

ZAMÓWIENIA PUBLICZNE

redakcja naukowa

Piotr Bielarczyk, Wojciech Gonet, Anna Wójtowicz-Dawid

Radostaw Antonów, Anna Banaszewska, Wojciech Bereszko
Piotr Bielarczyk, Wojciech Bożek, Wojciech Gonet, Joanna Kiraga
Michał Krawczyk, Maciej Lubiszewski, Piotr Marquardt
Paulina Sobczyk-Smolik, Daniel Wacinkiewicz, Rafał R. Wasilewski
Anna Wolska-Bagińska, Anna Wójtowicz-Dawid

ZAMÓWIENIA PUBLICZNE 2021

ZAMÓWIENIA PUBLICZNE

redakcja naukowa

Piotr Bielarczyk, Wojciech Gonet, Anna Wójtowicz-Dawid

Radostaw Antonów, Anna Banaszewska, Wojciech Bereszko
Piotr Bielarczyk, Wojciech Bożek, Wojciech Gonet, Joanna Kiraga
Michał Krawczyk, Maciej Lubiszewski, Piotr Marquardt
Paulina Sobczyk-Smolik, Daniel Wacinkiewicz, Rafał R. Wasilewski
Anna Wolska-Bagińska, Anna Wójtowicz-Dawid

Stan prawny na 1 września 2021 r.

Recenzent

Prof. UwB dr hab. Andrzej Panasiuk

Wydawca

Izabella Małecka

Redaktor prowadzący

Kinga Zając

Opracowanie redakcyjne

Violet Design Wioletta Kowalska

Projekt okładek serii

Wojtek Kwiecień-Janikowski, Przemek Dębowski

Poszczególne części książki napisali:

Radosław Antonów – rozdział 1

Anna Banaszewska – rozdział 16

Wojciech Bereszko – rozdział 8

Wojciech Bereszko, Daniel Wacinkiewicz – rozdział 9

Piotr Bielarczyk – rozdziały 11, 12

Wojciech Bożek – rozdział 19

Wojciech Gonet – wstęp; rozdziały 2, 14, 21 pkt 21.7; zakończenie

Joanna Kiraga – rozdział 15

Michał Krawczyk – rozdziały 17, 18

Maciej Lubiszewski – rozdział 13

Piotr Marquardt – rozdział 22

Paulina Sobczyk-Smolik – rozdział 4

Rafał R. Wasilewski – rozdziały 10, 21 pkt 21.1–21.6 i 21.8

Anna Wolska-Bagińska – rozdział 20

Anna Wójtowicz-Dawid – rozdziały 3, 5–7

© Copyright by Wolters Kluwer Polska Sp. z o.o., 2021

ISBN 978-83-8246-173-2

Wolters Kluwer Polska Sp. z o.o.

Dział Praw Autorskich

01-208 Warszawa, ul. Przyokopowa 33

tel. 22 535 82 19

e-mail: PL-ksiazki@wolterskluwer.com

księgarnia internetowa www.profinfo.pl

SPIS TREŚCI

Wykaz skrótów	17
Wstęp	23
Rozdział 1	
Ewolucja zamówień publicznych w Polsce	25
1.1. Wprowadzenie	25
1.2. Regulacje prawne w przedmiocie zamówień publicznych w latach 1918–1945	28
1.3. Regulacje prawne w przedmiocie zamówień publicznych w okresie PRL	32
1.4. Regulacje prawne w przedmiocie zamówień publicznych po roku 1990	34
1.4.1. Ustawa o zamówieniach publicznych z 1994 r.	34
1.4.2. Ustawa – Prawo zamówień publicznych z 2004 r.	40
1.4.3. Ustawa – Prawo zamówień publicznych z 2019 r.	49
1.5. Podsumowanie	60
Rozdział 2	
Zasady zamówień publicznych	63
2.1. Wprowadzenie	63
2.2. Uwarunkowania wydatkowania środków publicznych	63
2.3. Zasady zamówień publicznych w prawie Unii Europejskiej	68
2.3.1. Równe traktowanie ubiegających się o udzielenie zamówienia ...	68
2.3.2. Zasada przejrzystości procedury udzielania zamówień publicznych	70
2.3.3. Zasada proporcjonalności	71
2.3.4. Obowiązek przestrzegania prawa pracy, prawa socjalnego i prawa ochrony środowiska	75
2.4. Krajowe regulacje określające zasady udzielania zamówień publicznych	77

2.4.1.	Zasady przygotowania i przeprowadzenia zamówienia publicznego	77
2.4.1.1.	Zasady niedyskryminacji i zapewnienia konkurencji	77
2.4.1.2.	Zasada przejrzystości	80
2.4.1.3.	Zasada proporcjonalności	80
2.4.2.	Zasady udzielania zamówień	81
2.4.3.	Obiektywizm osób przygotowujących, przeprowadzających postępowanie	84
2.4.4.	Jawność postępowania	87
2.4.5.	Pisemność postępowania	89
2.4.6.	Język postępowania	91
2.5.	Podsumowanie	91

Rozdział 3

Podmioty stosujące zamówienia publiczne	93	
3.1.	Wprowadzenie	93
3.2.	Zamawiający	95
3.3.	Zamawiający sektorowi	103
3.4.	Zamawiający subsydiowani	108
3.5.	Podmioty, którym zamawiający powierza przygotowanie postępowania	109
3.6.	Centralny zamawiający	111
3.7.	Wyłączenia podmiotowe	114
3.8.	Wykonawca	115
3.9.	Konsorcjum	116
3.10.	Podsumowanie	118

Rozdział 4

Przedmiot zamówień publicznych	121	
4.1.	Wprowadzenie	121
4.2.	Przedmiot zamówienia	121
4.3.	Dostawy	126
4.4.	Roboty budowlane	129
4.5.	Usługi	132
4.6.	Zamówienia obejmujące równocześnie usługi, dostawy lub roboty budowlane	134
4.7.	Wyłączenia przedmiotowe	136
4.8.	Podsumowanie	146

Rozdział 5

Kontakt pomiędzy zamawiającym i wykonawcą	147	
5.1.	Wprowadzenie	147

5.2.	Środek komunikacji elektronicznej.....	149
5.3.	Forma elektroniczna a postać elektroniczna	156
5.4.	Narzędzia wykorzystywane do komunikacji elektronicznej	163
5.5.	Zakończenie.....	167

Rozdział 6

Szacowanie zamówień publicznych	169	
6.1.	Wprowadzenie.....	169
6.2.	Podstawa ustalenia wartości szacunkowej.....	171
6.3.	Zakaz zaniżania wartości szacunkowej.....	175
6.4.	Ustalenie wartości zamówienia na roboty budowlane oraz usługi udzielane w częściach.....	180
6.5.	Szczegółowe zasady ustalania wartości zamówienia; wartość partnerstwa innowacyjnego; uwzględnianie wartości nagród w wartości zamówienia.....	184
6.6.	Wartość dynamicznego systemu zakupów, umowy ramowej oraz konkursu.....	186
6.7.	Ustalanie wartości zamówienia w przypadku zamawiającego składającego się z kilku jednostek organizacyjnych.....	187
6.8.	Wartość zamówienia na roboty budowlane.....	189
6.9.	Wartość zamówienia na usługi lub dostawy powtarzające się lub podlegające wznowieniu	192
6.10.	Termin ustalenia wartości zamówienia; zmiana wartości zamówienia	194
6.11.	Podsumowanie	196

Rozdział 7

Dokumentacja zamówień publicznych	197	
7.1.	Wprowadzenie.....	197
7.2.	Obowiązek sporządzania protokołu postępowania	198
7.3.	Treść protokołu	199
7.4.	Udostępnianie protokołu.....	202
7.5.	Przechowywanie protokołu	208
7.6.	Podsumowanie	210

Rozdział 8

Postępowanie o udzielenie zamówienia klasycznego o wartości równej lub przekraczającej progi unijne	213	
8.1.	Wprowadzenie.....	213
8.2.	Przygotowanie postępowania	215
8.2.1.	Analiza potrzeb zamawiającego, wstępne konsultacje rynkowe oraz wcześniejsze zaangażowanie wykonawców.....	216
8.2.1.1.	Analiza potrzeb zamawiającego.....	216

8.2.1.2.	Wstępne konsultacje rynkowe	219
8.2.1.3.	Wcześniejsze zaangażowanie wykonawców	219
8.2.2.	Ogłoszenia	220
8.2.3.	Ustalenie niektórych warunków zamówienia	222
8.2.3.1.	Udzielanie zamówienia w częściach	222
8.2.3.2.	Oferta wariantowa	223
8.2.3.3.	Katalogi elektroniczne	223
8.2.3.4.	Klauzule społeczne	225
8.2.3.5.	Wadium	228
8.2.3.6.	Opis przedmiotu zamówienia	230
8.2.3.7.	Środki dowodowe	235
8.2.3.8.	Kwalifikacja podmiotowa wykonawców	238
8.3.	Tryby udzielania zamówień	251
8.3.1.	Zasady ogólne	251
8.3.2.	Przetarg nieograniczony	252
8.3.3.	Przetarg ograniczony	259
8.3.4.	Negocjacje z ogłoszeniem	262
8.3.5.	Dialog konkurencyjny	271
8.3.6.	Partnerstwo innowacyjne	274
8.3.7.	Negocjacje bez ogłoszenia	279
8.3.8.	Zamówienie z wolnej ręki	281
8.4.	Składanie i otwarcie ofert	286
8.5.	Zakończenie postępowania	297
8.6.	Podsumowanie	300

Rozdział 9

Postępowanie o udzielenie zamówienia klasycznego o wartości mniejszej niż progi unijne

		303
9.1.	Wprowadzenie	303
9.2.	Zakres zastosowania	307
9.3.	Ogłoszenia	309
9.4.	Kwalifikacja podmiotowa wykonawców	312
9.5.	Tryby postępowania „krajowego”	313
9.5.1.	Tryb podstawowy	314
9.5.1.1.	Tryb podstawowy z fakultatywnymi negocjacjami	319
9.5.1.2.	Tryb podstawowy z obligatoryjnymi negocjacjami	321
9.5.2.	Partnerstwo innowacyjne w progach krajowych	325
9.5.3.	Negocjacje bez ogłoszenia w progach krajowych	326
9.5.4.	Zamówienie z wolnej ręki w progach krajowych	329
9.6.	Wybór najkorzystniejszej oferty w progach krajowych; unieważnienie postępowania	333
9.7.	Podsumowanie	335

Rozdział 10

Szczególne procedury w zamówieniach publicznych	337
10.1. Wprowadzenie.....	337
10.2. Umowa ramowa	338
10.2.1. Definicja, elementy	338
10.2.2. Charakter prawny oraz istota.....	340
10.2.3. Postępowanie o zawarcie umowy ramowej.....	342
10.2.4. Udzielanie zamówień objętych umową ramową (zamówień jednostkowych, wykonawczych)	343
10.3. Dynamiczny system zakupów	347
10.3.1. Definicja, przedmiot zamówień	347
10.3.2. Podstawowe reguły, zastosowanie.....	348
10.3.3. Postępowanie.....	349
10.4. Konkurs.....	352
10.4.1. Uwagi ogólne, definicja, istota	352
10.4.2. Zastosowanie, przedmiot konkursu	354
10.4.3. Nagroda.....	356
10.4.4. Postępowanie konkursowe – zagadnienia podstawowe, konkurs ograniczony i konkurs nieograniczony	356
10.4.5. Regulamin konkursu.....	358
10.4.6. Sąd konkursowy, protokół prac sądu konkursowego.....	360
10.4.7. Wszczęcie, przeprowadzenie i zakończenie konkursu.....	361
10.5. Zamówienia na usługi społeczne i inne szczególne usługi.....	364
10.5.1. Definicja, istota	364
10.5.2. Postępowanie.....	364
10.6. Podsumowanie	366

Rozdział 11

Zamówienia sektorowe	369
11.1. Wprowadzenie.....	369
11.2. Definicja i zakres.....	371
11.3. Tryby udzielania zamówienia sektorowego	378
11.4. Szczególne metody udzielenia zamówienia sektorowego	381
11.5. System kwalifikowania wykonawców.....	382
11.6. Inne uprawnienia zamawiającego sektorowego	383
11.7. Podsumowanie	385

Rozdział 12

Zamówienia w obronności i bezpieczeństwie	387
12.1. Wprowadzenie.....	387
12.2. Definicja i zakres.....	389

12.3. Zasady udzielania zamówień publicznych w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa.....	391
12.4. Wykonawcy w zakresie zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa.....	394
12.5. Opis przedmiotu zamówienia w zamówieniach w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa.....	395
12.6. Kryteria oceny ofert przy zamówieniach w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa.....	397
12.7. Tryby udzielania zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa.....	402
12.8. Kolejne etapy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa	404
12.9. Podsumowanie	405

Rozdział 13

Elementy społeczne w zamówieniach publicznych.....	407
13.1. Wprowadzenie.....	407
13.2. Normatywne źródła społecznie odpowiedzialnych zamówień publicznych	409
13.3. Społeczne klauzule podmiotowe	411
13.3.1. Zamówienia zastrzeżone	411
13.3.2. Prospołeczne przesłanki wykluczenia z postępowania	415
13.3.3. Prospołeczne warunki udziału w postępowaniu	417
13.4. Społeczne klauzule przedmiotowe	418
13.4.1. Obligatoryjna klauzula dotycząca zatrudnienia	418
13.4.2. Fakultatywna klauzula przedmiotowa	420
13.4.3. Prospołeczny opis przedmiotu zamówienia	421
13.4.4. Etykiety społeczne	423
13.5. Elementy społeczne w kryteriach oceny ofert	426
13.6. Usługi społeczne	428
13.7. Podsumowanie	429

Rozdział 14

Umowa o zamówienie publiczne, umowa z podwykonawcą.....	431
14.1. Wprowadzenie.....	431
14.2. Forma umowy o zamówienie publiczne.....	431
14.3. Elementy umowy o zamówienie publiczne.....	432
14.4. Specyfika umów o roboty budowlane.....	437
14.5. Zabezpieczenie wykonania umowy o zamówienie publiczne.....	440
14.6. Zmiana umowy o zamówienie publiczne	448
14.6.1. Uwagi wprowadzające.....	448

14.6.2. Zmiana umowy o zamówienie publiczne w prawie Unii Europejskiej	449
14.6.3. Krajowe uwarunkowania zmiany umowy o zamówienie publiczne...	456
14.6.4. Zmiana umowy o zamówienie publiczne w związku z pandemią spowodowaną wirusem COVID-19.....	461
14.7. Niedozwolone postanowienia umowne.....	463
14.8. Odstąpienie od umowy o zamówienie publiczne, unieważnienie umowy, zakaz zawarcia umowy	464
14.9. Umowa z podwykonawcą	471
14.10. Podsumowanie	475

Rozdział 15

Status prawny i kompetencje organów właściwych w sprawach zamówień	477
15.1. Wprowadzenie.....	477
15.2. Prezes Urzędu.....	478
15.2.1. Pozycja prawnoustrojowa Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych.....	478
15.2.2. Kryteria i tryb powołania oraz odwołania Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych.....	479
15.2.3. Zadania i kompetencje Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych.....	482
15.2.4. Urząd Zamówień Publicznych oraz wiceprezesa Urzędu	485
15.3. Krajowa Izba Odwoławcza	486
15.3.1. Pozycja prawnoustrojowa i kompetencje Krajowej Izby Odwoławczej.....	486
15.3.2. Kryteria i tryb powołania oraz odwołania członków Krajowej Izby Odwoławczej	488
15.3.3. Gwarancje niezawisłości członków Krajowej Izby Odwoławczej.....	490
15.3.4. Organy Krajowej Izby Odwoławczej	495
15.4. Komitet do spraw Kontroli w Zamówieniach Publicznych.....	496
15.4.1. Pozycja prawnoustrojowa Komitetu do spraw Kontroli w Zamówieniach Publicznych	496
15.4.2. Zadania i kompetencje Komitetu do spraw Kontroli w Zamówieniach Publicznych	497
15.4.3. Organy Komitetu do spraw Kontroli w Zamówieniach Publicznych.....	498
15.5. Rada Zamówień Publicznych.....	499
15.5.1. Pozycja prawnoustrojowa Rady Zamówień Publicznych	499
15.5.2. Zadania Rady Zamówień Publicznych	499
15.5.3. Organy Rady Zamówień Publicznych	500
15.6. Podsumowanie	502

Rozdział 16

Środki ochrony prawnej	503
16.1. Wprowadzenie.....	503
16.1.1. Charakterystyka środków ochrony prawnej	503
16.1.2. Najważniejsze zmiany w zakresie regulacji dotyczącej środków ochrony prawnej wprowadzone ustawą z 11.09.2019 r.....	505
16.1.3. Krajowa Izba Odwoławcza	508
16.2. Przepisy ogólne	510
16.2.1. Legitymacja do wniesienia środków ochrony prawnej	510
16.2.2. Przesłanki materialnoprawne środków ochrony prawnej.....	512
16.3. Postępowanie odwoławcze	517
16.3.1. Uwagi wstępne	517
16.3.2. Przepisy ogólne	521
16.3.3. Odwołanie.....	525
16.3.3.1. Uwagi ogólne.....	525
16.3.3.2. Termin na wniesienie odwołania	525
16.3.3.3. Wymogi formalne odwołania.....	528
16.3.3.4. Cofnięcie odwołania	533
16.3.3.5. Odpowiedź na odwołanie.....	535
16.3.4. Uwzględnienie odwołania przez zamawiającego.....	536
16.3.5. Przystąpienie do postępowania odwoławczego.....	538
16.3.5.1. Zgłoszenie przystąpienia	538
16.3.5.2. Opozycja	541
16.3.5.3. Czynności zamawiającego, na które nie przysługują środki ochrony prawnej.....	541
16.3.6. Odrzucenie odwołania	542
16.3.7. Dowody	546
16.3.7.1. Ciężar dowodu	546
16.3.7.2. Przeprowadzanie dowodów	549
16.3.7.3. Ocena dowodów	554
16.3.7.4. Postępowanie wyjaśniające	555
16.3.8. Rozpoznanie odwołania	556
16.3.9. Rozprawa.....	559
16.3.10. Orzeczenia Izby	562
16.3.10.1. Uwagi ogólne.....	562
16.3.10.2. Budowa orzeczenia.....	565
16.3.10.3. Wyroki	566
16.3.10.4. Postanowienia	571
16.3.10.5. Rektyfikacja orzeczeń	573
16.3.10.6. Skutki prawne orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej	573
16.3.11. Protokół.....	575
16.3.12. Koszty postępowania odwoławczego.....	577

16.3.13. Zakaz zawarcia umowy	583
16.4. Postępowanie ze skargi na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej	585
16.4.1. Charakter skargi na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej	585
16.4.2. Legitymacja do wniesienia skargi na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej.....	587
16.4.3. Termin i sposób wniesienia skargi.....	588
16.4.4. Wymogi formalne skargi na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej.....	589
16.4.4.1. Uwagi ogólne.....	589
16.4.4.2. Wymogi skargi jako pisma procesowego.....	589
16.4.4.3. Szczególne wymogi formalne skargi	592
16.4.4.4. Obowiązek doręczenia odpisu skargi jej przeciwnikowi.....	595
16.4.5. Wymogi fiskalne skargi na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej.....	598
16.4.6. Przebieg postępowania przed sądem zamówień publicznych.....	599
16.4.7. Orzeczenia wydawane przez sąd zamówień publicznych.....	603
16.4.7.1. Uwagi ogólne.....	603
16.4.7.2. Wyroki	603
16.4.7.3. Postanowienia	606
16.4.7.4. Orzeczenie o kosztach postępowania.....	607
16.4.7.5. Uzasadnianie i doręczanie orzeczeń.....	610
16.4.8. Postępowanie zabezpieczające	611
16.5. Skarga kasacyjna	614
16.5.1. Uwagi ogólne.....	614
16.5.2. Wymogi, jakim winna odpowiadać skarga kasacyjna	614
16.5.3. Postępowanie przed Sądem Najwyższym	616
16.6. Podsumowanie	618

Rozdział 17

Pozasądowe rozwiązywanie sporów	621
17.1. Wprowadzenie.....	621
17.2. Przebieg postępowania – wiadomości ogólne	623
17.2.1. Informacja o podjęciu przez strony mediacji lub innego polubownego rozwiązania sporu.....	624
17.2.2. Sąd Polubowny przy Prokuraturii Generalnej Rzeczypospolitej Polskiej	625
17.2.3. Dobrowolność mediacji	627
17.2.4. Mediatorzy	628
17.2.5. Niejawność mediacji.....	631
17.2.6. Wszczęcie mediacji	631
17.2.7. Czas trwania i forma mediacji	633

17.2.8. Zawarcie ugody i jej zatwierdzenie przez sąd.....	636
17.3. Podsumowanie.....	638

Rozdział 18

Kontrola udzielania zamówień publicznych.....	639
18.1. Wprowadzenie.....	639
18.2. Komitet do spraw Kontroli w Zamówieniach Publicznych.....	640
18.3. Ogólne zasady postępowania kontrolnego.....	642
18.4. Kontrola Prezesa Urzędu.....	646
18.4.1. Wiadomości ogólne.....	646
18.4.2. Kontrola doraźna.....	649
18.4.3. Kontrola uprzednia.....	652
18.5. Zakończenie.....	654

Rozdział 19

Kary pieniężne w zamówieniach publicznych.....	655
19.1. Wprowadzenie.....	655
19.2. Kary pieniężne w zamówieniach publicznych – podstawy prawne.....	656
19.3. Podmiotowy zakres kar pieniężnych w Prawie zamówień publicznych.....	657
19.4. Naruszenia podlegające karze pieniężnej niezależne od skutku.....	660
19.5. Naruszenia podlegające karze pieniężnej, które mają wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.....	664
19.6. Wymiar kary pieniężnej oraz inne formalne aspekty nakładania kar pieniężnych, o których mowa w Prawie zamówień publicznych.....	668
19.7. Kary finansowe w zamówieniach publicznych jako kary o charakterze pieniężnym.....	671
19.8. Podsumowanie.....	672

Rozdział 20

Odpowiedzialność karna i dyscyplinarna za naruszenie przepisów o zamówieniach publicznych, koncesji na roboty budowlane lub usługi oraz partnerstwa publiczno-privatnego.....	675
20.1. Wprowadzenie.....	675
20.2. Ochrona prawnokarna.....	677
20.2.1. Sprawcy czynów popełnianych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, wykonania umowy koncesji lub przedsięwzięcia publiczno-privatnego.....	678
20.2.2. Przestępczość korupcyjna.....	679
20.2.3. Nadużycie funkcji publicznej przez przekroczenie uprawnień lub niedopełnienie obowiązków i działanie na szkodę interesu publicznego lub prywatnego.....	681
20.2.4. Ujawnienie informacji.....	684

20.2.5. Przesłpstwa przeciwko wiarygodności dokumentów oraz oszustwo przetargowe	686
20.2.6. Nadużycia zaufania	690
20.2.7. Zmowa przetargowa	692
20.3. Odpowiedzialność dyscyplinarna	697
20.3.1. Zakres podmiotowy	698
20.3.2. Zakres przedmiotowy	700
20.4. Wyłączenie odpowiedzialności karnej i naruszenia dyscypliny finansów publicznych – COVID-19	703
20.5. Podsumowanie	706
 Rozdział 21	
Koncesja na roboty budowlane lub usługi	707
21.1. Wprowadzenie	707
21.2. Definicje, charakter prawny umowy koncesji	708
21.3. Umowa koncesji a zamówienie publiczne	711
21.4. Autonomiczność ustawy o umowie koncesji	712
21.5. Zakres regulacji ustawy o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi	714
21.6. Umowa koncesji a nowe Prawo zamówień publicznych oraz nowelizacja z 27.11.2020 r.	723
21.7. Różnice pomiędzy umową koncesji a partnerstwem publiczno-prywatnym	724
21.8. Podsumowanie	726
 Rozdział 22	
Partnerstwo publiczno-prywatne	727
22.1. Wprowadzenie	727
22.2. Geneza partnerstwa publiczno-prywatnego	729
22.3. Podstawowe pojęcia	732
22.3.1. Podmiot publiczny	732
22.3.2. Partner prywatny	734
22.3.3. Przedsięwzięcie	735
22.3.4. Ryzyko	737
22.3.5. Pojęcie partnerstwa publiczno-prywatnego	740
22.4. Charakter prawny umowy partnerstwa publiczno-prywatnego	744
22.5. PPP a ustawa o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi	746
22.6. Warianty i etapy realizacji PPP	753
22.7. Wybór partnera prywatnego z wykorzystaniem przepisów Prawa zamówień publicznych	758
22.8. Wybór partnera prywatnego na podstawie ustawy o koncesji na roboty budowlane i usługi	763

22.9. Wybór partnera prywatnego w trybie procedury subsydiarnej	764
22.10. Wybór partnera prywatnego na podstawie przepisów ustawy o gospodarce nieruchomościami.....	766
22.11. Nowelizacja z 27.11.2020 r.....	768
22.12. Podsumowanie	771
Zakończenie	775
Bibliografia	777
Autorzy	797

WYKAZ SKRÓTÓW

Akty prawne

- dyrektywa 2004/18/WE – dyrektywa 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 31.03.2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz.Urz. UE L 134, s. 114)
- dyrektywa 2009/81/WE,
dyrektywa obronna – dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/81/WE z 13.07.2009 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania niektórych zamówień na roboty budowlane, dostawy i usługi przez instytucje lub podmioty zamawiające w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa i zmieniająca dyrektywy 2004/17/WE i 2004/18/WE (Dz.Urz. UE L 216, s. 76)
- dyrektywa 2014/23/UE – dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/23/UE z 26.02.2014 r. w sprawie udzielania koncesji (Dz.Urz. UE L 94, s. 1)
- dyrektywa 2014/24/UE,
dyrektywa klasyczna – dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z 26.02.2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE (Dz.Urz. UE L 94, s. 65)
- dyrektywa 2014/25/UE,
dyrektywa sektorowa – dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE z 26.02.2014 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, s. 243)
- dyrektywa 89/665/EWG,
klasyczna dyrektywa
odwoławcza – dyrektywa Rady 89/665/EWG z 21.12.1989 r. w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane (Dz.Urz. WE L 395, s. 33)
- dyrektywa 92/13/EWG,
sektorowa dyrektywa
odwoławcza – dyrektywa Rady 92/13/EWG z 25.02.1992 r. koordynująca przepisy ustawowe, wykonawcze i administracyjne odnoszące się do stosowania przepisów wspólnotowych w procedurach zamówień publicznych podmiotów działających w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i telekomunikacji (Dz.Urz. WE L 76, s. 14)

- dyrektywa 92/50/EWG – dyrektywa Rady 92/50/EWG z 18.06.1992 r. odnosząca się do koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na usługi (Dz.Urz. WE L 209, s. 1)
- k.c. – ustawa z 23.04.1964 r. – Kodeks cywilny (Dz.U. z 2020 r. poz. 1740 ze zm.)
- k.k. – ustawa z 6.06.1997 r. – Kodeks karny (Dz.U. z 2020 r. poz. 1444 ze zm.)
- k.p. – ustawa z 26.06.1974 r. – Kodeks pracy (Dz.U. z 2020 r. poz. 1320 ze zm.)
- k.p.a. – ustawa z 14.06.1960 r. – Kodeks postępowania administracyjnego (Dz.U. z 2021 r. poz. 735 ze zm.)
- k.p.c. – ustawa z 17.11.1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (Dz.U. z 2020 r. poz. 1575 ze zm.)
- Konstytucja RP – Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z 2.04.1997 r. (Dz.U. Nr 78, poz. 483 ze zm.)
- nowelizacja z 27.11.2020 r. – ustawa z 27.11.2020 r. o zmianie ustawy o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi, ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. poz. 2275)
- p.s.w.n. – ustawa z 20.07.2018 r. – Prawo o szkolnictwie wyższym i nauce (Dz.U. z 2021 r. poz. 478 ze zm.)
- p.w.p.z.p. – ustawa z 11.09.2019 r. – Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. poz. 2020 ze zm.)
- p.z.p. – ustawa z 11.09.2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.)
- p.z.p.2004 – ustawa z 29.01.2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.)
- pr. aut. – ustawa z 4.02.1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych (Dz.U. z 2021 r. poz. 1062)
- pr. bank. – ustawa z 29.08.1997 r. – Prawo bankowe (Dz.U. z 2020 r. poz. 1896 ze zm.)
- pr. bud. – ustawa z 7.07.1994 r. – Prawo budowlane (Dz.U. z 2020 r. poz. 1333 ze zm.)
- pr. en. – ustawa z 10.04.1997 r. – Prawo energetyczne (Dz.U. z 2021 r. poz. 716 ze zm.)
- pr. lot. – ustawa z 3.07.2002 r. – Prawo lotnicze (Dz.U. z 2020 r. poz. 1970 ze zm.)
- pr. not. – ustawa z 14.02.1991 r. – Prawo o notariacie (Dz.U. z 2020 r. poz. 1192 ze zm.)
- pr. pocz. – ustawa z 23.11.2012 r. – Prawo pocztowe (Dz.U. z 2020 r. poz. 1041)
- pr. przeds. – ustawa z 6.03.2018 r. – Prawo przedsiębiorców (Dz.U. z 2021 r. poz. 162)
- pr. weks. – ustawa z 28.04.1936 r. – Prawo wekslowe (Dz.U. z 2016 r. poz. 160)
- r.d.r.SP – rozporządzenie Rady Ministrów z 29.01.1937 r. o dostawach i robotach na rzecz Skarbu Państwa, samorządu oraz instytucji prawa publicznego (Dz.U. Nr 13, poz. 92 ze zm.)

- r.p.r.o. – rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z 30.12.2020 r. w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz.U. poz. 2453)
- r.r.r. – rozporządzenie Ministra Gospodarki z 11.02.2015 r. w sprawie rodzajów ryzyka oraz czynników uwzględnianych przy ich ocenie (Dz.U. poz. 284)
- r.s.r.k.p. – rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z 30.12.2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. poz. 2437)
- r.s.s.p.i. – rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z 30.12.2020 r. w sprawie sposobu sporządzania i przekazywania informacji oraz wymagań technicznych dla dokumentów elektronicznych oraz środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub konkursie (Dz.U. poz. 2452)
- RODO – rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z 27.04.2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE (ogólne rozporządzenie o ochronie danych) (Dz.U. UE L 119, s. 1)
- rozporządzenie nr 2195/2002 – rozporządzenie (WE) nr 2195/2002 Parlamentu Europejskiego i Rady z 5.11.2002 r. w sprawie Wspólnego Słownika Zamówień (CPV) (Dz.U. WE L 340, s. 1, ze zm.)
- rozporządzenie nr 765/2008 – rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 765/2008 z 9.07.2008 r. ustanawiające wymagania w zakresie akredytacji i uchylające rozporządzenie (EWG) nr 339/93 (Dz.U. UE L 218, s. 30)
- rozporządzenie nr 910/2014 – rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 910/2014 z 23.07.2014 r. w sprawie identyfikacji elektronicznej i usług zaufania w odniesieniu do transakcji elektronicznych na rynku wewnętrznym oraz uchylające dyrektywę 1999/93/WE (Dz.U. UE L 257, s. 73)
- TFUE – Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (Dz.U. UE C 202 z 2016 r., s. 47)
- TWE – Traktat ustanawiający Wspólnotę Europejską (Dz.U. z 2004 r. Nr 90, poz. 864/2)
- u.BFG – ustawa z 10.06.2016 r. o Bankowym Funduszu Gwarancyjnym, systemie gwarantowania depozytów oraz przymusowej restrukturyzacji (Dz.U. z 2020 r. poz. 842 ze zm.)
- u.COVID – ustawa z 2.03.2020 r. o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych (Dz.U. z 2020 r. poz. 1842 ze zm.)
- u.d.i.p. – ustawa z 6.09.2001 r. o dostępie do informacji publicznej (Dz.U. z 2020 r. poz. 2176)

- u.d.r.SP – ustawa z 15.02.1933 r. o dostawach i robotach na rzecz Skarbu Państwa, samorządu oraz instytucyj prawa publicznego (Dz.U. Nr 19, poz. 127)
- u.d.r.u.j.p. – ustawa z 28.12.1957 r. o dostawach, robotach i usługach na rzecz jednostek państwowych (Dz.U. z 1958 r. Nr 3, poz. 7)
- u.d.r.u.SP – ustawa z 18.11.1948 r. o dostawach, robotach i usługach na rzecz Skarbu Państwa, samorządu oraz niektórych kategorii osób prawnych (Dz.U. Nr 63, poz. 494)
- u.f.p. – ustawa z 27.08.2009 r. o finansach publicznych (Dz.U. z 2021 r. poz. 305 ze zm.)
- u.g.n. – ustawa z 21.08.1997 r. o gospodarce nieruchomościami (Dz.U. z 2020 r. poz. 1990 ze zm.)
- u.i.d.p. – ustawa z 17.02.2005 r. o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne (Dz.U. z 2021 r. poz. 670 ze zm.)
- u.k.a.r. – ustawa z 15.07.2011 r. o kontroli w administracji rządowej (Dz.U. z 2020 r. poz. 224)
- u.k.s.c. – ustawa z 28.07.2005 r. o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz.U. z 2020 r. poz. 755 ze zm.)
- u.NIK – ustawa z 23.12.1994 r. o Najwyższej Izbie Kontroli (Dz.U. z 2020 r. poz. 1200)
- u.o.i.n. – ustawa z 5.08.2010 r. o ochronie informacji niejawnych (Dz.U. z 2019 r. poz. 742)
- u.o.k.k. – ustawa z 16.02.2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. z 2021 r. poz. 275)
- u.o.n.d.f.p. – ustawa z 17.12.2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz.U. z 2021 r. poz. 289 ze zm.)
- u.p.ft. – ustawa z 1.03.2018 r. o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu (Dz.U. z 2021 r. poz. 1132 ze zm.)
- u.p.p. – ustawa z 19.12.2008 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym (Dz.U. z 2020 r. poz. 711 ze zm.)
- u.PARP – ustawa z 9.11.2000 r. o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości (Dz.U. z 2020 r. poz. 299)
- u.RIO – ustawa z 7.10.1992 r. o regionalnych izbach obrachunkowych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2137)
- u.s.p.w.p. – ustawa z 15.06.2012 r. o skutkach powierzania wykonywania pracy cudzoziemcom przebywającym wbrew przepisom na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej (Dz.U. poz. 769 ze zm.)
- u.SKOK – ustawa z 5.11.2009 r. o spółdzielczych kasach oszczędnościowo-kredytowych (Dz.U. z 2020 r. poz. 1643 ze zm.)
- u.u.k.r.b.u. – ustawa z 21.10.2016 r. o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi (Dz.U. z 2021 r. poz. 541 ze zm.)
- u.u.p.g.s. – ustawa z 19.04.1950 r. o umowach planowych w gospodarce socjalistycznej (Dz.U. Nr 21, poz. 180)
- u.w.r. – ustawa z 9.06.2011 r. o wspieraniu rodziny i systemie pieczy zastępczej (Dz.U. z 2020 r. poz. 821 ze zm.)
- u.z.n.k. – ustawa z 16.04.1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2020 r. poz. 1913)
- u.z.p. – ustawa z 10.06.1994 r. o zamówieniach publicznych (Dz.U. z 2002 r. Nr 72, poz. 664 ze zm.)

- u.z.r. – ustawa z 6.12.1996 r. o zastawie rejestrowym i rejestrze zastawów (Dz.U. z 2018 r. poz. 2017)
- z.t.p. – załącznik do rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 20.06.2002 r. w sprawie „Zasad techniki prawodawczej” (Dz.U. z 2016 r. poz. 283)

Czasopisma i publikatory

- Biul. SN – Biuletyn Sądu Najwyższego
- BONDFP – Biuletyn Orzecnictwa w sprawach o Naruszenie Dyscypliny Finansów Publicznych
- BZP – Biuletyn Zamówień Publicznych
- CPKPN – Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych
- Dz. Praw P. Pol. – Dziennik Praw Państwa Polskiego
- Dz.Urz. UE – Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej
- FK – Finanse Komunalne
- KPZP – Kwartalnik Prawo Zamówień Publicznych
- M. Praw. – Monitor Prawniczy
- M.P. – Monitor Polski
- MZP – Monitor Zamówień Publicznych
- NZS – Nowe Zeszyty Samorządowe
- ONSA – Orzecznictwo Naczelnego Sądu Administracyjnego
- OSASz – Orzecznictwo Sądu Apelacyjnego w Szczecinie
- OSNC – Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Izba Cywilna
- OSP – Orzecznictwo Sądów Polskich
- OTK – Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego
- OTK-A – Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego, Seria A
- PiP – Państwo i Prawo
- PL – Przegląd Legislacyjny
- PNUE – Prace Naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego we Wrocławiu
- Prok. i Pr. – Prokuratura i Prawo
- Prz. Publ. – Przetargi Publiczne
- SPP – Studia Prawa Publicznego
- ZPD – Zamówienia Publiczne. Doradca

Inne

- ADR – alternative dispute resolution, alternatywne metody rozwiązywania sporów
- GKO – Główna Komisja Orzekająca w sprawach o Naruszenie Dyscypliny Finansów Publicznych
- j.s.f.p. – jednostka/jednostki sektora finansów publicznych
- j.s.t. – jednostka/jednostki samorządu terytorialnego
- JEDZ – jednolity europejski dokument zamówienia
- KIO – Krajowa Izba Odwoławcza
- NIK – Najwyższa Izba Kontroli
- NSA – Naczelny Sąd Administracyjny
- PKB – produkt krajowy brutto

PPP	-	partnerstwo publiczno-prywatne
Prezes UZP	-	Prezes Urzędu Zamówień Publicznych
RIO	-	regionalna izba obrachunkowa
SA	-	sąd apelacyjny
SIWZ	-	specyfikacja istotnych warunków zamówienia
SKOK	-	spółdzielcza kasa oszczędnościowo-kredytowa
SN	-	Sąd Najwyższy
SO	-	sąd okręgowy
SP	-	Skarb Państwa
SWZ	-	specyfikacja warunków zamówienia
TS	-	Trybunał Sprawiedliwości
TSUE	-	Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej
UOKiK	-	Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów
UPUE	-	Urząd Publikacji Unii Europejskiej
UZP	-	Urząd Zamówień Publicznych
WSA	-	wojewódzki sąd administracyjny

WSTĘP

Zamówienia publiczne mają dość długą historię jako regulacja prawna zarówno w Unii Europejskiej, jak i w Polsce. Konieczność dostosowania regulacji krajowych do prawa UE powoduje, że zmiany w prawie zamówień publicznych są częste. Wynikają one również z konieczności wprowadzenia elektronicznych procedur wyboru wykonawcy w celu usprawnienia i przyspieszenia realizacji zadań publicznych, możliwie jak najszybszego zakończenia całego procesu poprzedzającego zawarcie umowy o zamówienie publiczne.

Przepisy ustawy z 11.09.2019 r. – Prawo zamówień publicznych nie wyjaśniają ani celu regulacji, ani do czego mają być wykorzystane zamówienia publiczne, tak samo jak nie wskazują tego przepisy ustawy z 19.12.2008 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym czy ustawy z 21.10.2016 r. o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi. Odpowiedź w tym zakresie zawiera art. 44 u.f.p., wskazujący, że j.s.f.p. zawierają umowy, których przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane, na zasadach określonych w przepisach o zamówieniach publicznych, oraz ponoszą wydatki publiczne:

- w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem zasad uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów oraz optymalnego doboru metod i środków służących osiągnięciu założonych celów;
- w sposób umożliwiający terminową realizację zadań;
- w wysokości i terminach wynikających z wcześniej zaciągniętych zobowiązań.

Przy interpretacji przepisów zamówień publicznych dotychczas dość często nie brano pod uwagę związku zamówień publicznych z finansami publicznymi. Troska o stan infrastruktury publicznej, jej niezawodność, trwałość, jakość świadczonych usług wymaga uwzględnienia w zamówieniach publicznych, partnerstwie publiczno-prywatnym, koncesji na roboty budowlane lub usługi ponoszenia wydatków na wykonanie zadań publicznych z uwzględnieniem zasad określonych w art. 44 u.f.p. Nie jest to łatwe, gdy trzeba wybrać podmiot do realizacji zadania publicznego, który wykona je w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem zasad uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów oraz optymalnego doboru środków służących osiągnięciu założonych celów, gdyż kryteria te trudne są do spełnienia jednocześnie. Te oraz liczne inne zagadnienia były przedmiotem analiz autorów w książce.

Każda część nowego Prawa zamówień publicznych została omówiona w oddzielnym rozdziale, ze szczególnym uwzględnieniem nowości, np. możliwości rozwiązywania sporów poprzez mediacje. Wspólny rozdział został poświęcony odpowiedzialności karnej za naruszenie ustawy o zamówieniach publicznych, ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym oraz ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi. W stosowaniu przepisów prawa pomocna jest znajomość historii wcześniejszych regulacji. Dlatego m.in. oddzielny rozdział poświęcono ewolucji zamówień publicznych.

Autorzy składają podziękowanie panu Mateuszowi Czechowskiemu za pomoc w przygotowaniu całości bibliografii oraz wykazu skrótów.

Wojciech Gonet

Rozdział 1

EWOLUCJA ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH W POLSCE

Radosław Antonów

1.1. Wprowadzenie

Państwo za pośrednictwem swoich organów realizuje zadania publiczne, dokonując racjonalnego wydatkowania środków publicznych. Środki te, jak wiemy, pochodzą przede wszystkim z podatków oraz innych danin publicznych i zasadniczo wydatkowane są w trybach i na zasadach zamówień publicznych. Zasady te nie tylko umożliwiają, ale i zapewniają udział przedsiębiorcom w ubieganiu się o realizację zamówień publicznych na zasadach uczciwej konkurencji i równego traktowania¹. Istotna jest również kwestia wydatkowania środków publicznych w sposób uzasadniony i na cele niezbędne dla właściwego funkcjonowania społeczeństwa i państwa, mając na względzie ich rozwój i bezpieczeństwo. Jak słusznie zauważył Tadeusz Kocowski: „Nabywanie mienia przez związki publicznoprawne, które finansowane są przede wszystkim ze środków określanych mianem publicznych, zawsze było problematyczne. W odróżnieniu od wydatków czynionych przez osoby prywatne ze środków prywatnych, motywowanych interesem prywatnym, zakupy czynione przez podmioty nieprywatne rodziły rozbieżności dotyczące rozumienia interesu publicznego uzasadniającego konieczność ich dokonywania”². Złożoność i istotność problematyki wydatkowania środków publicznych wynika również z kierunków wydatkowania środków publicznych (tj. ich przeznaczenia na realizację zadań publicznych zgodnie z aktualnymi założeniami polityki państwa), ich pochodzenia (są to głównie daniny publiczne gromadzone w ramach władztwa daninowego państwa), zasad ich wydatkowania (szeroko pojętych zasad gospodarki finansowej sektora publicznego realizujących aktualne priorytety państwa w tym zakresie) oraz

¹ Zob. R. Antonów, *Funkcjonowanie sektora publicznego na przykładzie zamówień publicznych* [w:] *Ekonomia*, cz. 12, *Wzrost gospodarczy – integracja Europy – otoczenie finansowe współczesnej firmy*, red. L. Olaszewski, Wrocław 2004, s. 241 i n.

² T. Kocowski, *Rozwój prawa zamówień publicznych w Polsce*, „Wrocławsko-Lwowskie Zeszyty Prawnicze” 2020/11, s. 153.

odpowiedzialności ponoszonej przez dysponentów tych środków (odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych). Wymienione aspekty problematyki wydatkowania środków publicznych wskazują na konieczność ich postrzegania w kontekście ich uwikłań prawnych, politycznych i ekonomicznych. Co zaś szczególnie istotne z punktu widzenia niniejszych rozważań, wskazują również na potrzebę spojrzenia na zamówienia publiczne i prawo zamówień publicznych w kontekście realiów danego czasu (gospodarczych, politycznych i społecznych), a więc jako etap pewnego ciągłego procesu i ciągłej ewolucji.

Procedury o zróżnicowanym stopniu sformalizowania, odnoszące się do wydatkowania środków publicznych, funkcjonują w polskim systemie prawnym od dawna. Wprowadzenie więc w demokratycznej Polsce po roku 1990 rozwiązań prawnych, które swoimi regulacjami obejmowały to, co dziś powszechnie nazywamy zamówieniami publicznymi, a od 2004 r. również prawem zamówień publicznych, postrzegać należy w kategoriach pewnej tylko (choć najbardziej obszernej, złożonej i najdynamiczniej się zmieniającej) współczesnej części (etapu) polskiej tradycji prawnej, prawa i związanych z tym postulatów, doświadczeń i wniosków. Prawo bowiem – odnosi się to również do prawa zamówień publicznych – traktować należy jako wytwór historii, zaś podstawę każdego systemu prawa stanowi historycznie zrodzony ustrój ekonomiczno-społeczny³. Tak więc obecnie obowiązujące regulacje prawne – nowa ustawa z 2019 r. – stanowią wyraz aktualnej polityki państwa w zakresie zamówień publicznych, wskazujący jego priorytety, a więc cele, wartości szczególnie chronione oraz zagrożenia, którym państwo chce zapobiegać w zakresie wydatkowania środków publicznych w ramach zamówień publicznych. Jest to również efekt dotychczasowych doświadczeń wynikających z tworzenia i stosowania prawa zamówień publicznych. Punkt, w którym znajduje się polskie prawo zamówień publicznych, postrzegać należy więc jako kolejny etap jego ewolucji. Jego treść ukształtowały zaś etapy wcześniejsze, dostarczające doświadczeń zarówno pozytywnych, jak i negatywnych. Pamiętać należy bowiem np. choćby o tym, że regulacje prawne dotyczące wydatkowania środków publicznych z okresu II Rzeczypospolitej dały solidny fundament pod pierwszą ustawę o zamówieniach publicznych w demokratycznej Polsce i w pewnym zakresie funkcjonują (nie bez zmian) również współcześnie. Doświadczeń negatywnych dostarcza zaś okresu PRL. Doświadczenia gospodarki planowej i planowania w ogólności mogą bowiem stanowić wyznacznik tego, czego unikać należy zwłaszcza na etapie stosowania Prawa zamówień publicznych i wynikających z niego nowych regulacji w zakresie np. planowania w zamówieniach publicznych czy polityki zakupowej państwa. Doświadczenia zdobyte na błędach systemu centralnego planowania z okresu PRL mogą być cenne dla wypracowania właściwej praktyki stosowania nowych zasad planowania w myśl zasad nowego Prawa zamówień publicznych.

³ H. Olszewski, *Podjęcie historyczne w prawoznawstwie* [w:] *Metody badania prawa: materiały sympozjum*. Warszawa 28–29 IV 1971, red. A. Łopatka, Warszawa 1973, s. 12.

Powyższe rozważania skłaniają do postawienia pytania o rolę badań nad ewolucją zamówień publicznych dla współczesnej praktyki tworzenia i stosowania prawa w tym zakresie. Rolę tę postrzegać należy wieloaspektowo. Świadomość ewolucji tego prawa pozwala na udzielenie odpowiedzi na wiele pytań, w tym m.in., jakie rozwiązania okazały się być błędne lub wręcz szkodliwe dla wydatkowania publicznych środków finansowych, które rozwiązania przyczyniły się zaś do poprawy standardów realizacji zadań publicznych i wydatkowania środków publicznych, jakie regulacje wpłynęły (pod różnymi względami – zarówno pozytywnie, jak i negatywnie) na sektor prywatny, tj. na wykonawców zamówień publicznych, jakie były deficyty legislacyjne (jakich pożądaných regulacji brakowało), czy istnieją pewne trwale osadzone w polskiej kulturze prawnej standardy prawa zamówień publicznych, czy i w jakim zakresie prawo zamówień publicznych przyczyniło się do ukształtowania standardów stosowania tego prawa. Takich pytań zadać można wiele. Dotyczą one w zasadzie całości polskiej tradycji i standardów tworzenia i stosowania prawa zamówień publicznych. Doświadczenia minionych czasów (i odpowiadających im stanów prawnych) kształtują zarówno współczesne standardy tworzenia tego prawa, jak i wpływają na standardy i kulturę jego stosowania, dostarczając chociażby argumentacji na potrzeby wykładni historycznej. Nade wszystko wreszcie świadomość ewolucji tego prawa pozwala dociekać uzasadnienia i sensu regulacji współczesnych. W sukcesach i porażkach minionych stanów prawnych poszukiwać można bowiem genezy kolejnych zmian prawodawczych i ich uzasadnienia. Takie oczekiwania stawiać więc można również względem niniejszej analizy ewolucji zamówień publicznych w drodze do obecnie obowiązującej ustawy z 11.09.2019 r.

Dla przeprowadzenia przedmiotowych rozważań przyjęto kilka założeń. Założono, że analiza ewolucji nie może stanowić szczegółowej analizy historycznej kolejnych regulacji prawnych w przedmiocie zamówień publicznych, z uwzględnieniem kolejnych nowelizacji, w tym również w zakresie aktów wykonawczych. Takie podejście, z racji obszerności materiału badawczego z jednej strony i ograniczeń wynikających z ram niniejszego opracowania z drugiej, przyjąć by mogło kształt opracowania „szkolnego”, a wręcz katalogu regulacji wraz z informacjami statystycznymi dotyczącymi ilości i częstotliwości zmian. Stanowić by to mogło najprostszą drogę do zatracenia zasadniczej idei ukazania ewolucji, tj. przesłanek i uzasadnienia kolejnych zmian. W związku z tym założono potrzebę wyznaczenia kolejnych zasadniczych etapów ewolucji odpowiadających kolejnym ustawom na przestrzeni XX i XXI w. przy jednoczesnym osadzeniu ich w kontekście wydarzeń historycznych, którymi niewątpliwie były istotne przemiany ustrojowe w Polsce. Następnie założono, że dla ukazania ewolucji rozumianej jako proces stopniowego rozwoju, przeobrażeń, zasadnicze znaczenie ma ustalenie motywacji tych przemian i oczekiwań z nimi związanych. Powyższe sprowadza się w istocie do poszukiwania – nawiązując do doktryny Monteskiusza⁴ – swoistego „ducha prawa”. W tym pomocne okazują się dwa zabiegi: wskazanie kluczowych regulacji prawnych

⁴ Zob. R. Antonów, E. Kozerska, E. Kundera, Ł. Machaj, M. Maciejewski, M. Marszał, M. Sadowski, T. Scheffler, *Leksykon myślicieli politycznych i prawnych*, Warszawa 2020, s. 96.

kreujących zasadnicze założenia kolejnych ustaw oraz dociekanie intencji prawodawcy (czyli uzasadnienia i celu kolejnych zmian prawodawczych). W tej kwestii w polskiej kulturze prawnej pomocne być mogą jedynie materiały z prac legislacyjnych historycznego prawodawcy, w tym zwłaszcza uzasadnienia projektów ustaw⁵. Przyjęto zatem, że podstawą do analizy ewolucji zamówień publicznych w Polsce przedstawionej w tym rozdziale będą wyłącznie przepisy aktów prawnych (w kontekście regulacji prawnych do roku 1990) oraz przepisy aktów prawnych wraz z uzasadnieniami projektów tych ustaw (w odniesieniu do zamówień publicznych w demokratycznej Polsce, tj. po roku 1990). Pominięcie szerszej analizy uzasadnień wcześniejszych aktów prawnych (tj. tych do roku 1990) ma swoje uzasadnienie: z racji ich kontekstu politycznego i gospodarczego odmiennego od współczesnego stanowić mogą mniej adekwatny materiał porównawczy. W publikacji *Zamówienia publiczne* płaszczyzną porównawczą dla omawianego szczegółowo w kolejnych rozdziałach nowego Prawa zamówień publicznych wydają się być tylko te uregulowania prawne, które uchwalone zostały we współczesnej demokratycznej Polsce i w realiach liberalnej gospodarki wolnorynkowej. Zwłaszcza znaczenie ma specyfika początków tego okresu (tj. po roku 1990) w rozwoju regulacji prawnych w przedmiocie zamówień publicznych w Polsce wynikająca z konieczności szybkiego opracowania i przyjęcia rozwiązań instytucjonalnych oraz prawnych regulacji procesu wydatkowania środków publicznych w demokratycznym państwie prawnym. Ponadto niezwykle istotna jest również mająca początek w tym czasie odbudowa, a raczej budowanie zaufania społecznego na dwóch płaszczyznach: zaufania społeczeństwa polskiego do organów władzy oraz ufności społeczności międzynarodowej (tj. zwłaszcza państw europejskich) co do przejrzystości, konkurencyjności i uczciwości polskich procedur wydatkowania środków publicznych pochodzących zarówno z budżetu państwa, jak i ze źródeł zagranicznych. W tym kontekście właściwe są następujące po sobie ustawy: ustawa z 10.06.1994 r. o zamówieniach publicznych, ustawa z 29.01.2004 r. – Prawo zamówień publicznych i wreszcie ustawa z 11.09.2019 r. – Prawo zamówień publicznych. Akty te regulowały zagadnienia wydatkowania środków publicznych w Polsce w okresie bez mała trzech dekad.

1.2. Regulacje prawne w przedmiocie zamówień publicznych w latach 1918–1945

Zamówienia publiczne jako mechanizm prawny wydatkowania środków publicznych we współczesnej Polsce swoimi tradycjami sięgają okresu Drugiej Rzeczypospolitej (1918–1945)⁶. W tym okresie, z przyczyn wynikających z podziału terytorium państwa pomiędzy państwa zaborcze i w konsekwencji obowiązywania różnych systemów prawnych, u progu odbudowy państwowości polskiej obowiązywały regulacje prawne państw zaborczych. Okoliczności te uznać należy za kluczowe dla kreowania zasad dokonywania

⁵ Zob. Z. Tobor, *W poszukiwaniu intencji prawodawcy*, Warszawa 2013, s. 40 i n. oraz 258 i n.

⁶ Zob. *Finanse publiczne i prawo finansowe*, red. C. Kosikowski, E. Ruśkowski, Warszawa 2003, s. 686 i n.

zamówień publicznych w tym okresie. W 1918 r. zamówienia rządowe poddano prawu zawartemu w dekrete o utworzeniu Urzędu Rozdzielczego⁷, a w 1919 r. przy Ministerstwie Spraw Wojskowych powołany został Główny Urząd Zaopatrywania Armii⁸. Wreszcie, w 1933 r. uchwalone zostało lakoniczne, ale – co najważniejsze – jednolite i obowiązujące dla całego obszaru państwa polskiego prawo regulujące wydatkowanie środków pochodzących z budżetu państwa⁹. Aktem tym była ustawa z 15.02.1933 r. o dostawach i robotach na rzecz Skarbu Państwa, samorządu oraz instytucyj prawa publicznego. Akt ten wydany został na mocy art. 44 ustawy z 17.03.1921 r. – Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej¹⁰. W myśl art. 1 u.d.r.SP Rada Ministrów ustalała w drodze rozporządzeń sposoby i warunki udzielania zamówień na dostawy i roboty oraz przyjmowania dokonanych dostaw i robót dla Skarbu Państwa, samorządu terytorialnego, instytucji prawa publicznego, zakładów i przedsiębiorstw państwowych, tudzież dla zakładów i funduszy zarządzanych przez państwo. Powyższe nie obejmowało monopolu państwowych i tych państwowych przedsiębiorstw przemysłowych, handlowych i górniczych, które zostały wydzielone z ogólnej administracji państwowej i uznane za przedsiębiorstwa, posiadające samoistną osobowość prawną, w drodze rozporządzeń Rady Ministrów, wydanych na podstawie rozporządzenia Prezydenta Rzeczypospolitej z 17.03.1927 r. o wydziałaniu z administracji państwowej przedsiębiorstw państwowych, przemysłowych, handlowych i górniczych oraz o ich komercjalizacji¹¹. Ustawa z 15.02.1933 r. miała więc charakter ogólny, pozbawiona była szczegółowych rozwiązań prawnych, odsyłała jednak do przepisów szczegółowych¹². Stąd, co charakterystyczne, szczególną rolę dla zamówień publicznych tego okresu odgrywały akty rangi rozporządzenia.

Istotną kwestią uregulowaną w ustawie o dostawach i robotach na rzecz Skarbu Państwa była zasada udzielania zamówień przedsiębiorstwom krajowym i dopuszczonym w myśl przepisów ustawy przedsiębiorstwom zagranicznym oraz zasada wykorzystywania surowców oraz wszelkich wyrobów pochodzenia krajowego. W myśl przepisów art. 2 u.d.r.SP, po pierwsze, dostawy i roboty miały być z reguły wykonywane przez

⁷ Dekret w przedmiocie utworzenia Urzędu Rozdzielczego w celu centralizacji zamówień rządowych (Dz. Praw P. Pol. z 1918 r. poz. 55).

⁸ Ustawa z 11.04.1919 r. o utworzeniu Głównego Urzędu Zaopatrywania Armji (Dz. Praw P. Pol. Nr 32, poz. 265).

⁹ Zob. T. Kocowski, *Rozwój...*, s. 154.

¹⁰ Dz.U. Nr 44, poz. 267 ze zm.

¹¹ Dz.U. Nr 25, poz. 195.

¹² W myśl art. 1 u.d.r.SP Rada Ministrów upoważniona została do wydania w drodze rozporządzeń specjalnych przepisów normujących warunki dostaw i robót w monopolach i przedsiębiorstwach państwowych, posiadających samoistną osobowość prawną. W granicach upoważnień, ustalonych rozporządzeniami Rady Ministrów, poszczególni ministrowie w porozumieniu z Ministrami Przemysłu i Handlu oraz Skarbu byli uprawnieni do wydawania szczegółowych przepisów o dostawach i robotach dla podległych im działów administracji państwowej oraz instytucji będących pod ich nadzorem. Dla administracji ogólnej i samorządu terytorialnego przepisy takie wydawać mógł Minister Spraw Wewnętrznych w porozumieniu z Ministrem Przemysłu i Handlu oraz Ministrem Skarbu, tudzież z innymi zainteresowanymi ministrami.

przedsiębiorstwa krajowe, mające siedziby w kraju, albo przez przedsiębiorstwa zagraniczne, posiadające w odpowiedniej wysokości wydzielony kapitał w kraju, dopuszczone do działalności i zarejestrowane w kraju. Po drugie, dostawy i roboty powinny być wykonywane przy użyciu sił krajowych i surowców oraz wszelkich wyrobów pochodzenia krajowego, względnie, o ile ich produkcja w kraju była niewystarczająca, z użyciem tych surowców i wyrobów w takim stopniu, aby produkcja ich została całkowicie wykorzystana¹³. Powyższe zasady miały więc na celu nie tylko racjonalne wydatkowanie środków publicznych, ale również – co stanowi odpowiedź na realia gospodarcze i polityczne okresu odbudowy państwa polskiego – wspieranie własnej gospodarki. Pierwszeństwo w uzyskaniu zamówień miały bowiem polskie przedsiębiorstwa, a dopiero w następnej kolejności z zagranicznych przedsiębiorstw te, które były dopuszczone do działalności w Polsce. Dostawy i roboty miały być realizowane przy maksymalnym wykorzystaniu nie tylko potencjału polskich przedsiębiorstw, ale również przy maksymalnym wykorzystaniu surowców i produktów pochodzenia krajowego¹⁴. Przepisy wykonawcze do ustawy o dostawach i robotach na rzecz Skarbu Państwa wprowadzone zostały rozporządzeniem Rady Ministrów z 29.01.1937 r. o dostawach i robotach na rzecz Skarbu Państwa, samorządu oraz instytucyj prawa publicznego¹⁵. Na jego podstawie uregulowane zostały kwestie odnoszące się nie tylko do uczestnictwa wykonawców w procesie zamówień publicznych, ale również zagadnienia formalne związane z procedurą udzielania zamówień publicznych. Istotną kwestię w przedmiotowym rozporządzeniu stanowiło nie tyle nawiązanie, ile powtórzenie kluczowych przepisów ustawy o dostawach i robotach na rzecz Skarbu Państwa. W myśl bowiem § 2 r.d.r.SP zamówienia na dostawy lub roboty powinny być z reguły udzielane przedsiębiorstwom krajowym, mającym siedziby w kraju, a w ich braku przedsiębiorstwom zagranicznym, posiadającym w kraju w odpowiedniej wysokości wydzielony kapitał, dopuszczonym do działalności i zarejestrowanym w kraju. Ponadto warunki techniczne dostaw i robót powinny być tak ustalone, aby mogły być wykonane przy użyciu sił krajowych i surowców oraz wszelkich wyrobów pochodzenia krajowego albo – jeżeli ich produkcja w kraju była niewystarczająca – z użyciem tych surowców i wyrobów w takim stopniu, aby produkcja ich została całkowicie wykorzystana. Rozporządzenie uregulowało także zasady ubiegania się o udzielenie dostaw i robót na rzecz Skarbu Państwa¹⁶. W sposób szczegółowy uregulowano warunki formalne wymagane od osób fizycznych i prawnych, w stosunku do których dopuszczano możliwość udzielenia zamówienia (por. § 3 r.d.r.SP), oraz wskazano, komu zamówienia na dostawę lub robotę nie wolno udzielać (por. § 5 r.d.r.SP). W myśl § 6 r.d.r.SP udzielenie

¹³ Ponadto art. 2 u.d.r.SP stanowił, że właściwi ministrowie w porozumieniu z Ministrami Przemysłu i Handlu oraz Rolnictwa i Reform Rolnych byli uprawnieni do ustalania w drodze rozporządzeń obowiązku wykonywania zamówień tylko z surowców i wszelkich wyrobów krajowego pochodzenia, względnie wysokości obowiązującej domieszki surowców krajowych.

¹⁴ Por. art. 2 u.d.r.SP. Zob. również P. Szustakiewicz, *Zasady prawa zamówień publicznych*, Warszawa 2007, s. 56 i n.

¹⁵ Dz.U. Nr 13, poz. 92 ze zm.

¹⁶ Na temat polskich regulacji zamówień publicznych w latach międzywojennych zob. A. Panasiuk, *System zamówień publicznych w Polsce*, Warszawa 2004, s. 10 i n.

zamówienia na dostawę lub robotę następowało w kilku trybach: w drodze pisemnego przetargu ofertowego nieograniczonego lub ograniczonego, w drodze publicznego przetargu ustnego, z wolnej ręki, przez zakup bezpośredni za zwykłym rachunkiem. W tym zakresie rozporządzenie o dostawach i robotach na rzecz Skarbu Państwa, samorządu oraz instytucji prawa publicznego zawierało szczegółowe uregulowania odnoszące się do miejsca i treści ogłoszenia o zamówieniu, treści i procedury konstruowania oferty i jej składania, procedury otwarcia i oceny ofert, procedury wyboru ofert, umów na realizację dostaw i robót i wykonania umów (por. rozdz. II–VII r.d.r.SP).

Istotnym zagadnieniem w przedmiotowym rozporządzeniu było swego rodzaju planowanie w zakresie dostaw lub robót polegające na udzielaniu ich – jak przyjęto – „o ile możliwości, w takim czasie, by ich wykonanie przypadało na tzw. sezony martwe. Zamówienia na dostawę artykułów rolnych należy, o ile możliwości, udzielać tak, aby ich wykonanie przypadało przede wszystkim na sezony wzmożonej podaży, zwłaszcza w okresach bezpośrednio następujących po żniwach i wykopach. Wykonywanie dostawy lub roboty w sezonie martwym nie powinno w żadnym razie powodować powiększenia kosztów dostawy lub roboty jak również obniżenia ich jakości” (§ 14 ust. 1 r.d.r.SP).

Z uwagi na ogromne dysproporcje w rozwoju pomiędzy poszczególnymi byłymi zaborami ustawodawca zadbał również o równomierny rozwój gospodarczy kraju. W myśl § 14 ust. 2 r.d.r.SP zamówienia na dostawy i roboty znacznych rozmiarów, niezależnie od formy, w jakiej były dokonywane, miały być udzielane w ten sposób, aby możliwie równomiernie były uwzględnione potrzeby wszystkich okręgów gospodarczych państwa. W podobny sposób ustawodawca podszedł do oferentów, preferując pierwszeństwo dla rynku miejsca przeznaczenia dostawy lub wykonania roboty, a po drugie – drobnych wytwórców i ich organizacji. W myśl bowiem § 13 r.d.r.SP, jeżeli oferowana cena i pozostałe warunki były jednakowe, należało przy udzielaniu zamówienia na dostawę lub robotę przyznać pierwszeństwo rynkowi miejsca przeznaczenia dostawy lub wykonania roboty, przy czym przy dostawach i robotach wchodzących w zakres rzemiosła należało przyznać pierwszeństwo rzemieślniczym organizacjom o charakterze zarobkowym, następnie rzemieślnikom, wreszcie przemysłowcom. Przy udzielaniu zaś zamówień na dostawę artykułów rolnych, w przypadku oferowania jednakowych cen i warunków przez kupców i rolników bądź zrzeszenia rolników, należało przyznać pierwszeństwo rolnikom, następnie zaś zrzeszeniom rolniczym (por. § 13 r.d.r.SP).

Omawiane przepisy zasadniczo przestały obowiązywać wraz z wprowadzeniem w Polsce ustroju socjalistycznego po zakończeniu II wojny światowej.

1.3. Regulacje prawne w przedmiocie zamówień publicznych w okresie PRL

Przemiany ustrojowe w Polsce, jakie nastąpiły po II wojnie światowej wiązały się z przemianami gospodarczymi, w tym z likwidacją sektora prywatnego. Konsekwencje tego stanowią niewątpliwie źródło odrębności i specyfiki zasad udzielania zamówień w tym okresie. Przeprowadzona w 1946 r. nacjonalizacja przemysłu i handlu rozpoczęła proces likwidacji prywatnego sektora gospodarki¹⁷. W konsekwencji nastął okres planowania w gospodarce¹⁸ i upaństwowienia gospodarki, co wiązało się z zasadzie z bezprzetargowym udzielaniem zamówień podmiotom państwowym¹⁹. Zasada udzielania zamówień podmiotom państwowym utrzymana była przez cały okres PRL. Pewna liberalizacja²⁰ tej zasady nastąpiła po roku 1957 i wiązała się z rozwojem rodzimego rzemiosła²¹. Należy więc stwierdzić, że reglamentacja dostępu do rynku zamówień i prymat sektora publicznego w tym zakresie przeszły swoistą ewolucję, która wiązała się z odradzaniem się, jeszcze w realiach PRL-u, polskiej przedsiębiorczości, której szczytowy okres w czasach PRL-u przypada na lata 80. XX w.

Pierwszym aktem prawnym formalnie uchylającym ustawę o dostawach i robotach na rzecz Skarbu Państwa, samorządu oraz instytucji prawa publicznego była ustawa z 18.11.1948 r. o dostawach, robotach i usługach na rzecz Skarbu Państwa, samorządu oraz

¹⁷ Zob. ustawa z 3.01.1946 r. o przejęciu na własność Państwa podstawowych gałęzi gospodarki narodowej (Dz.U. Nr 3, poz. 17 ze zm.).

¹⁸ Zob. dekret z 25.06.1946 r. o państwowym planie inwestycyjnym (Dz.U. Nr 32, poz. 200 ze zm.); ustawa z 2.07.1947 r. o Planie Odbudowy Gospodarczej (Dz.U. Nr 53, poz. 285); dekret z 1.10.1947 r. o planowej gospodarce narodowej (Dz.U. Nr 64, poz. 373); ustawa z 19.04.1950 r. o umowach planowych w gospodarce socjalistycznej (Dz.U. Nr 21, poz. 180 ze zm.); ustawa z 26.02.1982 r. o planowaniu społeczno-gospodarczym (Dz.U. Nr 7, poz. 51 ze zm.).

¹⁹ Zob. T. Kocowski, *Rozwój...*, s. 157–161.

²⁰ Zob. rozporządzenie Rady Ministrów z 13.01.1958 r. w sprawie dostaw, robót i usług na rzecz jednostek państwowych (Dz.U. z 1963 r. Nr 26, poz. 158); rozporządzenie Ministra Handlu Wewnętrznego z 17.03.1958 r. w sprawie zasad i trybu udzielania zamówień na dostawy, roboty i usługi przez państwowe jednostki handlowe (Dz.U. Nr 19, poz. 83 ze zm.); rozporządzenie Ministra Handlu Wewnętrznego z 5.04.1963 r. w sprawie zasad i trybu udzielania zamówień na dostawy, roboty i usługi przez państwowe jednostki handlowe (Dz.U. Nr 17, poz. 95); rozporządzenie Rady Ministrów z 20.03.1969 r. w sprawie dostaw, robót i usług na rzecz jednostek państwowych (Dz.U. Nr 9, poz. 65); rozporządzenie Ministra Handlu Wewnętrznego i Usług z 15.11.1975 r. w sprawie zasad i trybu udzielania przez państwowe jednostki handlowe zamówień na dostawy, roboty i usługi (Dz.U. Nr 38, poz. 204 ze zm.); uchwała nr 59 Rady Ministrów z 23.05.1983 r. w sprawie zamówień rządowych na realizację wybranych inwestycji centralnych (M.P. Nr 19, poz. 109); uchwała nr 151 Rady Ministrów z 4.11.1983 r. w sprawie zamówień rządowych na materiały i wyroby (M.P. Nr 38, poz. 218); rozporządzenie Rady Ministrów z 22.09.1987 r. w sprawie szczegółowego trybu i zasad zamówień rządowych do 1990 r. oraz ich realizacji (Dz.U. Nr 29, poz. 160).

²¹ Zob. ustawa z 8.06.1972 r. o wykonywaniu i organizacji rzemiosła (Dz.U. z 1983 r. Nr 7, poz. 40); ustawa z 18.07.1974 r. o wykonywaniu handlu oraz niektórych innych rodzajów działalności przez jednostki gospodarki nie uspołecznionej (Dz.U. z 1983 r. Nr 43, poz. 193); ustawa z 6.07.1982 r. o zasadach prowadzenia na terytorium Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej działalności gospodarczej w zakresie drobnej wytwórczości przez zagraniczne osoby prawne i fizyczne (Dz.U. z 1989 r. Nr 27, poz. 148); ustawa z 31.01.1985 r. o drobnej wytwórczości (Dz.U. Nr 3, poz. 11 ze zm.).

niektórych kategorii osób prawnych (por. art. 12 ust. 2 u.d.r.u.SP). W myśl art. 4 u.d.r.u.SP, po pierwsze, zamówienia powinny być w zasadzie planowane, a po drugie – zamawiający powinien być dołożyć starań, aby zamówienie było udzielone i wykonane w sposób najbardziej korzystny. Ponadto zgodnie z przepisami art. 5 ust. 1 u.d.r.u.SP, co do zasady, zamówienia powinny być udzielane przedsiębiorstwom państwowym, przedsiębiorstwom pod zarządem państwowym, przedsiębiorstwom samorządowym, przedsiębiorstwom pozostającym pod zarządem związków samorządu terytorialnego, przedsiębiorstwom państwowo-spółdzielczym i centralom spółdzielczo-państwowym. Zgodnie z treścią art. 7 u.d.r.u.SP przedsiębiorstwom tym zamówienia udzielane były w trybie bezprzetargowym. Odstępstwem od zasady udzielania zamówień podmiotom wskazanym w art. 5 ust. 1 u.d.r.u.SP, zgodnie z art. 6 ust. 1 u.d.r.u.SP, było udzielanie zamówień innym niż wymienione w art. 5 podmiotom tylko wówczas, jeżeli przedmiot zamówienia nie był objęty działalnością przedsiębiorstw, wymienionych w art. 5, albo jeżeli te przedsiębiorstwa nie podjęły się wykonania zamówienia w ilości i w terminach koniecznych dla zamawiającego. Tym innym przedsiębiorstwom (tj. niewymienionym w art. 5 u.d.r.u.SP) w myśl przepisów art. 8 u.d.r.u.SP zamówień udzielano w zasadzie w drodze pisemnego przetargu nieograniczonego.

Zagadnienie umów planowych, które były wyłączone spod reżimu ustawy o dostawach, robotach i usługach na rzecz Skarbu Państwa, samorządu oraz niektórych kategorii osób prawnych, regulowała ustawa z 19.04.1950 r. o umowach planowych w gospodarce socjalistycznej. Zgodnie z art. 45 u.u.p.g.s. ustawy o dostawach, robotach i usługach na rzecz Skarbu Państwa nie stosowało się do umów planowych, natomiast stosowało się je do umów jednorazowych, sezonowych i specjalnych, chyba że wydane zostało zarządzenie przewidziane w art. 44 u.u.p.g.s. W myśl przepisów tego artykułu Przewodniczący Państwowej Komisji Planowania Gospodarczego w porozumieniu z właściwym ministrem mógł wprowadzić obowiązek przestrzegania przez jednostki gospodarcze, obowiązane do zawierania umów planowych, przepisów ustawy o umowach planowych w gospodarce socjalistycznej przy zawieraniu jednorazowych, specjalnych lub sezonowych umów o dostawę lub przewóz towarów. Cel ustawy o umowach planowych w gospodarce socjalistycznej określony został w przepisach art. 1, który stanowił, że w celu przestrzegania przez jednostki gospodarki socjalistycznej zasad praworządności Polski Ludowej, zapewnienia dyscypliny wykonania planów gospodarczych, usprawnienia współpracy przy realizacji tych planów oraz ugruntowania zasad rozrachunku gospodarczego wprowadza się obowiązek zawierania umów planowych.

W 1958 r. weszła w życie ustawa z 28.12.1957 r. o dostawach, robotach i usługach na rzecz jednostek państwowych, która zastąpiła ustawę o dostawach, robotach i usługach na rzecz Skarbu Państwa, samorządu oraz niektórych kategorii osób prawnych. W myśl przepisów nowej ustawy udzielanie zamówień dopuszczalne było również podmiotom nieuspołecznionym, z tym że „zamawiający ustalał we własnym zakresie, czy udzielenie zamówienia jednostce gospodarki nieuspołecznionej jest dopuszczalne oraz która

spośród zebranych ofert jest dla zamawiającego najkorzystniejsza²². Prymat w zakresie otrzymywania zamówień utrzymały więc nadal, co do zasady, podmioty publiczne, zaś podmioty z sektora gospodarki nieuspołecznionej mogły uczestniczyć w realizacji zamówień w sytuacji, gdy podmioty uprzywilejowane nie mogły zrealizować zamówionego zapotrzebowania (por. art. 2–5 u.d.r.u.j.p.). Ustawa o dostawach, robotach i usługach na rzecz jednostek państwowych przestała obowiązywać z ostatnim dniem 1983 r. W dniu 1.01.1984 r. weszła w życie ustawa z 21.12.1983 r. o zmianie niektórych ustaw wprowadzających reformę gospodarczą²³, która mocą art. 7 ust. 1 uchyliła poprzednio ustawę z 28.12.1957 r.

1.4. Regulacje prawne w przedmiocie zamówień publicznych po roku 1990

Zasadnicze zmiany w zakresie udzielania zamówień publicznych nastąpiły dopiero po roku 1990 i były związane w sposób bezpośredni ze zmianami ustrojowymi w Polsce. Odejście od ustroju socjalistycznego i charakterystycznej dla tego ustroju gospodarki planowej i przejście do ustroju demokracji liberalnej i wolnego rynku dały szansę na pełne odrodzenie się prywatnego sektora gospodarki. Ukształtowały również nowe zasady udzielania zamówień publicznych, przesądzając o ich specyfice w tym okresie. Polska, stojąc przed wieloma wyzwaniami, musiała zmierzyć się z problemem realizacji nowych celów społecznych oraz przejrzystym i racjonalnym wydatkowaniem na nie środków publicznych. Regulacje prawne w tym zakresie zawarto w trzech obowiązujących kolejno po sobie aktach prawnych rangi ustawowej, mianowicie w ustawie o zamówieniach publicznych z 1994 r., obowiązującej w jej miejsce ustawie – Prawo zamówień publicznych z 2004 r. i najnowszej ustawie z 2019 r., o tym samym tytule.

1.4.1. Ustawa o zamówieniach publicznych z 1994 r.

W 1992 r. rozpoczęto prace nad „regulacją prawną procedur zlecenia zamówień w ramach zmienionych warunków społeczno-gospodarczych, a także z uwzględnieniem konsekwencji przyszłego członkostwa Polski w Unii Europejskiej”²⁴. Wynikiem tych prac było przygotowanie projektu ustawy o zamówieniach publicznych. Budowa systemu zamówień publicznych, „czyli reforma sposobu wydawania pieniędzy publicznych”, stanowiła „jeden z kluczowych elementów reformy administracji publicznej”²⁵. Założeniem do projektu ustawy o zamówieniach publicznych było, poza wprowadzeniem

²² T. Kocowski, *Rozwój...*, s. 159.

²³ Dz.U. Nr 71, poz. 318 ze zm.

²⁴ T. Kocowski, *Rozwój...*, s. 161.

²⁵ *Projekt ustawy o zamówieniach publicznych oraz materiały informacyjne*, red. M. Lemke, Warszawa 1993, s. 5.

systemu przejrzystego, jawnego i uczciwego wydatkowania środków publicznych, również dostosowanie reguł działania administracji publicznej do warunków gospodarki wolnorynkowej, oszczędności budżetowe, działanie antykorupcyjne oraz prowadzenie polityki gospodarczej przez rząd obejmującej „stymulowanie rozwoju gospodarczego kraju oraz ochrona krajowego rynku producentów”²⁶. Celem wprowadzenia kompleksowego systemu zamówień publicznych było wdrożenie „mechanizmów sprzyjających racjonalnemu, efektywnemu i uczciwemu gospodarowaniu środkami publicznymi, dokonywaniu zakupów i zamówień na dostawy towarów, na roboty budowlane i na usługi na rzecz sektora publicznego”²⁷. Z uzasadnienia do projektu ustawy wynika, że projekt ustawy opracowany został na podstawie czterech źródeł: po pierwsze – Wzoru Kodeksu Zamówień Publicznych stworzonego przez UNCITRAL, komisję prawniczą ONZ, po drugie – dyrektyw Wspólnot Europejskich, po trzecie – przedwojennych polskich przepisów o zamówieniach publicznych i wreszcie, po czwarte – w oparciu o doświadczenia praktyczne „zebrane m.in. przez ankietę, rozesłaną do ministrów i wojewodów”²⁸. Należy więc zauważyć, że prace nad projektem miały charakter wielopłaszczyznowy. Projekt, uwzględniając rodzime rozwiązania prawne z okresu II Rzeczypospolitej, szeroko dyskutowany był na płaszczyźnie rządowej i samorządowej. Ponadto „kolejne wersje projektu opracowywane były w ścisłej konsultacji z ekspertami Banku Światowego i Wspólnot Europejskich w ramach programu pomocy SIGMA. Wstępny projekt «bazowy» przygotowała firma prawnicza Hogan & Hartson, wybrana w wyniku przetargu zorganizowanego przez Pełnomocnika Rządu do Spraw Reformy Administracji Publicznej pod patronatem Banku Światowego”²⁹. Należy jednak podkreślić, co wynika z kalendarium prac nad projektem ustawy o zamówieniach publicznych, że przygotowany przez firmę Hogan & Hartson projekt ustawy skierowany został „do CUP w celu ostatecznej redakcji tekstu. Międzyresortowa komisja powołana przy CUP podczas szeregu posiedzeń w styczniu, lutym i marcu 1993 r. stwierdziła, iż: «Opracowany akt prawny odbiega od przyjętych w polskim prawie zwyczajów legislacyjnych, co wymaga przeprowadzenia pewnych korekt technicznych, a także dopracowania redakcyjnego. [...] 21 maja 93 r. Szef URM zlecił stworzenie spośród pracowników URM zespołu, który w krótkim czasie, na podstawie dotychczasowych projektów (Hogan & Hartson, CUP) oraz zgodnie z dotychczasowymi ustaleniami merytorycznymi, a także z przyjętymi regulacjami międzynarodowymi (UNCITRAL, dyrektywy EWG) oraz przy wykorzystaniu polskich regulacji przedwojennych opracuje ostateczną wersję projektu ustawy o zamówieniach publicznych”³⁰. Zatem ustawa o zamówieniach publicznych w swoim ostatecznym kształcie uwzględniała szereg polskich rozwiązań prawnych zawartych w ustawie o dostawach i robotach na rzecz Skarbu Państwa, samorządu oraz instytucji prawa publicznego oraz w rozporządzeniu o dostawach i robotach na rzecz

²⁶ *Projekt ustawy...*, red. M. Lemke, s. 5.

²⁷ *Projekt ustawy...*, red. M. Lemke, s. 7.

²⁸ *Projekt ustawy...*, red. M. Lemke, s. 44.

²⁹ *Projekt ustawy...*, red. M. Lemke, s. 45.

³⁰ *Projekt ustawy...*, red. M. Lemke, s. 9–10.

Skarbu Państwa, samorządu oraz instytucji prawa publicznego. Jak zauważono w uzasadnieniu do projektu ustawy: „Z ustawodawstwa przedwojennego przejęto cały szereg rozwiązań zasadniczych i szczegółowych, przystosowując je do obecnych wymagań”³¹. Świadczy to więc o tym, że polski prawodawca korzysta z „dorobku” ewolucji zamówień publicznych w Polsce, dostrzegając zalety rozwiązań minionych czasów i prawodawcy historycznego. Trzeba jednak podkreślić, że pomimo licznych nawiązań do przedwojennego prawa polskiego w zakresie wydatkowania środków publicznych podstawowym założeniem, które przyświecało twórcom ustawy o zamówieniach publicznych, była „zgodność unormowania procedur udzielania zamówień z uznanymi wzorcami międzynarodowymi”³². Charakterystyczne dla tego etapu ewolucji prawa zamówień publicznych jest więc również dążenie do standardów europejskich, a nawet światowych wykreowanych i zweryfikowanych w praktyce w bardziej dojrzałych gospodarkach. Wśród proponowanych rozwiązań systemowych w zakresie stopnia scentralizowania polskich zamówień publicznych przyjęto „rozwiązanie kompromisowe, które przy pewnej centralizacji zachowuje jednak rozproszony system dokonywania zamówień publicznych”³³. Oznaczało to, po pierwsze, że pozostawiono jednostkom zamawiającym podstawowe decyzje dotyczące planowania i przeprowadzania zamówień na ich rzecz. Po drugie, powołany ustawą o zamówieniach publicznych do życia Urząd Zamówień Publicznych miał udzielać merytorycznej pomocy zamawiającym i otrzymał szereg uprawnień koordynacyjnych niezbędnych do zachowania spójności praktyki w zakresie stosowania zamówień publicznych. Po trzecie, kluczowe uprawnienia do wydania aktów prawnych o charakterze wykonawczym przekazano Radzie Ministrów. Wreszcie, po czwarte, uwzględniono możliwość dokonania, w przypadkach zamówień strategicznych, „wymagających unifikacji – scentralizowanych zamówień wspólnych dla administracji rządowej”³⁴.

Zasadnicze rozwiązania prawne w ustawie o zamówieniach publicznych odnosiły się do zakresu stosowania ustawy, Urzędu Zamówień Publicznych, zasad udzielania zamówień publicznych – procedur udzielania zamówień publicznych, umów w sprawie zamówień publicznych oraz środków ochrony prawnej³⁵. Powyższe wynikało z art. 1 u.z.p., który stanowił, że ustawa określa zasady, formy i tryb udzielania zamówień publicznych, organ właściwy w sprawach o zamówienia publiczne, a także tryb rozpatrywania protestów i odwołań złożonych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Odnosząc się do zakresu stosowania ustawy o zamówieniach publicznych, należy stwierdzić, że normowała ona sposób, a raczej zasady wydatkowania pieniędzy publicznych, tj. państwowych i samorządowych, przez wszystkie podmioty, które nimi mogły dys-

³¹ *Projekt ustawy...*, red. M. Lemke, s. 45.

³² *Projekt ustawy...*, red. M. Lemke, s. 45.

³³ *Projekt ustawy...*, red. M. Lemke, s. 47.

³⁴ *Projekt ustawy...*, red. M. Lemke, s. 47.

³⁵ Zob. również *Finanse publiczne...*, red. C. Kosikowski, E. Ruśkowski, s. 686 i n.

ponować. Ustawa ta w art. 4 enumeratywnie wskazywała podmioty zobowiązane do stosowania procedur udzielania zamówień publicznych. Warto podkreślić, że z uwagi na konieczność wdrożenia procedur zamówień publicznych w uzasadnieniu do projektu ustawy postulowano, że: „Intencją projektu jest uregulowanie zasad prowadzenia wydatków publicznych przez wszystkie podmioty upoważnione do dysponowania środkami publicznymi. Ponieważ stosowanie ustawy również przez wszystkie jednostki samorządu terytorialnego (2.500 gmin) wymagać będzie zakrojonej na dużą skalę akcji szkoleniowej przewiduje się stopniowe wprowadzenie ustawy w zakresie dotyczącym samorządu terytorialnego – w pierwszym okresie organy gminy stosować będą musiały procedury przewidziane ustawą dotyczące wydatków ze środków zleconych, a do wszystkich wydatków będą stosować zamówienia publiczne – od 1 stycznia 1995 r.”³⁶. Wyraźnie dostrzegana jest więc przez prawodawcę w tym okresie potrzeba kształtowania świadomości oraz edukacji i promocji w zakresie zasad udzielania zamówień publicznych. Przyjąć należy, że na tym etapie kształtowały się więc podstawy polskiej współczesnej kultury prawnej w tym zakresie. Obowiązek stosowania ustawy, biorąc pod uwagę wartość zamówień publicznych, uzależniony był od ustawowego progu, po przekroczeniu którego następował obowiązek wydatkowania środków publicznych za pośrednictwem zamówień publicznych (por. art. 6 ust. 1 pkt 7 u.z.p.).

W rozdziale 2 u.z.p. – art. 7 – powołano do życia UZP. Etap ten przyniósł więc również zasadnicze rozwiązania o charakterze ustrojowym (utworzenie nowego organu administracji szczebla centralnego, właściwego rzeczowo w sprawach zamówień publicznych), które zachowane zostały do dziś. Zgodnie z przepisami art. 8 u.z.p. centralnym organem administracji państwowej właściwym w sprawach zamówień publicznych w zakresie określonym ustawą stał się Prezes UZP. Nadzór nad Prezesem UZP sprawować miał minister właściwy do spraw administracji publicznej (art. 8 u.z.p.). Ustawa w art. 9 w sposób enumeratywny wskazywała zakres działania Prezesa UZP. Zgodnie z założeniami do projektu ustawy³⁷ fundamentalnym zadaniem UZP nie była centralizacja zamówień czy decyzji podejmowanych w sprawach o zamówienia publiczne, natomiast była nim centralizacja i ujednoczenie doświadczeń i informacji związanych z procesem udzielania zamówień publicznych. Szczególnie cenne było to w kontekście właściwej i jednolitej interpretacji przepisów ustawy dających nie tylko prawo, ale i nakładających obowiązek odpowiedniego kształtowania procesu zamówień publicznych. Podstawowym zadaniem UZP było więc udzielanie pomocy i doradzanie jednostkom zamawiającym w stosowaniu przepisów ustawy – w organizowaniu i dokonywaniu zamówień publicznych. Składało się na to, po pierwsze, upowszechnianie doświadczeń w zakresie stosowania procedur zamówień publicznych, po drugie, upowszechnianie wzorców umów o zamówienie publiczne i wzorców protokołów i innych dokumentów przewidzianych procedurami zamówień publicznych i, po trzecie, opracowywanie programów szkoleń

³⁶ *Projekt ustawy...*, red. M. Lemke, s. 47.

³⁷ W uzasadnieniu w odniesieniu do kompetencji Prezesa UZP posługiwano się również terminem „Urząd” (tj. urząd obsługujący organ – Prezesa UZP – w wypełnianiu jego obowiązków ustawowych).

w zakresie zasad udzielania zamówień publicznych. Prezes UZP ustalał ponadto listę arbitrów, których zadaniem było rozstrzyganie, w specjalnym dla potrzeb udzielania zamówień publicznych postępowaniu polubownym, sporów związanych z przestrzeganiem procedur postępowania o udzielenie zamówienia³⁸. Zauważyć więc warto ponownie, że dla analizowanego etapu rozwoju prawa zamówień publicznych charakterystyczne było dążenie do wypracowania jednolitej strategii i kultury prawnej w tym zakresie, do czego przyczyniać się miała również m.in. realizacja kompetencji Urzędu.

Przechodząc do zasad udzielania zamówień publicznych i procedur z tym związanych, należy zauważyć, że naczelnymi zasadami³⁹, na które ustawodawca zwrócił uwagę w uzasadnieniu do projektu ustawy, była „równość w traktowaniu dostawców i wykonawców ubiegających się o zamówienie publiczne, jawność postępowania i możliwość kontroli na wszystkich etapach, konkurencyjność postępowania, możliwość wspierania krajowych dostawców i wykonawców”⁴⁰. Należy podkreślić, że ostatnia z zasad, mianowicie możliwość wspierania krajowych dostawców i wykonawców, wiązała się z instytucją preferencji krajowych, co niewątpliwie korespondowało z zasadami preferencyjnego traktowania krajowych dostawców i wykonawców obowiązującymi w II RP (por. art. 18 ust. 2–6 u.z.p.). W uzasadnieniu do projektu ustawy podkreślono rolę Rady Ministrów w kształtowaniu zasad dotyczących stosowania preferencji krajowych, co „umożliwiała stopniowe otwieranie rynku polskiego i ochronę polskich przedsiębiorstw w okresie dostosowawczym”⁴¹. Preferencje krajowe polegały, po pierwsze, na ograniczeniu w sytuacjach wskazanych w ustawie dostępu do zamówień wyłącznie dla przedsiębiorstw krajowych i zorganizowanych w Polsce, a po drugie, na wymogu, by całość prac „objętych zamówieniem była wykonana na terenie Polski, przy użyciu sił, surowców i produktów krajowych”⁴². Te swoiste ograniczenia w dostępie do zamówień względem dostawców i wykonawców polskich lub mających oddział na terytorium Polski miały za zadanie umożliwić wykorzystanie „systemu zamówień publicznych (co najmniej w okresie przejściowym) dla elastycznej ochrony i wspierania krajowego przemysłu stanowiąc ważne narzędzie polityki przemysłowej”⁴³.

Przechodząc do trybów udzielania zamówień publicznych, stwierdzić należy, że ustawa o zamówieniach publicznych w art. 13 wymieniała tryby przetargowe i bezprzetargowe, tj. przetarg nieograniczony, przetarg ograniczony, przetarg dwustopniowy, negocjacje z zachowaniem konkurencji, zapytanie o cenę, zamówienie z wolnej ręki. Spośród wymienionych trybów prymat przyznano trybowi przetargu nieograniczonego, który w ocenie twórców ustawy dawał gwarancję dostępu do zamówienia szerokiemu gronu

³⁸ *Projekt ustawy...*, red. M. Lemke, s. 50.

³⁹ Na temat zasad zamówień publicznych zob. *Finanse publiczne...*, red. C. Kosikowski, E. Ruśkowski, s. 690 i n.

⁴⁰ *Projekt ustawy...*, red. M. Lemke, s. 51.

⁴¹ *Projekt ustawy...*, red. M. Lemke, s. 53.

⁴² *Projekt ustawy...*, red. M. Lemke, s. 53.

⁴³ *Projekt ustawy...*, red. M. Lemke, s. 53.

wykonawców i dostawców. Informacja o ogłoszeniu upubliczniona zgodnie z zasadami wynikającymi z ustawy o zamówieniach publicznych i aktów wykonawczych miała szansę dotrzeć do szerokiego grona dostawców i wykonawców, co było gwarantem realizacji powszechności w dostępie do zamówień publicznych (por. art. 18 u.z.p.). Szczególne znaczenie miało więc otwarcie rynku zamówień publicznych i maksymalna aktywizacja przedsiębiorców w tym zakresie. Tak więc w myśl przepisów art. 14 u.z.p. podstawowym trybem udzielania zamówienia publicznego był przetarg nieograniczony. Zamawiający mógł udzielić zamówienia publicznego w innym trybie niż przetarg nieograniczony wyłącznie w okolicznościach określonych w ustawie (por. art. 14 u.z.p.). Oznaczało to, że tryb przetargu nieograniczonego zastosowany mógł być w każdym przypadku udzielania zamówień, zaś pozostałe tryby zastosowane mogły być wyłącznie przy zaistnieniu wskazanych w ustawie przesłanek. Oznaczało to, że ustawodawca wprowadził hierarchię trybów udzielania zamówień publicznych.

Odnosząc się do umów w sprawie zamówień publicznych, należy zauważyć, że zostały one na podstawie przepisów art. 72 u.z.p. poddane rygorom przepisów Kodeksu cywilnego i Kodeksu postępowania cywilnego. Zgodnie z przepisami ustawy o zamówieniach publicznych umowy w sprawach zamówień publicznych nie mogły być zawierane na czas nieoznaczony. Ponadto wymagały pod rygorem nieważności zachowania formy pisemnej. Wreszcie, od samego początku obowiązywania ustawy były jawne i podlegały udostępnianiu na zasadach określonych w przepisach o dostępie do informacji publicznej (por. art. 73–74a u.z.p.).

Konstrukcja instytucji środków ochrony prawnej – pierwotnie protestu i odwołania, następnie protestu, odwołania i skargi – oparta została na dwóch przesłankach: po pierwsze, gwarancji sprawności postępowania i po drugie, budowaniu zaufania do procedur zamówień publicznych. W uzasadnieniu do projektu ustawy zwrócono uwagę, że odpowiedni i przemyślny sposób rozstrzygania ewentualnych sporów o przyznanie zamówienia publicznego powinien zapewniać sprawność postępowania, w szczególności szybkość, mając na względzie osadzone w czasie potrzeby publiczne, i jednocześnie budować zaufanie do procedur zamówień publicznych poprzez budowanie jednolitych standardów orzeczniczych w zakresie rozpatrywania sporów. Tryb postępowania miał na celu zagwarantowanie skutecznej ochrony dwóch kluczowych z punktu widzenia zamówień publicznych wartości, tj. w pierwszej kolejności powinien zapewniać skuteczne instrumenty ochrony interesu publicznego, w tym w szczególności ochronę racjonalności i efektywności wydatkowania środków publicznych, w następnej kolejności proces czy system odwołań miał zagwarantować skuteczną ochronę praw przysługujących oferentom, a więc dostawcom i wykonawcom, którzy ubiegali się o przyznanie zamówień, i umożliwić skuteczną egzekucję ich prawa do równego traktowania przez zamawiającego w trakcie postępowania o zamówienie publiczne. Elementem nadrzędnym miała być szybkość i prostota postępowania odwoławczego⁴⁴. Przyjęte rozwiązania służyć miały

⁴⁴ *Projekt ustawy...*, red. M. Lemke, s. 61.

więc kreowaniu dojrzałych procedur związanych z udzielaniem zamówień. Ponadto wyraźne było również dążenie do uregulowania wzajemnych relacji (praw, obowiązków, gwarancji prawnych) nie tylko zamawiających reprezentujących interes publiczny, ale również wykonawców – podmiotów sektora prywatnego. To zaś w perspektywie wpływało również na realia kształtującego się biznesu w Polsce, przynajmniej w niektórych branżach.

Ustawa o zamówieniach publicznych weszła w życie na zasadach wskazanych w art. 97 ustawy. Zasadniczo przepisy ustawy zaczęły obowiązywać od 1.01.1995 r. Przedmiotowa ustawa utraciła moc obowiązującą wraz z wejściem w życie ustawy – Prawo zamówień publicznych z 2004 r.⁴⁵ Akty wykonawcze do ustawy o zamówieniach publicznych obowiązywały do czasu wydania aktów wykonawczych do Prawa zamówień publicznych z 2004 r., nie dłużej jednak – zgodnie z art. 226 p.z.p.2004 – niż przez 9 miesięcy od dnia wejścia w życie nowej ustawy.

1.4.2. Ustawa – Prawo zamówień publicznych z 2004 r.

Prawo zamówień publicznych z 2004 r. weszło w życie 2.03.2004 r., z wyjątkiem przepisów wskazanych w art. 227 p.z.p.2004, które weszły w życie 1.05.2004 r. Uchwalenie nowej ustawy w zakresie zamówień publicznych podyktowane było przemianami na płaszczyźnie administracyjnej, dynamicznym rozwojem gospodarczym i wyzwaniem towarzyszącymi temu zjawisku na płaszczyźnie wydatkowania środków publicznych. W uzasadnieniu do projektu Prawa zamówień publicznych z 2004 r.⁴⁶ podkreślono, po pierwsze, brak przejrzystości, spójności i precyzji dotychczasowych przepisów. Zwrócono uwagę, że zmiany społeczno-gospodarcze w kraju oraz rozwój rynku zamówień publicznych były przyczyną 18 nowelizacji ustawy o zamówieniach publicznych. Po drugie, podniesiono, że podjęcie prac legislacyjnych nad nową ustawą stanowiło element realizacji zadań zawartych w Strategii Antykorupcyjnej⁴⁷. Po trzecie, wskazano, że opracowania nowego spójnego aktu prawnego regulującego problematykę zamówień publicznych wymagał proces harmonizacji polskiego prawa z wymogami prawa Unii Europejskiej. Wreszcie, po czwarte, konieczność uchwalenia nowego prawa w zakresie wydatkowania środków publicznych za pośrednictwem zamówień publicznych wymagała objęcia przepisami ustawy nowych grup podmiotów oraz wzrastającego budżetu środków wydatkowanych za pośrednictwem zamówień publicznych⁴⁸. Podkreślić więc warto, że Prawo zamówień publicznych z 2004 r., wyznaczając kolejny etap w ewolucji

⁴⁵ Art. 225 p.z.p.2004: „Traci moc ustawa z dnia 10 czerwca 1994 r. o zamówieniach publicznych (Dz.U. z 2002 r. poz. 664, ze zm.)”.

⁴⁶ Uzasadnienie rządowego projektu ustawy – Prawo zamówień publicznych, IV kadencja, druk sejm. nr 2218, s. 1.

⁴⁷ Zob. III Sprawozdanie z realizacji Programu zwalczania korupcji – Strategia Antykorupcyjna, <https://dokumen.tips/documents/strategia-antykorupcyjna.html> (dostęp: 6.07.2021 r.).

⁴⁸ Uzasadnienie..., IV kadencja, druk sejm. nr 2218, s. 1.

zamówień publicznych w Polsce, stanowiło odpowiedź prawodawcy na trzy kwestie: niedoskonałość dotychczasowych regulacji (a więc porażki historycznego prawodawcy), nowe realia gospodarcze, w tym zwłaszcza rozrost rynku zamówień publicznych i polskiej gospodarki w ogóle, oraz zobowiązania wynikające z członkostwa w Unii Europejskiej.

Dnia 13.05.2003 r. Rada Ministrów przyjęła „Notatkę w sprawie podstawowych założeń projektu ustawy – Prawo zamówień publicznych”. Zgodnie z jej treścią celami uchwalenia Prawa zamówień publicznych z 2004 r. było zapewnienie spójnej, kompleksowej regulacji prawnej dotyczącej wydatkowania środków publicznych za pośrednictwem zamówień publicznych, uwzględniającej zróżnicowanie mechanizmów udzielania zamówień z uwagi na ich wartość. Kolejnym zasadniczym celem było pełne dostosowanie⁴⁹ polskiego prawa o zamówieniach publicznych do wymogów prawa Unii Europejskiej. Zwrócono również uwagę na konieczność rozszerzenia i umocnienia istniejących w systemie prawa mechanizmów ograniczających zjawiska korupcyjne, co zapoczątkowane zostało ustawą o zamówieniach publicznych, oraz zlikwidowania nadmiernych obciążeń biurokratycznych i wprowadzenia rozwiązań ułatwiających przedsiębiorcom dostęp do rynku zamówień⁵⁰.

⁴⁹ „W zakresie harmonizacji polskiego systemu zamówień publicznych z prawem europejskim projekt uwzględnia następujące akty z zakresu *acquis communautaire*: 1) Dyrektywę Rady 93/37/EWG z 14 czerwca 1993 r. dotyczącą koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane (Dz.Urz. WE Nr L 199 z 9 sierpnia 1993 r., s. 54), 2) Dyrektywę Rady 93/36/EWG z 14 czerwca 1993 r. dotyczącą koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na dostawy (Dz.Urz. WE Nr L 199 z 9 sierpnia 1993 r., s. 1), 3) Dyrektywę Rady 92/50/EWG z 18 czerwca 1992 r. dotyczącą koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na usługi (Dz.Urz. WE Nr L 209 z 9 lipca 1992 r., s. 1), 4) Dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 97/52/WE z 13 października 1993 r. zmieniającą dyrektywę 92/50/EWG, dyrektywę 93/36/EWG oraz dyrektywę 93/37/EWG dotyczące koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych odpowiednio na usługi, dostawy oraz roboty budowlane (Dz.U. WE nr L z 28 listopada 1997 r. s. 1), 5) Dyrektywę Rady 89/665/EWG z 21 grudnia 1989 r. koordynującą przepisy i regulacje administracyjne dotyczące stosowania procedur odwoławczych w udzielaniu zamówień publicznych (Dz.Urz. WE nr L 395 z 30 grudnia 1989 r., s. 33), 6) Dyrektywę Rady 92/13/EWG z 25 lutego 1992 r. koordynującą przepisy i regulacje administracyjne dotyczące stosowania zasad Wspólnoty w zakresie procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i telekomunikacji (Dz.Urz. WE nr L 76 z 23 marca 1992 r., s. 13), 7) Dyrektywę Rady 93/38/EWG z 14 czerwca 1993 r. koordynującą procedury udzielania zamówień w sektorach gospodarki wodnej, energetycznej, transportu i telekomunikacji (Dz.Urz. WE nr L 101 z 1 kwietnia 1998 r. str. 1), 8) Dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 98/4/WE z 16 lutego 1998 r. zmieniającą dyrektywę 93/38/EWG koordynującą procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i telekomunikacji (Dz.Urz. WE Nr L 101 z 1 kwietnia 1998 r., s. 1), 9) Dyrektywę Komisji 2001/78/WE z 13 września 2001 r. zmieniającą Aneks IV do dyrektywy Rady 93/36/EWG, Aneksy IV, V, VI do dyrektywy Rady 93/37/EWG, Aneksy III, IV do dyrektywy Rady 92/50/EWG zmienionej przez dyrektywę 97/52/WE, oraz Aneksy od XII do XV i od XVII do XVIII do dyrektywy Rady 93/38/EWG zmienionej przez dyrektywę 98/4/WE (Dz.Urz. WE Nr L 285, z 29 października 2001 r.), 10) Rozporządzenie Nr 2195/2002/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 5 listopada 2002 r. w sprawie Wspólnego Słownika Zamówień (CPV) (Dz.Urz. WE Nr L 340 z 16 grudnia 2002 r.)” – uzasadnienie..., IV kadencja, druk sejm. nr 2218, s. 2–3.

⁵⁰ Uzasadnienie..., IV kadencja, druk sejm. nr 2218, s. 2.

Warto podkreślić, że projekt Prawa zamówień publicznych z 2004 r. w swej treści konsolidował i systematyzował polskie przepisy pod względem zgodności z prawem Unii Europejskiej. Oznacza to, że wielokrotnie nowelizowana ustawa o zamówieniach publicznych w kolejnych nowelizacjach, jeszcze przed przystąpieniem Polski do Unii Europejskiej, dostosowywana była już do rozwiązań prawnych obowiązujących w Unii Europejskiej⁵¹. Prawo polskie w zakresie zamówień publicznych, co należy podkreślić, niezależnie od tego, że kształtowane w wyniku harmonizacji z prawem Unii Europejskiej, nadal w możliwym zakresie pozostawało wierne rodzimym rozwiązaniom prawnym, które wypracowane zostały na początku lat 90. XX w.

Ustawie z 2004 r. nadano tytuł „Prawo zamówień publicznych”, co wpłynęło na postrzeganie (status) tego prawa w kontekście całości systemu prawa polskiego. Niewątpliwą przesłanką nadania dotychczasowym regulacjom zamówień publicznych zawartym w ustawie (m.in. ustawie o zamówieniach publicznych) nazwy „prawo” był fakt, że w przeciwieństwie do poprzedniej ustawy o zamówieniach publicznych Prawo zamówień publicznych miało w swojej treści kompleksowo regulować wszystkie zagadnienia z zakresu zamówień publicznych⁵². Powyższe dostrzegalne było już choćby pod względem obszerności Prawa zamówień publicznych z 2004 r. Dość tylko wspomnieć, że ustawa o zamówieniach publicznych liczyła mniej niż 100 artykułów, zaś ustawa – Prawo zamówień publicznych z 2004 r. obejmowała w swej treści już aż 227 artykułów. Powyższe założenia korespondują z obowiązującymi już wówczas zasadami techniki legislacyjnej, zgodnie z którymi nazwa „prawo” zastrzeżona jest dla ustaw, które wyczerpująco i kompleksowo normują jakiś wyróżniony przedmiotowo zakres spraw, ale jednak nie mają charakteru jednorodnego, ponieważ wkraczają w różne gałęzie prawa i uwzględniają różne zasady prawa właściwe dla tych gałęzi⁵³.

W uzasadnieniu do projektu Prawa zamówień publicznych z 2004 r. w części poświęconej ocenie skutków regulacji zwrócono uwagę na następujące kwestie: po pierwsze, na

⁵¹ Por. pismo Urzędu Komitetu Integracji Europejskiej z 22.10.2003 r., Min. DH – 3539/03/DPE/gl,gg.

⁵² Zgodnie z uzasadnieniem do projektu ustawy: „[...] do treści ustawy została przeniesiona materia unormowana w obowiązującym stanie prawnym w następujących aktach wykonawczych:

1) rozporządzeniu Rady Ministrów z dnia 16 kwietnia 2002 r. w sprawie prowadzenia postępowań o zamówienia publiczne na zasadach szczególnych (Dz.U. Nr 55, poz. 475),

2) rozporządzeniu Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 16 lipca 2002 r. w sprawie zabezpieczenia należytego wykonania umowy o zamówienie publiczne (Dz.U. Nr 115, poz. 1002),

3) rozporządzeniu Rady Ministrów z dnia 29 października 2002 r. w sprawie konkursu na twórcze prace projektowe (Dz.U. Nr 188, poz. 1574).

Do ustawy została przejęta także zasadnicza część rozporządzenia Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 14 czerwca 2002 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpatrywaniu odwołań w sprawach o udzielanie zamówień publicznych (Dz.U. Nr 85, poz. 772). Zamyśl pełnego unormowania materii zamówień publicznych w jednym akcie prawnym stał się przyczyną do nadania projektowanej ustawie tytułu – Prawo zamówień publicznych” – uzasadnienie..., IV kadencja, druk sejm. nr 2218, s. 3–4.

⁵³ S. Wronkowska, M. Zieliński, *Komentarz do zasad techniki prawodawczej z dnia 20 czerwca 2002 r.*, Warszawa 2012, s. 64.

podmioty, na które oddziaływała projektowana ustawa, po drugie, na zakres i wyniki przeprowadzonych konsultacji w odniesieniu do projektu ustawy, po trzecie, na projektowany wpływ regulacji na sektor finansów publicznych, po czwarte, na projektowany wpływ regulacji na rynek pracy, po piąte, na zakładany wpływ regulacji na konkurencyjność gospodarki i po szóste, na przewidywany wpływ regulacji na rozwój regionalny⁵⁴.

Wśród podmiotów, na które oddziaływało Prawo zamówień publicznych, wskazano wszystkie podmioty wymienione w ustawie i zobowiązane do stosowania przepisów zamówień publicznych, w tym jednostki sektora finansów publicznych, państwowe jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej, podmioty działające w tzw. sektorze użyteczności publicznej (por. art. 3 p.z.p.2004). Podkreślono również wpływ na wykonawców uczestniczących w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności na małych i średnich przedsiębiorców, dla których prawo to miało być instrumentem umożliwiającym własny rozwój, przy jednoczesnym udziale w realizacji zadań publicznych. Przygotowania do opracowania nowych przepisów w zakresie zamówień publicznych i proces ich uzgadniania uwidaczniają politykę państwa ukierunkowaną nie tylko na racjonalne, transparentne i uczciwe wydatkowanie środków publicznych, ale również na rozwój przedsiębiorczości w Polsce, w tym rozwój małych i średnich przedsiębiorstw. Ustawodawca słusznie skupił się na tych dwóch aspektach, gdyż nie można zapewnić racjonalnego i konkurencyjnego wydatkowania środków publicznych w słabo rozwiniętym środowisku przedsiębiorczości. Na przeszkodzie temu stoi również niejasność przepisów prawa, stąd też zakres konsultacji projektu Prawa zamówień publicznych z 2004 r. był zdecydowanie szerszy niż projektu ustawy o zamówieniach publicznych. Wynikało to z obowiązujących wówczas standardów stanowienia prawa (o czym dalej), ale niewątpliwie również z widocznego rozwoju rynku zamówień publicznych i jego uwikłań w liczne procesy społeczne i gospodarcze. O ile poprzednia ustawa powstawała jako nowa (pionierska w danej rzeczywistości politycznej i gospodarczej) regulacja prawna, o tyle projekt Prawa zamówień publicznych z 2004 r. był już opracowywany pod kierunkiem i kontrolą członków Kolegium Urzędu Zamówień Publicznych, będącego organem doradczym i opiniodawczym Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych. Ponadto podczas przygotowywania projektu brano pod uwagę opinie dotyczące założeń do ustawy wyrażone przez organizacje reprezentatywne dla jednostek samorządu terytorialnego, tj. Komisję Wspólną Rządu i Samorządu Terytorialnego, Związek Powiatów Polskich, Konwent Marszałków Województw RP⁵⁵, środowiska uczelni wyższych, w tym Konferencję Rektorów Akademickich Szkół Polskich oraz organizacje samorządu gospodarczego skupiające w swoich strukturach przedsiębiorców realizujących zadania na rynku zamówień publicznych. O opinię poproszono w szczególności Izbę Gospodarczą Komunikacji Miejskiej, Polską Izbę Gospodarczą

⁵⁴ Por. uzasadnienie..., IV kadencja, druk sejm. nr 2218, s. 1–10.

⁵⁵ Na temat zagadnień stosowania procedur udzielania zamówień publicznych przez jednostki samorządu terytorialnego zob. W. Miemieć, *Zagadnienia finansowoprawne zamówień publicznych w działalności jednostek samorządu terytorialnego*, Wrocław 2013, *passim*.

Transportu Samochodowego i Spedycji, Polskie Towarzystwo Przesyłu i Rozdziału Energii Elektrycznej, Izbę Gospodarczą Energetyki i Ochrony Środowiska. Ponadto szczegółowe rozwiązania projektu były prezentowane podczas bezpośrednich spotkań z przedstawicielami różnych środowisk samorządowych i zawodowych⁵⁶, a także z ekspertami i podmiotami zajmującymi się problematyką zamówień publicznych. Wreszcie, w ramach konsultacji społecznych, jednocześnie ze skierowaniem projektu ustawy do uzgodnień międzyresortowych, został on poddany szerokiemu opiniowaniu⁵⁷. Akt ten miał więc szansę być dyskutowany na wielu płaszczyznach i czerpać z doświadczeń różnych środowisk.

Krąg podmiotów zaproszonych do konsultacji w sprawie nowego Prawa zamówień publicznych był więc nieporównywalnie większy niż w przypadku ustawy o zamówieniach publicznych. Trzeba podkreślić, że nie był to rezultat zaniedbań w zakresie konsultacji w przypadku ustawy o zamówieniach publicznych. Szerszy krąg podmiotów opiniujących Prawo zamówień publicznych z 2004 r. był, po pierwsze, efektem rozwoju gospodarczego kraju i poszerzającego się kręgu adresatów oferty składanej przez podmioty publiczne w ramach zamówień publicznych, po drugie, szerszego kręgu podmiotów zobowiązanych do stosowania procedur zamówień publicznych, a po trzecie, konsekwencją doświadczeń i potrzeby dokonania usprawnień w procedurach udzielania zamówień publicznych. Istotne znaczenie w procesie ustawodawczym odegrały również obowiązujące od 2002 r. Zasady techniki prawodawczej, które precyzyjnie regulują zasady tworzenia prawa. Ustalenie środków oddziaływania, przewidywanych skutków społecznych, gospodarczych, organizacyjnych, prawnych i finansowych czy zasięgnięcie opinii podmiotów zainteresowanych rozstrzygnięciem należy do zagadnień objętych procesem przygotowania (opracowywania projektu) ustawy. Stąd też niewątpliwie Zasady techniki prawodawczej miały również kluczowy wpływ na zakres konsultacji społecznych ustawy. Warto również zauważyć, że uwagi zgłoszone przez wskazane podmioty zostały z powodzeniem wykorzystane przy opracowywaniu ostatecznej wersji projektu Prawa zamówień publicznych z 2004 r.

⁵⁶ Związku Miast Polskich, Krajowej Izby Architektów, Stowarzyszenia Architektów Polskich, Krajowej Izby Urbanistów, Związku Rzemiosła Polskiego, Polskiej Izby Informatyki i Telekomunikacji, Polskiej Konfederacji Pracodawców Prywatnych, Business Centre Club, Krajowej Izby Gospodarczej. Z wnioskiem o zaopiniowanie wstępnego projektu zwrócono się do Fundacji im. Stefana Batorego oraz Transparency International Polska. Ponadto projekt ustawy był konsultowany z przedstawicielami Krajowej Rady Regionalnych Izb Obrachunkowych, Polskiego Towarzystwa Elektrociepłowni Zawodowych, Izby Projektowania Budowlanego, Towarzystwa Energetycznego „Polskie Elektrownie”, Polskiego Towarzystwa Przesyłu i Rozdziału Energii Elektrycznej oraz Izby Gospodarczej Energetyki i Ochrony Środowiska. Por. ocena skutków regulacji..., IV kadencja, druk sejm. nr 2218, s. 1–2.

⁵⁷ Projekt został przekazany do zaopiniowania do Business Centre Club, Fundacji im. Stefana Batorego, Izby Projektowania Budowlanego, Konfederacji Pracodawców Polskich, Krajowej Izby Architektów, Krajowej Izby Gospodarczej, Krajowej Izby Urbanistów, Krajowej Rady Radców Prawnych, Polskiej Izby Informatyki i Telekomunikacji, Polskiej Konfederacji Pracodawców Prywatnych, Stowarzyszenia Architektów Polskich, Transparency International Polska, Związku Miast Polskich, Związku Rzemiosła Polskiego; por. ocena skutków regulacji..., IV kadencja, druk sejm. nr 2218, s. 2–3.

W kwestii wpływu regulacji Prawa zamówień publicznych z 2004 r. na sektor finansów publicznych w uzasadnieniu do projektu tej ustawy zwrócono uwagę, że sektor publiczny jest w Polsce największym odbiorcą towarów i usług, stąd też efektywne wydatkowanie środków publicznych, w tym środków pochodzących z Unii Europejskiej, wymagało stworzenia przejrzystych procedur udzielania zamówień publicznych, które zapewniłyby bezpieczeństwo wydatkowania tych środków⁵⁸. Usprawnienie procesu gospodarowania środkami publicznymi za pośrednictwem zamówień publicznych poddane zostało więc złożonym mechanizmom kontrolnym, które wiązały się z odpowiedzialnością (włącznie z sankcjami finansowymi – por. dział VII p.z.p.2004) zamawiających oraz osób odpowiedzialnych za przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o zamówienie publiczne. Przypomnijmy, że zgodnie z przepisami art. 18 p.z.p.2004 za przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia odpowiedzialny był kierownik zamawiającego⁵⁹ lub inny powołany do tego organ, a także inne osoby w zakresie, w jakim powierzono im czynności w postępowaniu oraz czynności związane z przygotowaniem postępowania.

Wszelkim nadużyciom w stosowaniu Prawa zamówień publicznych z 2004 r. przeciwdziałać miała funkcja kontrolna Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych uregulowana w przepisach o instytucji kontroli udzielania zamówień, w tym kontroli doraźnej (por. art. 165 p.z.p.2004) oraz kontroli uprzedniej zamówień współfinansowanych ze środków Unii Europejskiej (por. art. 169 p.z.p.2004). Zgodnie z art. 161 ust. 2 p.z.p.2004 każdorazowym celem kontroli było sprawdzenie zgodności postępowania o udzielenie zamówienia z obowiązującymi przepisami. Co ważne, ustawodawca przepisami art. 168a p.z.p.2004, w przypadku ujawnienia naruszenia przepisów stanowiącego czyn naruszający dyscyplinę finansów publicznych, nałożył na Prezesa UZP obowiązek zawiadomienia właściwego rzecznika dyscypliny finansów publicznych o naruszeniu dyscypliny finansów publicznych.

W odniesieniu do wpływu przepisów o zamówieniach publicznych na rynek pracy należy zauważyć, że projekt Prawa zamówień publicznych z 2004 r. przewidywał, poprzez przyjęte w ustawie rozwiązania prawne, aktywny wpływ na politykę społeczną państwa. Przepisy ustawy pozwalały zamawiającym na realny udział w aktywizacji zawodowej osób bezrobotnych i marginalizowanych. Zamawiający uzyskali bowiem prawo do wymagania od wykonawców zatrudnienia do realizacji zamówienia osób bezrobotnych lub społecznie marginalizowanych. Zamawiający, w określonych w ustawie sytuacjach, po pierwsze, mogli 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

⁵⁸ Por. ocena skutków regulacji..., IV kadencja, druk sejm. nr 2218, s. 3.

⁵⁹ Zob. R. Antonów, *Odpowiedzialność kierownika jednostki w zakresie zamówień publicznych*, Wrocław 2011, *passim*.

członkami grup społecznie marginalizowanych (por. art. 22 ust. 2 i 2a p.z.p.2004). Po drugie, zamawiający mógł określić w opisie przedmiotu zamówienia wymagania związane z realizacją zamówienia, które mogły obejmować aspekty gospodarcze, środowiskowe, społeczne, związane z innowacyjnością lub zatrudnieniem (por. art. 29 ust. 4 p.z.p.2004). W ustawie tej dostrzegalny był więc mechanizm kształtowania i realizowania polityki społecznej państwa. Dowodzi to włączenia w większym stopniu zasad udzielania zamówień publicznych w politykę społeczną i gospodarczą państwa jako instrumentu reakcji państwa na wyzwania dojrzałej (a przynajmniej dojrzalszej niż w latach 90.) gospodarki wolnorynkowej (np. w odniesieniu do aktywizacji osób bezrobotnych i ekskludowanych społecznie). Był to niewątpliwie kolejny krok naprzód w ewolucji postrzegania zamówień publicznych w Polsce.

W odniesieniu do wpływu regulacji Prawa zamówień publicznych z 2004 r. na konkurencyjność gospodarki słusznie podkreślono, że państwo jest jednym z największych podmiotów działających na rynku, stąd też zamówienia sektora publicznego niewątpliwie przyczyniają się do rozwoju wielu firm, a tym samym wywierają istotny wpływ na konkurencyjność gospodarki⁶⁰. Odpowiednie wykorzystanie mechanizmów wynikających z procedur i mechanizmów zamówień publicznych przyczyniło się więc w istotny sposób nie tylko do realizacji zadań publicznych, ale również do rozwoju podmiotów biorących udział w zamówieniach publicznych, przede wszystkim małych i średnich przedsiębiorstw (por. m.in. art. 22a p.z.p.2004).

Wreszcie, należy zwrócić uwagę na wpływ regulacji Prawa zamówień publicznych z 2004 r. na rozwój regionalny. Wpływ ten miał jednak charakter wyłącznie pośredni i wiązał się z wydatkowaniem środków pochodzących z Funduszy Strukturalnych Unii Europejskiej w trybach i na zasadach przewidzianych w zamówieniach publicznych i przepisach o finansach publicznych⁶¹.

Ustawa – Prawo zamówień publicznych z 2004 r., w przeciwieństwie do wcześniejszych polskich regulacji prawnych w tym zakresie, w sposób kompleksowy regulowała zasady udzielania zamówień publicznych w Polsce po roku 2004. Zgodnie z art. 1 p.z.p.2004 ustawa określała zasady i tryb udzielania zamówień publicznych, środki ochrony prawnej, kontrolę udzielania zamówień publicznych oraz organy właściwe w sprawach uregulowanych w ustawie. Przygotowanie i przeprowadzenie każdego postępowania o zamówienie publiczne wymagało przestrzegania zasad, których pierwowzór został uregulowany już w ustawie o zamówieniach publicznych. W tym więc zakresie ustawodawca skorzystał z doświadczeń prawodawcy historycznego z roku 1994. W jawnym postępowaniu zamawiający każdorazowo zobowiązany był do zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz prowadzenia postępowania

⁶⁰ Por. ocena skutków regulacji..., IV kadencja, druk sejm. nr 2218, s. 6.

⁶¹ Zob. obowiązująca do 31.12.2005 r. ustawa z 26.11.1998 r. o finansach publicznych (Dz.U. z 2003 r. Nr 15, poz. 148).

w myśl zasad proporcjonalności i przejrzystości (por. art. 7 ust. 1 p.z.p.2004). Ustawa – Prawo zamówień publicznych z 2004 r., podobnie jak ustawa o zamówieniach publicznych, uregulowała procedury udzielania zamówień publicznych. Analogicznie jak w ustawie o zamówieniach publicznych, w Prawie zamówień publicznych z 2004 r. utrzymany został podział trybów na tryby przetargowe i bezprzetargowe, z tym że w Prawie zamówień publicznych z 2004 r. przewidziane zostały następujące tryby: przetarg nieograniczony, przetarg ograniczony, negocjacje z ogłoszeniem, dialog konkurencyjny, negocjacje bez ogłoszenia, zamówienie z wolnej ręki, zapytanie o cenę, partnerstwo innowacyjne, licytacja elektroniczna (por. dział II rozdz. 3 p.z.p.2004). Warto również zwrócić uwagę, że zamawiający, m.in. na podstawie art. 102 ust. 1 p.z.p.2004, mogli ustanowić dynamiczny system zakupów oraz udzielać zamówień objętych tym systemem, stosując odpowiednio przepisy dotyczące udzielania zamówienia w trybie przetargu ograniczonego oraz przepisy odnoszące się do dynamicznego systemu zakupów, a także na podstawie art. 110 p.z.p.2004, odnoszącego się do konkursu, przez publiczne ogłoszenie przyrzec nagrodę za wykonanie i przeniesienie prawa do wybranej przez sąd konkursowy pracy konkursowej, w szczególności z zakresu planowania przestrzennego, projektowania urbanistycznego, architektoniczno-budowlanego oraz przetwarzania danych. Ustawa – Prawo zamówień publicznych z 2004 r. jako kompleksowa regulacja zamówień publicznych w Polsce obejmowała swoimi przepisami wydatkowanie środków publicznych na realizację właściwie wszystkich zadań państwa. Wyjątkiem były te zadania, w których ustawa wyraźnie zwalniała zamawiających ze stosowania procedur zamówień publicznych. Oznaczało to konieczność dostosowania przepisów Prawa zamówień publicznych do wymogów i specyfiki różnych sektorów gospodarki i dziedzin funkcjonowania państwa przy uwzględnieniu i poszanowaniu interesu państwa, społeczeństwa i obywatela. Do umów w sprawach zamówień publicznych zastosowanie miały przepisy Kodeksu cywilnego (por. art. 139 p.z.p.2004). W przepisach Prawa zamówień publicznych z 2004 r. nie było już natomiast odesłania do przepisów Kodeksu postępowania cywilnego.

Pozycja Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, centralnego organu administracji rządowej właściwego w sprawach zamówień publicznych, została merytorycznie wzmocniona poprzez utworzenie Rady Zamówień Publicznych, która była organem doradczo-opiniodawczym Prezesa Urzędu. Do kompetencji Rady Zamówień Publicznych należało m.in. wyrażanie opinii w szczególnie istotnych sprawach systemu zamówień, przedstawionych jej przez Prezesa Urzędu; opiniowanie projektów aktów normatywnych dotyczących zamówień; opiniowanie rocznych sprawozdań Prezesa Urzędu o funkcjonowaniu systemu zamówień oraz ustalanie zasad etyki zawodowej osób wykonujących określone w Prawie zamówień publicznych z 2004 r. zadania w systemie zamówień (por. art. 157 p.z.p.2004).

Ustawa – Prawo zamówień publicznych z 2004 r. zinstytucjonalizowała również procedurę wnoszenia środków ochrony prawnej. O ile na podstawie przepisów ustawy

o zamówieniach publicznych odwołanie od rozstrzygnięcia zamawiającego rozpatrywał zespół arbitrów procedujący kolegialnie w składzie wynikającym z przepisów Regulaminu postępowania przy rozpatrywaniu odwołań w sprawach o udzielenie zamówień publicznych⁶², o tyle na podstawie przepisów art. 172 p.z.p.2004 utworzona została Krajowa Izba Odwoławcza, właściwa do rozpoznawania odwołań wnoszonych w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Wśród organów Izby ustawodawca wskazał Prezesa, wiceprezesa oraz zgromadzenie ogólne, które tworzyli członkowie Izby (por. art. 172 ust. 2 p.z.p.2004). Zarówno zespół arbitrów (w przypadku ustawy o zamówieniach publicznych), jak i KIO, orzekająca w składzie wynikającym z przepisów Prawa zamówień publicznych z 2004 r. (por. art. 188 p.z.p.2004), zagadnienia merytoryczne w sprawach odwołań rozstrzygały wyrokiem⁶³. Warto zwrócić uwagę, że choć na przestrzeni lat wydano sporo wyroków – najpierw zespołu arbitrów, a następnie KIO – to jednak nie została w orzecznictwie zamówień publicznych odnoszącym się do rozstrzyganych spraw wypracowana jednolita linia orzecznicza. Jest to o tyle ważne, że mamy do czynienia ze swego rodzaju powtarzalnością problemów i zastrzeżeń odnoszących się do procesu udzielania zamówień publicznych. Jednolitość orzecznictwa jest niewątpliwie gwarantem szybkości procesu udzielania zamówień. O ile jednak w pierwszych latach stosowania ustawy o zamówieniach publicznych środki ochrony prawnej były sporadycznie wykorzystywane przez ówczesnych oferentów (wykonawców), o tyle współcześnie odwołanie do KIO traktowane jest przez niektórych wykonawców nawet jako etap na drodze do uzyskania zamówienia. Za decyzją wykonawców o skorzystaniu ze środków ochrony prawnej (odwołanie regulował art. 180 i n. p.z.p.2004, natomiast skargę do sądu – art. 198a i n. p.z.p.2004) mogą stać niewątpliwie krótkie terminy procedury odwoławczej dające szansę na szybkie rozstrzygnięcie. Wykonawcy w swojej argumentacji poza orzecznictwem KIO sięgają również do orzeczeń sądów polskich w sprawach zamówień publicznych i orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej w zakresie zamówień publicznych. Upowszechnienie procedur zamówień publicznych, wielość i różnorodność postępowań o zamówienie publiczne, polityka informacyjna i interpretacyjna UZP mają niewątpliwie wpływ na świadomość prawną wykonawców w odniesieniu do procedur i przepisów Prawa zamówień publicznych. Oczekiwania ustawodawcy w zakresie liczby podmiotów korzystających ze środków ochrony prawnej nie były jednak zadowalające, co znalazło odzwierciedlenie w uzasadnieniu do Prawa zamówień publicznych obowiązującego od 1.01.2021 r.⁶⁴ W uzasadnieniu do projektu tej ustawy zwrócono uwagę na „ograniczoną dostępność do środków odwoławczych

⁶² Zob. m.in. zarządzenie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z 5.10.1995 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpatrywaniu odwołań w sprawach o udzielanie zamówień publicznych (M.P. Nr 52, poz. 575).

⁶³ Art. 192 p.z.p.2004 stanowił w ust. 1: „O oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie”. W przypadku ustawy o zamówieniach publicznych procedurę rozpatrywania odwołań ustawodawca uregulował w ww. regulaminie, którego § 25 stanowił: „Zespół arbitrów wydaje wyrok, oddalając lub uwzględniając odwołanie”.

⁶⁴ Uzasadnienie rządowego projektu ustawy – Prawo zamówień publicznych, VIII kadencja, druk sejm. nr 3624.

do Krajowej Izby Odwoławczej (KIO) oraz skarg na wyroki KIO do sądów powszechnych” oraz „niejednorodność orzecznictwa KIO i sądów powszechnych w przedmiocie zamówień publicznych”⁶⁵.

Ustawa – Prawo zamówień publicznych z 2004 r. przestała obowiązywać z dniem 1.01.2021 r. Utraciła ona moc obowiązującą na mocy przepisów art. 89 p.w.p.z.p. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych weszły (z pewnymi wyjątkami wskazanymi w ustawie) w życie z dniem 1.01.2021 r. (art 109 p.w.p.z.p.).

1.4.3. Ustawa – Prawo zamówień publicznych z 2019 r.

Od 1.01.2021 r. obowiązuje ustawa – Prawo zamówień publicznych z 2019 r. Artykuł 623 tej ustawy stanowi, że ustawa wchodzi w życie w terminie określonym w Przepisach wprowadzających ustawę – Prawo zamówień publicznych. Termin ten wskazany został w art. 1 p.w.p.z.p.

Nowe Prawo zamówień publicznych zasadniczo wprowadzone zostało „dwuetapowo”. Określenia takiego użyć można z uwagi na proces legislacyjny i towarzyszące okoliczności, które miały miejsce w okresie od daty jego uchwalenia do dnia wejścia w życie. Ustawa – Prawo zamówień publicznych została bowiem znowelizowana jeszcze w okresie *vacatio legis*. Przesłanki nowelizacji ustawy były dwójakiego rodzaju. Po pierwsze, wiązały się z koniecznością dostosowania ustawy do zmienionych dyrektyw Unii Europejskiej, które weszły w życie po dacie uchwalenia Prawa zamówień publicznych. Po drugie, co zasadniczo przesądza o dwuetapowości wprowadzania nowych przepisów, zmiany uwzględniały postulaty środowisk związanych ze stosowaniem prawa zamówień publicznych sformułowane w trakcie szkoleń i przygotowań do wejścia przepisów w życie. Były więc one rezultatem „wtórnych konsultacji”, których przedmiotem nie był już projekt ustawy, a przepisy już uchwalonej ustawy. Co ważne, przepisy samej nowelizacji również były przedmiotem konsultacji środowisk zainteresowanych i zobowiązanych do stosowania prawa zamówień publicznych. Podobnie jak w przypadku Prawa zamówień publicznych, koniecznej nowelizacji poddane zostały również Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych.

Dla przejrzystości przedstawienia ewolucji procesu legislacyjnego związanego z wejściem w życie nowego Prawa zamówień publicznych uzasadnione wydaje się chronologiczne zaprezentowanie przesłanek i celu uchwalenia trzech ustaw regulujących zasady wejścia w życie oraz treść nowego Prawa zamówień publicznych: Prawo zamówień publicznych, Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych oraz ustawa z 27.11.2020 r. o zmianie ustawy o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi, ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw.

⁶⁵ Uzasadnienie..., VIII kadencja, druk sejm. nr 3624, s. 2.

Celem „porządkującym” było, po pierwsze, kompleksowe uregulowanie zagadnień prawnych dotyczących zamówień publicznych, postrzeganych jako umowy o charakterze odpłatnym zawierane pomiędzy stronami procesu zamówień publicznych, a więc zamawiającymi i wykonawcami. Przedmiotem zamówień, tak jak w poprzednich aktach prawnych, jest nabycie przez zamawiającego robót budowlanych, dostaw lub usług od wybranego w procesie zamówień publicznych wykonawcy. Po drugie, przygotowanie nowej ustawy – Prawo zamówień publicznych miało wychodzić „naprzeciw wieloletnim oczekiwaniom zarówno podmiotów publicznych jak i wykonawców ubiegających się o zamówienia publiczne”⁶⁶. Podkreślono, że: „Ponad 14-letni okres obowiązywania ustawy Pzp uchwalonej w zupełnie innych realiach gospodarczych oraz otoczeniu prawnym, a także wprowadzane liczne zmiany na skutek transpozycji dyrektyw unijnych⁶⁷ oraz pozostałe zmiany mające na celu dostosowywanie prawa do potrzeb zmieniającej się sytuacji prawnej i gospodarczej, generują potrzebę przygotowania nowego kompleksowego i spójnego Prawa zamówień publicznych”⁶⁸.

Kolejnym celem, nawiązującym do „interesu państwa i społeczeństwa”, była podkreślona w uzasadnieniu potrzeba wprowadzenia nowych rozwiązań prawnych opartych, po pierwsze, na maksymalnej efektywności i przejrzystości udzielanych zamówień publicznych i, po drugie, uwzględniających „rolę zamówień publicznych w kształtowaniu polityki państwa oraz potrzebę wsparcia rozwoju małych i średnich przedsiębiorstw, a także innowacyjnych, nowoczesnych produktów i usług”⁶⁹. Świadczy to już nie tylko o odpowiednim kształtowaniu polityki gospodarczej i społecznej państwa, ale również o dążeniu ustawodawcy do dostosowania prawa do innowacyjnej oferty na rynku produktów i usług. Jako sprzyjającą dostępności do rynku zamówień publicznych i umożliwiającą uproszczenie i szybkość procedur wskazuje się cyberprzestrzeń i komunikację drogą elektroniczną. Szczególnie cenne okazuje się to również w kontekście zagrożeń,

⁶⁶ Uzasadnienie..., VIII kadencja, druk sejm. nr 3624, s. 2.

⁶⁷ Zob. dyrektywa 2014/24/UE w sprawie zamówień publicznych; dyrektywa 2014/25/UE w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych; dyrektywa 2014/23/UE w sprawie udzielania koncesji. W zakresie udzielania zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa zob.: dyrektywa 2009/81/WE w sprawie koordynacji procedur udzielania niektórych zamówień na roboty budowlane, dostawy i usługi przez instytucje lub podmioty zamawiające w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa (dyrektywa obronna). W zakresie środków ochrony prawnej zob. dyrektywa 89/665/EWG w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane (klasyczna dyrektywa odwoławcza); dyrektywa 92/13/EWG koordynująca przepisy ustawowe, wykonawcze i administracyjne odnoszące się do stosowania przepisów wspólnotowych w procedurach zamówień publicznych podmiotów działających w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i telekomunikacji (sektorowa dyrektywa odwoławcza). Por. uzasadnienie..., VIII kadencja, druk sejm. nr 3624, s. 4.

⁶⁸ Uzasadnienie..., VIII kadencja, druk sejm. nr 3624, s. 1.

⁶⁹ Uzasadnienie..., VIII kadencja, druk sejm. nr 3624, s. 1.

jakie dotyczą współczesnego świata, czego przykładem jest stan epidemii w związku z zakażeniami wirusem SARS-CoV-2⁷⁰.

Obowiązujące Prawo zamówień publicznych jest również „odpowiedzią na wyzwanie postawione w Strategii na Rzecz Odpowiedzialnego Rozwoju⁷¹, w której wskazano, że zamówienia publiczne są jednym z obszarów, których usprawnienie może przyczynić się do zapewnienia stałego wzrostu gospodarczego kraju przez prowadzenie zrównoważonej polityki gospodarczej sprzyjającej zapobieganiu wykluczeniu społecznemu i gospodarczemu⁷². Ustawodawca, opracowując przepisy nowej ustawy, miał więc na względzie nie tylko uregulowanie wydatkowania środków publicznych za pomocą odpowiednich procedur, ale również za cel zamówień publicznych obrał działania mające na celu poprawę kondycji społecznej i gospodarczej Polaków. Zrozumiała i przyjazna wykonawcom procedura zamówień publicznych jest niewątpliwie kluczem do powstania i rozwoju podmiotów gospodarczych, które stanowią ważnego sojusznika państwa na drodze do likwidacji bezrobocia, a tym samym biedy i ubóstwa⁷³. Opracowanie nowej ustawy – Prawo zamówień publicznych, podobnie jak ustawy z 2004 r., zostało poprzedzone „szerokimi konsultacjami Koncepcji nowego Prawa zamówień publicznych z dnia 6 czerwca 2018 r., zwanej «Koncepcją Prawa zamówień publicznych», w której zdiagnozowano główne obszary identyfikujące potrzebę wprowadzenia nowych rozwiązań optymalizujących proces udzielania zamówień. Koncepcja Prawa zamówień publicznych⁷⁴ została przygotowana wspólnie przez Ministerstwo Przedsiębiorczości i Technologii oraz Urząd Zamówień Publicznych⁷⁵.

Odnosząc się do problemów, które dotyczyły dotychczas proces udzielania zamówień publicznych, należy podkreślić, że w uzasadnieniu do projektu ustawy zostały one wymienione enumeratywnie. W dwunastu punktach wskazano kluczowe problemy w dziedzinie zamówień publicznych wymagające nowych rozwiązań, które zostały zaprojektowane w Prawie zamówień publicznych. Wskazane problemy dotyczyły braku powiązania wydatków publicznych z realizacją polityki oraz celów strategicznych państwa, na co zwrócono uwagę w kontekście potrzeby wsparcia przedsiębiorczości i wykorzystania innowacyjności. Zwrócono uwagę na wybieranie przez zamawiających rozwiązań najtańszych zamiast najbardziej efektywnych, niewątpliwie procentujących w dłuższym czasie. Jako wadę dotychczasowego procesu zamówień publicznych wska-

⁷⁰ Rozporządzenie Ministra Zdrowia z 20.03.2020 r. w sprawie ogłoszenia na obszarze Rzeczypospolitej Polskiej stanu epidemii (Dz.U. poz. 491 ze zm.).

⁷¹ Zob. *Strategia na rzecz Odpowiedzialnego Rozwoju do roku 2020 (z perspektywą do 2030 r.)*, <https://www.gov.pl/documents/33377/436740/SOR.pdf> (dostęp: 10.06.2021 r.).

⁷² Uzasadnienie..., VIII kadencja, druk sejm. nr 3624, s. 1.

⁷³ Zob. R. Antonów, *Wykluczenie społeczne jako problem polityki społecznej Unii Europejskiej* [w:] *Aksjologiczne i praktyczne aspekty integracji europejskiej*, red. E. Kozerska, T. Scheffler, Wrocław 2007, s. 145 i n.

⁷⁴ Zob. *Koncepcja nowego Prawa Zamówień Publicznych*, https://www.uzp.gov.pl/_data/assets/pdf_file/0029/36875/Koncepcja_nowego_prawa_zamowien_publicznych.pdf (dostęp: 10.06.2021 r.).

⁷⁵ Uzasadnienie..., VIII kadencja, druk sejm. nr 3624, s. 1.

zono również nieproporcjonalny do potencjału rynku zamówień publicznych udział w ofercie zamówień publicznych przedsiębiorców z sektora MŚP. Niewątpliwym bowiem problemem rynku zamówień publicznych rozpoznany w trakcie prac nad nową ustawą było generalnie zmniejszające się zainteresowanie wykonawców rynkiem zamówień publicznych, na co dowodem jest chociażby to, że np. w 2017 r. w ok. 43% postępowań o zamówienie publiczne złożona była tylko jedna oferta. Jako problem zdefiniowano również „nieefektywne zarządzanie procesem zakupowym – od planowania udzielenia zamówienia, przygotowania postępowania po podsumowanie jego realizacji”⁷⁶. Mieści się w tym również „koncentracja zamawiających na spełnieniu wymogów formalnych zamiast na uzyskaniu najlepszego jakościowo produktu lub usługi”⁷⁷, co było wynikiem wyboru rozwiązań najtańszych, a nie najlepszych, biorąc pod uwagę przedmiot zamówienia. Można w tym miejscu zwrócić uwagę na praktykę zamawiających polegającą na dokładnej analizie ofert w części merytorycznej pod względem ich formalnej zgodności z przedmiotem zamówienia, a już pobieżne analizowanie uregulowanych przepisami prawa rozwiązań równoważnych, które wykonawcy oferowali w swoich ofertach lub wprowadzali je na etapie realizacji zamówienia (por. art. 30 ust. 4 p.z.p.2004). W kategorii problemu w stosowaniu Prawa zamówień publicznych z 2004 r. wskazano niski odsetek zamówień udzielonych w innych trybach niż przetarg nieograniczony i tryb z wolnej ręki. Wskazano, że tryby: negocjacje z ogłoszeniem, dialog konkurencyjny, negocjacje bez ogłoszenia oraz partnerstwo innowacyjne i licytacja elektroniczna w trakcie obowiązywania Prawa zamówień publicznych z 2004 r. stanowiły zaledwie 1,27% postępowań. Przekonanie zamawiających o niewątpliwym prymacie przetargu nieograniczonego wydaje się wynikać z głębokiego ich przywiązania do myśli, że tryb przetargu nieograniczonego jest tym, który najpełniej gwarantuje stosowanie zasad prawa zamówień publicznych, a tym samym zdejmuje z zamawiających ewentualny zarzut ograniczania wykonawcom dostępu do zamówienia czy też nierównego i nieuczciwego traktowania wykonawców. W uzasadnieniu do projektu ustawy sporo uwagi poświęcono również problemom związanym z wnoszeniem środków ochrony prawnej, a konkretnie słabym zainteresowaniem wykonawców tą formą rozwiązywania wątpliwości, niejasności, a nawet usuwania błędów procesu udzielania zamówienia publicznego. W uzasadnieniu wskazano na „ograniczoną dostępność do środków odwoławczych do Krajowej Izby Odwoławczej (KIO) oraz skarg na wyroki KIO do sądów powszechnych”⁷⁸. Można w tym miejscu postawić tezę, że jednym z powodów takiego stanu rzeczy była ekonomiczna analiza opłacalności wnoszenia przez wykonawcę odwołania. Z obserwacji praktyki wynika, że kalkulował on już na wstępie koszty związane z profesjonalną analizą dokumentacji o zamówienie publiczne, sporządzeniem odwołania, wniesieniem opłaty od odwołania, wreszcie reprezentacji przed KIO. Dla wielu, przy dynamicznie zmieniającej się rzeczywistości, kosztem był już czas, jaki trzeba było poświęcić na wyjazd do Warszawy na rozprawę w KIO. Musimy bowiem pamiętać, że wykonawcy

⁷⁶ Uzasadnienie..., VIII kadencja, druk sejm. nr 3624, s. 2.

⁷⁷ Uzasadnienie..., VIII kadencja, druk sejm. nr 3624, s. 2.

⁷⁸ Uzasadnienie..., VIII kadencja, druk sejm. nr 3624, s. 2.

pochodzą z całego kraju i w tym chociażby kontekście wykonawcy z centrum Polski mają zdecydowanie lepszą sytuację niż wykonawcy pochodzący z rejonów przygranicznych. Brak zainteresowania wykonawców wnoszeniem odwołań, a tym bardziej skarg na wyroki KIO wiązał się niewątpliwie również z niejednorodnością orzecznictwa KIO i sądów powszechnych w przedmiocie zamówień publicznych. Brak ujednoczonych poglądów w kwestii typowych, powtarzalnych wręcz problemów generuje uzasadnioną obawę co do przewidywalności rozstrzygnięcia lub chociażby możliwości uprawdopodobnienia szans na rozstrzygnięcie zgodne z oczekiwaniami. To zaś utrudnia podjęcie decyzji o angażowaniu czasu i środków w proces odwoławczy. Wśród problemów wymagających rozwiązania w nowej ustawie wskazano także brak wyodrębnionej i uproszczonej procedury udzielania zamówień poniżej progów unijnych oraz „rozproszony i nieefektywny system kontroli”⁷⁹. Ostatnim z argumentów przesądzających o konieczności opracowania nowej ustawy był wreszcie brak przejrzystości Prawa zamówień publicznych z 2004 r. wywołanej licznymi jej nowelizacjami⁸⁰.

W uzasadnieniu do projektu ustawy jeszcze wyraźniej niż w przypadku Prawa zamówień publicznych z 2004 r. podkreślono ekonomiczną i gospodarczą rolę wydatkowania środków publicznych za pośrednictwem zamówień publicznych⁸¹. Wskazano, że: „Dziedzina zamówień publicznych stanowi potężne narzędzie wspierające rozwój gospodarczy, umożliwiające poprawę jakości zamawianych dostaw, usług i robót budowlanych, wsparcie innowacyjności, realizowanie polityki społecznej i strategii państwa. Zamówienia publiczne są kluczową formą udziału sektora publicznego w gospodarce”⁸². Zwrócono również uwagę na wartość zamówień udzielanych w procedurach przewidzianych w Prawie zamówień publicznych z 2004 r., która tylko w 2017 r. wyniosła około 163,2 mld zł, co stanowiło ok. 8,23% PKB. Przybliżona całkowita wartość rynku zamówień publicznych, uwzględniająca także zamówienia publiczne udzielane bez zastosowania procedur, wyniosła w 2017 r. 234,6 mld zł⁸³. Podkreślono, że zamówienia publiczne jako źródło dochodów dla przedsiębiorców i rynek zbytu towarów, usług i robót budowlanych obecne są w wielu branżach i dla „co czwartego przedsiębiorcy zamówienia publiczne stanowią ponad połowę całkowitych przychodów, zaś dla co dziesiątego to 75% przychodów”⁸⁴. Stąd też ważnym zagadnieniem związanym z nowym Prawem zamówień publicznych było odpowiednie zarządzanie procesem zamówień publicznych, tak aby proces ten był zrozumiały, atrakcyjny, dostępny i przejrzysty dla potencjalnych zainteresowanych przedsiębiorców. Słusznie podkreślono w uzasadnieniu, że zaniedbania w tym zakresie będą skutkowały upadkiem firm lub ich przechodzeniem na inne rynki. Warto dodać, że to przechodzenie na inne rynki w dobie współczesnej globalnej gospodarki może wiązać się nie tylko z przebranżowieniem, ale również z przenoszeniem działalności do innych

⁷⁹ Uzasadnienie..., VIII kadencja, druk sejm. nr 3624, s. 2.

⁸⁰ Uzasadnienie..., VIII kadencja, druk sejm. nr 3624, s. 2.

⁸¹ Zob. R. Antonów, *Funkcjonowanie...*, s. 241 i n.

⁸² Uzasadnienie..., VIII kadencja, druk sejm. nr 3624, s. 2.

⁸³ Por. uzasadnienie..., VIII kadencja, druk sejm. nr 3624, s. 2.

⁸⁴ Uzasadnienie..., VIII kadencja, druk sejm. nr 3624, s. 2.

państw, co niewątpliwie wiązałoby się ze stratą dla państwa nie tylko na płaszczyźnie fiskalnej, ale również na innych płaszczyznach, w tym społecznej.

Zwrócono wreszcie uwagę, że: „Zamówienia publiczne stanowią narzędzie kształtowania gospodarki państwa, w tym również realizacji celów społecznych, politycznych i strategicznych, służące wspieraniu ważnych gałęzi rynku. Procedura zawarta w ustawie, przez odpowiednie kształtowanie wymagań, może być najbardziej efektywnym wsparciem celów gospodarczych i rozwojowych oraz ważnych polityk społecznych i związanych z rynkiem pracy”⁸⁵. Trzeba podkreślić, że od rynku zamówień publicznych zależny w dużej mierze jest sektor usług oraz produkcja przemysłowa powiązane z budownictwem i infrastrukturą. Należy w tym miejscu podkreślić, że za usługami, towarami, budynkami i budowlami stoi człowiek, przedsiębiorca, pracownik, zleceniobiorca, którzy z zarobionych w tym procesie pieniędzy utrzymują siebie, swoje rodziny i co najważniejsze płacą daniny publiczne, po części wydatkowane później w procesie zamówień publicznych. W tym kontekście nie będzie nadużyciem stwierdzenie, że zamówienia publiczne odgrywają ważną rolę w systemie naczyń połączonych, na który składają się gospodarcze i społeczne interesy sektorów publicznego i prywatnego.

Do istotnych elementów mających poprawić efektywność zamówień publicznych, w szczególności poprzez zwiększenie konkurencyjności, zaliczono wreszcie „elektronizację” procesu udzielania zamówień publicznych oraz uruchomienie infolinii w Urzędzie Zamówień Publicznych. W odniesieniu do elektronizacji procesu zamówień publicznych należy podkreślić, że proces ten rozpoczęty został już w reżimie Prawa zamówień publicznych z 2004 r. Celem tych zabiegów ma być usprawnienie dostępu małych i średnich przedsiębiorstw do zamówień publicznych oraz redukcja kosztów prowadzenia postępowań po stronie instytucji zamawiających i wykonawców biorących udział w postępowaniach o zamówienie publiczne. O trafności nie tyle wykorzystania, ile raczej wprzęgnięcia współczesnych możliwości procesu elektronicznego w proces zamówień publicznych świadczą doświadczenia związane z lockdownem w latach 2020–2021. Elektronizacja w wielu przypadkach stała się jedyną platformą służącą niezaburzonym kontaktom pomiędzy administracją publiczną i samorządową czy w procesie sądowym. Wykorzystanie procesu elektronicznego w relacjach na płaszczyźnie zamówień publicznych wydaje się być przesądzone. W odniesieniu do tego zagadnienia w uzasadnieniu do projektu ustawy odwołano się także do badań Komisji Europejskiej, z których wynika, że „wprowadzenie elektronicznego procesu udzielania zamówień generuje oszczędności po stronie instytucji zamawiających sięgające nawet 20% dotychczasowych wydatków”⁸⁶. Realizuje to niewątpliwie postulaty oszczędności i racjonalności wydatkowania środków publicznych w odniesieniu do całego procesu przygotowania i przeprowadzenia postępowania o zamówienie publiczne. Są to więc wydatki pierwotne (lub nazwać je można pomocniczymi, operacyjnymi) w stosunku do

⁸⁵ Uzasadnienie..., VIII kadencja, druk sejm. nr 3624, s. 3.

⁸⁶ Uzasadnienie..., VIII kadencja, druk sejm. nr 3624, s. 3.

wydatków, które wiążą się z zakończoną już procedurą zamówień publicznych i stanowią zapłatę za wykonaną dostawę, usługę lub robotę budowlaną.

Odnosząc się do zakresu regulacji zawartych w nowym Prawie zamówień publicznych, należy zauważyć, że – po pierwsze – „uwzględnia wdrożone wcześniej do polskiego porządku prawnego akty prawa unijnego, w tym dyrektywę klasyczną, dyrektywę sektorową, dyrektywę obronną oraz dyrektywy odwoławcze. Większość przepisów dyrektyw to przepisy wymagające obowiązkowego wdrożenia przez państwa członkowskie UE, przez co wszelkie nowe rozwiązania wprowadzane do rynku zamówień muszą mieścić się w granicach prawa unijnego określonych postanowieniami dyrektyw”⁸⁷. Po drugie, w ustawie, co podkreślono w uzasadnieniu jej projektu, zawarto regulacje o kluczowym znaczeniu uwzględniające oczekiwania podmiotów publicznych, jak też wykonawców. Rozwiązania te, pomijając szczegółowe propozycje w tym zakresie, obejmują wprowadzenie podstawy prawnej do stworzenia polityki zakupowej państwa będącej narzędziem do realizacji polityki gospodarczej państwa. Opowiedziano się za zwiększeniem roli planowania w zamówieniach publicznych i uproszczeniem – po pierwsze – zasad podmiotowej kwalifikacji wykonawców i – po drugie – procedur w postępowaniach powyżej i poniżej progów unijnych. W odniesieniu do problematyki umów podkreślono konieczność zrównoważenia pozycji stron w umowach w sprawie zamówienia publicznego oraz potrzebę wprowadzenia obowiązku ewaluacji realizacji umowy. Za ważne zagadnienie uznano zniesienie odpowiedzialności solidarnej wykonawców w trybie partnerstwa innowacyjnego, a także wprowadzenie obowiązku stosowania zaliczek lub częściowych płatności w umowach powyżej 12 miesięcy. Stosowanie zaliczek ma fundamentalne znaczenie w kontekście prawidłowego procesu działalności gospodarczej przedsiębiorców. Płynność finansowa wykonawców jest gwarantem prawidłowej realizacji zamówienia publicznego. Ostatnim z zagadnień, które uznano za niezbędne w nowym Prawie zamówień publicznych, była poprawa procesu weryfikacji prawidłowości przeprowadzanych postępowań. Wskazano na konieczność usprawnienia postępowania skargowego na orzeczenia KIO, wprowadzenia nowego rozwiązania mającego na celu pozasądowe rozwiązywanie sporów, usprawnienia systemu kontroli udzielania zamówień publicznych oraz wzmocnienia roli Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w przygotowywaniu i propagowaniu dobrych praktyk i wzorców dokumentów, niewątpliwie pomocnych nie tylko dla zamawiających, ale i wykonawców⁸⁸.

W związku z powyższym można więc wskazać dwie zasadnicze płaszczyzny, w obszarze których zlokalizowane zostały zamierzone i oczekiwane przez ustawodawcę cele nowego Prawa zamówień publicznych. Pierwsze odnoszą się do zagadnień, które nazwę aktywnym stymulowaniem gospodarki poprzez właściwie zaplanowane zamówienia zarówno pod względem przedmiotu, jak i terminu realizacji. Drugie określe jako odnoszące się do sprawności i przejrzystości postępowania o zamówienie publiczne. Pierwsze oscy-

⁸⁷ Uzasadnienie..., VIII kadencja, druk sejm. nr 3624, s. 5.

⁸⁸ Uzasadnienie..., VIII kadencja, druk sejm. nr 3624, s. 6–7.

lują wokół zagadnień związanych z kształtowaniem polityki państwa mającej na celu zapobieganie wykluczeniu społecznemu i gospodarczemu oraz zapewnieniu stałego wzrostu gospodarczego Polski poprzez aktywizowanie wykonawców na rynku zamówień publicznych. Wiąże się to z ograniczeniem liczby zamówień udzielonych poza systemem zamówień publicznych. Procesem zachęcającym do udziału wykonawców w procesie zamówień publicznych ma być zwiększenie liczby postępowań przeprowadzonych w trybach negocjacyjnych oraz zwiększenie liczby przeprowadzonych wstępnych konsultacji rynkowych. Oczekiwaniem ustawodawcy w tym zakresie jest zwiększenie liczby ofert składanych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, a tym samym zwiększenie udziału MŚP w postępowaniach o zamówienie publiczne. Usprawnienie procesu zamówień publicznych w nowym Prawie zamówień publicznych ma również na celu ograniczenie liczby upadłości przedsiębiorstw w trakcie realizacji zamówienia publicznego. Druga płaszczyzna oczekiwań ustawodawcy, która ma być rezultatem stosowania przepisów Prawa zamówień publicznych, odnosi się do ujednoczenia orzecznictwa KIO i sądów powszechnych dotyczącego zamówień publicznych oraz zmniejszenia liczby sporów sądowych dotyczących zamówień publicznych. Niewątpliwie również oczekiwane jest zwiększenie efektywności kontroli zamówień publicznych. Kontrola procesu zamówień publicznych przyczyni się do zwiększenia profesjonalizmu i wypracowania prawidłowych praktyk w tym obszarze. Będzie to z korzyścią nie tylko dla procesu zamówień publicznych, ale przede wszystkim dla wszystkich uczestników rynku zamówień publicznych. Dążenie do ujednoczenia orzecznictwa w zakresie problematyki zamówień publicznych stanowi klucz do ograniczenia sporów na rynku zamówień publicznych. Współcześni wykonawcy są coraz bardziej świadomi pod względem prawnym i proceduralnym, jeśli chodzi o przepisy Prawa zamówień publicznych. Są również profesjonalistami w swoich dziedzinach, doskonale orientując się w zagadnieniach merytorycznych będących przedmiotem zamówienia. Te czynniki spowodują, że wykonawcy przy założeniu osiągnięcia efektu jednolitej linii orzeczniczej, która w zasadniczej większości odnosi się do spraw, jeśli nie powtarzalnych, to podobnych, będą w stanie profesjonalnie ocenić zasadność uruchomienia procedur odwoławczych związanych z procesem zamówień publicznych⁸⁹.

Celem Prawa zamówień publicznych jest również uporządkowanie przepisów i zwiększenie ich przejrzystości, co wydaje się niezbędne przy tak obszernym akcie prawnym. Warto zwrócić uwagę na kilka zagadnień, które albo wcześniej nie były uregulowane ustawą, albo regulacja ich była tylko fragmentaryczna. Przykładem może być wprowadzenie do ustawy nowych instytucji i rozwiązań. W myśl przepisów Prawa zamówień publicznych zamówienia publiczne mają być udzielane zgodnie z zasadą efektywności ekonomicznej zamówienia. Zamawiający ma obowiązek udzielania zamówień w sposób zapewniający najlepszą jakość przedmiotu zamówienia, uwzględniając budżet, jaki przeznaczył na realizację zamówienia, przy jednoczesnym osiągnięciu najlepszych efektów związanych z przedmiotem zamówienia na płaszczyźnie społecznej, środowiskowej oraz

⁸⁹ Uzasadnienie..., VIII kadencja, druk sejm. nr 3624.

gospodarczej (por. art. 17 p.z.p.). Na podstawie przepisów rozdziału 3 p.z.p. „Polityka zakupowa państwa oraz plan postępowań o udzielenie zamówień” wprowadzone zostało planowanie zamówień. Minister właściwy do spraw gospodarki przygotowuje i koordynuje czteroletni projekt polityki zakupowej państwa (por. art. 21 p.z.p.). Zamawiający na zasadach i w terminach wskazanych w Prawie zamówień publicznych sporządzają plany postępowań o udzielenie zamówień (por. art. 23 p.z.p.). Zgodnie z przepisami nowego Prawa zamówień publicznych zamawiający przed wszczęciem postępowań o udzielenie zamówień publicznych mają obowiązek, biorąc pod uwagę przedmiot zamówienia, dokonania analizy potrzeb i wymagań (por. art. 83 p.z.p.). Analiza ta ma m.in. na celu dokładne rozeznanie rynku z uwagi na istniejące zróżnicowania technologii i sposobów realizacji zamówienia oraz możliwość wykorzystania w procesie realizacji zamówienia zasobów własnych. Świadczy to niewątpliwie o podejściu poszerzającym zakres i pojęcie racjonalnego gospodarowania środkami publicznymi. Ustawodawca wprowadził w nowym Prawie zamówień publicznych również instytucję podmiotowych i przedmiotowych środków dowodowych służących weryfikacji wykonawców pod względem ich wiarygodności i kompetencji. Pierwsze służą potwierdzeniu braku podstaw wykluczenia, spełniania warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji (por. art. 124 i n. p.z.p.), drugie – potwierdzeniu zgodności oferowanych dostaw, usług lub robót budowlanych z wymaganiami, cechami lub kryteriami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia lub opisie kryteriów oceny ofert, lub wymaganiami związanymi z realizacją zamówienia (por. art. 7 pkt 20 p.z.p.). W Prawie zamówień publicznych ustawodawca w odniesieniu do dokumentów zamówienia w miejsce dotychczasowej specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) wprowadził specyfikację warunków zamówienia (SWZ) (por. art. 134 p.z.p.). Zmiana ta jest kluczowa, z literalnego brzmienia nazwy tej specyfikacji wynika bowiem, że zamawiający na podstawie nowego Prawa zamówień publicznych ma obowiązek określenia w specyfikacji wszystkich warunków zamówienia, a nie – jak w przypadku SIWZ – tylko istotnych. Te swoiste niedomówienia i pominięcia w dokumentacji przetargowej sporządzanej na podstawie Prawa zamówień publicznych z 2004 r. były częstym problemem na etapie realizacji i odbioru przedmiotu zamówienia. W postępowaniach o udzielenie zamówienia klasycznego o wartości mniejszej niż progi unijne wprowadzony został tryb podstawowy, w którym zamawiający udziela zamówienia wykonawcom, którzy w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu złożyli swoje oferty. W tym trybie zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę bez przeprowadzenia negocjacji albo może prowadzić negocjacje w celu ulepszenia treści ofert, które podlegają ocenie w ramach kryteriów oceny ofert (o ile przewidział taką możliwość), a po zakończeniu negocjacji zamawiający zaprasza wykonawców do składania ofert dodatkowych albo prowadzi negocjacje w celu ulepszenia treści ofert, a po zakończeniu negocjacji zaprasza wykonawców do składania ofert ostatecznych (por. art. 275 p.z.p.). Na zamawiających zamierzających udzielić zamówienia na usługi projektowania architektonicznego lub projektowania architektoniczno-budowlanego ustawodawca nałożył obowiązek uprzedniego przeprowadzania konkursu (por. art. 325 p.z.p.). Jest to istotna nowość dotycząca regulacji prawnej, która umożliwi zamawiającym świadome podjęcie

decyzji co do wyboru najlepszych rozwiązań architektonicznych i budowlanych. W przepisach dotyczących umów w sprawie zamówień publicznych (dotyczących zarówno treści umowy, jak i jej wykonania) ustawodawca wprowadził w sytuacjach wskazanych w ustawie obowiązek sporządzania przez zamawiającego raportu z realizacji zamówienia, który zawiera między innymi ocenę sposobu wykonania zamówienia, w tym jakości jego wykonania, oraz wnioski co do ewentualnej zmiany sposobu realizacji przyszłych zamówień lub określenia przedmiotu zamówienia, z uwzględnieniem celowości, gospodarności i efektywności wydatkowania środków publicznych (por. art. 446 p.z.p.). Uregulowanie to jest o tyle istotne, że może wydatnie pomóc w wyeliminowaniu z rynku zamówień publicznych wykonawców nierzetelnych i niekompetentnych. Stanowiąc będzie również uzupełnienie dotychczasowych, często lakonicznych, referencji wystawianych wykonawcom przez zamawiających. Raport taki niewątpliwie będzie formą kontroli zamawiającego pod względem prawidłowości przygotowania postępowania o zamówienie publiczne, szczególnie w odniesieniu do treści SWZ i rzetelności weryfikowania przez niego procesu realizacji zamówienia. Analiza taka dostępna zamawiającym może być pomocnym narzędziem umożliwiającym eliminowanie ewentualnych wad postępowania o zamówienie publiczne już na etapie opracowywania dokumentacji postępowania. Z uwagi na szerszy niż w Prawie zamówień publicznych z 2004 r. zakres obowiązków Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych (por. art. 469 p.z.p.) utworzony został Komitet do spraw kontroli w zamówieniach publicznych, organ doradczy ministra właściwego do spraw gospodarki, który poprzez realizację ustawowych zadań (por. art. 494 p.z.p.) może być ważnym wsparciem Prezesa w realizacji ustawowych zadań i obowiązków⁹⁰. W odniesieniu do zagadnień związanych ze sporami powstałymi w trakcie realizacji zamówienia publicznego wprowadzone zostało pozasądowe rozwiązywanie sporów, które powinno w przypadkach wskazanych w przepisach ustawy poprzedzać postępowanie sądowe (por. art. 593 p.z.p.). W odniesieniu do kontroli zamówień publicznych należy zauważyć, że ta forma weryfikacji prawidłowości przeprowadzanych postępowań uregulowana w Prawie zamówień publicznych ma na celu nie tylko ocenę zrealizowanych zamówień, ale również kontrolę przed zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego (kontrola uprzednia) (por. art. 613 i n. p.z.p.)⁹¹.

W związku z koniecznością wprowadzenia zmian do Prawa zamówień publicznych jeszcze w okresie jego *vacatio legis* zostało ono nowelizowane. W nowelizacji z 27.11.2020 r. wprowadzono uregulowania prawne dostosowujące przepisy nowego Prawa zamówień publicznych do wymogów dyrektyw unijnych⁹². Należy podkreślić, że ustawa nowelizująca poza dyrektywami wdrożonymi już Prawem zamówień publicznych dodatkowo implementowała dyrektywę 2014/23/UE w sprawie udzielania koncesji.

⁹⁰ Zob. K. Kiczka, *Niepomijalność Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w zamówieniach publicznych* [w:] *Niepomijalność administracji publicznej*, red. T. Kocowski, J. Korczak, P. Lisowski, Wrocław 2020, s. 120 i n.

⁹¹ Por. uzasadnienie..., VIII kadencja, druk sejm. nr 3624.

⁹² Implementacja objęła następujące dyrektywy: 1) dyrektywę 2014/23/UE; 2) dyrektywę 2014/24/UE; 3) dyrektywę 2014/25/UE; 4) dyrektywę 2009/81/WE.

W uzasadnieniu do nowelizacji z 27.11.2020 r. po raz kolejny podkreślono, że zamówienia publiczne i umowy koncesji na roboty budowlane lub usługi są postrzegane jako „jeden z instrumentów rynkowych służących osiągnięciu inteligentnego i trwałego wzrostu gospodarczego sprzyjającego włączeniu społecznemu, przy jednoczesnym zagwarantowaniu efektywnego wydatkowania środków publicznych”⁹³. Jak podkreślono: „Zmiana nowej ustawy Pzp jest natomiast efektem analizy jej przepisów w okresie ich *vacatio legis* oraz powstałej w jej wyniku potrzeby doprecyzowania brzmienia poszczególnych jej przepisów, w celu usunięcia wątpliwości interpretacyjnych, jakie mogą powstać w związku z ich stosowaniem, tak aby w jak najlepszym stopniu odzwierciedlić regulacje unijnych dyrektyw w sprawie zamówień publicznych”⁹⁴.

W uzasadnieniu do projektu nowelizacji z 27.11.2020 r. zwrócono uwagę, że: „Mając świadomość odpowiedzialności jaką za sobą niesie wejście w życie z dniem 1 stycznia 2021 r. nowej ustawy Pzp, projektodawcy tej ustawy nie poprzestali jedynie na pracach związanych z przygotowaniem nowych aktów wykonawczych. Niezwłocznie po ogłoszeniu w Dzienniku Ustaw Rzeczypospolitej Polskiej nowej ustawy Pzp przystąpiono do szeregu analiz przepisów pod kątem ich praktycznego zastosowania w przyszłości. Ponadto zorganizowane zostały konferencje i warsztaty szkoleniowe, podczas których wymieniano spostrzeżenia na temat przyszłego zastosowania nowych regulacji w praktyce”⁹⁵. Świadczy to niewątpliwie o świadomości ustawodawcy na temat istotnego znaczenia edukacji, popularyzacji zmian i współdziałania z praktyką stosowania prawa w dziedzinie zamówień publicznych.

Można przyjąć, że zmiany do Prawa zamówień publicznych są efektem – nazwę je – wtórnych konsultacji i analiz. W uzasadnieniu do projektu ustawy nowelizującej podkreślono, że zawiera ona również szereg uwag i sugestii zgłaszanych na etapie uzgodnień, konsultacji publicznych i opiniowania. Przepisy nowelizacji z 27.11.2020 r. dokonały również zmian w ustawie o partnerstwie publiczno-prywatnym oraz w ustawie o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi.

Zmiany wprowadzone nowelizacją z 27.11.2020 r. można podzielić na dostosowujące i zmieniające. Wynikają one z treści uzasadnienia do projektu nowelizacji. Pierwsze polegają na doprecyzowaniu przepisów, tak aby ich brzmienie wiernie i w pełni wdrażało przepisy dyrektyw w sprawie zamówień publicznych, drugie – na poprawieniu wewnętrznych odesłań lub doprecyzowaniu regulacji Prawa zamówień publicznych. Zasadniczo zmiany wprowadzone przepisami nowelizacji z 27.11.2020 r. odnoszą się do przepisów dotyczących umów w sprawie zamówienia publicznego oraz doprecyzowują i uzupełniają brzmienie przepisów dotyczących Krajowej Izby Odwoławczej. Co

⁹³ Uzasadnienie rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi oraz niektórych innych ustaw, IX kadencja, druk sejm. nr 765, s. 3.

⁹⁴ Uzasadnienie..., IX kadencja, druk sejm. nr 765, s. 4.

⁹⁵ Uzasadnienie..., IX kadencja, druk sejm. nr 765, s. 16.

ważne, podkreślono w uzasadnieniu „quasi-sądowy charakter KIO” oraz wprowadzono porządkujące i uzupełniające zmiany w zakresie przepisów odnoszących się do środków ochrony prawnej⁹⁶.

Z zasadniczymi przepisami dotyczącymi zamówień publicznych powiązane systemowo były i są również inne akty prawne, mające bezpośredni lub pośredni związek z zamówieniami publicznymi. Są to przede wszystkim ustawa z 19.12.2008 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym i ustawa z 21.10.2016 r. o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi. Przepisy tych aktów prawnych odgrywają istotną rolę na płaszczyźnie współpracy sektora publicznego z sektorem prywatnym w zakresie realizacji zadań publicznych i w połączeniu z przepisami dotyczącymi zasad udzielania zamówień publicznych uregulowanymi w Prawie zamówień publicznych składają się na system zamówień publicznych w Polsce⁹⁷. Potwierdza to w sposób pośredni m.in. również to, że w jednym akcie prawnym uregulowane zostały zmiany do Prawa zamówień publicznych, ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym i ustawy o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi. Na marginesie zasadniczych rozważań należy więc zwrócić uwagę, że obecny etap ewolucji zamówień publicznych postrzegać można w szerszym kontekście systemowym (tj. nie tylko w odniesieniu do zmian Prawa zamówień publicznych, ale również zmian regulacji powiązanych z nim systemowo).

1.5. Podsumowanie

Zamykając całość rozważań na temat ewolucji zamówień publicznych w Polsce, stwierdzić należy, że był to proces złożony, determinowany okolicznościami politycznymi, gospodarczymi i społecznymi kolejnych etapów historii Polski. Aktualny stan prawny w tym zakresie kształtuje dorobek prawny minionych okresów, ale przede wszystkim wyzwania współczesności. Mając na względzie: okoliczności powstawania kolejnych regulacji po roku 1990 oraz przyjmowane w tym zakresie wzorce (ustawa o zamówieniach publicznych wzorowana była na regulacjach obowiązujących w II Rzeczypospolitej), adaptację do polskiego systemu prawnego rozwiązań proponowanych przez konsultantów zagranicznych (czerpanie z doświadczeń praktyki światowej poprzez np. zlecenie opracowania projektu ustawy zagranicznej kancelarii prawnej), jak również konsekwentną implementację prawa Unii Europejskiej (zarówno w ustawie o zamówieniach publicznych, jak i kolejnych: Prawie zamówień publicznych z 2004 r. i Prawie zamówień publicznych z 2019 r.), stwierdzić należy, że współczesne prawo zamówień publicznych poza własną tradycją w tym zakresie zostało ukształtowane również przez europejską kulturę prawną, a także czerpie z doświadczeń światowych. Tak szeroki zakres dotychczasowych wpływów na współczesne polskie prawo zamówień publicznych w połączeniu z rozwiązaniami prawnymi przyjętymi w Prawie zamówień publicznych oraz

⁹⁶ Uzasadnienie..., IX kadencja, druk sejm. nr 765, s. 23.

⁹⁷ Na temat systemu zamówień publicznych w Polsce zob. A. Panasiuk, *System..., passim*.

deklarowanymi przez ustawodawcę jego celami kreują nowy etap ewolucji tego prawa. Jego realia stawiają wobec zamawiających liczne wyzwania związane z profesjonalnym wydatkowaniem środków publicznych na cele publiczne, ale – co również ważne – z równoczesną realizacją założeń polityki społecznej, środowiskowej i gospodarczej oraz podejmowaniem działań w celu krzewienia wśród wykonawców kultury prawnej, wdrażania i przestrzegania obowiązującego prawa również w obszarach niezwiązanych w sposób bezpośredni z przedmiotem zamówienia publicznego.

Rozdział 2

ZASADY ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

Wojciech Gonet

2.1. Wprowadzenie

Zamówienia publiczne prowadzą do wydatkowania środków publicznych, którymi gospodarowanie określa ustawa o finansach publicznych. Zasady udzielania zamówień publicznych należy rozpatrywać łącznie z zasadami ponoszenia wydatków publicznych. W tym celu w niniejszym rozdziale omówiono zasady ponoszenia wydatków publicznych, zasady udzielania zamówień publicznych wynikające z prawa UE, orzecznictwo, które ukształtowało zasady udzielania zamówień publicznych.

2.2. Uwarunkowania wydatkowania środków publicznych

Przepis art. 44 ust. 3–4 u.f.p. stanowi, że wydatki publiczne powinny być dokonywane:

- 1) w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem zasad: uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów, 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
- a jednostki sektora finansów publicznych 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.

W trakcie wykonywania budżetów państwa czy j.s.t. obowiązuje zasada, że zlecenie zadań powinno następować na zasadzie wyboru najkorzystniejszej oferty, z uwzględnieniem przepisów o zamówieniach publicznych (art. 254 pkt 4 u.f.p.), o partnerstwie publiczno-prywatnym oraz o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi (art. 162 pkt 4 u.f.p.). Z powołanych przepisów ustawy o finansach publicznych wynika, że

zamówienia publiczne, PPP, umowa o koncesję na roboty budowlane lub usługi mają przyczynić się do celowego, oszczędnego ponoszenia wydatków na realizację zadań publicznych. Wykonywanie zadań przez SP, j.s.t. ma prowadzić do osiągnięcia jak najlepszych efektów z danych nakładów. Przepis art. 44 ust. 3 u.f.p. wskazuje zasady obowiązujące przy dokonywaniu wydatków, które muszą być spełnione łącznie¹. Są to²:

- 1) celowość – powiązana z zasadą słuszności, wydatek będzie traktowany jako celowy, jeżeli jego poniesienie jest niezbędne do wykonania zadania publicznego;
- 2) oszczędność – obniżenie w możliwym stopniu wydatków koniecznych na realizację zadania z zastrzeżeniem granicy, gdy przełożyłoby się to na spadek jakości działalności;
- 3) skuteczność – optymalny dobór środków i metod do realizacji konkretnego celu;
- 4) efektywność – uzyskanie najlepszych wyników w związku z ponoszonymi nakładami;
- 5) terminowość – ponoszenie wydatków w określonych terminach; konsekwencją braku terminowości jest konieczność zapłaty odsetek od zobowiązań przeterminowanych.

Wydatki SP, j.s.t., j.s.f.p. ponoszone są na podstawie odpowiednio ustawy budżetowej, uchwały budżetowej, planu finansowego. Dokonanie wydatków przez te podmioty wymaga wcześniejszego ich zaplanowania. Ustawodawca nie wskazuje, która z ww. zasad dokonywania wydatków publicznych jest ważniejsza, a które są mniej istotne. Nie można przyjąć, że najważniejszym kryterium jest oszczędność. Dotyczy to w szczególności wydatków inwestycyjnych na tworzenie nowej infrastruktury publicznej, jej odtworzenie (remont), renowację lub zakup usług mających wpływ na sprawność wykonywanych zadań publicznych. Jednostki sektora finansów publicznych nie mogą przeznaczyć na wydatki związane z zamówieniami publicznymi większych kwot, niż zostały zaplanowane w budżecie lub w planie finansowym. Ta zasada bywa trudnością przy realizacji zadań publicznych przez SP, j.s.t., gdyż budżet SP, j.s.t. lub plan finansowy j.s.f.p. zwykle przygotowuje się przed rozpoczęciem nowego roku budżetowego, a w nowym roku może nastąpić zmiana stosunków gospodarczych, w wyniku której rynek zamówień publicznych stanie się rynkiem wykonawców. Dzieje się tak np. w przypadkach, gdy j.s.f.p. mają w danym roku do wydania znaczne kwoty środków z UE, a liczba wykonawców nie wzrasta istotnie. Wykonawcy świadomi konieczności wydatkowania przez j.s.f.p. i inne podmioty środków UE, tj. poniesienia wydatków w roku budżetowym, składają oferty przewyższające wysokość kwot zaplanowanych na dane zadanie w budżecie lub planie finansowym, którą można odczytać z opublikowanych: ustawy budżetowej, uchwały budżetowej j.s.t., planu finansowego j.s.f.p. Zamawiający, najpóźniej przed otwarciem ofert, udostępnia na stronie internetowej prowadzonego postępowania informację o kwocie, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia (art. 222

¹ M. Ciałak [w:] *Ustawa o finansach publicznych. Komentarz*, red. Z. Ofiarski, Warszawa 2019, s. 331.

² K. Kleszczowski [w:] *Ustawa o finansach publicznych. Komentarz prawno-finansowy*, red. H. Dzwonkowski, G. Gołębiowski, Warszawa 2014, LEX, art. 44.

ust. 4 p.z.p.). Gdy pierwszy przetarg zostanie unieważniony, oferenci w drugim przetargu na to samo zadanie znają już kwotę, jaką zamawiający chce przeznaczyć na realizację zadania. Gdy składana jest jedna lub dwie oferty w odpowiedzi na ogłoszenie o udzieleniu zamówienia publicznego, o zbliżonej cenie, przewyższające kwotę zaplanowaną na realizację przedmiotowego zadania, zamawiający będący j.s.f.p. może zostać zmuszony do unieważnienia postępowania przetargowego. Zwiększenie wydatków w budżecie lub planie finansowym może okazać się niemożliwe ze względu na ograniczenia przenoszenia wydatków pomiędzy poszczególnymi działami klasyfikacji budżetowej. W takich przypadkach j.s.f.p. mogą odstąpić od realizacji zadania publicznego, ograniczyć jego zakres albo przełożyć jego realizację na kolejny rok, planując na ten cel większe środki finansowe. Łatwiej jest zwiększyć wydatki na realizację zadania w procedurze zamówień publicznych spółkom kapitałowym, w których SP lub j.s.t. mają więcej niż połowę akcji lub udziałów, gdyż nie działają one na podstawie planu finansowego. Oszczędności w ponoszeniu wydatków publicznych, do których ma się przyczynić stosowanie ustawy o zamówieniach publicznych, nie można utożsamiać z ograniczeniem wykonywania zadań publicznych i zaniechaniem ponoszenia wydatków. Byłoby to zaprzeczenie funkcji, do jakich są powołane j.s.f.p. i podmioty z nimi powiązane organizacyjnie lub finansowo (art. 4 pkt 3 lit. a p.z.p.), np. spółki kapitałowe. W wyniku skrajnych oszczędności beneficjenci otrzymywaliby minimalny zakres świadczeń publicznych lub nie otrzymywaliby ich wcale, gdyż nie ponoszono by prawie żadnych wydatków publicznych.

Funkcjonalność, trwałość, niezawodność powstałej w wyniku zamówień publicznych infrastruktury oraz świadczonych usług są cechami, które wpisują się w celowość, skuteczność, efektywność ponoszenia wydatków publicznych. Bywa, że paradygmat ponoszenia jak najniższych wydatków przez j.s.f.p. prowadzi do efektów odwrotnych – tania wytworzona infrastruktura po okresach gwarancji, rękojmi wymaga ponoszenia wydatków odtworzeniowych. Nie zawsze w okresie obowiązywania gwarancji, rękojmi uda się zmusić wykonawcę do przeprowadzenia niezbędnych poprawek, napraw, gdyż może się zdarzyć, że zostanie on zlikwidowany lub ogłoszona zostanie jego upadłość, w następstwie której zostanie zlikwidowany. W takich przypadkach j.s.f.p. będzie zmuszona ponieść dodatkowe wydatki na doprowadzenie do stanu umożliwiającego korzystanie z infrastruktury lub świadczenia usług publicznych. Łączne wydatki mogą okazać się w takich przypadkach większe, niż gdyby przy wyborze sposobu realizacji zadania publicznego i jego wykonawcy decydujące było inne kryterium niż najniższa cena.

Przepis art. 5 p.z.p. stanowi, że przedsiębiorcy sektorowi z branż: gospodarki wodnej, energii elektrycznej, gazu, energii cieplnej, usług transportowych itp. mają obowiązek stosować przepisy Prawa zamówień publicznych. Do przedmiotowego obowiązku mają również stosować się podmioty, które otrzymały środki publiczne na konkretne zamówienie w ponad 50% wartości udzielanego przez ten podmiot zamówienia, podlegające

rozliczeniu w ramach wsparcia realizacji konkretnego przedsięwzięcia³, oraz gdy wartość zamówienia jest równa lub przekracza progi unijne, a przedmiotem zamówienia są m.in. roboty budowlane budowy szpitali, obiektów sportowych, rekreacyjnych lub wypoczynkowych, budynków szkolnych, budynków szkół wyższych lub budynków wykorzystywanych przez administrację publiczną lub usługi związane z takimi robotami budowlanymi (art. 6 p.z.p.). Podmioty wymienione w art. 5 i 6 p.z.p., mające obowiązek stosować zamówienia publiczne, są jednostkami organizacyjnymi, podmiotami gospodarczymi (przedsiębiorcami), o których mowa w art. 2 ust. 3 u.NIK, gdy wykorzystują majątek, środki państwowe lub komunalne oraz wywiązują się z zobowiązań finansowych na rzecz państwa poprzez np.: wykonywanie zadań zleconych lub powierzonych przez państwo, samorząd terytorialny, wykonywanie zamówień publicznych na rzecz państwa lub samorządu terytorialnego, organizowanie lub wykonywanie prac interwencyjnych albo robót publicznych, działanie z udziałem państwa lub samorządu terytorialnego, korzystanie z mienia państwowego lub samorządowego, w tym także ze środków przyznanych na podstawie umów międzynarodowych.

Kontrola sprawowana przez NIK przeprowadzana jest na podstawie kryterium:

- legalności, gospodarności i rzetelności wobec j.s.t. (art. 5 ust. 2 u.NIK);
- legalności i gospodarności wobec podmiotów wymienionych w art. 2 ust. 3 u.NIK, którymi mogą być jednostki wymienione w art. 5 i 6 p.z.p.;
- legalności, gospodarności, celowości i rzetelności wobec pozostałych podmiotów, tj. j.s.f.p. (art. 5 ust. 1 u.NIK).

Kontrola w zakresie zamówień publicznych sprawowana przez RIO wobec: j.s.t., związków metropolitalnych, związków międzygminnych, stowarzyszeń gmin, stowarzyszeń gmin i powiatów, związków powiatów, związków powiatowo-gminnych, stowarzyszeń powiatów, samorządowych jednostek organizacyjnych, w tym samorządowych osób prawnych, innych podmiotów, w zakresie wykorzystywania przez nie dotacji przyznawanych z budżetów jednostek samorządu terytorialnego, sprawowana jest na podstawie kryterium zgodności z prawem i zgodności dokumentacji ze stanem faktycznym (art. 5 ust. 1 w zw. z art. 1 ust. 2 u.RIO).

Zakres kontroli udzielania zamówień publicznych sprawowanych przez NIK, RIO i Prezesa UZP (art. 603 ust. 1 p.z.p.) jest zbieżny w zakresie zgodności z prawem udzielenia zamówienia, gdyż zwrot ten jest synonimem legalności. Kryterium gospodarności w kontroli zamówień publicznych udzielanych przez j.s.f.p., j.s.t., podmioty wymienione w art. 5 i 6 p.z.p. ma obowiązek stosować tylko NIK. Termin „gospodarność” oznacza „umiejętność dobrego gospodarowania, zarządzania czymś; umiejętne, oszczędne

³ A. Gawrońska-Baran [w:] A. Gawrońska-Baran, E. Wiktorowska, A. Wiktorowski, P. Wójcik, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, LEX 2021, art. 6.

gospodarowanie”⁴, „oszczędny; zapobiegliwy; zaradny”⁵, „oszczędność, racjonalność, zapobiegliwość, zaradność, skrzętność”⁶. Analiza kontrolowanej przez NIK działalności pod względem gospodarności dotyczy wskazania, czy pieniądze wykorzystywane były oszczędnie i wydajnie, a nakłady były proporcjonalne do uzyskanych efektów⁷. Najwyższa Izba Kontroli bada wszystkie obszary działalności kontrolowanych podmiotów, w które zaangażowane są publiczne pieniądze lub majątek publiczny, sprawdza też, czy instytucje publiczne wykonują swoje zadania w sposób skuteczny, wydajny i oszczędny⁸.

Jednostki sektora finansów publicznych mają ponosić wydatki z zachowaniem zasad: celowości, oszczędności, skuteczności, efektywności, terminowości (art. 44 ust. 3 u.f.p.), wykorzystując do tego celu prawo zamówień publicznych. Kontrola sprawowana przez NIK w zakresie udzielania zamówień publicznych przez j.s.f.p. dotyczy kryterium gospodarności, które jest szerszym pojęciem niż oszczędność. Jednostki sektora finansów publicznych nie mogą kierować się w zakresie ponoszenia wydatków tylko kryterium oszczędności, gdyż muszą jeszcze uwzględnić zasadę celowości, skuteczności, efektywności, terminowości. Kontrola sprawowana przez NIK udzielania zamówień publicznych przez j.s.f.p. w zakresie gospodarności obejmuje oprócz oszczędności także racjonalność, zapobiegliwość, zaradność. Racjonalność dokonywania wydatków publicznych najściślej odpowiada celowości, skuteczności, efektywności, terminowości i oszczędności, o których mowa w art. 44 ust. 3 u.f.p. Najwyższa Izba Kontroli, dokonując weryfikacji udzielania zamówień publicznych przez j.s.f.p. służących wydatkowaniu środków publicznych pod względem kryterium gospodarności nie może kierować się jedynie zasadą oszczędności, gdyż nie jest to jedyne kryterium ponoszenia wydatków publicznych. W ramach kontroli ponoszenia wydatków publicznych z wykorzystaniem prawa zamówień publicznych, PPP, koncesji na roboty budowlane lub usługi, kierując się kryterium gospodarności, NIK powinien zweryfikować, czy w następstwie udzielonego zamówienia publicznego wydatki były poniesione w sposób racjonalny, tzn. udzielone zamówienie było zasadne w danym przypadku, zapobiegliwe, gdy miało zapobiec w przyszłości stratom lub przyczynić się do realizacji zadań publicznych w przyszłości, a wysokość wydatków była adekwatna do uzyskanej jakości, trwałości i niezawodności. Oszczędność nie jest wyłącznym synonimem kryterium gospodarności w zakresie kontroli, jaką sprawuje NIK, dotyczącej udzielania zamówień publicznych. Racjonalność ponoszenia wydatków publicznych jest lepszym kryterium, gdyż przyczynia się do bardziej właściwego wydatkowania środków publicznych. Oszczędne ponoszenie wydatków publicznych nie oznacza, że jest to właściwy kierunek, gdyż może doprowadzić do strat na skutek wytworzenia taniej infrastruktury, która nie będzie wykorzystywana w efektywny sposób w określonym terminie funkcjonalności obiektu lub usługi. Niestety,

⁴ <https://sjp.pwn.pl/doroszewski/gospodarnosc;5431143.html> (dostęp: 7.07.2021 r.).

⁵ <https://dobryslownik.pl/slowo/gospodarny/15346/> (dostęp: 7.07.2021 r.).

⁶ <https://www.synonimy.pl/synonim/gospodarno%C5%9B%C4%87/> (dostęp: 7.07.2021 r.).

⁷ <https://www.nik.gov.pl/aktualnosci/kryteria-kontroli-nik.html> (dostęp: 7.07.2021 r.).

⁸ Wyrok WSA w Warszawie z 21.03.2018 r., V SA/Wa 194/18, LEX nr 2560752.

jest to najłatwiejsze do kontroli kryterium ponoszenia wydatków publicznych i często jedynie stosowane przez zamawiających.

2.3. Zasady zamówień publicznych w prawie Unii Europejskiej

2.3.1. Równe traktowanie ubiegających się o udzielenie zamówienia

Przepisy art. 18 dyrektywy 2014/24/UE oraz art. 36 dyrektywy 2014/25/UE stanowią, że podmioty zamawiające zapewniają równe i niedyskryminacyjne traktowanie wykonawców oraz działają w sposób przejrzysty i proporcjonalny. Zamówień publicznych nie organizuje się w sposób mający na celu wyłączenie zamówienia z zakresu zastosowania ww. dyrektyw lub dążący do sztucznego zawężenia konkurencji. Konkurencja została sztucznie zawężona, gdy zamówienie zorganizowano z zamiarem nieuzasadnionego działania na korzyść lub niekorzyść niektórych wykonawców. Państwa członkowskie podejmują działania 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 w przepisach międzynarodowego prawa ochrony środowiska, międzynarodowego prawa socjalnego i międzynarodowego prawa pracy wymienionych w załączniku X do dyrektywy 2014/24/UE oraz załączniku XIV do dyrektywy 2014/25/UE.

Zasada równego traktowania wiąże się z koniecznością zapewnienia uczciwej konkurencji, przejrzystości procedur przetargowych⁹. Przepisy art. 18 dyrektywy 2014/24/UE i art. 36 dyrektywy 2014/25/UE nakazują zamawiającym nie tylko niedyskryminacyjne, lecz także równe traktowanie wszystkich wykonawców. Konieczność równego traktowania ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego wynika z art. 18 TFUE, zakazującego wszelkiej dyskryminacji ze względu na przynależność państwową, a cudzoziemcy pochodzący z terytorium UE nie mogą być traktowani gorzej niż obywatele danego państwa członkowskiego i odwrotnie¹⁰. Dyskryminacja w prawie zamówień publicznych kraju członkowskiego ma miejsce wtedy, gdy nakazuje podmiotom zamawiającym udzielenie określonego ułamka zamówień przedsiębiorcom krajowym lub nakłada obowiązek stosowania preferencji krajowych¹¹. Przepis art. 18 TFUE zakazuje dyskryminacji pośredniej, polegającej na tym, że nie różnicuje się wyraźnie sytuacji

⁹ A. Sołtysińska [w:] A. Sołtysińska, H. Talago-Sławoj, *Europejskie prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2016, s. 245.

¹⁰ A. Sołtysińska [w:] A. Sołtysińska, H. Talago-Sławoj, *Europejskie prawo zamówień...*, s. 247.

¹¹ A. Sołtysińska [w:] A. Sołtysińska, H. Talago-Sławoj, *Europejskie prawo zamówień...*, s. 247.

cudzoziemca, jednak formułuje takie warunki czy zastrzeżenia, które dotyczą cudzoziemców. Podmioty składające oferty w zamówieniach publicznych z innych państw członkowskich nie mogą być wykluczone z postępowania, co wynika z art. 49 TFUE, wprowadzającego zasadę swobody przedsiębiorczości¹². Przepis art. 18 TFUE ma zastosowanie w sytuacjach zaistnienia elementu unijnego, a zasada równości, o której mowa w art. 18 ust. 1 dyrektywy 2014/24/UE i art. 36 ust. 1 dyrektywy 2014/25/UE, obowiązuje w przypadkach, gdy nie występuje element zagraniczny, tzn. przetarg ma charakter krajowy¹³. Wykonawcy krajowi starający się o zamówienie poniżej progów kwotowych określonych w dyrektywie 2014/25/UE mogą korzystać z ochrony z art. 18 TFUE tylko w sytuacji zaistnienia elementu unijnego¹⁴. Wskazanie w ogłoszeniu o zamówieniu obowiązku korzystania z krajowych surowców, materiałów i siły roboczej jest dyskryminującym kryterium udzielenia zamówienia¹⁵.

Równe traktowanie dotyczy każdego etapu postępowania, chroni potencjalnych uczestników m.in. poprzez nakaz publikacji ogłoszenia o przetargu na zamówienie¹⁶. Udzielenie zamówienia publicznego skutkuje rozdysponowaniem środków publicznych, które ma na celu efektywne wydatkowanie pieniędzy publicznych oraz ochronę interesu publicznego¹⁷. Równe traktowanie sprzyja konkurencji oraz umożliwia prawidłowe dysponowanie środkami publicznymi¹⁸. Manipulacja przebiegiem, wynikiem postępowania przetargowego jest zaprzeczeniem zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji¹⁹. Zabronione są porozumienia pomiędzy ubiegającymi się o udzielenie zamówienia oraz niedopuszczalne są porozumienia pomiędzy ubiegającymi się a zamawiającym²⁰. Zabronione jest ustalanie cen, innych warunków ujętych w ofertach, uzgadnianie treści specyfikacji warunków zamówienia²¹.

Dopuszczenie przez zamawiającego podmiotów otrzymujących jakiegokolwiek subwencje, które umożliwiają im złożenie ofert z cenami zdecydowanie niższymi od innych nieotrzymujących subwencji oferentów, do udziału w procedurze udzielania zamówień publicznych na usługi nie jest równoznaczne z naruszeniem zasady niedyskryminacji. Nie stanowi to ukrytej dyskryminacji oraz ograniczenia sprzecznego z art. 49 TFUE²². Zamawiający mogą wykluczyć z postępowania wykonawców, wobec których istnieje

¹² A. Sołtysińska [w:] A. Sołtysińska, H. Talago-Sławoj, *Europejskie prawo zamówień...*, s. 248.

¹³ A. Sołtysińska [w:] A. Sołtysińska, H. Talago-Sławoj, *Europejskie prawo zamówień...*, s. 250.

¹⁴ A. Sołtysińska [w:] A. Sołtysińska, H. Talago-Sławoj, *Europejskie prawo zamówień...*, s. 250.

¹⁵ Wyrok TS z 22.06.1993 r., C-243/89, Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Królestwu Danii, EU:C:1993:257.

¹⁶ A. Sołtysińska [w:] A. Sołtysińska, H. Talago-Sławoj, *Europejskie prawo zamówień...*, s. 251.

¹⁷ A. Sołtysińska [w:] A. Sołtysińska, H. Talago-Sławoj, *Europejskie prawo zamówień...*, s. 251.

¹⁸ A. Sołtysińska [w:] A. Sołtysińska, H. Talago-Sławoj, *Europejskie prawo zamówień...*, s. 251.

¹⁹ A. Sołtysińska [w:] A. Sołtysińska, H. Talago-Sławoj, *Europejskie prawo zamówień...*, s. 251.

²⁰ A. Sołtysińska [w:] A. Sołtysińska, H. Talago-Sławoj, *Europejskie prawo zamówień...*, s. 251.

²¹ A. Sołtysińska [w:] A. Sołtysińska, H. Talago-Sławoj, *Europejskie prawo zamówień...*, s. 251.

²² Wyrok TS z 7.12.2000 r., C-94/99, ARGE Gewässerschutz przeciwko Bundesministerium für Land- und Forstwirtschaft, EU:C:2000:677.

obawa, że przyznano im subsydia niezgodnie z zasadami określonymi w TFUE, a obowiązek zwrotu nienależnej pomocy ograniczy ich zdolność finansową do realizacji zamówienia będącego przedmiotem postępowania o udzielenie zamówienia²³.

2.3.2. Zasada przejrzystości procedury udzielania zamówień publicznych

Przejrzystość zamówień publicznych oznacza, że procedura przetargowa zawiera oczywiste dla wszystkich uczestników reguły oraz stosowane są środki służące do weryfikacji prawidłowości stosowania przedmiotowych reguł²⁴. Zamawiający nie mogą ograniczyć wykonawcom dostępu do dokumentacji przetargowej, z wyjątkiem sytuacji określonych w art. 21 dyrektywy 2014/24/UE²⁵. Czas na zapoznanie się z dokumentacją nie może być zbyt krótki, a udostępnienie jej nie może być zbyt odległe i możliwe dopiero tuż przed terminem składania ofert. Obowiązek przestrzegania zasady przejrzystości oznacza, że organ zamawiający ma zapewnić, z myślą o wszystkich potencjalnych uczestnikach przetargu, wystarczający poziom ogłoszeń, by umożliwić rynkowi usług otwarcie na konkurencję i kontrolę bezstronności postępowania przetargowego²⁶. Zasady równego traktowania i przejrzystości postępowania w sprawie udzielenia zamówienia oznaczają dla organów zamawiających obowiązek posługiwania się tą samą interpretacją kryteriów udzielenia zamówienia w trakcie całego postępowania²⁷. Kryteria udzielenia nie mogą ulec jakiegokolwiek zmianie w trakcie postępowania w sprawie udzielenia zamówienia²⁸. Na przykład uchybia zasadzie równego traktowania i wynikającej z niej zasadzie przejrzystości państwo członkowskie, które zmienia wagę kryteriów udzielenia zamówienia na usługi tłumaczeń konferencyjnych i tłumaczeń pisemnych, po wstępnej ocenie złożonych ofert. Zasada przejrzystości obowiązuje na wszystkich etapach postępowania: przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia, prowadzenia tego postępowania, formułowania kryteriów oceny ofert, formułowania wniosków przez wykonawców o udział w postępowaniu, formułowania ofert, realizacji zamówienia²⁹.

Zasada przejrzystości przyczynia się do efektywnego wydatkowania środków publicznych oraz umożliwia kontrolę podejmowanych rozstrzygnięć w trakcie procesu udzielania zamówień publicznych³⁰.

²³ A. Sołtysińska [w:] A. Sołtysińska, H. Talago-Sławoj, *Europejskie prawo zamówień...*, s. 251.

²⁴ A. Sołtysińska [w:] A. Sołtysińska, H. Talago-Sławoj, *Europejskie prawo zamówień...*, s. 252.

²⁵ A. Sołtysińska [w:] A. Sołtysińska, H. Talago-Sławoj, *Europejskie prawo zamówień...*, s. 252.

²⁶ Wyrok TS z 7.12.2000 r., C-324/98, Telaustria Verlags GmbH i Telefonadress GmbH przeciwko Telekom Austria AG, przy udziale Herold Business Data AG, EU:C:2000:669.

²⁷ Wyrok TS z 18.11.2010 r., C-226/09, Komisja Europejska przeciwko Irlandii, EU:C:2010:697.

²⁸ Wyrok TS z 18.11.2010 r., C-226/09.

²⁹ J. Pawelec, *Dyrektywa 2014/24/UE w sprawie zamówień publicznych*, Warszawa 2015, s. 130.

³⁰ A. Sołtysińska [w:] A. Sołtysińska, H. Talago-Sławoj, *Europejskie prawo zamówień...*, s. 253.

2.3.3. Zasada proporcjonalności

Trybunał Sprawiedliwości wyjaśnił, na czym polega zasada proporcjonalności, w sprawie dotyczącej przetargu na świadczenie usług terapii oddechowej w miejscu zamieszkania pacjentów oraz innych technik wspomagających oddychanie na terytorium prowincji Cáceres i Badajoz w Hiszpani³¹. Instytucja organizująca przetarg przewidziała w dokumentacji zamówienia na świadczenie usług zdrowotnych terapii oddechowych w miejscu zamieszkania i innych technik wspomagających oddychanie:

- 1) przesłankę dopuszczenia wykonawcy zobowiązującą przedsiębiorstwo oferenta do posiadania w chwili złożenia oferty biura dostępnego dla klientów w stolicy prowincji, gdzie usługi będą świadczone, oraz
- 2) kryteria oceny ofert uwzględniające, poprzez przyznanie dodatkowych punktów, posiadanie w tym samym czasie własnych zakładów służących do produkcji tlenu, uzdatniania oraz napełniania butli tlenem położonych w odległości mniejszej niż 1000 km od danej prowincji lub biur dostępnych dla klientów w innych określonych miejscowościach,

które to kryteria w przypadku uzyskania równej ilości punktów przez kilka ofert faworyzują przedsiębiorstwo, które już wcześniej świadczyło te usługi.

W związku z tym postępowaniem do TS zostało skierowane następujące pytanie prejudycjalne:

Czy art. 12, 43 i n., 49 i n. TWE, a także art. 3 ust. 2 dyrektywy 92/50/EWG sprzeciwiają się ustanowieniu w dokumentacji zamówienia, w szczegółowych wymogach administracyjnych i w specyfikacjach technicznych, które regulują postępowanie w sprawie zamówienia publicznego na świadczenie usług terapii oddechowej w miejscu zamieszkania oraz innych technik wspomagających oddychanie:

- 1) przesłanek, które uzależniają dopuszczenie przedsiębiorstw od wcześniejszego posiadania przez nie biur dostępnych dla klientów w prowincji lub stolicy prowincji, w której usługi mają być świadczone, oraz
- 2) kryteriów udzielenia zamówienia, które faworyzują oferty złożone przez przedsiębiorstwa:
 - a) posiadające zakłady służące do produkcji tlenu, uzdatniania i napełniania butli tlenem położone w promieniu 1000 km od stolicy prowincji, w której usługi będą świadczone,
 - b) dysponujące już biurami dostępnymi dla klientów w pewnych miejscowościach tej prowincji lub
 - c) wcześniej już świadczyły te usługi?

³¹ Wyrok TS z 27.10.2005 r., C-234/03, Contse SA, Vivisol Srl i Oxigen Salud SA przeciwko Instituto Nacional de Gestión Sanitaria (Ingesa), uprzednio Instituto Nacional de la Salud (Insalud), EU:C:2005:644.

W wydanym orzeczeniu TS stwierdził, że:

- 1) przesłanka dopuszczenia, jak też pozostałe zaskarżone kryteria ogłoszenia o zamówieniu zmierzają do lepszego zagwarantowania ochrony życia i zdrowia pacjentów;
- 2) przepis krajowy powinien być odpowiedni dla zagwarantowania realizacji celu, któremu on służy, i nie powinien wykraczać poza to, co jest niezbędne do jego osiągnięcia;
- 3) nawet jeżeliby przyjąć, że istnienie takiego biura może zostać uznane za odpowiednie dla zagwarantowania zdrowia pacjentów, to jednak należy stwierdzić, że wymaganie jego posiadania w chwili składania oferty jest oczywiście nieproporcjonalne;
- 4) istnienie takiego biura nie jest istotnym elementem świadczenia tych usług; minimalne warunki wymagają ustanowienia w tym miejscu serwisu pomocy technicznej, dostępnego 24 godziny na dobę, 7 dni w tygodniu, co umożliwi zagwarantowanie, za pomocą środków w mniejszym stopniu ograniczających swobodę świadczenia usług, w pierwszej kolejności realizacji zamierzonego w niniejszej sprawie celu, tzn. nienarażania na niebezpieczeństwo życia lub zdrowia pacjentów w przypadku problemów z funkcjonowaniem lub używaniem sprzętu;
- 5) kryteria oceny, podobnie jak wszystkie przepisy krajowe, powinny być zgodne z zasadą niedyskryminacji, wynikającą z przepisów traktatowych dotyczących swobody świadczenia usług, oraz ewentualne ograniczenia tej swobody powinny odpowiadać czterem przesłankom: powinny być stosowane w sposób niedyskryminujący, powinny być uzasadnione względami nadrzędnego interesu publicznego, powinny być odpowiednie dla zagwarantowania realizacji celu, któremu służą, oraz nie powinny wykraczać poza to, co jest konieczne dla jego osiągnięcia;
- 6) kryteria oceny dotyczące posiadania na własność określonych urządzeń służących do produkcji, uzdatniania i napełniania butli tlenem, położonych w promieniu 1000 km od prowincji, w której usługi mają być świadczone, należy zbadać pod względem, czy w rzeczywistości mogą stawiać w lepszej sytuacji głównie te przedsiębiorstwa, które mają już swoje przedsiębiorstwo w Hiszpanii;
- 7) w przeciwieństwie do obowiązku posiadania biura – który to wymóg może, ze względu na swój charakter, zostać przy różnych okazjach spełniony, nawet zawsze wtedy, gdy udzielenie zamówienia sprawi, że będzie to celowe – istnienie należącego do oferenta zakładu produkcyjnego wytwarzającego, uzdatniającego lub napełniającego tlenem butle wymaga znacznie poważniejszych, jednorazowych inwestycji; ze względu na charakter tego ostatniego kryterium jego spełnienie nie będzie łatwe, jeżeli zakłady te jeszcze nie istnieją; okoliczności, że wymaga się nie tylko samej dostępności tych zakładów, ale także bycia ich właścicielem, potwierdzają tylko pogląd, że przewidziane kryterium w rzeczywistości korzystniej traktuje stałe przedsięwzięcia;
- 8) bezpieczeństwo dostaw może stanowić jedno z kryteriów branych pod uwagę przy wyborze najkorzystniejszej ekonomicznie oferty w przypadku usług takich

- jak rozważane usługi medyczne, które to kryterium służy ochronie życia i zdrowia osób – w niniejszej sprawie kryteria te nie wydają się być pod wieloma względami dostosowane do zamierzonego celu;
- 9) wybór odległości i środka transportu jest uznaniowy, należy stwierdzić, że przyjęte kryterium 1000 km wydaje się niestosowne dla realizacji zamierzonego celu;
 - 10) tlen wytwarzany w zakładach produkcyjnych dostarczany jest do punktów nabitania gazem w celu sprzężenia go w butlach oraz w owych punktach znajduje się zapas pełnych butli wystarczający, by w razie awarii, przestoju technicznego lub nagłej potrzeby zagwarantować dostawy tlenu przez co najmniej 15 dni;
 - 11) bliskie usytuowanie zakładów produkcyjnych wytwarzających tlen nie gwarantuje osiągnięcia celu w postaci bezpieczeństwa dostaw – do sądu krajowego należy zbadanie, czy inaczej jest w przypadku zakładów uzdatniających tlen i napełniających butle tlenem;
 - 12) praktyka przyjęta przez przedsiębiorstwa potwierdza, że istnieją środki mniej ograniczające swobodę świadczenia usług, a umożliwiające osiągnięcie zamierzonego celu w postaci zapewnienia dostępności gazu medycznego w pobliżu miejsca jego używania, np. uprzywilejowanie poprzez przyznanie dodatkowych magazynów posiadających zapas gazu przeznaczonego na zrównoważenie, w razie potrzeby i przez określony czas, ewentualnych przerw lub zaburzeń w transporcie z zakładu produkcyjnego wytwarzającego tlen lub zakładu napełniającego tlenem butle;
 - 13) kryteria oceny związane w danym przypadku z przyznaniem dodatkowych punktów z tytułu zdolności produkcyjnej nie mogą być uznane za związane z przedmiotem zamówienia, a tym bardziej za odpowiednie dla zagwarantowania jego wykonania;
 - 14) kryteria przyjęte przez instytucję zamawiającą w celu zagwarantowania bezpieczeństwa dostaw związane są z celem, któremu służyły sporne ogłoszenia o zamówieniu; nie można było w sposób zgodny z prawem przyjąć za kryterium zdolności dostarczenia przez oferenta największej z możliwych ilości produktu;
 - 15) stosowane kryterium udzielenia zamówienia dotyczące wytwarzania tlenu, znajdujące zastosowanie w przypadku równej ilości wszystkich punktów, jak też w przypadku równej ilości punktów za ocenę techniczną, stawia w korzystnej sytuacji tego oferenta, który wcześniej już świadczył te usługi;
 - 16) rozstrzygnięcie w sposób automatyczny i ostateczny na korzyść podmiotu gospodarczego, który jest już obecny na rynku, stanowi dyskryminację;
 - 17) przepis art. 49 TWE sprzeciwia się temu, aby instytucja zamawiająca zawarła w dokumentacji zamówienia na świadczenie usług zdrowotnych terapii oddechowej w miejscu zamieszkania i innych technik wspomagających oddychanie, po pierwsze, przesłankę dopuszczenia, która zobowiązuje przedsiębiorstwo oferenta do posiadania w chwili składania oferty biura dostępnego dla klientów w stolicy prowincji, w której mają być świadczone te usługi, i po drugie, kryteria oceny ofert, które uwzględniają, poprzez przyznanie dodatkowych punktów, istnienie

w chwili złożenia oferty zakładów produkcyjnych wytwarzających tlen, uzdatniających i napełniających butle tlenem, usytuowanych w odległości mniejszej niż 1000 km od tej prowincji lub biur dostępnych dla klientów w innych miejscowościach tam określonych oraz które w przypadku otrzymania równej ilości punktów przez kilka ofert faworyzują przedsiębiorstwo, które wcześniej świadczyło daną usługę, czyli kryteria, które są stosowane w sposób dyskryminujący, nie są uzasadnione względami interesu publicznego, nie są odpowiednie dla zagwarantowania realizacji celu, któremu służą, lub wykraczają poza to, co jest konieczne dla jego osiągnięcia; okoliczności te powinny zostać zbadane przez sąd krajowy.

W powołanym postępowaniu o zamówienie publiczne według TS nie została zachowana zasada proporcjonalności, gdyż środki, jakie wskazał w ogłoszeniu zamawiający, okazały się nadmierne w stosunku do celu, jaki chciano osiągnąć, tj. bezpieczeństwo dostaw butli z tlenem.

Zasada proporcjonalności oznacza, że państwa członkowskie w procesie implementacji prawa UE do krajowego powinny podjąć środki właściwe dla osiągnięcia zakładanych celów i nie powinny wykraczać poza to, co jest niezbędne dla ich zrealizowania³². Wymaga ona dwustopniowej analizy wprowadzonego środka (instrumentu, regulacji, działania):

- 1) czy przyjmowany środek jest właściwy dla osiągnięcia zakładanego celu?
- 2) gdy środek jest właściwy i nadaje się do realizacji zakładanego celu, to czy nie wykracza poza to, co jest niezbędne, czy nie jest on nadmierny, czy inne środki nie byłyby wystarczające do osiągnięcia planowanego efektu? Czy założonego celu nie można osiągnąć za pomocą innych, mniej szkodliwych lub mniej ingerujących środków?³³

Zamawiający może zaplanować udzielenie zamówienia sprzyjającego np. ochronie środowiska, aktywności osób niepełnosprawnych, aktywności osób wykluczonych społecznie. Podejmowane środki będą stosowne do zakładanego celu, lecz gdyby je określić pod względem oszczędności wydatków, byłyby niewłaściwe³⁴. Ocena proporcjonalności powinna odbywać się względem konkretnego celu i środka. Nie można jej dokonywać w sposób abstrakcyjny³⁵. Wybór wykonawców o określonych właściwościach może dokonać się przez ustalenie minimalnych właściwości, kryterium, jakie musi spełniać przedmiot zamówienia opisany w SIWZ³⁶. W procesie kwalifikacji celem jest wyłonienie wykonawców zdolnych do realizacji zamówienia³⁷. Środkiem służącym do osiągnięcia tego celu są warunki podmiotowe i wszystkie czynności zamawiającego podczas oceny

³² A. Sołtysińska [w:] A. Sołtysińska, H. Talago-Sławoj, *Europejskie prawo zamówień...*, s. 254.

³³ A. Sołtysińska [w:] A. Sołtysińska, H. Talago-Sławoj, *Europejskie prawo zamówień...*, s. 254.

³⁴ A. Sołtysińska [w:] A. Sołtysińska, H. Talago-Sławoj, *Europejskie prawo zamówień...*, s. 255.

³⁵ A. Sołtysińska [w:] A. Sołtysińska, H. Talago-Sławoj, *Europejskie prawo zamówień...*, s. 255.

³⁶ A. Sołtysińska [w:] A. Sołtysińska, H. Talago-Sławoj, *Europejskie prawo zamówień...*, s. 255.

³⁷ A. Sołtysińska [w:] A. Sołtysińska, H. Talago-Sławoj, *Europejskie prawo zamówień...*, s. 256.

składanych dokumentów³⁸. Ocena ofert może obejmować różne elementy: niezbędny poziom zdolności, możliwości umieszczenia danego wymagania jako warunku umownego, a nie warunku podmiotowego³⁹.

Zasada proporcjonalności wymaga ustalenia realizowanego celu oraz podejmowanych środków, a dopiero później oceny, czy przedmiotowe środki są właściwe i nie wykraczają poza to, co jest niezbędne dla osiągnięcia planowanego celu⁴⁰.

2.3.4. Obowiązek przestrzegania prawa pracy, prawa socjalnego i prawa ochrony środowiska

Państwa członkowskie, implementując dyrektywę 2014/24/UE, miały obowiązek wprowadzić regulacje zapewniające, aby wykonawcy przy realizacji zamówień publicznych przestrzegali prawa ochrony środowiska, prawa pracy i prawa socjalnego⁴¹. Państwo członkowskie powinno wdrożyć procedury przestrzegania ww. przepisów na etapie realizacji umowy o zamówienie publiczne przez wykonawcę⁴². Kryteria społeczne i środowiskowe muszą dotyczyć przedmiotu zamówienia, a nie mogą być związane z działalnością wykonawcy, gdyż byłyby nadmierne⁴³. Państwa członkowskie powinny zapewnić przestrzeganie obowiązków w zakresie prawa pracy, prawa ochrony środowiska, prawa socjalnego w procesie realizacji zamówienia publicznego⁴⁴.

Nieprzestrzeganie przez potencjalnego wykonawcę przepisów prawa pracy, prawa socjalnego i ochrony środowiska może doprowadzić do tego, że instytucja zamawiająca:

- 1) postanowi o nieudzieleniu zamówienia oferentowi, który złożył najkorzystniejszą ekonomicznie ofertę, jeżeli ustali, że ta oferta nie jest zgodna z mającymi zastosowanie obowiązkami, o których mowa w art. 18 ust. 2 dyrektywy 2014/24/UE (art. 56 ust. 1 *in fine* dyrektywy 2014/24/UE);
- 2) wykluczy lub zostanie zobowiązana przez państwo członkowskie do wykluczenia z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia wykonawcy, gdy wykaże naruszenie obowiązków, o których mowa w art. 18 ust. 2 dyrektywy 2014/24/UE (art. 57 ust. 4 lit. a dyrektywy 2014/24/UE);
- 3) odrzuci ofertę, jeżeli stwierdzi, że jest ona rażąco niska, ponieważ jest niezgodna z mającymi zastosowanie obowiązkami, o których mowa w art. 18 ust. 2 dyrektywy 2014/24/UE (art. 69 ust. 3 *in fine* dyrektywy 2014/24/UE).

³⁸ A. Sołtysińska [w:] A. Sołtysińska, H. Talago-Sławoj, *Europejskie prawo zamówień...*, s. 256.

³⁹ A. Sołtysińska [w:] A. Sołtysińska, H. Talago-Sławoj, *Europejskie prawo zamówień...*, s. 256.

⁴⁰ A. Sołtysińska [w:] A. Sołtysińska, H. Talago-Sławoj, *Europejskie prawo zamówień...*, s. 256.

⁴¹ A. Sołtysińska [w:] A. Sołtysińska, H. Talago-Sławoj, *Europejskie prawo zamówień...*, s. 256.

⁴² A. Sołtysińska [w:] A. Sołtysińska, H. Talago-Sławoj, *Europejskie prawo zamówień...*, s. 259.

⁴³ A. Sołtysińska [w:] A. Sołtysińska, H. Talago-Sławoj, *Europejskie prawo zamówień...*, s. 259.

⁴⁴ A. Sołtysińska [w:] A. Sołtysińska, H. Talago-Sławoj, *Europejskie prawo zamówień...*, s. 259.

Kontrola oferentów może odbywać się na dwóch etapach: przed zawarciem umowy i w trakcie jej wykonywania⁴⁵. Sposób kontroli określa państwo członkowskie. Środki dotyczące przestrzegania przez wykonującego zamówienie przepisów prawa pracy, ochrony środowiska, przepisów socjalnych na etapie realizacji umowy mogą obejmować prawo odstąpienia od umowy przez instytucję zamawiającą, nałożenie kar pieniężnych⁴⁶, wykluczenie z przyszłych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, obniżenie wynagrodzenia wykonawcy itd. w przypadku stwierdzenia naruszenia obowiązków wynikających z art. 18 ust. 2 dyrektywy 2014/24/UE.

Wydatki publiczne na realizację zamówień publicznych w części wracają do sektora publicznego w postaci:

- podatku dochodowego płaconego przez wykonawcę;
- podatku od wynagrodzeń pracowników zatrudnionych przy wykonywaniu umowy o zamówienie publiczne;
- składek na ubezpieczenia społeczne, emerytalne, rentowe, zdrowotne;
- obowiązkowych danin na rzecz funduszy takich jak PFRON, WFOŚiGW, gdy przedsiębiorca ma obowiązek je ponosić.

Ilość środków pieniężnych, jaka wróci do budżetu państwa, budżetu j.s.t., państwowych funduszy celowych, zmniejsza kwotę wydatków na realizację zamówień publicznych. Prowadzi to do pewnego rodzaju kompensaty pomiędzy wydatkami na zamówienia publiczne z dochodami z podatków, opłat i danin publicznych, jakie są ponoszone przez wykonawcę, podwykonawców oraz zatrudnionych przez nich pracowników.

Państwo, administracja rządowa, samorządowa mają obowiązek troszczyć się o swych obywateli m.in. poprzez kontrolę przestrzegania przez pracodawców przepisów prawa pracy, ochrony środowiska, przepisów socjalnych itd. Zaniechania w tym zakresie prowadzą do strat dla budżetu państwa, budżetów j.s.t., gdy wykonawca realizuje umowę o zamówienie publiczne przy pomocy osób, z którymi nie zawarł umowy o pracę, zlecenia czy też o dzieło, gdy od wynagrodzenia tych osób nie jest odprowadzony podatek dochodowy będący dochodem budżetu państwa i j.s.t. każdego szczebla, składki na ubezpieczenie społeczne. Państwo, j.s.t., fundusze celowe tracą w ten sposób część dochodów, co skutkuje mniejszym zwrotem wydatkowanych środków pieniężnych do budżetu. Wdrożenie procedur umożliwiających wykluczenie z postępowania wykonawcy, który zakłada przy wykonaniu zamówienia publicznego nieprzestrzeganie przepisów prawa pracy itd., czy też obniżenie wynagrodzenia w przypadku stwierdzenia na etapie realizacji umowy nieprzestrzegania przepisów ochrony środowiska, przepisów prawa pracy przyczyniałoby się do zmniejszenia wydatków na realizację zamówienia publicznego. Państwo, które dopuszcza nielegalne zatrudnianie pracowników przez wykonawców, podwykonawców zamówień publicznych przy realizacji zamówień, działa

⁴⁵ A. Sołtysińska [w:] A. Sołtysińska, H. Talago-Sławoj, *Europejskie prawo zamówień...*, s. 261.

⁴⁶ A. Sołtysińska [w:] A. Sołtysińska, H. Talago-Sławoj, *Europejskie prawo zamówień...*, s. 261.

na swoją szkodę, gdyż zmniejsza wpływy do budżetu z tytułu podatków oraz wpływy do funduszy celowych. Najtańsza oferta nie musi być pod względem ekonomicznym najkorzystniejsza dla zamawiającego, mając na uwadze całość finansów publicznych. Gdyby w kryterium oceny zamówienia uwzględnić wysokość wynagrodzeń pracowników, wprowadzić do umowy obowiązek przedłożenia umów zawartych z pracownikami, aneksów do nich wraz z comiesięcznymi przelewami na ich rachunki bankowe, łatwo można by wyliczyć, jaka część środków wydatkowanych na zamówienie wróci do sektora publicznego. Dotyczy to wykonawców krajowych. W przypadku wykonawców z innych krajów, którzy płacą podatki w swoim kraju, to kryterium nie miałoby znaczenia, gdyż wynagrodzenie wykonawcy i jego pracowników podlegałoby opodatkowaniu w innym kraju, chyba że z umowy pomiędzy Polską a krajem wykonawcy wynikałoby, że podatek ma być płacony w Polsce.

2.4. Krajowe regulacje określające zasady udzielania zamówień publicznych

2.4.1. Zasady przygotowania i przeprowadzenia zamówienia publicznego

2.4.1.1. Zasady niedyskryminacji i zapewnienia konkurencji

Przepis art. 16 p.z.p. nawiązuje do art. 18 ust. 1 dyrektywy 2014/24/UE, stanowiąc, że zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

- 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;
- 2) przejrzysty;
- 3) proporcjonalny.

W przepisie art. 16 p.z.p. wyrażone zostały zasady niedyskryminacji, zapewnienia konkurencji, przejrzystości i proporcjonalności.

Na każdym etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający ma obowiązek sprawiedliwego, jednakowego traktowania uczestników postępowania, bez stosowania jakichkolwiek przywilejów, a także bez środków dyskryminujących. Zamawiający nie może tworzyć i wprowadzać nieuzasadnionych barier ograniczających prawo oferentów do wzięcia udziału w przetargu, nie może również działać w sposób, który będzie eliminować z udziału w postępowaniu określone grupy wykonawców albo też stwarzać określonej grupie uprzywilejowaną pozycję⁴⁷. Przestrzegając zasad

⁴⁷ Wyrok WSA w Warszawie z 25.08.2017 r., VIII SA/Wa 13/17, LEX nr 2364540.

uczciwej konkurencji, zamawiający nie może żądać od oferentów aktualnego odpisu z właściwego rejestru albo aktualnego zaświadczenia o wpisie do ewidencji działalności gospodarczej potwierdzającego dopuszczenie oferenta do obrotu prawnego w zakresie objętym zamówieniem, gdyż przedsiębiorca nie musi ograniczać prowadzenia działalności do przedmiotów działalności ujętych w dokumencie rejestrowym. Wskazany w dokumentach rejestrowych przedmiot działalności przedsiębiorcy nie wyłącza możliwości wykonywania działalności podmiotu w zakresie nieobjętym zawartym w dokumentach rejestrowych wykazem⁴⁸. Zamawiający nie może żądać do oferentów złożenia oświadczenia o dokonaniu wizji lokalnej oraz zdobyciu wszelkich informacji koniecznych do właściwego przygotowania oferty, gdyż dokument ten nie jest niezbędny do przeprowadzenia postępowania przetargowego. Żądanie tego dokumentu mogłoby doprowadzić do sytuacji, w której uprzywilejowani byłiby oferenci posiadający siedzibę bliżej miejsca wykonania przedmiotu zamówienia, co jest równoznaczne z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Do stwierdzenia, że doszło do naruszenia zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania, nie jest konieczne ani nawet potrzebne wykazanie, że do naruszenia konkurencyjności faktycznie doszło⁴⁹. W sytuacji gdy wskazanemu i niezgodnemu z prawem warunkowi towarzyszyło tylko ryzyko ograniczenia stosowania zasady konkurencji i równego traktowania w prowadzonym postępowaniu, poprzez zniechęcenie potencjalnych wykonawców do udziału w nim w związku z tworzeniem przez zamawiającego barier natury formalnej, jest to już wystarczające do sformułowania wniosku o naruszeniu zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania⁵⁰. Konieczność zapewnienia uczciwej konkurencji nie zobowiązuje zamawiającego do nabywania dostaw, usług lub robót, które nie będą odpowiadać jego uzasadnionym potrzebom. Przedmiotowe potrzeby muszą być realne, niezbędne, niedające się uzyskać w żaden inny sposób. Niedopuszczalna jest sytuacja, w której zamawiający opisuje przedmiot zamówienia, ograniczając w istotny sposób konkurencję, podczas gdy inny niż opisany w SIWZ sposób wykonania tegoż zamówienia pozwoliłby mu uzyskać ten sam efekt, a większa ilość wykonawców uzyskałaby dostęp do zamówienia. W takiej sytuacji nie występują uzasadnione potrzeby zamawiającego, wobec czego ograniczenie konkurencji polegające na uniemożliwieniu złożenia oferty wykonawcom obiektywnie zdolnym do wykonania zamówienia jest nieuzasadnione⁵¹. Działaniem wbrew zasadzie uczciwej konkurencji jest zbyt rygorystyczne określenie wymagań co do przedmiotu zamówienia, które są nieuzasadnione, a jednocześnie ograniczają potencjalnych wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia. Naruszeniem zasady uczciwej konkurencji jest nie tylko opis przedmiotu zamówienia wskazujący na jeden konkretny produkt lub wykonawcę, ale także taki opis, który umożliwia do-

⁴⁸ Wyrok NSA z 13.02.2014 r., II GSK 1980/12, LEX nr 1450742.

⁴⁹ Wyrok NSA z 8.01.2019 r., I GSK 3157/18, LEX nr 2616405.

⁵⁰ Wyrok NSA z 8.01.2019 r., I GSK 3157/18.

⁵¹ Wyrok KIO z 11.12.2017 r., KIO 2478/17, KIO 2480/17, LEX nr 2437560.

stęp do zamówienia kilku wykonawcom, jednocześnie uniemożliwiając go w sposób nieuzasadniony innym, którzy również byliby w stanie wykonać dane zamówienie⁵².

Pojęcie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oznacza takie sformułowanie opisu przedmiotu zamówienia oraz wymagań w zakresie wiedzy, doświadczenia, potencjału ekonomicznego itp., aby szansę udziału w postępowaniu miało jak najwięcej podmiotów oferujących jak najszerszy wachlarz usług i produktów przy jednoczesnym zagwarantowaniu, że uzyskany w ten sposób przedmiot zamówienia spełni oczekiwania i uzasadnione potrzeby zamawiającego⁵³. Opis przedmiotu zamówienia nie może eliminować z postępowania usług czy produktów adekwatnych co do przeznaczenia i jakości względem wymagań zamawiającego. W szczególności niedopuszczalne jest takie sformułowanie opisu przedmiotu zamówienia, które skutkuje faktycznym wyeliminowaniem z zamówienia produktu lub usługi czy też odrzuceniem oferty wykonawcy w celu ułatwienia wyboru innej oferty rynkowej⁵⁴. Ograniczenia konkurencji mają charakter graniczny np. przez określenie warunków udziału w postępowaniu lub opis przedmiotu zamówienia wprost uniemożliwiający niektórym wykonawcom złożenie oferty w postępowaniu⁵⁵. Mogą mieć również charakter względny i pośredni. Za ograniczenie tego typu należy uznać sytuację, w której niektórzy wykonawcy co prawda mogą złożyć ważną i odpowiadającą SIWZ ofertę, jednak oferta ze względu na jej charakter i specyfikę, w świetle specyfiki opisu przedmiotu zamówienia czy ukształtowanych kryteriów oceny ofert, nie będzie mogła realnie konkurować z ofertami innych wykonawców⁵⁶.

Wprowadzenie zróżnicowanego terminu zapłaty za należyte wykonanie tego samego świadczenia w zależności od statusu wykonawcy jako MŚP albo dużego przedsiębiorcy oznacza różne traktowanie wykonawców, którzy w taki sam sposób wykonują przedmiot zamówienia. Jest to naruszenie zasady równego traktowania wykonawców jako wprowadzanie odmiennych warunków udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej lub finansowej albo zdolności technicznej lub zawodowej. Zasada równego traktowania wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego nie pozwala na odmienne traktowanie wykonawców w zależności od skali prowadzonej przez nich działalności gospodarczej⁵⁷.

⁵² A. Wiktorowski [w:] A. Gawrońska-Baran, A. Wiktorowski, E. Wiktorowska, P. Wójcik, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, LEX 2021, art. 16.

⁵³ Wyrok WSA we Wrocławiu z 21.06.2017 r., III SA/Wr 1493/16, LEX nr 2364743.

⁵⁴ Wyrok WSA we Wrocławiu z 21.06.2017 r., III SA/Wr 1493/16.

⁵⁵ Wyrok KIO z 12.07.2011 r., KIO 1367/11, LEX nr 863595.

⁵⁶ Wyrok KIO z 12.07.2011 r., KIO 1367/11.

⁵⁷ Wyrok KIO z 13.03.2020 r., KIO 465/20, LEX nr 2946276.

2.4.1.2. Zasada przejrzystości

Zasada przejrzystości oznacza m.in., że zamawiający muszą sformułować swoje wymagania, a wykonawcy nie powinni domyślać się przedmiotowych wymagań. Reguła ta wpisuje się w wieloletnią praktykę zamówień publicznych i jest wyrazem realizacji zasad przejrzystości postępowania oraz równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Wymagania muszą być znane od początku postępowania i konsekwentnie realizowane do jego końca⁵⁸. Zasada przejrzystości wymaga od zamawiającego uzasadniania podjętych w postępowaniu czynności i wykazywania w stosunku do każdej istnienia podstawy ich podjęcia czy to w zapisach dokumentów zamówienia, czy też w przepisach obowiązującego prawa⁵⁹. Zasada ta obowiązuje zamawiającego nie tylko przy uzasadnianiu czynności odrzucenia wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub ofert, przy wyborze oferty najkorzystniejszej czy też podjęciu decyzji o unieważnieniu postępowania, lecz również w przypadku czynności wzywiania wykonawców do złożenia stosownych wyjaśnień lub uzupełnień środków dowodowych⁶⁰.

2.4.1.3. Zasada proporcjonalności

Zasada proporcjonalności oznacza m.in., że choć postępowanie o udzielenie zamówienia jest procedurą sformalizowaną, to nie powinno jednak prowadzić do zbędnego zbiurokratyzowania tego procesu⁶¹. Zamawiający, który weryfikuje zarówno zdolność wykonawcy do wykonania zamówienia, jak i zgodność oferowanych przez niego usług, dostaw czy robót budowlanych z wymogami zawartymi w opisie przedmiotu zamówienia i innych postanowieniach SIWZ, nie może przekraczać granic wyznaczonych przez ustawodawcę⁶². Wezwanie do uzupełnienia złożonej oferty może dotyczyć oświadczeń lub dokumentów. Precyzyjne określenie żądania obciąża przy tym zamawiającego, brak precyzji po jego stronie nie może powodować negatywnych skutków prawnych dla nieprecyzyjnie wezwanego wnioskodawcy. W konsekwencji nie może stanowić braku podstawy do zatrzymania wadium. Sankcja zatrzymania wadium z pewnością nie dotyczy sytuacji, w której wykonawca odpowiada na wezwania bez zbędnej zwłoki i przedkłada wymagane dokumenty z nieznacznym, usprawiedliwionym obiektywnymi okolicznościami, opóźnieniem. Przedmiotowa sankcja nie dotyczy również sytuacji, w której sama czynność uzupełnienia dokumentów dotknięta jest dalszymi brakami formalnymi. Niedopuszczalna jest interpretacja prowadząca do sytuacji, w której każde uchybienie wykonawcy w realizacji wezwania do uzupełnienia dokumentów umożliwia

⁵⁸ Wyrok KIO z 23.01.2019 r., KIO 42/19, LEX nr 2631833.

⁵⁹ A. Wiktorowski [w:] A. Gawrońska-Baran, A. Wiktorowski, E. Wiktorowska, P. Wójcik, *Prawo zamówień...*, art. 16.

⁶⁰ A. Wiktorowski [w:] A. Gawrońska-Baran, A. Wiktorowski, E. Wiktorowska, P. Wójcik, *Prawo zamówień...*, art. 16.

⁶¹ Wyrok SA w Poznaniu z 20.05.2010 r., I ACa 357/10, LEX nr 756566.

⁶² Wyrok SA w Poznaniu z 20.05.2010 r., I ACa 357/10.