego) terminu przewidzianego na zaskarżenie wyniku procedury w trybie odwoławczym. W razie dyskwalifikacji wybranego wykonawcy zamawiający zatrzymałby wadium i dokonywał wyboru kolejnej oferty. Całość zagadnienia łączyłaby się bowiem z konstrukcją obowiązku zawarcia umowy³⁷. Tymczasem zamawiający po „stracie czasu” na weryfikację naraża się na ewentualne powtórzenie oceny ofert, nie wspominając o „pustym” czynnościowo biegu terminu na wniesienie odwołania. Lansowany, także – niestety – urzędowo, pogląd jakoby w aktualnym stanie normatywnym zamawiający miał prawo wyboru kolejnego oferenta bez przeprowadzenia ponownej oceny ofert jest pozbawiony podstaw prawnych. Poświęcony tej kwestii przepis art. 94 ust. 3 Pzp dotyczy bowiem wyłącznie uchylenia się od obowiązku zawarcia umowy finalnej. Tymczasem przepis art. 92 ust. 1 pkt 1 Pzp wymaga wskazania w zawiadomieniu o wyborze „punktacji” przyznanej poszczególnym ofertom – rzecz jasna pochodzącym od oferentów dopuszczonych do przetargu, z pominięciem konkurentów zdyskwalifikowanych. Ponowna „punktacja” układa się odmiennie, a nawet niekiedy oferent zajmujący drugie miejsce w pierwszym rankingu nie bywa pierwszym przy drugiej ocenie. Sam zakres możliwego „uzupełniania dokumentów” przedkładanych przez zwycięskiego oferenta także jest ujęty zbyt liberalnie. Według art. 26 ust. 3 Pzp, jeśli wykonawca w ogóle nie złożył na wezwanie niezbędnych dokumentów bądź są one niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający musi żądać ich „uzupełnienia”, podczas gdy według dyrektywy „instytucja zamawiająca może zwrócić się do wykonawców o uzupełnienie lub wyjaśnienie zaświadczeń **otrzymanych** zgodnie z art. 60 i 62”. Co najmniej zatem uzupełnienie „brakujących” dokumentów powinno być wykluczone. Trudności praktyczne dotyczą wreszcie „aktualności” przedkładanych dokumentów. Tu zaś nasuwa się pytanie, czy rzeczywiście, tak jak wynika to z obecnego art. 26 ust. 1 Pzp, mają one poświadczać pożądane okoliczności na dzień ich przedłożenia? Może lepiej byłoby (z uwagi na zasady równości i przejrzystości), tak jak dawniej, „aktualność” łączyć z ostatnim dniem biegu terminu do składania ofert lub wniosków?

Udzielenie zamówienia

Pojęcie „udzielenia zamówienia” powinno się łączyć wprost z oceną ofert oraz wyborem oferty najkorzystniejszej ekonomicznie i jego następstwami prawnymi (por. art. 67 dyrektywy 2014/24). Wprowadzie sama umowa pozostaje już poza zasięgiem „wyboru oferty”, lecz obowiązek jej zawarcia stanowi skutek automatyczny tej właśnie czynności.

W odniesieniu do tzw. badania ofert nasuwa się postulat doprecyzowania „innych omyłek” z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, poprzez wzbogacenie zwrotu o przymiotnik „nieistotne”. Nie można bowiem tolerować naruszających ustawę (por. art. 87 ust. 2 pkt 3 in fine) tendencji rozszerzających, zwłaszcza w orzecznictwie, uznających nawet kilkumilionowe korekty VAT za „niepowodujące istotnych zmian w treści oferty”³⁸. Być może jednak nadszedł już czas całkowitego wykreślenia tego, przejściowego z natury, unormowania. Dodatkowym obciążeniem są wątpliwości co do formy wyrażenia zgody przez wykonawcę na tego rodzaju poprawki. Otóż w istocie nie chodzi tu przecież o żadną aprobatę, lecz o wyrażenie aktu woli w przedmiocie nieistotnej zmiany oferty, w postaci jednostronnego oświadczenia woli wykonawcy. Forma powinna być więc taka sama, jakiej wymaga się dla oferty, a milczenia wykonawcy, wezwanego do zajęcia stanowiska, nie wolno poczytywać za pozytywne oświadczenie woli, nie tylko ze względów systemowych,

³⁷ Więcej o tym R. Szostak: Przetargowy obowiązek zawarcia umowy o zamówienie publiczne w nowym ujęciu, „Kwartalnik Prawo Zamówień Publicznych” 2016, Nr 1, s. 125 i n.

³⁸ Por. uchwałę Sądu Najwyższego z 20 października 2011 r. (III CZP 52/11), z krytyczną glosą B. Pawlaka, „Finanse Komunalne” 2012, Nr 6, s. 70 i n.

lecz także i z uwagi na zwykłą przyzwoitość, o ile nie wynika to wprost z ustawy. Stąd „łańcuszek” następstw sięga także do art. 89 ust. 1 pkt 7 Pzp, wymagającego korekty. Ale na tym nie koniec. Skoro bowiem wolno „ratować” ofertę przed odrzuceniem poprzez korektę jej treści, nasuwa się pytanie o ratio legis art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp, wymuszającego odrzucenie oferty „zawierającej błędy w obliczeniu ceny lub kosztu”, jakiegokolwiek – niestety – nawet na parę złotych. W takiej sytuacji od dawna przepis ten powinien być skreślony albo odpowiednio skorygowany.

W zakresie kwalifikacji ofert reformy wymaga ujęcie podstaw odrzucenia oferty w obecnym unormowaniu art. 89 ust. 1 Pzp. Najpierw powinno się zacząć od formuły generalnej, odwołującej się ogólnie do „sprzeczności oferty z prawem” (nie tylko z ustawą), natomiast w dalszej kolejności następować powinno przykładowe wyliczenie przypadków szczególnych. Obok wskazanych powyżej modyfikacji wymagają co najmniej jeszcze dyspozycje z pkt 3 (na „oferta złożona w warunkach nieuczciwej konkurencji”) oraz z pkt 7d (wymaga doprecyzowania)³⁹, natomiast „ofertę nieważną” nie tyle powinno się odrzucać, ile wyłączyć z dalszej oceny. Kazuistyczne „elaboraty” z art. 89 ust. 4–5 powinno się radykalnie uprościć.

W odniesieniu do fazy wartościującej oceny ofert na podstawie z góry zastrzeżonych kryteriów warto wspomnieć o „metodzie punktacyjnej”, stosowanej z zachowaniem właściwych proporcji między kryteriami (wag), o której obecnie wiadomo jedynie z przepisu regulującego zawiadomienie o wyborze oferty.

Wybór oferty ma podwójny skutek, a mianowicie jest nie tylko oświadczeniem wiedzy (wskazaniem wybranej oferty), notyfikowanym wszystkim konkurentom, lecz także – zmierzając do przyjęcia wybranej oferty – zawiera oświadczenie woli skierowane jedynie do zwycięskiego wykonawcy, co jednoznacznie powinno wynikać z ustawy, zresztą w zgodzie z kodeksem⁴⁰. To właśnie w bezpośrednim następstwie nawiązanego w ten sposób stosunku przedwstępnego (oferta i jej przyjęcie) wykreowany zostaje dwustronny obowiązek zawarcia umowy, o którym mowa w obecnym art. 94 Pzp. Przyjęcie wybranej oferty doprowadza bowiem do jej skonsumowania w wyniku wykreowania umowy przedwstępnej (art. 389–390 kodeksu). Po skutecznym wyborze oferty „stan związania ofertą” (ograniczony terminowo) odnosi się wyłącznie do pozostałych ofert utrzymujących się w przetargu, lecz już nie do oferty wybranej. Ma to istotne znaczenie na wypadek wygaśnięcia pozostałych ofert, czy też w razie potrzeby przedłużenia ogólnego terminu związania ofertą, co nie odnosi się już do oferty wybranej, a zwłaszcza do wykreowanej automatycznie umowy przedwstępnej. Posiada ona bowiem swój odrębny byt prawny, wraz z uprawnieniami do dochodzenia zawarcia umowy finalnej. Wobec nieustających trudności interpretacyjnych mechanizm ten powinien jasno wynikać z ustawy⁴¹. Nie oznacza oczywiście potrzeby wprowadzania kolejnych przepisów, lecz zastosowania właściwej aparatury pojęciowej.

Przegląd procedur

Ustawowy tok poszczególnych procedur, zwłaszcza pozaprzetargowych, powinien ograniczać się do przejrzystego wskazania przesłanek zastosowania oraz podstawowych elementów konstrukcyjnych. Pewnych modyfikacji wymaga dotychczasowa regulacja negocjacji otwartych, dialogu konkurencyjnego i tzw. partnerstwa innowacyjnego, przede wszystkim w kierunku dalszych

³⁹ Por. też A. Szymańska: Podstawy odrzucenia oferty w bieżącej praktyce – wybrane zagadnienia, „Kwartalnik Prawo Zamówień Publicznych” 2017, Nr 1, s. 50 i n.

⁴⁰ Por. R. Szostak: Przetargowy obowiązek zawarcia umowy... op. cit., s. 123 i n., wraz z powołanym tam orzecnictwem.

⁴¹ Por. też D. Grześkowiak-Stojek, M. Jaworska: Upływ terminu związania ofertą, wraz z powołanym tam orzecnictwem, „Zamówienia Publiczne – Doradca” 2017, Nr 1, s. 24–27.

usprawnień⁴², także redakcyjnych, wyeliminowania przerostów werbalnych i zbędnych treści instrukcyjnych. Być może rozważyć trzeba całkowite skreślenie tzw. dynamicznego systemu dokonywania zakupów, z uwagi na brak jakiegokolwiek zainteresowania w praktyce (vide: sprawozdawczość urzędowa) albo choćby ograniczenie kazuistyki w jego regulacji. Wprawdzie to samo dotyczy samodzielnej licytacji elektronicznej, choć tu można się jeszcze wstrzymać i zastanowić, do czasu ostatecznego wyjaśnienia sprawy, ponieważ w przeszłości (w wielu krajach do dziś) licytacje cieszyły się sporym zainteresowaniem w sferze zamówień małej wartości. Postulowane natomiast od pewnego czasu, zwłaszcza w kołach rządowych, skreślenie procedury tzw. zapytania o cenę byłoby o tyle zasadne, o ile udałoby się przedstawić przekonujące dowody rzeczywistego jej nadużywania w praktyce przez nieuczciwych zamawiających.

Umowy o zamówienia publiczne

Regulacja problematyki umów wzrastała sukcesywnie w ostatnich latach. Kolejne nowelizacje przyczyniły się już do częściowej jej dezintegracji. Dlatego rzetelnego przeglądu wymagają przepisy z art. 139–151 Pzp, tak pod względem redakcyjnym, jak i przydatności zawartych w nich rozwiązań. W szczególności wnikliwej analizie należy poddać przepisy o umowach budowlanych zawarte w art. 143a–143d Pzp, uwzględniając realne funkcjonowanie przymusowych klauzul umownych oraz mechanizmu tzw. płatności bezpośrednich na rzecz podwykonawców, w celu ich modyfikacji i w miarę możliwości redukcji z usunięciem elementów zbędnych. Z drugiej strony, wobec trudności praktycznych w zastrzeganiu kar umownych, dyscyplinujących proces należytej realizacji zamówienia publicznego, rozważyć można wprowadzenie normy ogólnej o konieczności sankcjonowania karami umownymi wszelkich istotnych uchybień realizacyjnych, których wysokość powinna zapewniać co najmniej pokrycie spodziewanych szkód majątkowych⁴³. Zapobiegnie to być może tendencjom do rozrostu tytułów obligatoryjnych kar umownych w Pzp.

Uporządkowania wymagają kompetencje Prezesa UZP w zakresie wnoszenia powództw o unieważnienie umowy finalnej, które co do zasady powinno się regulować w rozdziale normującym status Prezesa UZP, a tylko samo wskazanie podstaw unieważnienia umowy powinno znaleźć się w rozdziale poświęconym umowom. W szczególności należałoby poszerzyć kompetencje kontrolne Prezesa UZP, rozciągając je na sferę funkcjonowania umowy, zwłaszcza dla zbadania zasadności wprowadzania niezbędnych zmian w umowie, ponieważ odpowiedzialne powództwo wymaga rzetelnego uzasadnienia faktycznego. Dodatkowo rozważyć trzeba celowość dopuszczenia możliwości zaskarżenia umowy finalnej przez pokrzywdzonego konkurenta, którego bezpodstawnie pozbawiono zamówienia, w krótkim – rzecz jasna – terminie, skoro stosowny przepis kodeksowy został wyraźnie wyłączony (por. art. 146 ust. 5 Pzp). Przy okazji redakcję przepisów wskazujących na poszczególne podstawy unieważnienia umowy można by też usprawnić.

W odniesieniu do znowelizowanego niedawno art. 144 Pzp, o dopuszczalnych zmianach w umowach, nasuwa się postulat rezygnacji z „wylizanki”, nadmiernie rozbudowanej i tak zróżnicowanej wewnętrznie, że regulacja straciła czytelność, a mianowicie na rzecz osobnych jednostek redakcyjnych, z których każda powinna dotyczyć odrębnej kwestii. Nie wolno też zapominać o tym co najważniejsze **na gruncie dyrektyw**, że zamówienie powinno być wykonane w całości zgodnie z treścią umowy (pacta sunt servanda), a zmiany zobowiązania umownego są dopuszczalne tylko wyjątkowo, gdy są obiektywnie konieczne i nie prowadzą do obejścia rygorów o udzieleniu nowego zamówienia. Kontrowersyjny w bieżącej praktyce art. 144 ust. 1 pkt 4 Pzp, dopuszczający

⁴² M. Grabarczyk: Usprawnienia w procedurach negocjacyjnych według nowych dyrektyw europejskich, „Kwartalnik Prawo Zamówień Publicznych” 2015, Nr 3, s. 62 i n.

⁴³ Por. R. Adamus: Kara umowna w zamówieniach publicznych, „Kwartalnik Prawo Zamówień Publicznych” 2015, Nr 3, s. 3 i n.

możność zmiany wykonawcy, stanowiący istotny wyłom od zasady, że ten kto nie poddał się rygorom procedury o udzielenie zamówienia publicznego – nie może takiego zamówienia otrzymać (art. 7 ust. 3 Pzp), nawet pochodnie w drodze przejęcia długu⁴⁴, musi zostać rychło poprawiony. Oceniając rzecz rozsądnie, z uwzględnieniem dyrektyw, należałoby dyspozycję z art. 144 ust. 1 pkt 4c Pzp skreślić, z uwagi na odmienne unormowanie ochrony podwykonawców (por. mechanizm płatności bezpośrednich z art. 143c Pzp), natomiast dyspozycję z art. 144 ust. 1 pkt 4a Pzp ograniczyć – zgodnie z linią orzecznictwa europejskiego – tylko do dwóch przypadków⁴⁵, a mianowicie: gdy ze względów gospodarczych (wieloletnie zamówienie dużej wartości) zamawiający z góry w warunkach zamówienia dopuści możliwość utworzenia przez wykonawcę nowego podmiotu do obsługi zamówienia (filijalnego), lecz rzeczywiście zdolnego do należytej jego realizacji, z zachowaniem współodpowiedzialności wykonawcy za należyte wykonanie zamówienia albo w wypadku, gdy jeden ze współkonsorcjantów popadł w upadłość bądź niewypłacalność, a drugi (kolejny) zdolny jest do należytej realizacji pozostałej części zamówienia, co zapobiega wypowiedzeniu kontraktu. W odniesieniu zaś do art. 144 ust. 1 pkt 4b Pzp można co najwyżej zastrzec, że chodzi o „dostosowawcze” zmiany umowy, wywołane zapadającymi ex lege następstwami dozwolonych przekształceń organizacyjnych. Z kolei mniej drastyczna przesłanka z art. 144 ust. 1 pkt 2c Pzp (o wartości zmiany umowy) powinna zostać wystylizowana w ten sposób, aby nie zachęcać stron do wielokrotnych zmian umowy (utruty wyjątkowego charakteru), poprzez skreślenie oczywiście zbędnych słów: „każdej kolejnej zmiany”, co oczywiście nie wyklucza a limie możliwości dalszych zmian umowy w razie konieczności. Wreszcie art. 144 ust. 1 pkt 6 Pzp należy ograniczyć do zmian „koniecznych”.

Na tle art. 145–145a Pzp nasuwa się postulat wprowadzenia podwójnej podstawy jednostronnego rozwiązania umowy o zamówienie publiczne, a mianowicie poprzez: odstąpienie albo wypowiedzenie. Rzutuje to nie tylko na odmienny tytuł prawny i skutki, lecz także i na zakres rozliczenia nakładów majątkowych ewentualnie poniesionych przez wykonawcę, poniesionych ewentualnie przez wykonawcę⁴⁶.

Postulaty zmian w przepisach odrębnych

Funkcjonujące efektywnie prawo zamówień publicznych wymaga ponadto przejrzystej regulacji towarzyszącej, zwłaszcza z zakresu prawa budowlanego, ustawy o finansach publicznych, ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, kodeksu karnego itd. W szczególności wszystkie te rozwiązania ustawowe, które funkcjonują wadliwie z powodów organizacyjnych (administracyjnych) albo z braku dostatecznej sankcji należy wzmocnić poprzez usprawnienie właściwych przepisów odrębnych. Od dawna nasuwa się potrzeba dalszego wzmocnienia nadzoru nad realizacją zamówień publicznych, w kierunku zapewnienia faktycznej realizacji zasady realnego wykonania zobowiązania (art. 354 kc). W obrocie prywatnym naturalny, motywowany ekonomicznie, nadzór właścicielski nie wymaga specjalnej stymulacji normatywnej, natomiast w zamówieniach publicznych szwankuje, zwłaszcza publicznoprawny obowiązek dochodzenia roszczeń, który nie jest dostatecznie ustawowo wyekspozowany. W przepisach ustrojowych sygnalizuje się ten problem enigmatycznie poprzez zastrzeżenie powinności „zachowania szczególnej staranności” w zarządzaniu mieniem państwowym lub samorządowym,

⁴⁴ Por. wyrok Sadu Najwyższego z 13 stycznia 2004 r. (V CK 97/03), z aprobowaną glosą R. Szostaka, „Orzecznictwo Sądów Polskich” 2005, Nr 2, poz. 22.

⁴⁵ Por. zwłaszcza wyrok TSUE z 19 czerwca 2008 r. (C 454/00, Nachrichtenagentur GmbH), Zbiór Orzecznictwa 2008, I-04401, z komentarzem A. Sołtyśńskiej: Europejskie prawo zamówień publicznych, Komentarze, Warszawa 2016, s. 618–620.

⁴⁶ Szczegółowo o tym R. Szostak: Odstąpienie od umowy na podstawie art. 145–145a prawa zamówień publicznych (w druku).

co oczywiście nie odnosi się do całego mienia publicznego. W sferze zamówień publicznych konieczne wydaje się wyraźniejsze unormowanie o powinności zorganizowania pełnego, kwalifikowanego, nadzoru nad realizacją każdego zamówienia, według treści zobowiązania wykonawcy, adresowanego do właściwych przedmiotowo pracowników merytorycznych oraz do kierowników instytucji zamawiających, pod rygorem odpowiedzialności osobistej, co najmniej karno-administracyjnej. Dodatkowo wprowadzić trzeba ustawowy obowiązek dochodzenia przez zamawiającego roszczeń niepieniężnych, szczególnie doniosłych w zamówieniach publicznych (roszczenia pieniężne unormowano w ustawie o finansach publicznych), którego podstawę prawną aktualnie wywodzi się ze zbyt ogólnych przepisów ustrojowych. Ważna przy tym jest odpowiednia sankcja karno-administracyjna, działająca prewencyjnie, której ciągle brakuje (za to nowy art. 20a Pzp przewiduje zespół nadzorczy, złożony z członków komisji przetargowej), ukształtowana na wzór odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny w wypadku zaniedbania roszczeń pieniężnych. Chodzi jednak nie tylko o roszczenia gwarantujące realne wykonanie zobowiązania przez wykonawcę, lecz także o swoiste przynaglenie urzędników zamawiającego do sumiennego odbioru przedmiotu zamówienia, aby zażegnać wreszcie żenujący w praktyce problem braków ilościowych i wadliwości zamawianych świadczeń (vide: komputeryzacja obsługi biurowej Państwowej Komisji Wyborczej). W przypadkach większej wagi aktualny staje się kodeks karny. Niektóre jednak przepisy w nim zawarte są już przestarzałe i powinny być zmodernizowane⁴⁷. Dotyczy to zwłaszcza dostatecznego określenia znamion czynu zabronionego z art. 305 kk (w zakresie tzw. utrudniania przetargu) oraz z art. 231 kk w zakresie działania na szkodę interesu publicznego. Potrzebny jest ponadto przejrzysty przepis o odpowiedzialności karnej za wyłudzenie zaliczki przez wykonawcę, ponieważ zamawiający w obawie przed konsekwencjami rezygnują – niestety ze szkodą dla sprawy – z zaliczkowania wykonawców, zwłaszcza budowlanych (zainteresowanie zaliczkami spada sukcesywnie), także w odniesieniu do zamówień finansowanych ze środków europejskich.

⁴⁷ Por. zwłaszcza P. Wiatrowski: O odpowiedzialności karnej w zamówieniach publicznych, *Kwartalnik Prawo Zamówień Publicznych* 2014, Nr 3, s. 90 i n.

KONTROLA PREZESA UZP – CO WYMAGA USPRAWNIENIA

*Katarzyna Tyc-Okońska, Zastępca Dyrektora Departamentu Kontroli Zamówień Publicznych,
Urząd Zamówień Publicznych*

Abstrakt

Niniejszy artykuł koncentruje się na wskazaniu kilku kwestii wpływających na realizację zadań Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych (dalej: Prezes Urzędu lub Prezes UZP), poprzez stosowanie mechanizmów kontroli. Analizowano zakres uprawnień Prezesa Urzędu w zakresie kontroli oraz kwestie proceduralne wpływające na efektywność prowadzonych przez Prezesa UZP kontroli. W referacie dokonano również oceny obecnie obowiązujących regulacji dotyczących kontroli zamówień publicznych pod kątem usprawnienia mechanizmów kontrolnych oraz osiągnięcia zamierzonego celu kontroli.

Abstract

The present paper focuses on indicating the few issues which affect the realisation of tasks of the President of the Public Procurement Office (hereinafter: the President of the Office or President of the PPO) by means of application of control mechanisms. The analyses concerned on the scope of powers of the President of the Office in the scope of control and procedural issues affecting the effectiveness of the control of the President of the PPO. The paper contains an assessment of regulations in the field of control currently in force with the view of introducing changes of control mechanisms and achievement of intended aims of control.

Kompetencje Prezesa Urzędu w zakresie kontroli zamówień publicznych

Ustawa Prawo zamówień publicznych¹ określa zasady i tryb udzielania zamówień publicznych, środki ochrony prawnej, kontrolę udzielania zamówień publicznych oraz organy właściwe w tych sprawach. Zgodnie z art. 152 ust. 1 ustawy Pzp centralnym organem administracji rządowej właściwym w sprawach zamówień publicznych jest Prezes Urzędu Zamówień Publicznych². Szczegółowe kompetencje Prezesa Urzędu zostały wymienione w art. 154 ustawy Pzp, w którym wskazano m.in., że Prezes Urzędu czuwa nad przestrzeganiem zasad systemu zamówień, w szczególności dokonuje kontroli procesu udzielania zamówień w zakresie przewidzianym ustawą. Należy zaznaczyć, że Prezes Urzędu posiada kompetencje kontrolne w stosunku do wszystkich zamówień publicznych bez względu na źródło ich finansowania.

W celu zidentyfikowania obszarów w zakresie kontroli Prezesa Urzędu, wymagających usprawnienia niezbędne jest przeanalizowanie obecnie obowiązujących przepisów ustawy Pzp, które zostały umiejscowione w rozdziale 3 ustawy Pzp. Przepisy te wskazują m.in. na rodzaje i podstawy prowadzonych kontroli, procedurę kontroli, sposób jej realizacji, jak również dokumentowanie wyników kontroli.

¹ Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.), zwana dalej: „ustawą Pzp”.

² Przedmiotem prowadzonych rozważań nie jest rozstrzyganie na temat charakteru prawnego tego organu, na ten temat zob. Tadeusz Kocowski, *Kontrola postępowania o udzielenie zamówienia publicznego*, w: w *Kontrola zamówień publicznych*, red. T. Kocowski, J. Sadowy, Wrocław–Warszawa 2013 r. s. 25.

Rodzaje kontroli prezesa UZP

Ustawa Pzp wyróżnia kontrolę doraźną oraz kontrolę uprzednią zamówień współfinansowanych ze środków Unii Europejskiej. Kontrola uprzednia, jak wynika z samej nazwy, dotyczy jedynie postępowań o udzielenie zamówienia, które są współfinansowane ze środków Unii Europejskiej i jednocześnie postępowań o udzielenie zamówień o znacznej wartości – co najmniej równej równowartości w złotych polskich kwoty 10 000 000 euro dla dostaw i usług oraz 20 000 000 euro dla robót budowlanych. Kontrola taka jest jednym z instrumentów przewidzianych dla zapobiegania uznawaniu środków przyznanych beneficjentom funduszy europejskich za niekwalifikowalne zgodnie z regułami korzystania z tych funduszy, gdyż jednym z warunków uznania wydatków za kwalifikowalne jest zastosowanie prawidłowej procedury i udzielenie zamówienia publicznego zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa. Obowiązkowa kontrola uprzednia wobec zamówień spełniających powyżej wskazane kryteria prowadzona jest przed podpisaniem umowy w sprawie zamówienia publicznego. Co istotne, wszczęcie kontroli uprzedniej zawiesza bieg terminu związania ofertą do dnia zakończenia kontroli oraz wywołuje skutek w postaci zakazu zawarcia umowy do czasu doręczenia informacji o wyniku kontroli.

Niewątpliwie zaletą prowadzenia tego rodzaju kontroli jest dostrzegany jej prewencyjny charakter, głównie w związku z możliwością uznania wydatków za niekwalifikowalne w całości lub w części przez właściwe Instytucje Zarządzające w poszczególnych Programach Operacyjnych w perspektywie finansowej 2014–2020³.

Kontrola doraźna zaś dotyczy zamówień niezależnie od ich wartości oraz źródeł finansowania. Kontrola taka może być wszczęta zarówno przed podpisaniem umowy w sprawie zamówienia publicznego, jak i po jej zawarciu – w okresie 4 lat od dnia zakończenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Warto nadmienić, że odnośnie natury prawnej postępowania kontrolnego prowadzonego przez Prezesa Urzędu w omawianym zakresie wypowiedziały się sądy administracyjne. Przyjęto, że ze względu na to, iż kontrola Prezesa Urzędu nie kończy się sformułowaniem decyzji administracyjnej, a jedynie wydaniem informacji o wyniku kontroli, która może w przypadku kontroli uprzedniej zawierać określone zalecenia, do kontroli tej nie mają zastosowania przepisy Kodeksu postępowania administracyjnego.⁴

Cel kontroli

W przypadku każdej kontroli, niezależnie od etapu, na jakim znajduje się postępowanie jej podlegające, kontrola Prezesa Urzędu ma na celu sprawdzenie zgodności postępowania o udzielenie zamówienia z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych oraz aktami wykonawczymi do

³ Zastosowanie będą miały Wytyczne w zakresie kwalifikowalności wydatków odpowiednie dla właściwych Programów Operacyjnych, a także Rozporządzenie Ministra Rozwoju z dnia 29 stycznia 2016 r. w sprawie warunków obniżania korekt finansowych oraz wydatków poniesionych nieprawidłowo związanych z udzieleniem zamówień (Dz. U. z dnia 18 lutego 2016 r., poz. 200).

⁴ Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie postanowieniem z dnia 29 grudnia 2005 r., III SA/Wa 3202/05, LEX nr 882126, odrzucił skargę zamawiającego w sprawie związanej z wydaniem informacji o wyniku kontroli ze względu na brak właściwości sądu w tym zakresie: „Zaskarżony wynik kontroli uprzedniej nie podlega zaskarżeniu do WSA, ponieważ wskazuje wyłącznie określone uchybienia oraz dokonuje ustaleń faktycznych, a nie dotyczy przyznania, stwierdzenia albo uznania uprawnień bądź obowiązków wynikających z przepisów prawa”. Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie w Wyroku z dnia 28 lutego 2008 r., V SA/Wa2614/07 wskazał, że: „Przeprowadzenie kontroli udzielania zamówień, do której jest uprawniony Prezes UZP nie jest postępowaniem administracyjnym i nie kończy się wydaniem decyzji. W tym przypadku także działanie Prezesa UZP nie ma charakteru władztwa administracyjnego wyrażającego się w jednostronnym oświadczeniu woli organu, opartym na przepisach prawa administracyjnego i określającym sytuację prawną konkretnie wskazanego adresata”.

tej ustawy. Zatem bezpośrednim celem kontroli Prezesa Urzędu jest zbadanie legalności przeprowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tj. dokonanie oceny zgodności działania zamawiających z określonymi przez przepisy ustawy Pzp wzorcami⁵. Jako cel pośredni można wskazać upowszechnianie dobrych praktyk oraz wprowadzanie zmian w prowadzonych postępowaniach, w wyniku doświadczeń zdobytych po przeprowadzonych kontrolach. Prezes Urzędu nie bada więc według kryterium gospodarności, celowości dokonywanych zakupów, czy też kryterium rzetelności, gdyż te uprawnienia przysługują innym organom kontrolnym.

Należy również wskazać, że kontrola Prezesa Urzędu nie może dotyczyć poprawności wykonania umowy w sprawie zamówienia publicznego. Przepis wyraźnie stanowi, że kontroli podlega postępowanie, nie zaś wykonanie umowy, jaka w wyniku tego postępowania została zawarta. Zgodnie, bowiem z art. 2 pkt 7a ustawy Pzp poprzez postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego należy rozumieć postępowanie wszczynane w drodze publicznego ogłoszenia o zamówieniu lub przesłania zaproszenia do składania ofert albo przesłania zaproszenia do negocjacji w celu dokonania wyboru oferty, z którym zostanie zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego, lub – w przypadku trybu zamówienia z wolnej ręki – wynegocjowania takiej umowy. Z przywołanej definicji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wynika, iż celem tego postępowania jest dokonanie wyboru oferty wykonawcy, z którym zostanie zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego, lub – w przypadku trybu z wolnej ręki – wynegocjowania postanowień takiej umowy. Powyższe odpowiada istocie procedur udzielania zamówień publicznych, których funkcją jest określenie zasad i sposobu wyłonienia kontrahenta, z którym będzie zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego. Choć postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego kończy zawarcie umowy⁶ w sprawie zamówienia publicznego, to kontrola Prezesa UZP nie dotyczy sposobu realizacji przedmiotu zamówienia, tylko zgodności przeprowadzonej procedury udzielenia zamówienia publicznego z przepisami ustawy Pzp. Uprawnienie kontrolne Prezesa UZP na etapie realizacji przedmiotu zamówienia można odnosić jedynie do badania zgodności ewentualnych zmian do umowy w stosunku do regulacji zawartych w tym zakresie w przepisach ustawy Pzp.⁷

Podmioty uprawnione do kontroli procedur udzielania zamówień publicznych

System kontroli zamówień publicznych jest bardzo rozbudowany⁸. System kontroli zamówień publicznych oznacza uporządkowany i skoordynowany system organów państwowych dokują-

⁵ Pojęcie kontroli w prawie administracyjnym: zdaniem J. Zimmemenmana „kontrola administracji polega na badaniu, czy działania administracji odpowiadają postulowanemu (wymaganemu przez prawo) stanowi rzeczy i na formułowaniu wniosku w wypadku odstępstw od tego stanu rzeczy – J. Zimmermann, *Prawo administracyjne*, Warszawa 2012, s. 420; E. Ura „pojęcie kontroli używane jest najczęściej do określenia funkcji organu, którego zadaniem jest wyłączenie sprawdzenie działalności innych organów, czy instytucji oraz ocenieni prawidłowości ich działania”, E. Ura *Prawo administracyjne*, Warszawa 2012, s. 57. E. Komorowski wskazuje, że „kontrola polega na obserwowaniu bieżącej działalności jednostki, jej porównaniu ze stanem idealnym wynikającym z przepisów prawa i na tej podstawie formułowanie zaleceń odnośnie dalszej działalności”, E. Komorowski [w:] *Prawo administracyjne – część ogólna*, red. M. Chmaj, Warszawa 2003, s. 84.

⁶ Zgodnie z uchwałą Sądu Najwyższego z dnia 17 grudnia 2010 r. sygn. akt III CZP103/10: „Postępowanie „o udzielenie zamówienia publicznego” na gruncie ustawy, zgodnie z treścią art. 2 ust. 7a ustawy (w brzmieniu tego przepisu obowiązującym od 29 stycznia 2010 r., Dz. U. z 2009 r. Nr 223, poz. 1778), da się zdefiniować jako ciąg czynności faktycznych i prawnych rozpoczynający się z chwilą ogłoszenia o zamówieniu przesłania zaproszenia do składania ofert albo przesłania zaproszenia do negocjacji w celu dokonania wyboru oferty wykonawcy. Przepis nie określa momentu zakończenia tego postępowania, ale treść ustawy nie pozostawia wątpliwości, że postępowanie to kończy się z chwilą zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego.”

⁷ art. 144 ustawy Pzp, zgodnie z którym zakazuje się zmian postanowień zawartej umowy lub umowy ramowej w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba że zachodzi co najmniej jedna z okoliczności w skazana w tym przepisie. Ponadto Prezes UZP na podstawie art. 144a ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp może wystąpić do sądu o unieważnienie zmian umowy dokonanych z naruszeniem art. 144 ust. 1–1b, 1d i 1e.

⁸ Szerzej na temat systemu kontroli J. Jagielski, *Kontrola administracji publicznej*, Warszawa, s.12.

cych oceny, w oparciu przede wszystkim o kryterium zgodności z prawem, działań podmiotów uczestniczących w postępowaniu o zamówienie publiczne. System kontroli zamówień publicznych oznacza zatem zbiór podmiotów, które kontrolują przede wszystkim zamawiających ale także i wykonawców w zakresie w jakim działają oni w oparciu o przepisy prawa powszechnie obowiązujące (w tym przede wszystkim przepisy Prawa zamówień publicznych i wydanych do tej ustawy rozporządzeń) podczas procedury wyboru najlepszej oferty.⁹ Niewątpliwie Prezes Urzędu jest centralnym organem administracji rządowej właściwym w sprawach zamówień publicznych, jednakże wśród najważniejszych organów zajmujących się kontrolą udzielania zamówień publicznych należy niewątpliwie wskazać na: Najwyższą Izbę Kontroli, regionalne izby obrachunkowe, komisje orzekające o naruszeniu dyscypliny finansów publicznych oraz urzędy kontroli skarbowej.¹⁰

Podczas, gdy Prezes Urzędu jest uprawniony do dokonywania kontroli pod względem legalności, pozostałe organy według swojej właściwości mogą kontrolować rzetelność, celowość i gospodarność w zakresie przeprowadzonych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego.

Ponadto w przypadku zamówień podlegających kontroli uprzedniej, kontrola zamówień może zostać przeprowadzona nie tylko przez Prezesa Urzędu, ale i właściwe instytucje w systemie Programów Operacyjnych.

Powyższe wskazuje, że kompetencje dotyczące kontroli zamówień publicznych należą do różnych podmiotów. Dlatego też należy dostrzec, że istotne jest uporządkowanie kompetencji kontrolnych poszczególnych organów w celu stworzenia spójnego systemu kontroli prawidłowości prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz udzielania zamówień publicznych. Niewykluczone jest w tym zakresie rozważenie przyznania Prezesowi UZP jako centralnemu organowi administracji rządowej właściwym w sprawach zamówień publicznych określonej roli, w szczególności w sytuacji określonej rozbieżności w wynikach kontroli dotyczących udzielania zamówień publicznych w oparciu o przepisy ustawy Pzp. W takim przypadku oczywiście rodzi się pytanie w jakich sytuacjach powinno dochodzić do ingerencji Prezesa Urzędu? Czy w przypadku rozbieżności interpretacyjnych wystarczające jest wydanie opinii prawnej przez Prezesa Urzędu? Czy też Prezes Urzędu określonych rozbieżności powinien dokonywać oceny stanu faktycznego i wiążąco wypowiadać się w tej kwestii.

Nie rozstrzygając w tym miejscu, jakie rozwiązanie w zakresie przyznanych kompetencji Prezesowi Urzędu będzie właściwe, należy zaznaczyć, że niezbędne jest podjęcie działań zmierzających do zapewnienia jednolitego podejścia organów kontroli orzekających w przedmiocie zamówień publicznych.

Podstawy do wszczęcia kontroli

Kontrola uprzednia jest przeprowadzana w sytuacji, gdy zachodzą przesłanki wskazane w art. 169 ust. 2 ustawy Pzp, zaś momentem wszczęcia kontroli jest doręczenie Prezesowi Urzędu kopii dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia w celu przeprowadzenia kontroli uprzedniej. Natomiast kontrola doraźna może zostać wszczęta z urzędu lub na wniosek (w tym na wniosek instytucji zarządzającej, jeśli zachodzą okoliczności wskazane w art. 165 ust. 4 ustawy Pzp)

⁹ P. Szustakiewicz, Czy istnieje system kontroli zamówień publicznych? w: *Kontrola zamówień publicznych*, red. T. Kocowski, J. Sadowy, Wrocław-Warszawa 2013 r. s. 42.

¹⁰ Problematyka dotycząca podstaw prowadzenia kontroli zamówień publicznych przez pozostałe organy kontroli, wymaga odrębnych rozważań wykraczających poza ramy przyjętego artykułu.

w przypadku uzasadnionego przypuszczenia, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia doszło do naruszenia przepisów ustawy, które mogło mieć wpływ na jego wynik¹¹.

Przed wszczęciem kontroli Prezes Urzędu może przeprowadzić postępowanie wyjaśniające, które służy ustaleniu, czy istnieją podstawy do wszczęcia kontroli doraźnej. Istotnym aspektem determinującym wszczęcie kontroli doraźnej jest uzasadnione przypuszczenie, że w postępowaniu doszło do naruszenia przepisów ustawy, które mogło mieć wpływ na jego wynik¹². Wszczęcie kontroli przez Prezesa Urzędu determinowane jest zatem wcześniejszym ustaleniem, że w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego mogło dojść do naruszenia przepisów ustawy Pzp tylko w taki sposób, iż to naruszenie może dotyczyć wyniku postępowania, a więc wyboru oferty najkorzystniejszej, bądź skutkować unieważnieniem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Powyższym ustaleniom ma służyć właśnie postępowanie wyjaśniające poprzedzające właściwą kontrolę postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Postępowanie wyjaśniające ma więc miejsce przed wszczęciem właściwej kontroli, która zakończyć się musi sporządzeniem i doręczeniem informacji o wyniku kontroli. Postępowanie wyjaśniające zaś kończy się wszczęciem kontroli lub odstąpieniem od takiego wszczęcia, przy czym ustawa nie nakłada obowiązku poinformowania zamawiającego o takiej decyzji Prezesa Urzędu. Postępowanie wyjaśniające może stanowić etap poprzedzający wszczęcie kontroli, ale również może zatem zostać zakończone bez dalszego wszczynania kontroli, w sytuacji gdy nie stwierdzono naruszeń, bądź ewentualne naruszenia nie miały wpływu na wynik postępowania, co oczywiście wymaga uzasadnienia.

Powyższe oznacza, że nie tylko stwierdzenie naruszeń wymaga uzasadnienia w Informacji o wyniku kontroli, ale również co istotne, należy podać uzasadnienie wskazujące na brak okoliczności uzasadniających wszczęcie kontroli.

Rozwiązanie, o którym mowa w art. 165 ust. 1 i 4 ustawy Pzp, potwierdza również, że uzasadnione jest kontrolowanie procedur, co do których istnieje podejrzenie wystąpienia nieprawidłowości o znaczeniu istotnym, tj. takim, które mają znaczenie dla prawidłowości wyboru oferty. Jeśli w toku postępowania wyjaśniającego ustalono prawdopodobieństwo naruszenia, które nie ma zasadniczego wpływu na przebieg procedury udzielania zamówienia publicznego, przestrzegania zasad udzielania zamówień publicznych i prawidłowości wyboru oferty, w tym zakresie nie ma powodu, aby uruchamiać całą procedurę kontrolną. W tym miejscu należy również podkreślić, że w przypadku zarówno kontroli doraźnej, jak i uprzedniej, analizie podlega całość dokumentacji z przeprowadzonej procedury udzielenia zamówienia publicznego, a nie jedynie zakres objęty wnioskiem o kontrolę. Unormowania te, w konsekwencji przekładają się na możliwość przeprowadzenia kontroli i realnego oddziaływania na system zamówień publicznych.

Należy zwrócić uwagę, że w 2015 r. Prezes Urzędu zakończył łącznie 231 kontroli zamówień publicznych, w tym: 72 kontrole doraźne, 130 kontroli uprzednich obligatoryjnych, 29 kontroli doraźnych z zawiadomień o wszczęciu postępowania w trybie niekonkurencyjnym oraz kon-

¹¹ Krzysztof Horubski w *Kontrola zamówień publicznych*, red. T. Kocowski, J. Sadowy, Wrocław–Warszawa 2013 r. s. 67: (...) za wyraz wpływu naruszenia przepisów ustawy Pzp przez zamawiającego na wynik postępowania uważa się sytuację, w której jego bezprawne zachowanie prowadzi do wyboru jako najkorzystniejszej oferty innego uczestnika postępowania, niż miałyby to miejsce w sytuacji gdyby do naruszenia nie doszło. Sytuacją taką byłoby również bezpodstawne unieważnienie postępowania zamiast zakończenia go wyborem oferty najkorzystniejszej.

¹² art. 165 ust. 1 i 4 ustawy Pzp.

troli doraźnych postępowań w trybie z wolnej ręki, o wartości nieprzekraczającej obowiązku przekazywania zawiadomień. W 2015 r. zakończono 533 postępowania wyjaśniające¹³. Jednocześnie też w 2016 r. Prezes Urzędu zakończył łącznie 264 kontrole zamówień publicznych, w tym: 140 kontroli doraźnych, 101 kontroli uprzednich obligatoryjnych, 23 kontrole doraźne z zawiadomień o wszczęciu postępowania w trybie niekonkurencyjnym oraz kontroli doraźnych postępowań w trybie z wolnej ręki, o wartości nieprzekraczającej obowiązku przekazywania zawiadomień, zaś postępowań wyjaśniających zakończył 573.

Jak wynika z prezentowanych danych, liczba skontrolowanych postępowań stanowi więc niewielką część ogólnej liczby postępowań przeprowadzonych przez Prezesa Urzędu. Liczba ta jest zmienna, i mimo wzrostu w pewnych latach, wydaje się, że systemowo nie wywiera istotnego, faktycznego wpływu na zachowania zamawiających w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego.

Niewątpliwie jednak można doszukiwać się znaczenia edukacyjnego kontroli prowadzonych przez Prezesa UZP (szczególnie tam, gdzie stwierdzenie w wyniku kontroli Prezesa Urzędu dotyczy naruszeń prawa w postępowaniach, w których przedmiot zamówienia jest współfinansowany ze środków UE). Jednakże wówczas trudno stwierdzić, żeby kompetencje Prezesa Urzędu, polegające na czuwaniu nad przestrzeganiem zasad systemu zamówień czy też analizowaniu funkcjonowania systemu zamówień publicznych, były w pełni realizowane.

Liczba wniosków o kontrolę wpływających do Prezesa UZP, wiąże się nie tylko ze zmianami przepisów prawa, ale jak pokazuje dotychczasowa praktyka, źródłem tych wniosków są również takie czynniki, jak: próba uzyskania interpretacji w zakresie stosowania przepisów w danym przypadku, brak wiedzy po stronie wykonawców, czy próba zweryfikowania poprawności działań zamawiających poprzez kontrolę zamiast skorzystanie ze środków ochrony prawnej, które pozwalają na ochronę uprawnień i oczekiwań wykonawcy zawiązanych z pozyskaniem przez niego określonego zamówienia publicznego. W pewnych przypadkach wykonawcy poprzez złożenie wniosku o kontrolę podejmują także próbę podważenia wyroku Krajowej Izby Odwoławczej, co jest oczywiście niedopuszczalne w świetle przysługującej w tym zakresie drogi procesowej – możliwości zaskarżenia orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej do właściwego sądu okręgowego, w trybie art. 198a i nast. ustawy Pzp.

Z pewnością dostępność informacji o stwierdzonych nieprawidłowościach oraz konsekwencjach naruszeń prawa może być skuteczniejszym czynnikiem wpływającym na staranność udzielania zamówień. Jednak czy, aby kontrola Prezesa Urzędu nie powinna ulec pewnym zmianom, które przyczyniłyby się do bardziej efektywnego wpływania na system zamówień publicznych i przestrzegania zasad udzielania zamówień publicznych? Nie bez znaczenia pozostaje w tym względzie konieczność uwzględnienia zasobów kadrowych Urzędu i wzmocnienie instytucji w tym aspekcie. Pewnych wskazówek co do kierunku zmian w systemie kontroli można doszukiwać się w postulatach ustawodawcy unijnego, które zostały wyrażone w motywie 121 do dyrektywy klasycznej, poprzez szczegółowe określenie kwestii dotyczących monitoringu systemu zamówień publicznych.

Zgodnie, bowiem z treścią motywu 121 dyrektywy klasycznej:¹⁴ *z myślą o efektywniejszym i bardziej konsekwentnym stosowaniu tych przepisów niezbędne jest uzyskanie dobrego ogólnego*

¹³ Źródło: Sprawozdanie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych w 2015 r. z czerwca 2016 r., zamieszczone na stronie podmiotowej Prezesa Urzędu, Biuletyn Informacji Publicznej.

¹⁴ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE, dalej jako: dyrektywa klasyczna.

ogłędu ewentualnych problemów strukturalnych i generalnych wzorców w krajowych politykach w zakresie zamówień, by rozwiązać potencjalne problemy w bardziej ukierunkowany sposób. Ogląd ten należy uzyskać dzięki odpowiedniemu monitorowaniu, którego wyniki powinny być regularnie publikowane, by umożliwić wnikliwą debatę na temat ewentualnych ulepszeń przepisów i praktyk w zakresie zamówień. Uzyskanie takiego dobrego oglądu mogłoby również pozwolić na lepsze zrozumienie stosowania przepisów dotyczących zamówień publicznych w kontekście realizowania projektów współfinansowanych przez Unię. (...) Jeżeli chodzi o kwestie prawne, wskazówki nie powinny koniecznie oznaczać całościowej analizy prawnej danych zagadnień; mogłyby one ograniczać się do ogólnego wskazania elementów, które należy wziąć pod uwagę przy dalszej, szczegółowej analizie odnośnych kwestii (...). Dodatkowo można wskazać, że w art. 83 ust. 2 akapit 2 dyrektywy klasycznej, uregulowano powyższe kwestie, wskazując również na konieczność systemowego podejścia do problemów związanych z naruszeniami ustawy Pzp¹⁵.

Szczególna rola Prezesa Urzędu w procesie kontroli procedur udzielania zamówień publicznych oraz posiadanie kompetencji m.in. związanych z propagowaniem wzorcowych dokumentów oraz szerzeniem dobrych praktyk wydaje się, że powinna się wiązać z uwzględnieniem nowego podejścia do systemu kontroli. Wprowadzenie nowego podejścia do kontroli realizowanych przez Prezesa UZP poprzez wdrożenie tzw. „kontroli systemowych”, ukierunkowanych na określony problem faktyczny w sferze udzielania zamówień publicznych. Z pewnością takie podejście do kontroli pozwoliłoby na wyeliminowanie najczęściej powtarzających się naruszeń u wszystkich zamawiających, a nie tylko u tych, którzy zostali objęci pojedynczą kontrolą. Jednocześnie też takie wyniki kontroli podsumowane dodatkowym raportem stanowiłyby spójne wytyczne nie tylko dla całej grupy zamawiających, ale również dla innych organów, co również przyczyniłoby się do ujednolicenia podejścia tychże organów zajmujących się kontrolą udzielania zamówień publicznych.

Jednakże, aby przeprowadzenie kontroli systemowych było możliwe, zasadnym byłoby wprowadzenie zmian do ustawy Pzp, poprzez wyraźne wskazanie na taką możliwość oraz opisanie tego procesu.

Podkreślić należy, że kontrole doraźne rozstrzygają jedynie indywidualne sprawy i dają pewne wytyczne co do sposobu postępowania w konkretnej sprawie i rzadko są wykorzystywane przez szerszy krąg zamawiających. Zatem podchodząc systemowo do kontroli zamówień należy zauważyć, że głównie kontrole prowadzone z urzędu, w tym kontrole trybów niekonkurencyjnych pozwoliły na eliminowanie pewnych patologicznych zjawisk w zamówieniach publicznych. Analiza wniosków o kontrole nie powinna prowadzić do rozpatrywania wyłącznie spraw indywidualnych przypadków naruszeń, bowiem przy liczbie wniosków wpływających do Prezesa UZP, a jednocześnie ograniczonych zasobach kadrowych Urzędu, realizacja uprawnień kontrolnych Prezesa Urzędu sprowadzałaby się jedynie do ingerencji w takie przypadki, w których w ocenie wnioskodawcy najczęściej niezadowolonego z wyniku postępowania wyjaśniającego doszło do naruszenia przepisów ustawy Pzp. Przy takim podejściu do kontroli mamy do czynienia ze zdecydowanym zwiększeniem efektywności i oddziaływania przez Prezesa UZP nad czuwaniem nad przestrzeganiem zasad udzielania zamówień publicznych.

¹⁵ Art. 83 ust. 2 akapit 2: *Jeżeli organy lub struktury monitorujące stwierdzą z własnej inicjatywy lub po otrzymaniu stosownych informacji konkretne naruszenia lub **problemy systemowe**, mają prawo zgłosić te problemy krajowym organom kontrolnym, sądom lub trybunałom albo innym odpowiednim organom lub strukturom, takim jak rzecznik praw obywatelskich, parlamenty narodowe lub ich komisje.*

Podsumowując wywołaną dyskusję na temat potrzeby zmian w zakresie kontroli zamówień publicznych, wydaje się, że nieunikniona jest zmiana w zakresie przepisów regulujących dotyczących kontroli zamówień publicznych sprawowanej przez Prezesa UZP, a także inne organy kontroli. Mam nadzieję, że dyskusja w tym przedmiocie przyczyni się do stosownych działań mających na celu usprawnienie procesów kontrolnych, jak i ujednolicenia podejścia do kontroli zamówień publicznych różnych organów kontroli.

UWAGI POSTIMPLEMENTACYJNE DO USTAWY O UMOWIE KONCESJI

Marcin Wawrzyniak – adwokat, ekspert Instytutu Partnerstwa Publiczno-Prywatnego

Abstrakt

Tematem niniejszego referatu jest wskazanie najważniejszych zmian w prawie polskim w zakresie zasad i trybu zawierania umów koncesji na roboty budowlane lub usługi w związku z implementacją przepisów Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/23/UE z 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania koncesji¹. Autor zwraca szczególną uwagę na nowe rozwiązania prawne, będące skutkiem implementacji, a także podejmuje próbę interpretacji najważniejszych pojęć.

Abstract

The subject of the present intervention is the presentation of the most important changes in Polish law in the field of principles and procedures applicable to award of concession contracts for public works and services resulting from implementation of provisions of Directive of the European Parliament and of the Council of 26 February 2014 on the award of concession contracts². The author pays particular attention to new legal provisions which are the result of the implementation as well as tries to interpret the most important notions.

Uwagi wprowadzające

W dniu 14 grudnia 2016 r. weszła w życie ustawa z dnia 21 października 2016 r. o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi³, dalej „u.u.k.r.b.u.” Ustawa stanowi implementację do prawa polskiego przepisów Dyrektywy 2014/23/UE z 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania koncesji. Należy podkreślić, że Dyrektywa 2014/23/UE transponowana została do prawa polskiego ze znacznym opóźnieniem (termin implementacji minął w dniu 18 kwietnia 2016 r.). Dyrektywa koncesyjna cechuje się z jednej strony charakterystycznymi dla umów koncesji uproszczeniami w stosunku do dyrektyw dotyczących zamówień publicznych, z drugiej zaś zawiera znaczną część identycznych w stosunku do zamówień publicznych przepisów, które były przewidziane w ramach dyrektyw tzw. pakietu zamówień publicznych, obejmującego obok dyrektywy koncesyjnej „dyrektywę klasyczną”⁴ oraz „dyrektywę sektorową”⁵. Celem uchwalenia dyrektywy koncesyjnej było ograniczenie niepewności prawnej przy udzielaniu koncesji oraz sprzyjanie publicznym i prywatnym inwestycjom w infrastrukturę i usługi strategiczne, przy zapewnieniu najlepszego stosunku jakości do ceny, w tym ułatwienie realizacji projektów w formule partnerstwa publiczno-prywatnego (PPP). Z kolei *ratio legis* u.u.k.r.b.u. było wprowadzenie jasnych i przejrzystych zasad oraz procedur

¹ Dz. U. UE. L Nr 94, s. 1.

² O. J. EU L 94 p. 1.

³ Dz. U. z 2016 r., poz. 1920.

⁴ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE (Dz. Urz. UE L 94 z 28.03.2014 r., str. 65, z późn. zm.).

⁵ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylającej dyrektywę 2004/17/WE (Dz. Urz. UE L 94 z 28.03.2014 r., str. 243, z późn. zm.).

udzielania zamówień w drodze umów koncesji na roboty budowlane lub usługi, zapewniających zgodność z obowiązującym w tym zakresie prawem Unii Europejskiej.

Podkreślić należy, że zasady i tryb zawierania umowy koncesji na roboty budowlane lub usługi uregulowane były wcześniej w prawie polskim w ustawie z dnia 9 stycznia 2009 r. o koncesji na roboty budowlane lub usługi⁶. Na bazie tej regulacji w latach 2009–2016 zawarto w Polsce 64 umowy koncesji, w tym 18 koncesji na roboty budowlane i 46 koncesji na usługi. Przepisy u.k.r.b.u. wykorzystane zostały także do zawarcia 20 umów o partnerstwie publiczno-prywatnym⁷.

Z uwagi na długotrwałość postępowań prowadzonych w trybie u.k.r.b.u. istotnym zadaniem ustawodawcy było uregulowanie kwestii intertemporalnych. W przepisach przejściowych do u.u.k.r.b.u. ustalono, że do skarg wniesionych do sądu administracyjnego oraz do postępowań o zawarcie umowy koncesji, o których mowa w u.k.r.b.u., wszczętych i niezakończonych przed dniem wejścia w życie u.u.k.r.b.u. stosuje się przepisy dotychczasowe. Do umów koncesji zawartych w następstwie przeprowadzenia postępowań o zawarcie umowy koncesji wszczętych przed dniem wejścia w życie u.u.k.r.b.u., także stosuje się przepisy dotychczasowe.

Podkreślenia wymaga, że u.u.k.r.b.u. pełni dwoistą rolę w prawie polskim. Z jednej strony u.u.k.r.b.u. stanowi samodzielną podstawę prawną do zawarcia umowy koncesji na roboty budowlane lub usługi, z drugiej zaś, stosownie do art. 4 ust. 1 ustawy z dnia 19 grudnia 2008 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym⁸, dalej u.p.p.p., stanowi jeden z dwóch podstawowych (obok przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych⁹) trybów wyboru partnera prywatnego oraz podstawę prawną do kształtowania treści umowy o PPP.

Definicja umowy koncesji

W ślad za przepisami dyrektywy koncesyjnej (art. 5 pkt 1 Dyrektywy 2014/23/UE) ustawodawca zdecydował się w sposób precyzyjny zdefiniować umowę koncesji. Na podstawie umowy koncesji na roboty budowlane zamawiający powierza koncesjonariuszowi wykonanie robót budowlanych za wynagrodzeniem stanowiącym wyłącznie prawo do eksploatacji obiektu budowlanego będącego przedmiotem umowy albo takie prawo wraz płatnością (art. 3 ust. 1 i 2 pkt 1 u.u.k.r.b.u.). Przedmiot koncesji, a więc pojęcie *robót budowlanych*, w tym przypadku oznacza (vide art. 2 pkt 7 u.u.k.r.b.u.) wykonanie albo zaprojektowanie i wykonanie *robót budowlanych* związanych z jednym z rodzajów działalności określonych w załączniku I do dyrektywy 2014/23/UE, lub obiektu budowlanego, lub realizację obiektu budowlanego za pomocą dowolnych środków, zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego. Pojęcie obiektu budowlanego na gruncie u.u.k.r.b.u. (vide art. 2 pkt 5 u.u.k.r.b.u.) oznacza całości robót budowlanych w zakresie budownictwa lub inżynierii lądowej i wodnej, który może samoistnie spełniać funkcję gospodarczą lub techniczną. Koncesja na roboty budowlane częściowo zbliżona jest do umowy o roboty budowlane, ale odróżniać ją specyficzny model wynagrodzenia wykonawcy (koncesjonariusza). Co do zasady, koncesjonariusz nie będzie uzyskiwał wynagrodzenia w drodze zapłaty sumy pieniężnej przez zamawiającego, względnie, płatność zamawiającego nie może stanowić jedyne źródła wynagrodzenia. Każdorazowo w umowie koncesji całość lub znaczna część wynagrodzenia

⁶ t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 113 z późn. zm.), zwana dalej u.k.r.b.u.

⁷ Dane pochodzą z Bazy zawartych umów PPP opublikowanej na portalu Platformy PPP, prowadzonym przez Ministerstwo Rozwoju pod adresem: www.ppp.gov.pl

⁸ t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 696 z późn. zm.

⁹ t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 z późn. zm.

koncesjonariusza pochodzić ma z eksploatacji obiektu budowlanego będącego przedmiotem umowy. Jakkolwiek pojęcie *prawa do eksploatacji* nie jest zdefiniowane w u.u.k.r.b.u., to rozsądnie należy przyjąć, że *prawo do eksploatacji* polega na wykorzystaniu obiektu budowlanego zgodnie z jego przeznaczeniem w celu uzyskania dochodu. Dochodem partnera prywatnego będą z pewnością wszelkie pożytki z obiektu budowlanego. W praktyce, pożytkami z przedsięwzięcia najczęściej będą opłaty wnoszone przez użytkowników przedmiotu koncesji, czyli klientów danej usługi świadczonej z wykorzystaniem przedmiotu koncesji. W przypadku koncesji na usługi wynagrodzeniem koncesjonariusza za świadczenie usług jest prawo do odpłatnego wykonywania usług będących przedmiotem umowy. Płatnikiem wynagrodzenia koncesjonariusza może być także sam zamawiający. Choć przepisy u.u.k.r.b.u. wprost nie wskazują, jak duży może być udział płatności zamawiającego w wynagrodzeniu koncesjonariusza, to z pewnością płatności te nie mogą stanowić jedyne źródła wynagrodzenia. Umowa koncesji w istocie stanowi instrument prawny do realizacji przedsięwzięć, w przypadku których w okresie trwania umowy przychody z eksploatacji obiektu budowlanego lub wykonywania usług są na tyle wysokie, aby rekompensować koncesjonariuszowi nakłady kapitałowe oraz koszty finansowania budowy obiektu budowlanego (odsetki od kredytu), lub koszty świadczenia usług i zarządzania nimi, a także umożliwić uzyskanie godziwego zysku.

Płatności zamawiającego na rzecz koncesjonariusza nie mogą być na tyle wysokie, aby na koncesjonariuszu przestało ciążyć ryzyko ekonomiczne związane z eksploatacją obiektu budowlanego. Koncesjonariusza obciąża bowiem powinno ryzyko ekonomiczne związane z eksploatacją obiektu budowlanego, obejmujące ryzyko związane z popytem lub podażą (art. 3 ust. 3 u.u.k.r.b.u.). Ustawodawca wskazał, że przez ponoszenie ryzyka ekonomicznego należy rozumieć sytuację, w której w zwykłych warunkach funkcjonowania koncesjonariusz nie ma gwarancji odzyskania poniesionych nakładów inwestycyjnych lub kosztów związanych z eksploatacją obiektu budowlanego oraz jest narażony na wahania rynku, a w szczególności jego szacowane potencjalne straty związane z wykonywaniem umowy koncesji nie mogą być jedynie nominalne lub nieistotne (art. 3 ust. 4 u.u.k.r.b.u.). Z przytoczonego przepisu można wysnuć kilka wniosków:

- w koncesji na roboty budowlane płatności zamawiającego na rzecz koncesjonariusza nie mogą w całości pokrywać nakładów inwestycyjnych oraz kosztów związanych z eksploatacją obiektu budowlanego,
- koncesjonariusz musi być narażony na wahania rynku, a co za tym idzie nabywcą świadczonych przez niego usług w ramach eksploatacji przedmiotu umowy w znacznej części powinny inne podmioty niż zamawiający,
- zamawiający nie powinien udzielać koncesjonariuszowi gwarancji lub zabezpieczeń skutkujących tym, że ryzyko ponoszone przez koncesjonariusza będzie nominalne lub nieistotne. Ustawodawca wskazał, że przy ocenie ryzyka ekonomicznego należy uwzględniać w sposób spójny i jednolity wartość bieżącą netto wszystkich inwestycji, kosztów i przychodów koncesjonariusza. Pojęcie *wartości bieżącej netto* nie ma definicji ustawowej. W naukach ekonomicznych występują różne definicje. Wartość bieżąca netto (ang. *Net Present Value – NPV*) można zdefiniować jako wartość netto przyszłych przepływów pieniężnych wynikających z inwestycji z uwzględnieniem utraty wartości pieniądza w czasie. Przepływy pieniężne mogą być zarówno dodatnie jak i ujemne. Inaczej mówiąc NPV przedstawia wartość przyszłych strumieni pieniężnych w kategoriach dzisiejszych pieniędzy. Wszelkie płatności zamawiającego na rzecz koncesjonariusza w całym okresie obowiązywania umowy koncesji lub udzielone koncesjonariuszowi przez zamawiającego gwarancje nie mogą prowadzić do sytuacji, że realne świadczenia zamawiającego (ustalone nominalnie w umowie płatności) lub świadczenia potencjalne (z tytułu udzielonych gwarancji) będą równe lub wyższe od szacunkowej wartości umowy koncesji (art. 6 u.u.k.r.b.u.).

Wyjaśnienie pojęcia „ryzyka ekonomicznego” w u.u.k.r.b.u. jest krokiem naprzód w stosunku do u.k.r.b.u., która, choć tym pojęciem się posługiwała, w ogóle nie określała jego definicji. Rodziło to szereg wątpliwości interpretacyjnych.

Wskazać należy, że krąg podmiotów zobowiązanych do stosowania u.u.k.r.b.u. jest zasadniczo tożsamy z katalogiem zamawiających uregulowanym w art. 3 ust. 1 u.p.z.p.¹⁰ Przepisy u.u.k.r.b.u. definiują również *wykonawcę*, jako osobę fizyczną, osobę prawną albo jednostkę organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej lub grupę takich podmiotów, które ubiegają się o zawarcie umowy koncesji lub złożyły ofertę. Podmiot, z którym zawarto umowę koncesji, jest *koncesjonariuszem*.

Postępowanie w sprawie zawarcia umowy

Ogólne zasady zawierania umów uregulowane zostały w Rozdziale 3 u.u.k.r.b.u. Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o zawarcie umowy koncesji w sposób zapewniający zachowanie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości (art. 12 ust. 1 u.u.k.r.b.u.). Ponadto, zamawiający nie może przygotować i prowadzić postępowania o zawarcie umowy koncesji w sposób mający na celu uniknięcie stosowania przepisów ustawy (art. 12 ust. 2 u.u.k.r.b.u.). Na zamawiającym ciąży obowiązek dokumentowania przebiegu postępowania o zawarcie umowy koncesji, przy czym może to uczynić w wybrany przez siebie sposób (art. 29 ust. 6 u.u.k.r.b.u.). Może to być w szczególności protokół pisemny lub elektroniczny, a także nagranie audio lub video przebiegu negocjacji.

Do podstawowych obowiązków zamawiającego w ramach procedury przewidzianej w u.u.k.r.b.u. należeć będzie należyte oszacowanie wartości umowy o PPP. Zgodnie z art. 6 ust. 1 u.u.k.r.b.u., szacunkową wartością umowy koncesji na roboty budowlane jest całkowity przychód koncesjonariusza uzyskany w okresie obowiązywania umowy, bez podatku VAT, oszacowany przez zamawiającego z zachowaniem należytej staranności, z tytułu wynagrodzenia za wykonanie robót budowlanych lub świadczenie usług, będących przedmiotem koncesji, powiększony o wartość

¹⁰ Podmiotem zobowiązanym do stosowania u.u.k.r.b.u. jest zamawiający (poprzednio *koncesjodawca*), tj.

a) podmiot, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1–3a u.p.z.p., tj.:

1) jednostki sektora finansów publicznych;

2) inne, niż określone w pkt 1, państwowe jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej;

3) inne, niż określone w pkt 1, osoby prawne, utworzone w szczególnym celu zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym niemających charakteru przemysłowego ani handlowego, jeżeli podmioty, o których mowa w tym przepisie oraz w pkt 1 i 2, pojedynczo lub wspólnie, bezpośrednio lub pośrednio przez inny podmiot:

• finansują je w ponad 50% lub

• posiadają ponad połowę udziałów albo akcji, lub

• sprawują nadzór nad organem zarządzającym, lub

• mają prawo do powoływania ponad połowy składu organu nadzorczego lub zarządzającego

– o ile osoba prawna nie działa w zwykłych warunkach rynkowych, jej celem nie jest wypracowanie zysku i nie ponosi strat wynikających z prowadzenia działalności;

3a) związki podmiotów, o których mowa w pkt 1 i 2, lub podmiotów, o których mowa w pkt 3.

b) przedsiębiorstwo publiczne, przez które należy rozumieć przedsiębiorstwo, na które zamawiający, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1–3a u.p.z.p., pojedynczo lub wspólnie, bezpośrednio lub pośrednio może wywierać dominujący wpływ, przez:

1) posiadanie ponad połowy udziałów albo akcji w tym przedsiębiorstwie,

2) kontrolowanie ponad połowy głosów przypadających na akcje wyemitowane przez to przedsiębiorstwo,

3) prawo do powoływania ponad połowy członków organu zarządzającego lub nadzorczego przedsiębiorstwa.

4) jeżeli umowa koncesji jest zawierana w celu wykonywania jednego z rodzajów działalności sektorowej,

c) podmiot inny, niż określony w lit. a i b, jeżeli umowa koncesji jest zawierana w celu wykonywania jednego z rodzajów działalności sektorowej, a działalność ta jest wykonywana na podstawie praw szczególnych lub praw wyłącznych innych niż prawa, o których mowa w art. 3 ust. 2 u.p.z.p.

dostaw i usług towarzyszących takim robotom lub usługom. Szacunkowa wartość umowy koncesji obowiązuje na dzień przekazania do publikacji albo zamieszczenia ogłoszenia o koncesji. W przypadku, gdy wartości umowy koncesji bez VAT, w dniu jej zawarcia jest wyższa niż 20% od wartości szacowanej na dzień ogłoszenia o koncesji, przyjmuje się, że wartością szacunkową umowy koncesji jest wartość z dnia jej zawarcia (art. 6 ust. 3 u.u.k.r.b.u.). Powyższe rozwiązanie jest o tyle zasadne, że zazwyczaj pomiędzy dniem ogłoszenia o koncesji, a dniem zawarcia umowy upłynąć może stosunkowo długi czas (nawet ponad rok), a ponadto, w toku negocjacji zakres umowy koncesji może ulec zmianie. W art. 6 ust. 4 u.u.k.r.b.u. wskazano metodologię szacowania wartości umowy koncesji. Wartość umowy koncesji powinna zostać ustalona przy użyciu obiektywnej metod określonej w dokumentach koncesji, uwzględniając:

- 1) wartość opcji i przedłużenie okresu obowiązywania umowy koncesji;
- 2) przychody z opłat i kar uiszczanych przez korzystających z obiektów budowlanych lub usług, z wyjątkiem opłat i kar pobieranych w imieniu zamawiającego;
- 3) płatności lub inne korzyści finansowe, niezależnie od ich formy, przekazywane koncesjonariuszowi przez zamawiającego albo inny organ publiczny, w tym rekompensatę z tytułu spełnienia obowiązku świadczenia usługi publicznej i dotacje celowe na finansowanie lub dofinansowanie kosztów realizacji inwestycji;
- 4) wartość dotacji lub innych korzyści finansowych, niezależnie od ich formy, od osób trzecich z tytułu wykonania umowy koncesji;
- 5) przychody ze sprzedaży aktywów wchodzących w skład przedmiotu umowy koncesji;
- 6) wartość dostaw i usług udostępnianych koncesjonariuszowi przez zamawiającego, jeżeli są one niezbędne do wykonania robót budowlanych lub świadczenia usług;
- 7) nagrody lub płatności na rzecz wykonawcy lub koncesjonariusza.

Kolejnym kluczowym obowiązkiem zamawiającego jest dokonanie opisu przedmiotu koncesji. Opis przedmiotu koncesji polega na określeniu przez zamawiającego w dokumentach koncesji wymogów technicznych lub funkcjonalnych robót budowlanych lub usług, będących przedmiotem koncesji (art. 26 ust. 1 u.u.k.r.b.u.). Wymogi dotyczące przedmiotu umowy koncesji mogą odnosić się również do określonego procesu produkcyjnego, realizacji zamówionych robót budowlanych lub świadczonych usług, pod warunkiem że są powiązane z przedmiotem umowy koncesji i proporcjonalne do jej wartości oraz celów, i mogą obejmować w szczególności: poziomy jakości, poziomy oddziaływania na środowisko i klimat, dostosowanie do określonych potrzeb, w tym potrzeb osób niepełnosprawnych, oraz przeprowadzenie oceny zgodności, wydajność, bezpieczeństwo lub wymiary, stosowaną terminologię, oznakowanie oraz instrukcje użytkowania, a także przeprowadzone testy i ich metody. Przedmiotu umowy koncesji nie można opisywać przez wskazanie znaków towarowych, patentów, pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, które charakteryzują produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, lub mogłoby prowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów (chyba, że opisanie przedmiotu umowy w sposób precyzyjny i zrozumiały jest niemożliwe, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyraz *lub równoważny*). Do opisu przedmiotu umowy koncesji stosuje się nazwy i kody CPV. Zamawiający może określić w opisie przedmiotu umowy koncesji wymagania związane z realizacją umowy koncesji, które mogą obejmować aspekty gospodarcze, środowiskowe, społeczne, związane z innowacyjnością lub zatrudnieniem (art. 27 u.u.k.r.b.u.).

Zamawiający nie może odrzucić oferty z tego powodu, że oferowane roboty budowlane lub usługi nie spełniają wymogów technicznych i funkcjonalnych określonych w opisie przedmiotu umowy koncesji, o ile wykonawca udowodni w ofercie, że proponowane rozwiązanie w równoważnym stopniu spełnia te wymogi (art. 37 ust. 5 u.u.k.r.b.u.).

Wszczęcie i przebieg postępowania

Postępowanie o zawarcie umowy wszczynane będzie poprzez publikację ogłoszenia o koncesji (art. 17 ust. 1 pkt 1 u.u.k.r.b.u.). W przypadku umowy koncesji na roboty budowlane o wartości równej lub wyższej niż 5 225 000 EUR, ogłoszenie o koncesji zamawiający publikuje w Dzienniku Urzędowym UE zgodnie ze wzorami standardowych formularzy określonymi w rozporządzeniu wykonawczym Komisji (UE) 2015/1986 z dnia 11 listopada 2015 r. ustanawiającym standardowe formularze do publikacji ogłoszeń w dziedzinie zamówień publicznych i uchylającym rozporządzenie wykonawcze (UE) nr 842/2011 (Dz. Urz. UE L 296 z 12.11.2015, str. 1). Dla ogłoszeń o koncesji właściwy jest formularz standardowy 24, stanowiący załącznik XXI do ww. rozporządzenia. Odpowiadającemu za publikację ogłoszeń w Dz. Urz. UE Urzędowi Publikacji UE zamawiający przekazuje ogłoszenie zgodnie z formatem i procedurami elektronicznego przesyłania ogłoszeń wskazanymi na stronie internetowej <http://simap.europa.eu>. Po upływie 48 godzin od potwierdzenia otrzymania ogłoszenia o koncesji przez Urząd Publikacji UE zamawiający może zamieścić dodatkowo ogłoszenie o koncesji w inny sposób, w szczególności w prasie o zasięgu ogólnopolskim. Opublikowane w ten sposób ogłoszenie nie może się różnić treścią od ogłoszenia przekazanego Urzędowi Publikacji UE oraz powinno zawierać informację o dacie przekazania ogłoszenia o koncesji temu organowi.

Ogłoszenie o koncesji powinno zawierać co najmniej:

- 1) opis przedmiotu koncesji;
- 2) przesłanki wykluczenia wykonawców;
- 3) kryteria kwalifikacji;
- 4) opis kryteriów oceny ofert;
- 5) minimalne wymagania.

Kryteria oceny ofert oraz wymagania zamawiającego powinny zostać określone także w zaproszeniu do składania ofert (art. 21 ust. 2 u.u.k.r.b.u.). Kryteriami oceny ofert mogą być w szczególności aspekty środowiskowe, społeczne lub innowacyjne przedmiotu umowy. Co do zasady, kolejność kryteriów oceny ofert wskazana w ogłoszeniu o koncesji nie może ulec zmianie na późniejszych etapach postępowania. Zamawiający już w ogłoszeniu powinien przewidzieć ostateczną hierarchię kryteriów, zostawiając sobie możliwość określenia ich konkretnych wag dopiero na moment zaproszenia do składania ofert. Jednakże, w wyjątkowych przypadkach, gdy oferta zawiera rozwiązanie innowacyjne, stanowiące wdrażanie nowego lub znacznie udoskonalonego produktu, usługi lub procesu, w tym procesu produkcji lub budowy, nowej metody marketingowej lub nowej metody organizacyjnej w działalności, organizacji pracy lub relacjach zewnętrznych, w szczególności mające na celu rozwiązanie problemów społecznych lub wspieranie strategii społecznych, którego zamawiający nie mógł przewidzieć mimo zachowania należytej staranności, zamawiający może zmienić kolejność kryteriów oceny ofert w celu uwzględnienia tego rozwiązania (art. 37 ust. 3 u.u.k.r.b.u.). Zamawiający informuje wszystkich wykonawców o zmianie kolejności kryteriów oceny ofert oraz przekazuje nowe zaproszenie do składania ofert, z zachowaniem terminów,

o których mowa w art. 31 ust. 3 i 4 u.u.k.r.b.u. Jeżeli kryteria oceny ofert zostały opublikowane w ogłoszeniu o koncesji, zmiana kolejności kryteriów oceny ofert wymaga publikacji nowego ogłoszenia o koncesji.

Ustawodawca pozostawił zamawiający względnie szeroką swobodę w kształtowaniu postępowania o zawarcie umowy koncesji stosownie do jego potrzeb (art. 28 u.u.k.r.b.u.). Przepisy u.u.k.r.b.u. nie narzucają jednego trybu wyboru koncesjonariusza. Zamawiający będzie mógł skorzystać z jednego z trzech ogólnie określonych trybów wskazanych w art. 29 ust. 1 u.u.k.r.b.u. Zamawiający może przeprowadzić postępowanie o zawarcie umowy koncesji, w którym:

- w odpowiedzi na ogłoszenie o koncesji wszyscy zainteresowani wykonawcy składają oferty wraz z informacjami na potrzeby oceny spełniania kryteriów kwalifikacji (art. 29 ust. 1 pkt 1 u.u.k.r.b.u.) albo
- w odpowiedzi na ogłoszenie o koncesji wszyscy zainteresowani wykonawcy składają wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o zawarcie umowy koncesji wraz z informacjami na potrzeby oceny spełniania kryteriów kwalifikacji, a następnie zaprasza do składania ofert albo do negocjacji i składania ofert wykonawców, którzy spełniają kryteria kwalifikacji (art. 29 ust. 1 pkt 2 u.u.k.r.b.u.) albo
- przeprowadza negocjacje z wykonawcami dopuszczonymi do udziału w postępowaniu o zawarcie umowy koncesji, a następnie zaprasza ich do składania ofert (art. 29 ust. 1 pkt 3 u.u.k.r.b.u.).

Zadaniem zamawiającego jest przedstawienie wykonawcom szczegółowego opisu postępowania o zawarcie umowy koncesji. Umożliwienie zamawiającemu wyboru optymalnego trybu postępowania w celu zawarcia umowy koncesji uznać należy za dobre rozwiązanie. Stosownie do u.k.r.b.u. koncesjodawca (obecnie zamawiający) musiał korzystać z jednego trybu negocjacyjnego, którego przebieg był przez ustawodawcę narzucony. Obecnie zamawiający będzie mógł dobrać tryb wyboru wykonawcy stosownie do swoich preferencji, lub uwarunkowań przedmiotu koncesji.

Jedną z największych luk w przepisach u.k.r.b.u. był brak wyraźnej podstawy prawnej dla koncesjodawcy do ograniczenia liczby wykonawców, których zaprosi do udziału w postępowaniu. Obecnie zamawiający może tego dokonać, o ile uczyni to w oparciu o obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria oraz liczba wykonawców, których zamierza zaprosić, zapewni konkurencję (art. 29 ust. 5 u.u.k.r.b.u.).

W ogłoszeniu o koncesji powinien zostać wskazany termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Termin ten powinien zostać ustalony z uwzględnieniem złożoności umowy koncesji oraz czasu wymaganego do sporządzenia wniosku o dopuszczenie do udziału w tym postępowaniu (art. 31 ust. 1 u.u.k.r.b.u.). Termin składania wniosków nie może być krótszy niż 30 dni od dnia przekazania ogłoszenia o koncesji Urzędowi Publikacji UE. Jeżeli postępowanie o zawarcie umowy koncesji jest podzielone na etapy (art. 29 ust. 1 pkt 3), zamawiający wyznacza termin składania ofert wstępnych, który nie może być krótszy niż 22 dni od dnia wysłania zaproszenia. Jeżeli zamawiający dopuszcza składanie ofert za pomocą środków komunikacji elektronicznej, termin składania ofert może zostać skrócony o 5 dni.

Umowa koncesji

W u.u.k.r.b.u. uregulowane zostały najważniejsze wymogi dotyczące umowy koncesji. Umowę koncesji zawiera się na czas oznaczony. W przypadku umowy koncesji zawartej na czas dłuższy niż

5 lat, czas trwania umowy koncesji nie może przekraczać okresu, w którym koncesjonariusz może zasadnie oczekiwać odzyskania nakładów inwestycyjnych za wykonanie robót budowlanych lub świadczenie usług wraz ze zwrotem zainwestowanego kapitału, z uwzględnieniem inwestycji początkowych i inwestycji dokonanych w czasie trwania koncesji. Ustawodawca odszedł od ustalania maksymalnego okresu trwania umowy koncesji na roboty budowlane lub usługi, jak uczynił to na gruncie art. 24 ust. 1 u.k.r.b.u. (odpowiednio 30 i 15 lat).

Doprecyzowany został katalog okoliczności uzasadniających zmianę umowy koncesji. Co do zasady, zakazane są zmiany postanowień zawartych w umowie koncesji, chyba że zachodzi co najmniej jedna z następujących okoliczności:

1. zmiany zostały przewidziane w ogłoszeniu o koncesji lub innym dokumencie koncesji w postaci jednoznacznych postanowień umownych, które określają ich zakres, w szczególności możliwość zmiany wysokości wynagrodzenia koncesjonariusza, i charakter oraz warunki wprowadzenia tych zmian;
2. zmiany dotyczą zamawiania od dotychczasowego koncesjonariusza dodatkowych usług lub robót budowlanych, nieobjętych umową koncesji, o ile stały się niezbędne (przy spełnieniu określonych w Ustawie warunków);
3. konieczność zmiany umowy spowodowana jest okolicznościami, których zamawiający, działając z należytą starannością, nie mógł przewidzieć;
4. dotychczasowego koncesjonariusza zastępuje nowy koncesjonariusz:
 - a) na podstawie postanowień umownych, o których mowa w pkt 1,
 - b) w wyniku połączenia, podziału, przekształcenia, upadłości, restrukturyzacji lub nabycia dotychczasowego koncesjonariusza lub jego przedsiębiorstwa, o ile nowy koncesjonariusz spełnia kryteria kwalifikacji, pod warunkiem że nie pociąga to za sobą innych istotnych zmian umowy koncesji i nie ma na celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy,
 - c) w wyniku przejęcia przez zamawiającego zobowiązania koncesjonariusza względem jego podwykonawców;
5. zmiany, niezależnie od ich wartości, nie są istotne;
6. wartość zmiany jest mniejsza niż kwota określona w przepisach wydanych na podstawie art. 18 ust. 2 (5.225.000 euro), i zarazem jest mniejsza niż 10% wartości umowy koncesji określonej pierwotnie, a w przypadku gdy wprowadzanych jest kilka kolejnych zmian, wartość zmiany jest szacowana na podstawie łącznej wartości kolejnych zmian.

Ustawodawca wyjaśnił przy tym, kiedy zmianę należy uważać za istotną. Zmianę umowy koncesji uznaje się za istotną, jeżeli skutek tej zmiany charakter umowy koncesji różni się istotnie od jej pierwotnego charakteru, w szczególności, jeżeli spełniony jest co najmniej jeden z poniższych warunków:

- 1) zmiana wprowadza warunki, które, gdyby były określone w postępowaniu o zawarcie umowy koncesji, umożliwiłyby dopuszczenie do tego postępowania innych wykonawców niż dopuszczeni lub zostałyby przyjęte inne oferty niż przyjęta, lub mogłyby skutkować udziałem w postępowaniu o zawarcie umowy koncesji innych wykonawców niż wykonawcy, którzy wzięli w nim udział;

- 2) zmiana wpływa na równowagę ekonomiczną umowy koncesji na korzyść koncesjonariusza w sposób pierwotnie nieprzewidziany w umowie koncesji;
- 3) zmiana znacznie rozszerza zakres świadczeń i zobowiązań wynikający z umowy koncesji;
- 4) nowy koncesjonariusz zastępuje dotychczasowego koncesjonariusza, w przypadkach innych niż wcześniej wskazane.
- 5) Informacja o zmianach, o których mowa w pkt 2 i 3, powinna być zamieszczona w Dzienniku Urzędowym UE albo BZP.

Organy właściwe w sprawie koncesji

Kolejną pozytywną zmianą jest wyraźne wskazanie na Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, jako organ właściwy w sprawach umowy koncesji. Prezes Urzędu Zamówień Publicznych:

1. opracowuje, po zasięgnięciu opinii ministra właściwego do spraw rozwoju regionalnego, oraz opiniuje projekty aktów normatywnych dotyczące umowy koncesji;
2. monitoruje stosowanie zasad zawierania umowy koncesji oraz upowszechnia wyniki monitorowania;
3. przekazuje na żądanie Komisji Europejskiej, nie rzadziej niż co 3 lata, sprawozdania z monitorowania.

Całkowitemu przemodelowaniu uległo postępowanie odwoławcze. W poprzednim stanie prawnym do rozpatrywania skarg na czynności koncesjodawcy właściwe były wojewódzkie sądy administracyjny. Konsekwencją tej decyzji ustawodawcy była przewlekłość postępowań odwoławczych, które trwały niejednokrotnie kilkanaście miesięcy. Ustawodawca tym razem zdecydował się powierzyć rozpoznawanie skarg wykonawców Krajowej Izbie Odwoławczej. Wykonawcy, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w zawarciu umowy koncesji oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów u.u.k.r.b.u., przysługuje prawo do wniesienia odwołania od niezgodnej z przepisami u.u.k.r.b.u. czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o zawarcie umowy koncesji lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest obowiązany na podstawie u.u.k.r.b.u. Do wnoszenia i rozpoznawania odwołań stosuje się odpowiednio przepisy działu VI rozdziału 2 u.p.z.p., z wyjątkiem art. 180 ust. 2 tej ustawy (warunki dopuszczalności wniesienia odwołania w przypadku zamówień o niskiej wartości), jeżeli przepisy u.u.k.r.b.u. nie stanowią inaczej. Na wyrok lub postanowienie kończące postępowanie odwoławcze Krajowej Izby Odwoławczej stronom oraz uczestnikom postępowania odwoławczego przysługuje skarga do sądu. Do postępowań toczących się wskutek wniesienia skargi stosuje się przepisy działu VI rozdziału 3 u.p.z.p. Skargę wnosi się do sądu okręgowego właściwego dla siedziby albo miejsca zamieszkania zamawiającego. Skargę wnosi się za pośrednictwem Prezesa Izby w terminie 7 dni od dnia doręczenia orzeczenia Izby, przysyłając jednocześnie jej odpis przeciwnikowi skargi. W terminie 21 dni od dnia wydania orzeczenia skargę może wnieść także Prezes Urzędu.

Wnioski

Przepisy u.u.k.r.b.u. obowiązują zaledwie od kilku miesięcy. Wciąż brak większych doświadczeń w zakresie stosowania omawianych przepisów. Sposób implementacji dyrektywy 2014/23/UE, polegający na bezpośrednim przeniesieniu norm prawa unijnego do prawa kra-

jowego, jest skutkiem znacznego opóźnienia prawodawcy polskiego w stosunku do terminów określonych w dyrektywie. Stąd wiele pojęć prawnych stosowanych w u.u.k.r.b.u. ma charakter nowatorski. Ewentualnych trudności dla zamawiających może nastroić całkowicie nowy sposób ustalania szacunkowej wartości zamówienia, będącego przedmiotem koncesji. W istocie zamawiającego obciąża obowiązek modelowania przepływów pieniężnych w całym cyklu życia umowy koncesji. To z kolei wiąże się z koniecznością korzystania z fachowych usług doradczych w zakresie analityki ekonomiczno-biznesowej. Pozytywnym rozwiązaniem jest odejście od jednego trybu wyboru wykonawcy umowy koncesji na rzecz trzech równoprawnych ścieżek wyboru wykonawcy. Zamawiającemu pozostawiona została również pewna swoboda w zakresie kształtowania szczegółowego przebiegu postępowania na wybór wykonawcy. Korzystnym rozwiązaniem jest również uelastycznienie okresu trwania umów koncesji, jak również zasady zmian umowy. Pobieżna analiza przepisów u.u.k.r.b.u. pozwala na wniosek, że wprowadzone zmiany w zakresie procedur zawierania umów koncesji powinny korzystnie wpłynąć na gotowość zamawiających do realizacji wieloletnich umów w obszarze zamówień publicznych, przewidujących specyficzny model wynagrodzenia wykonawcy połączony z istotną partycypacją wykonawcy w ryzyku ekonomicznym przedsięwzięcia. Należy rozsądnie założyć, że umowy koncesji pozostaną istotną, jak nie dominującą formułą realizacji przedsięwzięć publiczno-prywatnych.

ZALETY I WADY MODELU ŚRODKÓW OCHRONY PRAWNEJ PRZEWIDZIANEGO W UMOWIE KONCESJI NA ROBOTY BUDOWLANE LUB USŁUGI

*dr Hanna Wolska – Asystent w Katedrze Prawa Gospodarczego Publicznego i Ochrony Środowiska
Uniwersytetu Gdańskiego; radca prawny*

Abstrakt

W niniejszym artykule zostały przedstawione zalety i wady modelu środków ochrony prawnej uregulowanego w ustawie z dnia 21 października 2016 r. o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi. Na ich podstawie można stwierdzić, że model środków ochrony prawnej przewidziany w poprzednio obowiązującej ustawie z dnia 9 stycznia 2009 r. o koncesji na roboty budowlane lub usługi zapewniał w większym stopniu realizację prawa do sądu podmiotów biorących udział w procesie zawarcia umowy koncesji, niż rozwiązania przyjęte na gruncie nowej ustawy. Niemniej jednak model ten należy uznać za niewłaściwy, przede wszystkim z uwagi na poddanie środków ochrony prawnej w ustawie z dnia 9 stycznia 2009 r. o koncesji na roboty budowlane lub usługi kognicji sądów administracyjnych.

Abstract

This article discusses the strengths and weaknesses of the model of legal protection measures specified in the Act of 21 October 2016 on concession agreements for construction works or services. It can be concluded that the model of legal protection measures, specified in the previously binding Act of 9 January 2009 on concession agreements for construction works or services, ensured the right to trial for the entities that enter into concession agreements more profoundly, compared to the new Act. However, the model should be considered improper, mainly due to the fact that according to the Act of 9 January 2009 on concession agreements for construction works or services, measures of legal protection should be subject to cognition of administrative courts.

Wstęp

Ustawa z dnia 21 października 2016 r. o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi¹ wprowadza nowe regulacje prawne w zakresie środków ochrony prawnej. Zaproponowane przez ustawodawcę w u.u.k.r.b.u. środki ochrony prawnej znacznie różnią się od tych, które ustawodawca przewidział w poprzednio obowiązującej ustawie z dnia 9 stycznia 2009 r. o koncesji na roboty budowlane lub usługi². Ustawa o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi przewiduje dwa środki ochrony prawnej, tj. odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej oraz skargę kierowaną do sądu cywilnego. Ustawodawca w omawianej ustawie wskazał, że do wnoszenia i rozpoznania odwołań stosuje się przepisy działu VI rozdziału 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych³, a do postępowań toczących się wskutek wniesienia skargi stosuje się przepisy działu VI rozdziału 3 u.p.z.p. Tymczasem jedynym środkiem ochrony prawnej

¹ Dz.U. z 2016 r. poz. 1920, dalej jako: u.u.k.r.b.u.

² T.j. Dz.U. z 2016 r., poz. 113, dalej jako: u.k.r.b.u.

³ T.j. Dz.U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm., dalej jako: u.p.z.p.

przewidzianym w u.k.r.b.u. była skarga do sądu administracyjnego. Ustawa o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi określa również inne wymagania niż u.k.r.b.u., które musi spełnić wniesiony środek ochrony prawnej.

Celem niniejszego artykułu jest nie tylko udzielenie odpowiedzi na pytanie, jaki wpływ na wykonawców (koncesjonariuszy) będzie miało wprowadzenie nowego modelu środków ochrony prawnej przewidzianego w u.u.k.r.b.u., ale również stwierdzenie czy model ten zapewnia realizację prawa do sądu podmiotów biorących udział w procesie zawarcia umowy koncesji w większym stopniu, niż rozwiązania przyjęte na gruncie u.k.r.b.u.

Uwagi poczynione w niniejszej pracy wyrażone zostały na tle stanu prawnego obowiązującego w marcu 2017 r.

Zalety nowego modelu środków ochrony prawnej

Podstawową zaletą środków ochrony prawnej przewidzianych w u.u.k.r.b.u. jest wprowadzenie jednego modelu środków ochrony prawnej nie tylko wewnątrz u.u.k.r.b.u., ale również w ramach całego systemu zamówień publicznych.

Przed wejściem w życie u.u.k.r.b.u. środkiem ochrony prawnej przewidzianym dla zainteresowanego podmiotu była skarga, która mogła być wniesiona do sądu administracyjnego. Do udzielenia przez koncesjonariuszy zamówień publicznych w celu wykonania przedmiotu koncesji zastosowanie miał art. 131 oraz dział III rozdział 4a u.p.z.p. Przepisy u.k.r.b.u. nie regulowały samodzielnie ani zasad wyboru podwykonawców o realizacji przedmiotu umowy koncesji, ani środków ochrony prawnej im przysługujących. Odsyłały w tym zakresie do postanowień u.p.z.p. W związku z tym podwykonawcom w zakresie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w celu wykonania przedmiotu koncesji przysługiwały dwa środki ochrony prawnej, tj. odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej oraz skarga do sądu cywilnego.

Natomiast w postępowaniach, w których wybór partnera następował na podstawie u.p.z.p. zastosowanie znajdowały środki ochrony prawnej przewidziane w u.p.z.p. W przypadku wyboru partnera prywatnego w trybie u.k.r.b.u., w zakresie środków ochrony prawnej stosowane były przepisy u.k.r.b.u. Z kolei w przypadkach, o których mowa w art. 4 ust. 3 ustawy z dnia 19 grudnia 2008 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym⁴ podmiot publiczny miał względną swobodę ustalania odpowiednich procedur w tym zakresie, z wyjątkiem sytuacji, gdy dochodzi do wniesienia przez partnera publicznego wkładu własnego będącego nieruchomością. W takim przypadku zastosowanie będą miały również środki ochrony prawnej przewidziane w ustawie z dnia 21 sierpnia 1997 r. o gospodarce nieruchomościami⁵. Tym samym, przed wejściem w życie u.u.k.r.b.u., w zależności od trybu wyboru partnera prywatnego zastosowanie miały różne środki ochrony prawnej w ramach jednego systemu zamówień publicznych.

Należy również uznać za właściwe poddanie spraw zakresu umowy koncesji na roboty budowlane lub usługi Krajowej Izbie Odwoławczej. Za takim wnioskiem przemawia fakt, że sądy administracyjne zajmują się co do zasady oceną i kontrolą legalności działań organów administracji publicznej, rozstrzygają spory kompetencyjne i o właściwość między organami jednostek samorządu terytorialnego, samorządowymi kolegiami odwoławczymi i między tymi organami

⁴ T.j. Dz.U. z 2015 r., poz. 696 ze zm.

⁵ T.j. Dz.U. z 2015 r., poz. 782 ze zm.

a organami administracji rządowej⁶. Natomiast sprawy przewidziane w u.u.k.r.b.u. mają cywilnoprawny charakter. Przepisy u.u.k.r.b.u. stanowią bowiem, że do czynności podejmowanych przez koncesjodawcę i zainteresowane podmioty w postępowaniu o zawarcie umowy koncesji oraz do umów koncesji stosuje się przepisy kodeksu cywilnego. Ponadto, jak słusznie wskazał M. Bejm, „biorąc pod uwagę model pracy sądów administracyjnych zajmujących się oceną i kontrolą legalności działań organów administracji publicznej, a tym samym instrumentarium prawne i doświadczenie orzecznicze posiadane przez te sądy w rozstrzyganiu pewnego typu spraw, należy podnieść wątpliwość co do tego, czy sądy administracyjne będą w stanie sprawnie i bez znacznego nakładu nietypowej dla nich pracy rozstrzygać w przedmiocie konfliktów powstających w relacjach między podmiotami, które łączy stosunek zobowiązaniowy prawa cywilnego, w tym analizować problematykę wywodzonego przez skarżącego interesu (innego niż interes prawny) w zawarciu umowy koncesji czy szkody o charakterze majątkowym dotyczącym utraconych korzyści⁷”.

Kolejną pozytywną zmianą jest umożliwienie wykonawcy złożenia skargi na bezczynność zamawiającego. Ustawa o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi przewiduje, że wykonawcy, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w zawarciu umowy koncesji oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, przysługuje prawo do wniesienia odwołania od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o zawarcie umowy koncesji lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest obowiązany na podstawie ustawy⁸.

Do dnia wejścia w życie nowej ustawy niedopuszczalne było wniesienie środka zaskarżenia na bezczynność koncesjodawcy, z uwagi na gramatyczną wykładnię art. 27 u.k.r.b.u., który mówił o skardze tylko i wyłącznie na czynności podjęte przez koncesjodawcę z naruszeniem przepisów komentowanej ustawy. Wniosek taki znajdował również potwierdzenie w przepisach dotyczących określenia terminu do wniesienia skargi, które *expressis verbis* wskazywały, że termin liczony był od dnia w którym skarżący powziął lub przy zachowaniu należytej staranności mógł powziąć informację o czynności podjętej przez koncesjodawcę.

Na marginesie należy zaznaczyć, że w literaturze przedmiotu brak było jednolitego stanowiska, czy do kategorii „czynności koncesjodawcy”, o której mowa w art. 27 u.k.r.b.u. zaliczyć należy również bezczynność koncesjodawcy. E. Norek uważała, że na równi z zachowaniem koncesjodawcy należy traktować zaniechanie przez koncesjodawcę czynności, do której był on zobowiązany, jeżeli spowodowało to naruszenie interesu prawnego koncesjonariusza⁹. Odmienne stanowisko przyjmował M. Grabiec stwierdzając, że niedopuszczalne jest wniesienie skargi na bezczynność koncesjodawcy, rozumianą jako niepodjęcie czynności, do której jest zobowiązany na podstawie u.k.r.b.u.¹⁰. Ponadto G. Mazur uzasadniał swoje stanowisko wykładnią przedstawioną przez J. Pieroga w zakresie czynności zamawiającego na gruncie przepisów u.p.z.p., zgodnie z którą „bezczynność zamawiającego mogła być przedmiotem protestu w sytuacji w której zamawiający

⁶ W literaturze przedmiotu wskazywało się, że sprawy ze skargi uregulowane w u.k.r.b.u. nie są sprawami sądowniczymi w rozumieniu art. 1 *in fine* ustawy z dnia 30 sierpnia 2002 r. Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi (t.j. Dz.U. z 2016 r. poz. 718 ze zm., dalej jako u.p.s.a.), a tym samym przekazanie ich z mocy art. 27 ust. 2 u.k.r.b.u. sądom administracyjnym należy uznać za wykraczające poza zakres wymiaru sprawiedliwości powierzony im na mocy art. 184 Konstytucji RP i z tej racji niekonstytucyjny. E. Norek, *Ustawa o koncesji na roboty budowlane lub usługi. Komentarz*, Warszawa 2009, s. 119.

⁷ M. Bejm, *Ustawa o koncesji na roboty budowlane lub usługi. Komentarz*, Warszawa 2011, s. 380.

⁸ Art. 54 ust. 1 u.u.k.r.b.u.

⁹ E. Norek, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2006, s. 256.

¹⁰ M. Grabiec, *Komentarz. Ustawa o koncesji na roboty budowlane lub usługi*, Warszawa 2014, s. 256.

na mocy stosowanych przepisów ustawy (Dz.U. z 2004 r. nr 19, poz. 177, nr 96, poz. 959, nr 116, poz. 1207 i nr 145, poz. 1537) zobowiązany był do wykonania określonych czynności”¹¹.

Wejście w życie u.u.k.r.b.u. nie tylko zakończyło spór czy do kategorii „czynności koncesjonodawcy”, o której mowa w art. 27 u.k.r.b.u. zaliczyć należy również bezczynność koncesjonodawcy, ale również zrównało sytuację prawną podmiotów biorących udział w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego w oparciu o przepisy Prawa zamówień publicznych.

Kolejną zaletą jest wydłużenie terminu na wniesienie środka ochrony prawnej. Art. 27 u.k.r.b.u. stanowił, że skargę wnosi się w terminie 10 dni od dnia, w którym skarżący powziął lub przy zachowaniu należytej staranności mógł powziąć informację o czynności podjętej przez koncesjonodawcę. Obecnie długość terminu odwołania zależy m.in. od sposobu przesłania informacji o czynności zamawiającego¹². Podkreślić należy także, że u.k.r.b.u. przewidywała krótszy niż wskazany w art. 53 § 1 u.p.p.s.a. termin na wniesienie skargi do sądu administracyjnego¹³.

Należy również wskazać, że w przeciwieństwie do u.u.k.r.b.u., w u.k.r.b.u. nie został określony termin na rozstrzygnięcie spraw przez wojewódzki sąd administracyjny, który określałby ramy czasowe toczącego się postępowania na skutek wniesienia skargi. W ustawie Prawo zamówień publicznych do której odwołuje się u.u.k.r.b.u., przewidziano, że sąd cywilny w przypadku uwzględnienia skargi orzeka co do jej *meritum*, tymczasem w sądzie administracyjnym brak jest takiej normy i regułą jest, że naczelny sąd administracyjny zwraca sprawy do wojewódzkiego sądu administracyjnego w celu ponownego ich rozpatrzenia, przez co przedłuża się czas ich rozpatrywania.

Wady nowego modelu środków ochrony prawnej

Ustawa o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi określa również wymagania, które musi spełnić wniesiony środek ochrony prawnej, a które należy zaliczyć do wad nowego modelu środków ochrony prawnej. Jednym z takich wymagań jest wysokość wpisu odwołania do Krajowej Izby Odwoławczej. Przed wejściem w życie ustawy o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi zainteresowany podmiot był zobowiązany do uiszczenia wpisu stałego od skargi do sądu administracyjnego w kwocie 200 zł. Obecnie ustawodawca w u.u.k.r.b.u. zrównał wyso-

¹¹ *Ibidem*, s. 129.

¹² Zgodnie z art. 55 u.u.k.r.b.u. odwołanie wnosi się w terminie: 1) 10 dni od dnia przekazania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia, jeżeli informacja została przekazana przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, albo 15 dni, jeżeli została przekazana w inny sposób; 2) 10 dni od dnia opublikowania w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej albo zamieszczenia w Biuletynie Zamówień Publicznych ogłoszenia o koncesji lub zamieszczenia dokumentów koncesji na stronie internetowej, w przypadku odwołania wobec treści ogłoszenia o koncesji lub dokumentów koncesji; 3) 10 dni od dnia opublikowania w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej albo zamieszczenia w Biuletynie Zamówień Publicznych ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy koncesji, w przypadku odwołania wobec zawarcia umowy koncesji bez uprzedniej publikacji w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej albo zamieszczenia w Biuletynie Zamówień Publicznych ogłoszenia o koncesji; 4) 30 dni od dnia, w którym zamawiający opublikował ogłoszenie o zawarciu umowy koncesji, pod warunkiem że ogłoszenie to zawiera uzasadnienie decyzji zawarcia umowy koncesji bez uprzedniej publikacji ogłoszenia o koncesji w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej albo zamieszczenia ogłoszenia o koncesji w Biuletynie Zamówień Publicznych; 5) 30 dni od dnia, w którym zamawiający opublikował ogłoszenie o zmianie umowy koncesji w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej albo zamieścił ogłoszenie o zmianie umowy koncesji w Biuletynie Zamówień Publicznych; 6) 6 miesięcy od dnia zawarcia umowy koncesji w przypadku nieopublikowania w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej ogłoszenia o zawarciu umowy koncesji albo gdy opublikowane ogłoszenie nie zawierało uzasadnienia; 7) 3 miesiące od dnia zawarcia umowy koncesji w przypadku niezamieszczenia w Biuletynie Zamówień Publicznych ogłoszenia o zawarciu umowy koncesji albo gdy zamieszczone ogłoszenie nie zawierało uzasadnienia.

¹³ Skargę wnosi się w terminie trzydziestu dni od dnia doręczenia skarżącemu rozstrzygnięcia w sprawie.

kość wpisu z wysokością wpisu przewidzianą w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego¹⁴. Wysokość ta jest uzależniona między innymi od wartości koncesji. Zgodnie bowiem z treścią art. 54 ust. 2 u.u.k.r.b.u. wpis od odwołania uiszcza się w wysokości należnej od odwołania dotyczącego zamówienia publicznego, którego wartość jest:

- mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 u.p.z.p. – jeżeli wartość koncesji jest mniejsza niż kwota określona w przepisach wydanych na podstawie art. 18 ust. 2 u.u.k.r.b.u.;
- równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 u.p.z.p. – jeżeli wartość koncesji jest równa lub przekracza kwotę określoną w przepisach wydanych na podstawie art. 18 ust. 2 u.u.k.r.b.u.

Wprowadzenie jednolitego rozwiązania przewidzianego w zakresie wysokości opłaty pogorszyło jednak sytuację prawną podmiotów zainteresowanych zawarciem umowy koncesji. Na gruncie u.k.r.b.u. wysokość wpisu do sądu administracyjnego nie była tak wysoka, jak to ma miejsce w przypadku wpisu od odwołania do Krajowej Izby Odwoławczej. Obecnie wykonawcy muszą uiszczać wpis w wysokości należnej od odwołania dotyczącego zamówienia publicznego, a nie, jak do tej pory, wpis stały w kwocie 200 zł.

Ustawa o koncesji na roboty budowlane lub usługi była również mniej rygorystyczna niż u.u.k.r.b.u. Do zachowania terminu nie było niezbędne doręczenie skargi koncesjodawcy przed jego upływem, a wystarczające było nadanie skargi w polskiej placówce pocztowej lub polskim urzędzie konsularnym na adres koncesjodawcy do godziny 24 ostatniego dnia terminu. Przepisy u.p.z.p., do których odwołuje się u.u.k.r.b.u. stanowią, że złożenie skutecznego odwołania do Krajowej Izby Odwoławczej musi być doręczone najpóźniej w ostatnim dniu terminu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Przyjęcie takiego rozwiązania na gruncie u.u.k.r.b.u. nie tylko skraca czas na zredagowanie prawidłowych zarzutów i żądań przez wykonawców, ale również stanowi wyłom w generalnej zasadzie doręczania środków zaskarżenia w polskim systemie prawnym¹⁵.

Poza tym wymagania określone w u.k.r.b.u. były jednakowe dla wszystkich postępowań o zawarcie umowy koncesji. W ustawie o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi np. wyso-

¹⁴ Zgodnie z § 1 ust. 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 2010 r. (Dz.U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238) wysokość wpisu od odwołania w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na dostawy lub usługi oraz w konkursie, którego wartość jest: 1) mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 u.p.z.p., od których jest uzależniony obowiązek przekazywania Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich ogłoszeń o zamówieniach na dostawy lub usługi, wynosi 7.500 zł; 2) równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 u.p.z.p., od których jest uzależniony obowiązek przekazywania Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich ogłoszeń o zamówieniach na dostawy lub usługi, wynosi 15.000 zł, natomiast w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane, którego wartość jest: 1) mniejsza niż kwoty określone w postępowaniach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 u.p.z.p., od których jest uzależniony obowiązek przekazywania Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich ogłoszeń o zamówieniach na roboty budowlane, wynosi 10.000 zł; 2) równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 u.p.z.p., od których jest uzależniony obowiązek przekazywania Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich ogłoszeń o zamówieniach na roboty budowlane, wynosi 20.000 zł. Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczenia.

¹⁵ Przykładowo zgodnie z art. 165 § 2 ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (t.j. Dz. U. z 2014 r., poz. 101 ze zm.) oddanie pisma procesowego w polskiej placówce pocztowej operatora wyznaczonego w rozumieniu przepisów prawa pocztowego lub w placówce pocztowej operatora świadczącego pocztowe usługi powszechne w innym państwie członkowskim Unii Europejskiej jest równoznaczne z wniesieniem go do sądu.

kość wpisu od odwołania jest uzależniona od wartości koncesji. Wymagania zawarte w u.k.r.b.u. są również bardziej precyzyjne i jednoznaczne. Wykładnia przepisów u.p.z.p. (do których odsyła u.u.k.r.b.u.) nasuwa wątpliwości, np. co do momentu, od którego biegnie termin na wniesienie odwołania w przypadku, gdy podmiot uczestniczący w postępowaniu o zawarcie umowy koncesji poweźmie wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę wniesienia odwołania przed przesłaniem przez koncesjodawcę informacji o kwestionowanej czynności.

Przychylniejszy jest również status uczestników w postępowaniu prowadzonym na gruncie u.k.r.b.u., niż na podstawie przepisów u.p.z.p. (do których odsyła u.u.k.r.b.u.) Ustawa Prawo zamówień publicznych określa, że podmiot, który chce przystąpić do postępowania, musi wskazać stronę, do której przystępuje oraz interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść tej strony. Koncesjodawca lub odwołujący może zgłosić opozycję przeciw przystąpieniu innego uczestnika. Ustawa o koncesji na roboty budowlane lub usługi natomiast określała, że uczestnicy na prawach stron (art. 33 § 1 u.p.p.s.a.) oraz inni uczestnicy (art. 33 § 2 u.p.p.s.a.) nie muszą wskazywać strony, do której chcą przystąpić. Koncesjodawca oraz zainteresowany podmiot, który złożył skargę nie mógł zgłosić opozycji przeciw przystąpieniu uczestnika. Ponadto, uczestnicy na prawach strony wstępowali do postępowania z mocy prawa od momentu jego wszczęcia, natomiast inni uczestnicy wnioskują o dopuszczenie, wskazywali, tylko i wyłącznie, że wynik sprawy administracyjnej dotyczy ich interesu prawnego.

Podsumowanie

Przeprowadzona analiza w zakresie zalet i wad modelu środków ochrony prawnej uregulowanych w u.u.k.r.b.u. skłania ku tezie, że model środków ochrony prawnej w u.k.r.b.u. zapewniał większym stopniu realizację prawa do sądu podmiotów biorących udział w procesie zawarcia umowy koncesji, niż rozwiązania przyjęte na gruncie u.u.k.r.b.u. Niemniej jednak model ten należy uznać za niewłaściwy, przede wszystkim z uwagi na poddanie środków ochrony prawnej w u.k.r.b.u. kognicji sądów administracyjnych.

De lege ferenda należy postawić wnioski: usunięcia nieuzasadnionej odrębności z innymi procedurami przewidzianymi w porządku prawnym poprzez wprowadzenie do u.p.z.p. przepisu stanowiącego, że złożenie odwołania w określonym terminie w placówce pocztowej operatora wyznaczonego w rozumieniu przepisów prawa pocztowego, jest równoznaczne z jego wniesieniem do Krajowej Izby Odwoławczej; jednoznacznego uregulowania w przepisach u.p.z.p. momentu, od którego biegnie termin na wniesienie odwołania w przypadku, gdy wykonawca uczestniczący w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego poweźmie wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę wniesienia odwołania, a przed przesłaniem przez zamawiającego informacji o kwestionowanej czynności oraz obniżenie wysokości wpisu od odwołania, który w obecnym stanie prawnym stanowi barierę ekonomiczną dla wykonawców.

„Okres obecny jest trudnym czasem dla polskiego systemu zamówień publicznych. Konieczność implementowania do praktyki gospodarczej nowych rozwiązań oraz zapoczątkowana dyskusja nad nowym Prawem zamówień publicznych stwarzają duże zapotrzebowanie na pogłębioną refleksję naukową o interdyscyplinarnym charakterze. Recenzowana publikacja celnie na to zapotrzebowanie odpowiada. Prezentowane w niej opracowania obejmują zdecydowaną większość aktualnych problemów polskiego systemu zamówień publicznych. Autorami tych opracowań są w przeważającej mierze osoby o wieloletnim i uznanym dorobku zarówno naukowym jak i praktycznym w zakresie zamówień publicznych. Na szczególne podkreślenie zasługują wysokie walory poznawcze, informacyjne oraz aplikacyjne recenzowanego zbioru referatów. Wysoki poziom naukowy oraz aktualność zawartych w nim opracowań w pełni uzasadnia ich upowszechnienie w formie publikacji książkowej.”

Prof. nadzw. UŁ, dr hab. Andrzej Borowicz

* * *

„Zamówienia publiczne w swej szerokiej formule należą do tych obszarów nauki prawa i praktyki prawniczej, które stale trzeba badać i doskonalić. Funkcjonują na styku międzysektorowym i warunkują przepływy finansowe na potężną skalę. Mają też w swym założeniu zapewnić optymalny sposób wydatkowania pieniędzy publicznych. Te ambitne i doniosłe cele naturalnie uaktywniają adekwatne doń oczekiwania społeczne. Wszelkie zaś niedociągnięcia są z całą mocą eksponowane i poddawane bezwzględnej krytyce. Biorąc to pod uwagę należy docenić trud organizacyjny Urzędu Zamówień Publicznych, który wraz z gronem ekspertów ze świata nauki i praktyki zaplanował w Białymstoku rzetelną debatę merytoryczną w dniach 26-27 czerwca br., a równolegle wydanie monograficznego opracowania książkowego w formule zbiorowej pt. „Funkcjonowanie systemu zamówień publicznych – aktualne problemy i propozycje rozwiązań”. Zarówno konferencja jak i publikacja stanowią cenny wkład w nieustanną debatę naukową na temat zamówień publicznych, zwiększając dorobek nauki i – jak sądzę – usprawniając funkcjonowanie praktyki.”

Prof. UwB, dr hab. Maciej Perkowski

ISBN: 83-88686-53-5

Warszawa 2017