

**Założyciel:**

Instytut Zamówień Publicznych

Kolegium Redakcyjne:

Iwona Kordjak

(redaktor prowadząca)

tel.: (22) 33 77 600

kwartalnikpzp@beck.pl

Prof. dr hab. Piotr Bogdanowicz

Dr Andrzej Gawrońska-Baran

Dr Zdzisław Gordon

Prof. dr hab. Michał Kania

Dr Jolanta Loranc-Borkowska

Dr Wojciech Robaczyński

Redaktor naczelny:

Prof. dr hab. Ryszard Szostak

Dział prenumeraty:

tel.: 22 31 12 222

faks: 22 33 77 601

Wydawca:

Wydawnictwo C.H.Beck

00-203 Warszawa,

ul. Bonifraterska 17

tel.: 22 33 77 600

tel./faks: 22 33 77 602

www.beck.pl

Partner merytoryczny:

Instytut Zamówień Publicznych

www.izp.pl

Wersja papierowa czasopisma

jest wersją pierwotną

Nakład 300 egz.

Skład i łamanie:

KJS Katarzyna Słomka

Drukarnia:

Elpil, Siedlce

W numerze 2(73)/2022:

ARTYKUŁY

Michał Kania, PPP challenges and opportunities from the perspective of the EU's „Twin Transition” 3

Aleksandra Sołtysińska, Prawo do sądu w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego – zagadnienia wybrane 21

Maciej Lubiszewski, Wprowadzenie zamawiającego w błąd przy ubieganiu się o zamówienie publiczne 38

Wojciech Robaczyński, Wpływ wojny w Ukrainie na umowę w sprawie zamówienia publicznego 47

Agnieszka Trojanowska, Podstawy odrzucenia oferty przetargowej na tle zmienionej regulacji prawnej. 65

Łukasz Ziarko, Wykluczenie wykonawcy z tytułu uczestnictwa w zмовie przetargowej 81

Małgorzata Stręciwilk, Należyte oszacowanie wartości zamówienia 100

Marta Cichalewska, Z problematyki efektywności gospodarczej zamówień publicznych 114

ORZECZNICTWO

Żaneta Urbaniak, Obligatoryjne elementy ogłoszenia w postępowaniu, którego celem jest zawarcie umowy ramowej. Glosa do wyroku Trybunału Sprawiedliwości z 17.6.2021 r., C-23/20 125

WYDARZENIA

Sprawozdanie z IX Ogólnopolskiej Konferencji PZP „Nowe prawo zamówień publicznych – konsekwencje i trudności wdrożeniowe” 135

Michał Kania¹

Doktor habilitowany, profesor nadzwyczajny na Wydziale Prawa i Administracji
Uniwersytetu Śląskiego w Katowicach

PPP challenges and opportunities from the perspective of the EU's „Twin Transition”

Introduction

Public-Private Partnerships (PPP) are widely used in economically developed countries around the world (Bogdanowicz, Caranta, Telles, 2021). They are a way to increase the availability and quality of public services in line with current trends, including environmentally friendly and technologically advanced projects. From the perspective of the public sector, PPP also enables infrastructure projects to be performed that are often too expensive for the state budget or local government. PPP is widely used in public transport, healthcare, education, sports, recreation and public safety. Growing expectations towards the public sector have recently been strengthened by the EU adopting pro-environmental policies and policies promoting digitalisation, known as the „Twin Transition”. They were presented by the European Commission in the New European Green Deal² and the New Industrial Strategy for Europe.³ Their achievement in the Polish public sphere may largely depend on the practical cooperation between the public sector and private partners, including public procurement and PPP.

¹ Nr ORCID: 0000-0003-1562-541X.

² European Commission, COMMUNICATION FROM THE COMMISSION TO THE EUROPEAN PARLIAMENT, THE EUROPEAN COUNCIL, THE COUNCIL, THE EUROPEAN ECONOMIC AND SOCIAL COMMITTEE, AND THE COMMITTEE OF THE REGIONS, The European Green Deal, Brussels, (11 December 2019) COM (2019) 640 final, [European-green-deal-communication_en.pdf](#) (Europa EU)

³ European Commission, COMMUNICATION FROM THE COMMISSION TO THE EUROPEAN PARLIAMENT, THE EUROPEAN COUNCIL, THE COUNCIL, THE EUROPEAN ECONOMIC AND SOCIAL COMMITTEE, AND THE COMMITTEE OF THE REGIONS A New Industrial Strategy for Europe, Brussels, (10 March 2020) COM(2020) 102 final, <https://eurlex.europa.eu/legalcontent/EN/TEXT/PDF/?uri=CELEX:52020DC0102&from=PL>

However, PPP in Poland is still underutilised. In recent years, the rapid growth of public infrastructure was possible primarily because of significant EU support, including funds, loans, and grants. The situation arising from the current global challenges, including digitalisation, climate change, the latest Covid-19 pandemic and the migration crisis call for public policies to take an urgent, modern approach. Further infrastructural development in Poland requires a more modern approach to PPP's main legal tools in this field. The critical questions related to the current challenges are: what are the crucial disadvantages of the Polish PPP market? What steps can be taken to fix them?

This article will first present the current state of PPP and the main symptoms indicating the insufficient development of the PPP market in Poland. Next, the title challenges of the „Twin Transitions” will be outlined. The fundamental shortcomings related to the insufficient use of PPP in Poland will be discussed in the next part. Finally, actions that may contribute to the broader use of PPP will be proposed.

1. The current situation related to the legal grounds and the implementation of PPP in Poland

PPP in Poland works through two legal models, the „concession model” and the „availability payment model.”⁴ Given the numbers of infrastructural projects expected and declared by the central government, regional, local authorities, and other public entities, PPP in Poland is still underused.⁵ Despite several activities, including a massive

⁴ The indicated legal division is determined by the content of Article 4 of the Act on Public-Private Partnerships, in light of which, if the private partner's remuneration was determined in the manner referred to in Article 3(2) of the Act on Concession Agreements for Construction Works or Services of 21 October 2016, the regulations of the Act on Public-Private Partnerships will apply to the selection of the private partner and the public-private partnership agreement to the extent not regulated in this Act. According to paragraph 2, „In cases other than those specified in paragraph 1, the regulations of the Public Procurement Law of 29 January 2004 will apply to the selection of a private partner and the public-private partnership agreement to the extent not regulated in this Act.” In practice, most PPP agreements were signed using the procedure specified in the Act on Concessions, which results, among other things, from the fact that this model assumes transferring a more significant part of the economic risk of the project to the private party. However, it should be noted that the value of agreements concluded based on the Act on Concessions is lower than the value of projects for which PPP agreements were signed using procedures provided for in the Public Procurement Law.

⁵ The Polish approach to PPP is similar to the situation in other countries from Central and Eastern Europe. See, e.g. Kania, M., (2012), *The public-private partnership in Poland. Legal aspects of new possibilities for foreign entrepreneurs w: Free movement of goods and persons across the Polish - Czech - Slovak borders. Legal differences and similarities*. Ed. B. Mikołajczyk, Katowice, p. 172-179. Over the last several years, countries from the CEE region have changed their attitude to PPP. Hungary abandoned this method on political grounds. See e.g.: Kozma, M., (2013), *A Public-Private Partnership Magyarországon – egy félreértés volt? (Public-Private Partnerships in Hungary – was it a mistake?* After showing initial interest, especially after the financial crisis in 2008, Slovakia and Romania reduced their activity using PPP. Nováčková, D., Saxunová, D., (2015), *The Public-Private Partnership Projects Legislation and PPP Project Experience in Slovakia*. In Romania, enormous challenges related to the proper legislation of PPP were initially encountered, resulting in the odyssey of adopted laws. More recently, however, this country seems to be interested in the forceful development of PPP projects after implementing a new regulation – Ordinance No. 39/2018 on public-private partnerships. See, e.g. Vornicu, R., Dragos, D., (2020), *Concessions, and PPP in Romania*,

reform of PPP policy and legal reform in 2017 – 2018,⁶ spending lots of public money on supporting PPP and possessing the largest potential PPP market in this part of Europe, Poland still does not use PPP in the usual manner in terms of the scope, invested costs and involved time and human resources. Since the first PPP legal regulation in Poland in 2005, only around 80 PPP contracts – understood as infrastructural projects – have been concluded. Most of them were small projects with a value of less than 10 million euros.⁷ The total number of PPP projects, as defined in the Polish Act on Public-Private Partnerships and covering Operate and Maintenance (O&M) projects, is 158 during the last 16 years.⁸

The government's policy for the development of PPPs was mainly aimed at the most significant Polish PPP reform conducted in 2017 – 2018. The policy targeted four main goals by the end of 2020. The first of these was to increase the number of implemented PPP investment projects – concluding at least 100 new PPP contracts (including infrastructure and O&M contracts); the second was to increase the value of signed PPP contracts in terms of the percentage of investment outlays in the national economy in the public sector to the level of five per cent; third was to increase the number of tenders initiated by the government/state sector to select a private partner – at least ten such pro-

(in) Public-private partnerships and concessions in the EU. An Unfinished Legislative Framework, Iliescu, F., Popescu, S., Dragomir, M., Dragomir, D., (2013), Public-private partnership in the water sector in Romania: Success or failure. Lithuania and Poland are still actively pursuing PPPs to provide public infrastructure, creating central units such as the PPP Unit in the Ministry of Development Funds and Regional Policy in Poland and the CPMA (Central Project Management Agency) in Lithuania. In all CEE countries, PPP has been treated mainly as a substantive financial tool rather than a method capable of delivering innovative, modern, high-quality public infrastructure and prospective services connected with that infrastructure.

⁶ The leading solutions envisaged in the Polish PPP reform have included: Proposing and implementing the necessary legal regulations arising from a comprehensive review of the PPP legal environment. This aim has been achieved in Poland. Most of the proposals recommended by the stakeholders, including „Steep in” construction, have been fully adopted. There are also exciting new mechanisms that have been implemented, including a mandatory assessment of the effectiveness of project implementation – an efficiency analysis (Article 3a of the Polish Act on PPP), non-mandatory project certification (Article 3b of the Polish Act on PPP) and mandatory private partners' reports concerning the performance phase of the project (Article 8 of the Polish Act on PPP). This legal measure provides for the issue of mandatory reports from the private partners to the public entity on the advancement in the project implementation and on the technical state of the asset used by the private partner for implementing the project on an ongoing basis. The principles, detailed procedure and reporting frequency will be specified in the agreement on public-private partnership. A part of the reform in 2018 was also the modernisation of the government's electronic tool – the webpage www.ppp.gov.pl dedicated to the PPP market in Poland. The changes have been visible. Among other things, a new enjoyable and efficient tool for VfM assessment has been made available for market stakeholders. However, according to the latest report of the Polish Supreme Audit Office, a VfM analysis has been conducted only in 25 per cent (5-20) of newly issued projects. In particular, the adoption of the PPP Policy was a signal to the market of the Polish government's full support for this institution. In addition, further activities by the foremost oversight institution in Poland – the Supreme Audit Office, which, in a report from 29 July 2020, (P/19/104), issued positive recommendations for PPP, constituted a clear signal for the market that PPP could be an effective measure for developing and providing public infrastructure.

⁷ See: [Partnerstwo Publiczno-Prywatne \(ppp.gov.pl\)](http://Partnerstwo Publiczno-Prywatne (ppp.gov.pl))

⁸ See: [Partnerstwo Publiczno-Prywatne \(ppp.gov.pl\)](http://Partnerstwo Publiczno-Prywatne (ppp.gov.pl))

cedures; and the fourth goal is increasing the number of signed PPP contracts, with the number of tender opportunities announced – up to 40 per cent.⁹

In practice, the figures fell well short of the aims, reaching 23 new PPP projects, 27 per cent increase in the value of signed PPP contracts as a percentage of investment outlays in the national economy in the public sector, no tenders initiated by the government/state sector to select a private partner.¹⁰ Furthermore, an 86 per cent increase in the number of signed PPP contracts about the number of tender opportunities announced.¹¹

In the author's opinion, the main symptoms relating to the poor implementation of PPP in Poland concern the following: a) a low number of PPP projects, b) a high level of failure when carrying out procurement/bidding procedures, c) a lack of interest from the private sector in the Polish PPP market, seen through low competition in PPP procurements, d) the inadequate preparation and implementation of PPP contracts e) the small size of the PPP market (projects below the value of 10 million euro), f) the low number of PPP projects using EU funds.

The following will signal the reasons for the poor implementation of PPP in Poland.

PPP as a method of carrying out public infrastructure projects is still rarely used by public entities in Poland, it is not living up to the number of PPP projects declared and expected by central governments, regional, local authorities and other public entities. Since the adoption of the Governmental Policy for the Development of PPPs in 2017, which assumed the commissioning of new 100 PPP projects in the years 2018 – 2020, only 23 PPP procedures have been initiated, of which, according to a report by the Polish Supreme Audit Office 15 were implemented efficiently. This means that, after the critical reform of the Polish PPP prepared in 2017 – 2018, the important evaluation criteria – the number of new PPP procedures is currently a very underwhelming 15 per cent.¹²

Even if the decision on initiating the PPP procedure is taken, this procedure is often improperly prepared in legal, financial and organisational aspects. This results in a low number of PPP agreements that finally come to fruition. In Poland, less than 25 per cent of initiated procedures ended up with a concluded PPP agreement, meaning that around 75 per cent of cases were ultimately a waste of public resources such as time and money, as well as alternative projects. According to the latest report of the Polish Supreme Audit

⁹ See: The Government Policy for the Development of PPPs (Poland) (2017), p. 31

¹⁰ The commissioning of huge, significant PPP investments is often indicated as a mechanism that would kickstart a solid improvement in PPP projects. The local authorities were expecting good, central, benchmark projects, but despite this fact, as of November 2021, no such procedures had been initiated in Poland at a central level. Indeed, the lingering problem concerns the lack of consequences in implementing those projects that have already been announced, or the abandonment of flagship projects such as the S6 motorway project. In this case, the public procurement procedure has been eventually chosen as a much more reliable method of providing infrastructure than a risky PPP project, except by local authorities unaware of the benefits resulting from PPP.

¹¹ Report of Polish Supreme Audit Office of July 29, 2020, on PPP (P/19/104), p. 26

¹² Still, much broader use of public procurement (with the usage of the E.U. funds) and „in-house” (public-public partnership) legal construction can be observed in practice.

Office, five of the 20 procedures in 2016 - 2019 were initiated contrary to the legal regulation.¹³

The PPP market in Poland is generally not attractive from the perspective of private enterprises, although the private market's capacity is sufficient for the PPP market. There is generally low interest in participating in PPP projects. Between 2016 and 2019, a significant 65 per cent of initiated PPP procedures only attracted a single bid. During that period, 30 per cent of all PPP contracts concluded, i.e. infrastructural and O&M projects, were performed by the same private partner. This results in a low quality of offers, or PPP procedures being abandoned in favour of being implemented through public procurement. In addition, the presence of a (local) state-owned company often eliminates competition in the private market. However, the market is ready to provide the services on newly developed public infrastructure for the public interest, being better, modern and more efficient.

Efficient PPP projects go through several phases: preparation, procurement and implementation of the contract. PPP contracts should be seen as measures where the aim is to support and implement the current public challenges, including basic infrastructure and new challenges concerning social, green and innovative aspects of infrastructure. Right now, even if a PPP agreement is concluded, the social, green and innovative aspects, as determined in the Europe 2020 Strategy, currently set out in the New Industrial Strategy for Europe and the New European Green Deal, are poorly implemented, as indicated by the Key Performance Indicators (KPIs) and the general management of PPP contracts. Even essential cooperation between public and private partners, which could support efficient cooperation, is rare. The public entities mainly concentrate on oversight issues, neglecting the managerial side of the agreements and the implementation of the KPIs. The electronic tools for private partners' reporting duties are not yet in place. There is often a lack of qualitative, quantitative and efficient short- and long-term requirements for private partners concerning the contract implementation phase.

Most PPP projects in Poland are valued at less than 10 million euros.¹⁴ The largest PPP sectors are thermo-modernisation and waste management, with no large roads and motorway projects so far. Since 2005, only 18 PPP agreements with a value exceeding 10 million euros have been concluded.¹⁵ There are two main reasons why the PPP market is small. First, there are only a few government PPP projects that could generate a great level of interest from the private market leading to higher financial investments. The bundling of PPP projects is rare. Second is the public sector's lack of knowledge concerning preparing larger and more complicated PPP projects.

¹³ Report of the Polish Supreme Audit Office of 29 July 2020, on PPP (P/19/104), p. 28-29

¹⁴ See: Analiza Rynku PPP

¹⁵ See: Analiza Rynku PPP

The use of EU funds within PPP is still rare, though there have been a few examples of successful „blended” projects in Poland.¹⁶

2. „Twin Transition” – current development challenges facing the public sector

The challenges facing the public sector, both at the national and EU level, cover several aspects. In the long term, these challenges are mainly related to technological and environmental transformation issues. The strategic policy of the new European Commission has been based on two pillars known as the „Twin Transitions”. They cover the area of climate change and digitalisation, which constitute the door to implementing the latest achievements connected with the current dynamic technological development. This idea is reinforced in the New Industrial Strategy for Europe, which underlined that the twin ecological and digital transitions would affect every part of our economy, society and industry. Both areas of transformation are closely linked. The European Commission draws attention to this relationship. The Commission has stated that Europe must leverage the potential of digital transformation, which is a crucial enabler for reaching the objectives of the Green Deal. It is worth noting that the Commission’s assumptions were developed before the outbreak of the Covid-19 pandemic. The beliefs strengthened their importance for budgeting the development of pro-environmental measures and those related to digitalisation in the Recovery and Resilience Facility.¹⁷ The importance of the „green and digital” transformation was emphasised many times during the State of the Union address presented by Ursula von der Leyen on 15 September 2021.¹⁸

„Digital” Transformation

The European Commission presented its new industrial policy in March 2020. The policy has a cross-cutting nature with the objective to ensure framework conditions that foster competitiveness in the industry. The policy is based on two pillars: climate neutrality and digitalisation. It is also linked to several EU policies such as trade, internal market, research and innovation, employment, environment and public health.

¹⁶ See e.g. Poznan Waste Management project, Waste Management (ppp.gov.pl)

¹⁷ REGULATION (EU) 2021/241 OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 12 February 2021 establishing the Recovery and Resilience Facility, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32021R0241&from=EN>

¹⁸ European Commission, 2021 State of the Union Address by President von der Leyen, Strasbourg, 15 September 2021, [2021_State_of_the_Union_Address_by_President_von_der_Leyen.pdf](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/sta_2021_1100)

In March 2021, the Commission presented a vision and direction for Europe's digital transformation until 2030.¹⁹ Digital transformation is of particular importance for developing the public sector in the European Union. It seems that the term „digitisation” should be understood broadly (Runde, Spiro, Sara Lawrence, Ramanujam, Yayboke, 2019, p. 2). It becomes a starting point for creating a specific ecosystem of digital solutions in the public sector connected with the wide use of modern technologies such as the 4th Industrial Revolution (Schwab, 2017), the Internet of Things, the 5G mobile network, Blockchain and the binding of all the above phenomena into a single whole concept called „Smart City” (Joo, 2020, Fitt, 2021).

The 4th Industrial Revolution created the basic set of technological solutions necessary to implement the digital transformation. It is understood as the development of new information technologies such as artificial intelligence, automation and robotics, impacting conventional economic and economic models (Carter, 2019, p. 16). New technologies herald a revolution in industry and almost every aspect of human functioning, including the public sector. The intensity of utilising the benefits of the 4th Industrial Revolution is related to the development of a given country, which is influenced, among other things, by the efficiency of the public sector in creating demand for new solutions, as well as the ability to absorb these solutions in the public sphere. The impact of the 4th Industrial Revolution will have a genuinely transformational character. The pace and complexity of changes will be a challenge for management structures at every level, from local to global. They will also require the use of instruments inherent in the doctrine of good governance, including public-private partnerships. The risk concerning the implementation dynamics of the 4th Industrial Revolution is based on the assumption that many public institutions would prefer to continue to rely on traditional industry, ignoring the changes that dynamically create the future. This threat relates mainly to the public sector, which, as practice shows, absorbs modern solutions much more slowly than the private sector. This applies both to the organisational sphere and the technological advancement of products and services purchased.

As can be seen above, the technological revolution will affect many public sectors, but it is perhaps most evident in the concept of the „Smart City”. Although there are many definitions of „Smart Cities”, most of them include the principle of using digital technologies to provide better services to citizens, businesses, tourists and public officials. These range from intelligent mobility options (such as transport) to energy and water management, health, education, entertainment, mobile payments and many other public services

¹⁹ According to the presented document, by 2030 at least 80% of all adults in the EU should have basic digital skills, and 20 million ICT specialists should be employed, with more women working in these professions. In addition, by 2030, EU households should have a gigabit connection, and 5G networks should cover all populated areas. The production of state-of-the-art and sustainable semiconductors in Europe should account for 20 per cent of global production.

(Lewis, 2019, p. 1). Technologies based on the 4th Industrial Revolution are at the heart of all these systems.

The concept of a „Smart City” is nowadays of crucial importance in the context of challenges to civilization. It is worth pointing out that, according to the UN, by 2050 about 70% of the world’s population will live in urban areas (Hoornweg, Pope, 2014). There will be at least 50 megacities with at least 10 million people. This means a colossal increase in demand for modern public infrastructure in highly developed countries.

The „Green” Transition

The ecological transition is implemented primarily to achieve the intentions of the Paris Agreement concluded in 2015.²⁰ During the climate conference in Paris (COP 21), an agreement was adopted that provided a series of actions aimed at stabilising global warming to below 2° Celsius. This level is calculated in relation to pre-industrial levels. Reaching this level should help to avoid exceeding critical points of the Earth’s climate system.²¹

The European Commission presented the New European Green Deal in December 2019. It represents the European Union’s response to climate change and environmental challenges. It is also intended to play a vital role in the development of the economy-based technologies supporting eco-innovation and will apply to **all sectors of the economy**, in particular: transport, energy, agriculture, construction facilities, and such industries as steel, cement, ICT, textiles and the chemical industry. At the same time, the Green Deal is an integral part of the European Commission’s strategy to implement the UN’s 2030 Agenda and the Sustainable Development Goals.²²

To support actions based on the New European Green Deal, the European Commission has also developed an initiative to create financial support instruments covering three

²⁰ United Nations, Paris Agreement, 2015 (December 14, 2015)

²¹ Climate change and energy were indicated by the European Commission back in 2010 as one of the five measurable objectives of the European Union for 2020. Achieving the so-called 20/20/20 climate and energy target assumed the reduction of greenhouse gas emissions by at least 20%, the increase of the share of renewable energy to 20%, and the increase of energy efficiency by 20%. More than ten years have passed since these targets were adopted. During this time, progressive climate change has reinforced the need for extensive action by all public actors. To meet these challenges, the new European Commission has made climate change prevention one of the pillars of its long-term policy.

²² Transforming our world: the 2030 Agenda for Sustainable Development | Department of Economic and Social Affairs (un.org)

pillars: the Just Transition Fund,²³ a unique scheme under the InvestEU Programme,²⁴ and a Public Sector Loan Facility provided by the European Investment Bank to bring additional investment to the regions concerned. Funding from all three sources will be conditional on the disbursement of funds to implement environmentally friendly investments.

4. Challenges to the implementation of PPP in Poland

Achieving the goals of the „Twin Transitions” will likely require the extensive activation of the PPP formula in the future. Wider use of PPP requires, as the first step, the identification of the reasons why the Polish PPP market is characterised by the symptoms indicated above. A crucial question is: what are the critical disadvantages of the Polish PPP market?

The following will highlight the main problems that can be attributed to the Polish PPP practice.

1. Paradoxically, access to EU funds for the public sector, given the relatively easy implementation of already known and existing procedures and schemes, is often present and actually blocks the development of the PPP market in practice. This process is recognised by the public sector as much financially safer and more efficient than getting involved in a potentially „risky” PPP process. The possibility to obtain up to approximately 85% of the investment costs is naturally very appealing. EU funds are often indicated as the main reason for avoiding PPP involving the contribution of private resources. Although projects financed with EU funding are subject to comprehensive technical, economic and financial analyses determined by EU rules and procedures, most local and regional public authorities have already learned how to obtain and manage the EU funding, so the analyses are not daunting. In addition, the market of legal and financial advisers who specialise in dealing with EU funding is robust. It is also worth mentioning that the lack of knowledge and skills on PPP results in the inferior implementation of hybrid PPP projects. However, they could potentially deliver a much better quality of infrastructure and services.
2. Public entities still have insufficient knowledge about specific legal, economic and managerial tools related to PPP projects, which hinders the further capacity of their implementation in practice. This problem also affects representatives of the central

²³ The Just Transition Fund (JST) is a Cohesion Policy financial instrument designed to support areas facing significant socio-economic challenges of transition towards climate neutrality. The Fund will be a crucial tool to support areas most affected by the transition towards climate neutrality and prevent regional disparities. Its main objective will be to mitigate the effects of transformation by financing the diversification and modernisation of the local economy and mitigating the adverse effects on employment. To achieve this objective, the FST will support investments in digital connectivity, clean energy technologies, emissions reduction, industrial regeneration, worker retraining, and technical assistance.

²⁴ The particular transition facility within InvestEU aims to attract private investment.

authorities, who are legally responsible for implementing PPP policies and legal regulations in Poland. This situation is primarily due to a fast staff turnover, including at the central level. The „revolving door” mechanism results in a lack of continuity of national policies and actions.

3. There are also enormous challenges involving the managerial skills of public servants. This problem relates mainly to the organisation of the PPP process (including identifying, preparing, procuring, awarding and managing PPP contracts). There is also a poor connection between procurement and the contract management phase. Currently, there is no legal requirement related to implementing a specific project management method for PPP projects. There is also poor awareness on the public sector side about the kinds of methodologies that could support the preparation and implementation of PPP projects. Most cases related to public administration projects are based on legal regulations that do not cover crucial phases of the project.
4. Knowledge about the distinctive features of PPP projects, payment mechanisms, LLC (Life-Cycling Cost) (Andhov M., Caranta. R., Wiesbrock, A. (2019)), VfM (Value for Money), affordability and the opportunity to use legal regulations concerning PPP for a specific undertaking is also insufficient on the public sector's side. This lack of knowledge is mainly observed at regional and local levels where even essential PPP solutions are often not standardised. The lack of good, practical central PPP projects tends to be indicated by the representatives of the regional or local public authorities as a circumstance that blocks the local PPP market. Such a potential benchmark project could lead to several other smaller projects being commissioned in the same sector. It is worth mentioning that, due to the Polish Government Policy for the Development of PPPs, in the years 2018 to 2020, 10 new pilot PPP projects should have been initiated by the government. Surprisingly, no projects were instigated by the Polish government or any central agency at all.

Moreover, there is poor knowledge on the public sector side about the distinction between „potential remuneration models” or „payment mechanisms”. This means that, even in typical concession projects, it often turns out that basic public procurement procedures for services are implemented. On the other hand, in many PPP projects, the public entities suggest using the PPP concession model for works and services, despite being entirely unacceptable for the private market because of the business structure of the investment. This is mainly connected with the risk aversion on the public side and long-term funding implications for the public sector, which is down to a lack of preparation and a fear of taking the necessary actions.

5. Another challenge is the tendency to translate commonly used legal constructions typical for public procurement into PPP procedures. In most cases, the public servants use the „lowest price” as the guiding award criterion. However, this does not take into account aspects that are of high importance for PPP projects, such as LCC, the division of risks between partners and the efficiency of the project. As in public procurement,

market consultations are also rarely used in PPP procedures (in Poland in 2019, they were used in just 0.14% of public procurement cases, and from 2016 to 2019, only three PPP projects used them²⁵).

The public sector does not use market consultation because they often do not implement this tool correctly. The public sector is also afraid of market consultation as in their incorrect opinion it involves the mandatory exclusion of the stakeholders that participated in the preparation phase. This failure results from the literal – not teleological – interpretation of the relevant legal regulations. Instead of market consultation, public entities prefer non-transparent meetings with selected enterprises, often leading to rigged specifications or unsolicited proposals. This also results in insufficient knowledge about the current technological challenges that could be implemented in PPP projects. Other customs and attitudes common in public procurement are more efficient and more commonly transferred to PPP projects. This also concerns solicitation methods. Although the Polish legal regulations provide for negotiations and are primarily recommended in PPP guidelines, their practice is woefully insignificant. The unprofessional preparation of the procurement phase results in a significant extension of the project. Not being equipped with this basic knowledge often leads potential PPP projects to the fragmentation of the public procurement procedure, or the commission of parts of a potential PPP project to „in-house” companies.

6. Even where there is an awareness of PPP legal regulations, insufficient recognition of the benefits of the PPP method is quite common. This phenomenon relates mainly to the lack of knowledge and understanding of the LCC approach, including the project's environmental and social aspects. The primary public sector analyses and strategies do not include costs related to the maintenance of the infrastructure. They are based on the assumption that the activities of public assets may be unprofitable. This comes from a lack of managerial skills on the public side and the false assumption (with its roots in the communist era) that a public entity delivers public services regardless of costs. At the same time, PPP projects are associated with high transactional costs that tend to deter public servants even before initiating the PPP procedure. As a result, many possible cost-effective projects lead to losses in practice. However, they are still supported by public money that could otherwise be spent on other projects necessary for the general public interest. Such an approach results in the fragmentation of possible PPP projects into independent procurements for works and procurements for services. In these procedures, the public entities use the basic public procurement mechanisms again, which are ineffective in providing public infrastructure. Not taking an LCC approach to implementation is primarily due to insufficient knowledge and not applying commonly available standards. Other benefits, such as increased efficiency and a higher quality of services, including green, social and innovative solutions, are not

²⁵ Report of Polish Supreme Audit Office of 29 July 2020, on PPP (P/19/104), p. 10

considered. This means that different methods of financing public infrastructure are chosen, mostly from easily accessible European Funds, and subsequently, the essential public procurement solutions are implemented.

7. Other shortcomings are observable in the preparation and procurement of PPPs. Huge problems can be observed in the implementation of financial and economic measures, particularly in the fundamental financial and economic analyses relating to Net Present Value, Internal Rate Ratio, and Cost-Benefit Analyses – analyses of the socio-economic impact of the PPP project. These analyses have generally not been recognised as essential tools in PPP projects by public entities and have been ignored or underutilised.²⁶ Instead, the public sector concentrates on the legal aspects of the process, primarily out of fear of the results of inspections. There are also problems related to preparing the Value for Money analysis and the Public Sector Comparator, which indicates the best and most efficient method of providing for public infrastructure. It is also the case that analyses of the general public expectations related to specific PPP projects are insufficient. From a report of the Polish Supreme Audit Office from 2020, it appears that, between 2016 and 2019, public consultations were conducted in just 35% of all PPP projects.²⁷ This often results in inadequate public demand for the infrastructure and delivered services, resulting in low interest from private partners in the project. A failure to carry out a social impact analysis often results in poor public support for a particular project, or even actions against the project. The reason for omitting the social impact analysis is often justified by the lack of an existing legal regulation that mandatorily imposes this duty on public authorities.
8. Another problem is related to the primary method of obtaining knowledge related to the proper function of public administration in extenso, which should be implemented during the operational phase of PPP projects. *The New Public Management* and *Good Governance* principles have not been successfully implemented during the educational processes of public servants. It seems clear that public servants need to acquire at least a better basic knowledge about public economic law, including public-private cooperation, during their educational process at universities, including regular courses and postgraduate studies. Instead, significant deficiencies in the educational process are still a massive problem in the public sector. This relates to the ever-present and dominant approach of the public administration's role, which is based on hierarchy, subordination and the use of administrative authority and administrative decisions in relations with external subjects, including private market actors. This approach is then implemented in the day-to-day operations taken by public administration. It also has profound cognitive implications in the public servants' approach to public-private cooperation. The cognitive implica-

²⁶ Report of Polish Supreme Audit Office of 29 July 2020, on PPP (P/19/104), p. 21

²⁷ Report of Polish Supreme Audit Office of 29 July 2020, on PPP (P/19/104), p. 19-20

tion is understood as a withdrawal from ambitious actions, including PPP projects in the wake of the lack of incentives for public servants and the existing fear of the result of inspections, and in Poland the possible penalties and fines envisaged by the Act on a Breach of Public Finances Discipline.

9. From a practical point of view and in connection with implementation issues, it must be pointed out that legal regulations concerning PPP are mainly drafted according to the most basic literal interpretations and with poor implementation of the teleological aims. For example, understanding the meaning of the term ‘most advantageous offer’ as used in Article 6 of the Polish Act on PPP is often associated with the fundamental financial aspects of the projects, which is a copy of patterns implemented in the public procurement procedure. Other criteria for the award of the best offer, which have a non-mandatory character in the legal text of the Polish Act on PPP, for example, the effectiveness of project implementation, including the effectiveness of asset use or criteria referring directly to the project subject, in particular its quality, functionality, technical parameters, level of technologies offered, operational costs and servicing are often omitted in the practice of PPP projects. Another example could be the interpretation of Article 6 (3)(5) of the Polish Act on PPP, which states that one of the non-mandatory criteria for awarding the best offer may be the division of tasks and risks related to the project between the public entity and the private partner. In most cases, this criterion is understood as the possible transfer of all tasks and risks on the private sector side.
10. Another challenge relates to the abuse of „in-house” companies. The traditionally dominant position of the state (which also includes local municipalities), which owns and controls enterprises in Poland, is clear to see in the potential PPP market. The abuse of „in-house” companies limits the PPP market in the following way. Instead of using PPP as a form of providing public infrastructure, public authorities adopt a two-stage process. The first stage is building the new infrastructure through the use of public procurement. The second one is the creation of the O&M model on this infrastructure, provided by „in-house” companies. The market for services concerning new public infrastructure is currently provided by „in-house” companies, meaning that potential areas of the PPP market are closed to private partners. In most cases, there would be significant interest from the private market in providing public infrastructure because of the existing public demand and market capacity.
11. Another problem related to the development of efficient public governance relates to the organisational aspects of public entities. It is rare for public entities to create a special PPP team with public servants who have sufficient knowledge and skills in delivering public infrastructure through the use of PPP. There is no position of general project manager in public administration and the project management methods indicated above are not used in practice. The senior technical personnel in the civil service have commonly not used project management methods, preferring bureaucratic legal

tools concerning the imperious actions of public administration. The various legal, financial and technological aspects of PPP projects are not treated as one more comprehensive tool for achieving common goals, which is the effective implementation of public infrastructure through the use of PPP. It means a lack of existing dedicated teams on the public side ready to act during all the phases of the PPP project. This also often results in a lack of continuity at the performance stage of the project after election changes. Even if PPP teams have been created, they rarely deal with the performance phase of the project, resulting in the poor implementation of the key performance indicators. Some appointed PPP teams have not even been charged with carrying out any particular tasks in the Polish practice, which resulted in work paralysis. Another related problem is when many changes are implemented within already created teams, leading to difficulties.

12. Finally, it is worth pointing out another challenge related to the inefficient governance of the public sector relating to the existence of unsolicited proposals²⁸ and rigged specifications.²⁹ This is because the PPP procedure is negatively viewed as a complicated process involving many competitors and resources, such as time and personnel (who are also responsible for other daily issues in most cases). More accessible solutions are highly welcomed, especially by the local public sector. These actions include unsolicited proposals or the reconciliation of the requirements related to the selection procedure and an assessment of the best offer.

5. A few recommendations for increasing the implementation of PPP in Poland to support the „Twin Transitions” goals

Liberating the potential of PPP in carrying out modern, technologically and environmentally engaged public sector projects requires complex and multifaceted actions. These actions should be taken at central and local levels. A few examples that are interesting from the author's perspective will be proposed below.

²⁸ Unsolicited proposals are often delivered by enterprises that already exist on the local market and have successfully delivered their obligations or/and cooperated under circumstances of fraud and corruption. The local public authorities often prefer to cooperate with such partners instead of issuing new, not well recognised PPP procedures. Unsolicited proposals help to avoid the need to go through the required, competitive PPP procedure. Instead of the procedure provided for in the PPP regulation packet, the public sector concludes „basic” Civil Code lease agreements without an actual competition award procedure or establishes an SPV with the private partner, without any announcement of the PPP procedure.

²⁹ Rigged specification means setting requirements for private partners who might want to take part in the procedure with the breach of proportionality rule (e.g. a certain number of years of experience, a minimum number of specialists, etc.) or might require a particular specification of the project subject, meaning that it can effectively be delivered by only one private partner in particular.

1. The first point worth noting is the need to permanently improve the knowledge and skills of public sector representatives, both at central and local levels. This is the cause of the most common and overwhelming challenges related to the implementation of PPP in Poland, along with the lack of comprehensive, practical experience of public servants. The educational activities carried out at the Ministry of Development and regional funds should not be limited to fundamental issues related to the use of PPP to carry out public tasks. The most important thing is that the PPP system should be based on global trends taking into account pro-environmental and pro-innovative activities. It is worth establishing comprehensive strategies concerning the construction and development of the concept of Smart Cities in Poland, taking into account the state of the art knowledge of the potential they bring in terms of the 4th Industrial Revolution, the 5G network, Blockchain and the Internet of Things in the public sphere.
2. An interesting way to raise the level of the public servants' knowledge may be to introduce certification. This solution assumes quality restrictions for public servants dealing with PPP projects – primarily the personnel of PPP central units – and could also be enlarged to cover PPP advisers. Such certification could be provided by the existing institutions, e.g. the APMG Public-Private Partnerships Certification Programme, 30 or could be entrusted to other bodies cooperating with national central PPP unit, such as leading universities or chambers of commerce. This variant could enable the standardisation of PPP best practices, contracts and project implementation in the region. It would be an essential measure for increasing the quality of advisors.
3. Another proposal encompasses the drafting of a PPP Handbook by the Central PPP unit, with some support from the EU institutions (e.g. the European Commission or the European Expertise PPP Centre by the European Investment Bank). The PPP Handbook should ideally cover all the possible steps in PPP projects, setting out several practical examples (a perfect pattern for this regulation is the American Federal Acquisition Regulation covering legal provisions, guidelines, and best practices³¹). The PPP Handbook could cover a combination of existing legal regulations, European best practices, and PPP project methodology. On a side note, it is worth pointing out that an overview of best practices in implementing the innovative and environmental aspects in PPP projects is vital under this recommendation.
4. When preparing the project and choosing a private partner, public entities should pay special attention to using and possibly adapting modern technologies and pro-environmental solutions to the needs of a specific project. This possibility exists based on regulations and concerns matters like, for example, the effectiveness analysis referred to in Article 3a of the Act on Public-Private Partnerships. In addition, in negotiations

³⁰ The APMG Public-Private Partnerships Certification Program (ppp-certification.com)

³¹ See: FAR | Acquisition.GOV

with representatives of the private market, the subject of environmental aspects and modern technologies should be constantly discussed. All actions taken by the public entity should aim at enforcing proposals from the private sector of new technological and pro-environmental solutions taking into account the implementation of the project in the public interest. Technological and environmental aspects should also play a leading role at the stage of selecting the most advantageous offer, based on the content of Article 6 (3)(4) of the Act on Public-Private Partnerships.

5. Environmentally friendly and technologically advanced projects implemented at the central level should also play a key role. According to the assumptions of the Government Policy of 2017, the role of these projects was to indicate the desired practices and sound patterns in the implementation of PPP projects at the local government level. It seems that there is currently a great need to launch projects that take into account the challenges of modern times, including technological and environmental issues. The projects should not be limited to implementing individual innovative or pro-environmental solutions. They should rather present a comprehensive vision and strategy for using modern technology and the environment in particular areas of public tasks. In the case of the public sector, such projects should be widely presented to the public sector representatives, which could at least partially use the achievements of the major projects.
6. The rational sharing of risks between the public and private sectors should also be important, especially where PPP projects provide innovative solutions. Such projects are always burdened with a certain level of risk, evenly distributed between the parties to a PPP agreement. The implementation of PPP projects based on modern technologies also requires considering a reduction in the current role of the „in-house” entities that block the involvement of the private sector in many infrastructure projects. For this purpose, it would be advisable to abandon the narrow understanding of the provisions of the Public Procurement Law and the Act on Concession Agreements for Construction Works or Services. This would allow contracts and concession projects to be carried out as part of PPP by „in-house” entities. The desired direction would be to adopt the recommendations arising from the CJEU’s judgment in the Irgita case of 3 October 2019.³² The court indicated, among other things, that any exempted public-public cooperation should not result in the distortion of competition.

Conclusions

Despite many attempts to promote PPP in Poland since the early years of the century, Poland is still lagging behind the leading EU countries. The problems with the broader use of PPP, the application of an integral public procurement approach and the abuse of

³² C-285/18

public-public cooperation reveal significant problems in how public administration delivers public infrastructure and services. However, the implementation of the „Twin Transition” objectives require much more frequent use of PPPs. The main problems currently associated with PPP in Poland are a lack of skills and challenges in public servants, inadequate preparation and procurement process for PPPs, a lack of basic sound governance principles, the overuse of public procurement procedures, poor organisation of public entities, unsolicited proposals and rigged specification, as well as insufficient cooperation with the private sector, competition from EU funding (grants) and an oversized „in-house” sector.

To increase the use of PPP, it is worth considering implementing measures to improve the knowledge and practical skills of public servants in preparing and implementing PPP projects. The certification of knowledge and practice in PPP projects could be an interesting solution and it would also make sense for the Central PPP unit to prepare a PPP Handbook with support from the EU institutions, including environmental and technological aspects in line with current knowledge in this area. Recommendations also include launching significant projects at the central, governmental level, as these can serve as a benchmark for smaller local government initiatives.

Streszczenie

Wyzwania i szanse PPP w perspektywie tzw. „bliźniaczej transformacji”

Kierunki rozwoju sektora publicznego obejmującego infrastrukturę oraz usługi publiczne zostały wskazane przez Komisję Europejską w dokumentach kreujących tzw. „bliźniaczą transformację”. Obejmują one działania mające na celu wspieranie rozwoju środowiskowego oraz technologicznego.

Jedną z form wspierania realizacji wskazanych ambitnych celów może się okazać partnerstwo publiczno-prywatne (PPP). Jego rola jest kluczowa w projektach tzw. inteligentnych miast (ang. *Smart City*). Pomimo dużych oczekiwań związanych z wykorzystaniem PPP w Polsce instytucja ta wciąż rozwija się powoli. Niniejszy artykuł w skrócie wskazuje regulację prawną PPP w Polsce. Omówiono również główne symptomy polskiego rynku PPP, wskazujące na deficyt w zakresie wykorzystania współpracy publiczno-prywatnej. Zaliczono do nich: a) małą liczbę realizowanych projektów PPP, b) wysoki poziom niepowodzeń w przeprowadzaniu procedur zmierzających do wyboru partnera prywatnego, c) brak zainteresowania sektora prywatnego projektami PPP, d) niewłaściwe przygoto-

wanie i realizację umów PPP, e) niewielką wartość rynku PPP, f) małą liczbę projektów PPP z wykorzystaniem środków UE. W dalszej części artykułu wskazano również podstawowe problemy wpływające na niezadowalające wyniki wykorzystania PPP w Polsce. Należą do nich m.in.: wyzwania związane z deficytami wiedzy i kompetencji przedstawicieli sektora publicznego, nieodpowiednie przygotowanie procesów zmierzających do zawarcia umów PPP, brak zastosowania podstawowych zasad skutecznego zarządzania projektami, nadużywanie wzorców właściwych dla procedur zamówień publicznych, nieodpowiednia organizacja wewnętrzna podmiotów publicznych, niewystarczająca współpraca z sektorem prywatnym, konkurencja ze strony funduszy unijnych (grantów) oraz przerośnięty sektor *in house*. Na koniec opracowania zaproponowano kilka bazowych rozwiązań, które w ocenie autora mogą się przyczynić do wzrostu zainteresowania PPP w Polsce i wdrożenia projektów zaawansowanych środowiskowo oraz technologicznie.

Słowa kluczowe: partnerstwo publiczno-prywatne, cyfryzacja, działania prośrodowiskowe, sektor publiczny, profesjonalizacja

Prawo do sądu w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego – zagadnienia wybrane

Uwagi ogólne

Efektywna ochrona sądowa jest zasadą ogólną prawa unijnego, ujętą następnie w art. 47 Karty praw podstawowych UE² i gwarantującą prawo do skutecznego środka prawnego przed sądem oraz prawo dostępu do niezawisłego i bezstronnego sądu, które stanowią istotne elementy zasady demokratycznego państwa prawnego, zapewniającego jednostce efektywną ochronę prawną przed naruszeniem jej praw podmiotowych przez władze publiczne. Zapewnienie jednostce efektywnej ochrony jej praw wynikających z prawa UE to jądro zasady praworządności w rozumieniu art. 2 Traktatu o UE³, a także istotny element europejskiej wspólnoty prawa⁴. Prawo dostępu do sądu chroni prawa osób fizycznych i prawych oraz jednostek organizacyjnych, które zamierzają uzyskać lub wykonać zamówienie. Prawa i wolności zagwarantowane przez prawo UE w odniesieniu do zamówień publicznych oznaczają prawo do równego traktowania, zapewnienie swobodnego przepływu towarów i usług, otwarcie na niezakłóconą konkurencję oraz respektowanie zasady proporcjonalności⁵.

Zakres podmiotowy i przedmiotowy prawa do sądu w zamówieniach publicznych został określony w Polsce na podstawie ustawy z 11.9.2019 r. Prawo zamówień publicznych⁶ oraz na podstawie Kodeksu cywilnego⁷, natomiast na poziomie ponadnarodowym

¹ Nr ORCID: 0000-0003-4211-229X.

² Karta praw podstawowych UE z 7.12.2000 r. (Dz.Urz. UE C z 2012 r., Nr 326, s. 13).

³ Traktat o Unii Europejskiej, wersja skonsolidowana (Dz.Urz. UE C z 2012 r., Nr 326, s. 13).

⁴ A. Wróbel [w:] Karta Praw Podstawowych Unii Europejskiej. Komentarz, red. A. Wróbel, Warszawa 2013, s. 1171.

⁵ W. Dzierżanowski, Prawo do sądu w zamówieniach publicznych, Warszawa 2018, s. 27.

⁶ Ustawa z 11.9.2019 r. – Prawo zamówień publicznych (tj. Dz.U. z 2021 r. poz. 1129 z późn. zm.; dalej: PrZam-Publ).

⁷ Ustawa z 23.4.1964 r. – Kodeks cywilny (tj. Dz. U. z 2020 r. poz. 1740 z późn. zm.; dalej: KC).

– przez dyrektywy odwoławcze 89/665/EWG⁸ oraz 92/13/EWG⁹, zmienione dyrektywą 2007/66/WE¹⁰. Ustanawiając zasadę efektywnej ochrony sądowej, prawo UE zasadniczo pomija zagadnienia proceduralno-organizacyjne związane z dostępem do sądu i pozostawia państwom członkowskim autonomię w zakresie ustalenia procedur i kompetencji organów sądowych. Dyrektywy odwoławcze stanowią przykład procesu określanego w literaturze jako proceduralizacja prawa unijnego. Przepisy proceduralne są kluczowe dla efektywności norm prawa materialnego i przedstawiają drogę wnoszenia środków ochrony prawnej i rozstrzygania w ich przedmiocie. Z uwagi na zakres regulacji przyjętych przez dyrektywy odwoławcze mamy do czynienia z proceduralizacją sektorową – odnoszącą się do danej dziedziny prawa. Dyrektywy odwoławcze dopełniają regulacje prawa materialnego w dziedzinie zamówień publicznych, tworząc system dający potencjalnie realne szanse na wygranie przetargu w warunkach uczciwej konkurencji. Dyrektywy odwoławcze wprowadzają mechanizmy egzekwowania prawa typu *private enforcement*, opierające się na inicjatywie jednostek, i służą ochronie konkurencji, chroniąc słabszą stronę postępowania przetargowego – wykonawcę¹¹.

Dyrektywy odwoławcze nie dotyczą uprawnień zamawiających w kontekście prawa do sądu, aczkolwiek nie stoją też na przeszkodzie, by państwa członkowskie przyznały takie uprawnienia organizatorom przetargów¹². Polski ustawodawca przyznał zamawiającym prawo do wniesienia skargi do sądu na orzeczenie KIO¹³ oraz skargi kasacyjnej do Sądu Najwyższego¹⁴, na ogólnych zasadach może on dochodzić też odpowiedzialności odszkodowawczej, zwłaszcza z tytułu wniesienia przez wykonawcę oczywiście bezzasadnego odwołania.

Polski ustawodawca implementował – wynikające z dyrektyw odwoławczych – środki ochrony prawnej w postaci odwołania i sankcji unieważnienia umowy oraz częściowo odszkodowania, przyjmując stosowne rozwiązania w PrZamPubl. Dodatkowo w obszarze zamówień publicznych będą miały zastosowanie przepisy KC dotyczące stwierdzenia nieważności umowy na podstawie art. 58§1 KC oraz unieważnienia umowy na podstawie art. 70⁵ KC¹⁵. Te same środki ochrony prawnej przysługują w obszarze zamówień unij-

⁸ 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. UE. L. z 1989 r. Nr 395, s. 33 z późn. zm.; dalej: dyrektywa 89/665/EWG).

⁹ Dyrektywa Rady 92/13/EWG z 25.2.1992 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. UE L z 1992 r. Nr 76, s. 14 z późn. zm.; dalej: dyrektywa 92/13/EWG).

¹⁰ Dyrektywa 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 11.12.2007 r. zmieniająca dyrektywy Rady 89/665/EWG i 92/13/EWG w zakresie poprawy skuteczności procedur odwoławczych w dziedzinie udzielania zamówień publicznych (Dz.Urz. UE L z 2007 r. Nr 335, s. 31; dalej: dyrektywa 2007/66/WE).

¹¹ A. Soltysińska, *Procedury odwoławcze w europejskim prawie zamówień publicznych*, Warszawa 2021, s. 52-53.

¹² Wyrok TSUE z 21.10.2010 r., C-570/08, *Symvoulio Apokhetefseon Lefkosias*, Legalis.

¹³ Por. art. 579 ust. 1 PrZamPubl.

¹⁴ Por. art. 590 ust. 2 PrZamPubl.

¹⁵ Szerzej: A. Soltysińska, *Procedury odwoławcze...*, s. 448-460.

nych i zamówień krajowych – warto zatem zwrócić uwagę, że w świetle orzecznictwa TSUE: „jeżeli w odniesieniu do rozwiązań dotyczących sytuacji nieobjętych aktem prawa Unii przepisy krajowe dostosowują się w sposób bezpośredni i bezwarunkowy do rozwiązań przyjętych w tym akcie, istnieje niewątpliwy interes Unii w tym, by przepisy przyjęte z tego aktu były interpretowane w sposób jednolity. Pozwala to bowiem na uniknięcie przyszłych rozbieżności w wykładni i na zapewnienie identycznego traktowania tych sytuacji i sytuacji objętych zakresem stosowania wspomnianych przepisów”¹⁶.

Swoboda państw członkowskich w zakresie implementacji dyrektyw odwoławczych w ramach autonomii proceduralnej jest ograniczona zasadą skuteczności – przyjęte rozwiązania proceduralne i dotyczące środków ochrony prawnej powinny umożliwić wykonawcom efektywne realizowanie przysługujących im praw. Prawo do sądu nie może być rozumiane tylko formalnie, jako dostęp do drogi sądowej, ale także materialnie, jako możliwość skutecznego wyegzekwowania i dochodzenia ochrony praw w wyniku postępowania sądowego¹⁷. Przedmiotem dalszych rozważań będzie przedstawienie wybranych regulacji prawnych oraz praktyki orzeczniczej, stanowiących oparcie dla środków ochrony prawnej dedykowanych wykonawcom.

Zasada przejrzystości postępowania przetargowego na tle prawa do sądu

Respektowaniu prawa do sądu służą obowiązek przejrzystości i prawo do informacji. Zasada przejrzystości została umieszczona przez ustawodawcę unijnego wśród innych podstawowych zasad, a następnie implementowana do prawa polskiego w art. 16 ustawy PrZamPubl. Przejrzystość jest postrzegana jako warunek efektywnej kontroli sądowej w rozumieniu art. 47 KPP, a na gruncie zamówień publicznych istotna jest w kontekście prawa dostępu do informacji, na podstawie których zamawiający podjął zaskarżoną decyzję. Zagadnienie efektywnej ochrony sądowej powinno być oceniane przez pryzmat zachowania właściwych proporcji między z jednej strony prawem do zastrzeżenia tajemnicy, zwłaszcza przedsiębiorstwa, a z drugiej – prawem do rzetelnego procesu.

Dyrektywy odwoławcze nie zawierają żadnych przepisów regulujących w sposób wyraźny ochronę poufnych informacji. W wyroku w sprawie C-450/06 *Varec*¹⁸ Trybunał stwierdził, że prawo do ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa jest co do istoty prawem materialnym, aczkolwiek jego wykonywanie może mieć skutki natury proceduralnej, i podjął próbę wyjaśnienia, w jaki sposób ochrona tajemnicy przedsiębiorstwa może być pogodziona z prawem do rzetelnego procesu sądowego, którego cechą charakterystyczną jest kontradiktoryjność postępowania, wymagająca, by strony postępowania miały prawo do

¹⁶ Wyrok TSUE z 31.3.2022 r., C-195/21 LB, pkt 43, Legalis.

¹⁷ Wyrok TK z 12.3.2002 r., P 9/01, Legalis.

¹⁸ Wyrok TSUE z 14.2.2008 r., C-450/06 *Varec*, Legalis, pkt 28.

zapoznania się z materiałem dowodowym. W pierwszej kolejności Trybunał wskazał, że dostęp do materiałów dowodowych może być ograniczony w celu ochrony praw podstawowych jednostek lub ważnego interesu publicznego. Wśród praw podstawowych, które mogą korzystać z takiej ochrony, znajduje się prawo do poszanowania życia prywatnego, które może być interpretowane jako obejmujące działalność zawodową lub handlową osób fizycznych i prawnych, a wspomniana działalność może obejmować udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Dodatkowo wymóg zachowania uczciwej konkurencji w postępowaniach przetargowych stanowi ważny interes publiczny, uzasadniający ograniczenie prawa dostępu do akt sprawy. Podsumowując, TSUE zgodził się, że zasada kontrydiktoryjności nie wymaga nieograniczonego prawa dostępu do całości informacji zgromadzonych w ramach danego postępowania przetargowego¹⁹. Akceptując takie ograniczenie, Trybunał wyraził jedynie ogólną opinię, że zasada ochrony informacji poufnych musi być tak stosowana, by dało się ją pogodzić z wymogami skutecznej ochrony prawnej i poszanowaniem prawa do obrony obu stron sporu oraz z wymogami prawa do rzetelnego procesu. Wydaje się, że rozsądnym rozwiązaniem byłoby zobowiązanie sądów i innych krajowych organów odwoławczych do podniesienia z urzędu zarzutu naruszenia prawa zamówień publicznych w sytuacji, gdy wymogi ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa lub innych danych poufnych uniemożliwiają ujawnienie ich treści zainteresowanej stronie postępowania odwoławczego, a tym samym ograniczają jej aktywność²⁰.

Drugie zagadnienie, które pojawia się na tle wyroku w sprawie C-450/06 *Varec*, dotyczy zasad udostępniania informacji poufnych w trakcie postępowania odwoławczego. Trybunał wyjaśnił, że to do sądu należy podjęcie decyzji, w jakim stopniu i według jakich zasad należy zapewnić poufność i objęcie tajemnicą tych informacji w świetle wymogów skutecznej ochrony sądowej²¹. Państwa członkowskie zwykle przyjmują własne rozwiązania proceduralne dotyczące zasad ujawniania i dostępu do różnego rodzaju informacji niejawnych, w tym do tajemnicy przedsiębiorstwa. Wydaje się, że w świetle wyroku w sprawie C-450/06 *Varec* Trybunał zaproponował bardziej aktywną rolę krajowych organów odwoławczych w równoważeniu interesów wynikających z prawa do ochrony tajemnicy handlowej i prawa do skutecznej ochrony sądowej w rozumieniu art. 47 KPP. Ustalenie zasad dostępu do informacji niejawnych lub poufnych w trakcie procesu wymaga jeszcze rozstrzygnięcia, w jaki sposób wykonawcy mogą wykorzystać przedmiotowe informacje w celu formułowania zarzutów podważających decyzję zamawiającego. Dostęp do takich informacji, podobnie jak prawo do zapoznania się z uzasadnieniem decyzji zamawiającego, służy prawidłowej realizacji prawa do sądu poprzez umożliwienie

¹⁹ Pkt 47-48, 50-51 cytowanego wyroku w sprawie C-450/06 *Varec*.

²⁰ Tak trafnie proponuje R. Caranta, Procurement transparency as a gate for procurement remedies [w:] Transparency in EU procurement. Disclosure within Public Procurement and Public Contract Execution, red. K.M. Halonen, R. Caranta, A. Sanchez-Graells, Cheltenham 2019, s. 71.

²¹ Pkt 55 cytowanego wyroku w sprawie C-450/06 *Varec*.

wykonawcom skutecznego sformułowania zarzutów. Jeśli wykonawca będzie miał możliwość zapoznania się z zastrzeżonymi informacjami dopiero przed sądem, to powinien mieć możliwość uzupełnienia argumentacji prezentowanej w odwołaniu. Ogólna zachęta ze strony Trybunału nie będzie wystarczająca, jeśli nie pojawią się reguły dotyczące zasad wykorzystania takich informacji – ustalone przez ustawodawcę lub sąd.

Uwagi przedstawione w wyroku w sprawie C-450/06 *Varec* powtórzył rzecznik generalny w opinii do sprawy C-927/19 *UAB Klaipėdos regiono atlieku tvarkymo centras* – odmowa udzielenia żądanych informacji na tej podstawie, że nie mogą one zostać ujawnione, nie stoi na przeszkodzie temu, by sąd zbadał znaczenie zastrzeżonych danych. Okoliczność, czy przeprowadzenie takiego badania jest możliwe z urzędu, czy też tylko na wniosek jednej ze stron, będzie zależeć od przepisów krajowych²². Następnie Trybunał w wyroku w sprawie C-927/19 *UAB Klaipėdos regiono atlieku tvarkymo centras* wyjaśnił, że w przypadku uznania przez sąd poufnego charakteru zastrzeżonych danych, co stałoby na przeszkodzie ujawnieniu ich konkurentom zainteresowanego wykonawcy: „organ powołany do rozpoznania skargi związanej z udzieleniem zamówienia publicznego powinien móc zdecydować, w razie potrzeby, że pewne informacje zawarte w aktach, którymi dysponuje, nie mogą zostać przekazane stronom i ich adwokatom”²³.

Trybunał – powołując się na wyrok w sprawie C-450/06 *Varec* – ponownie powtórzył, że do właściwego sądu krajowego należy „pogodzenie” prawa wnioskodawcy do skutecznego środka prawnego w rozumieniu art. 47 KPP z przysługującym konkurentowi prawem do ochrony informacji o charakterze poufnym²⁴. Co ciekawe, TSUE zwrócił uwagę na możliwość zastosowania środków tymczasowych w stosunku do wykonawcy, który pragnie chronić informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa. „Zamawiający jest zobowiązany do poinformowania zainteresowanego wykonawcy o decyzji o przekazaniu jednemu z jego konkurentów informacji, co do których wykonawca ten twierdzi, że są poufne, w odpowiednim czasie przed wykonaniem tej decyzji, aby umożliwić temu ostatniemu zwrócić się do zamawiającego lub do właściwego sądu krajowego z żądaniem zastosowania środków tymczasowych (...), a tym samym aby uniknąć wyrządzenia mu niepowetowanej szkody”²⁵.

Omawiając rolę krajowych organów odwoławczych, warto wspomnieć, że również postanowienia dyrektywy 2016/943/UE dotyczącej tajemnicy przedsiębiorstwa²⁶ mogą stanowić inspirację dla rozwiązań proceduralnych w dziedzinie zamówień publicznych. Łatwo zauważyć, że ustawodawca unijny w art. 9 ust. 3 dyrektywy 2016/943/UE podkreśla

²² Opinia rzecznika generalnego z 15.4.2021 r. w sprawie C-927/19 *UAB Klaipėdos regiono atlieku tvarkymo centras*, ECLI:EU:C:2021:295, pkt 93-95.

²³ Wyrok TSUE z 7.9.2021 r., C-927/19 *UAB Klaipėdos regiono atlieku tvarkymo centras*, Legalis, pkt 133.

²⁴ Pkt 135 cytowanego wyroku w sprawie C-927/19 *UAB Klaipėdos regiono atlieku tvarkymo centras*.

²⁵ Pkt 126 cytowanego wyroku w sprawie C-927/19 *UAB Klaipėdos regiono atlieku tvarkymo centras*.

²⁶ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/943 z 8.6.2016 r. w sprawie ochrony niejawnego know-how i niejawnych informacji handlowych (tajemnic przedsiębiorstwa) przed ich bezprawnym pozyskiwaniem, wykorzystywaniem i ujawnianiem (Dz.Urz. UE L z 2016 r. Nr 157, s. 1).

aktywną rolę sądów krajowych – podobnie jak Trybunał w wyroku w sprawie C-450/06 *Varec* – podejmując środki mające na celu zachowanie poufności, przy ocenie ich proporcjonalności właściwe organy sądowe powinny uwzględnić potrzebę zapewnienia prawa do skutecznego środka prawnego i rzetelnego procesu oraz uprawnione interesy stron, osób trzecich i wszelkie potencjalne szkody wynikające z przyjęcia lub odrzucenia takich środków.

Podobne wątpliwości dotyczące wyważenia prawa do sądu na tle możliwości zastrzeżenia informacji poufnych pojawiały się na polskim rynku zamówień publicznych i skutkowały skierowaniem do TSUE pytania prejudycjalnego przez KIO. W sprawie C-54/21 *Antea Polska S.A.* została sporządzona opinia rzecznika generalnego²⁷, która wydaje się powtarzać dotychczasowe argumenty wynikające z orzecznictwa w sprawach C-450/06 *Varec* oraz C-927/19 *UAB Klaipėdos regiono atlieku tvarkymo centras*. Odnosząc się do szczegółowych pytań zadanych przez Izbę, rzecznik generalny zastrzegł, że nie zamierza zastępować sądu odsyłającego w zadaniu dotyczącym oceny stanu faktycznego, lecz zwrócił uwagę, że trudno przyjąć, by dokumenty opisujące „sytuację podmiotową wybranego wykonawcy związaną z jego doświadczeniem, podmiotami i personelem proponowanym do wykonania zamówienia”, których ujawnienie jest wymagane na mocy prawa unijnego, można zastrzec jako objęte tajemnicą przedsiębiorstwa lub jako inne informacje poufne. To samo dotyczy sytuacji osób trzecich, na których zasobach oferent zamierza polegać, lub podwykonawców, których proponuje w swojej ofercie. Bez uszczerbku dla ogólnych obowiązków dotyczących ochrony danych osobowych tożsamość tych osób trzecich i podmiotów nie może być utrzymywana w tajemnicy, jeśli specyfikacja warunków zamówienia wymaga ich ujawnienia, przy czym twierdzenie dotyczące hipotetycznego ryzyka „podkupienia” zasobów ludzkich nie jest wystarczające²⁸.

Z problematyki efektywności środków tymczasowych w zamówieniach publicznych

Dyrektywy odwoławcze zobowiązują państwa członkowskie do wprowadzenia do procedur odwoławczych odpowiednich środków obejmujących prawo do przedsięwzięcia m.in. „środków tymczasowych w celu naprawy domniemanego naruszenia lub zapobieżenia dalszym szkodom (...), w tym zawieszenia lub doprowadzenia do zawieszenia procedury udzielania zamówienia publicznego lub wykonania decyzji podjętych przez instytucję zamawiającą”²⁹. Dodatkowo państwa członkowskie mają obowiązek implementowania okresu zawieszenia typu *standstill*³⁰, który pozwala zainteresowanym

²⁷ Opinia rzecznika generalnego z 12.5.2022 r. w sprawie C-54/21 *Antea Polska S.A.* ECLI:EU:C:2022:385.

²⁸ Por. pkt 60-65 cytowanej opinii w sprawie C-54/21 *Antea Polska S.A.*

²⁹ Por. art. 2 ust. 1a dyrektywy 89/665/EWG.

³⁰ Por. art. 2a dyrektywy 89/665/EWG.

wykonawcom na wniesienie odwołania przed zawarciem umowy w sprawie zamówienia. Środki tymczasowe oraz okres zawieszenia typu *standstill* mogą być dostosowane przez krajowego ustawodawcę do tradycji prawnej i potrzeb danego państwa członkowskiego zgodnie z zasadą autonomii proceduralnej, lecz wybrane rozwiązania prawne nie mogą naruszać zasad skuteczności i równoważności.

Sposób ukształtowania środków ochrony prawnej powinien pozwalać zainteresowanym wykonawcom na skuteczną ochronę praw przysługujących im jako uczestnikom rynku zamówień publicznych. W przypadku środków tymczasowych ich skuteczność jest powiązana z rolą, jaką spełniają w procesie dochodzenia i ochrony roszczeń unijnych. Środek tymczasowy jest skuteczny, jeśli pozwala zainteresowanemu wykonawcy na takie ukształtowanie jego sytuacji prawno-procesowej, która umożliwi mu pełne wykorzystanie przysługujących mu środków ochrony prawnej nakierowanych na merytoryczne rozstrzygnięcie sporu. Mając na względzie okoliczność, że procedury odwoławcze w zamówieniach publicznych stanowią przykład mechanizmu *private enforcement*, środki tymczasowe będą ocenione jako efektywne w przypadku, gdy wzbudzą w wykonawcach przekonanie o opłacalności wnioskowania o ich zastosowanie. Brak zaufania do systemu odwoławczego obniża poziom zainteresowania ze strony wykonawców i tym samym sprawia, że jego cele nie są realizowane – przedsiębiorcy nie są wystarczająco zachęceni do śledzenia naruszeń prawa przez zamawiających oraz do ich eliminowania za pomocą przyjętych przez ustawodawcę narzędzi w ramach mechanizmu opierającego się na inicjatywie jednostek.

Na etapie postępowania przed KIO efektywność odwołania jako środka zmierzającego do wyeliminowania naruszeń prawa zamówień publicznych jest zabezpieczona poprzez wprowadzenie okresu zawieszenia typu *standstill*, który obowiązuje do czasu wydania orzeczenia przez forum w pierwszej instancji³¹. Tylko wyjątkowo zamawiający może wnosić o uchylenie zakazu zawarcia umowy³² i wydaje się, że orzecznictwo KIO w przedmiotowym zakresie sprzyja skuteczności wnoszonych odwołań. Zawarcie umowy w sprawie zamówienia jeszcze przed rozstrzygnięciem sporu może doprowadzić do ograniczenia ochrony praw zainteresowanego wykonawcy – realizacja zobowiązań umownych pozostawi poszkodowanego wykonawcę wyłącznie z prawem do ubiegania się o odszkodowanie, które jest postrzegane w praktyce oraz w literaturze jako najmniej skuteczny środek ochrony prawnej.

Prawo dostępu do sądu w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego powinno odzwierciedlać specyfikę środków ochrony na etapie przedkontraktowym, czego odzwierciedleniem jest powiązanie legitymacji procesowej z interesem w uzyskaniu zamówienia³³. Wykonawca jest zainteresowany wniesieniem odwołania lub skargi, a tym samym eliminacją potencjalnego naruszenia prawa w interesie publicznym, jeśli spo-

³¹ Por. art. 577 PrZamPubl.

³² Por. art. 578 PrZamPubl.

³³ Por. art. 505 ust. 1 PrZamPubl i art. 1 ust. 3 dyrektywy 89/665/EWG.

dziewa się korzyści w postaci danego zamówienia, stanowiącego przedmiot planowanej umowy. Już w latach osiemdziesiątych ustawodawca wspólnotowy dostrzegł potrzebę wprowadzenia szczególnych środków ochrony prawnej jeszcze na etapie przedkontraktowym, trafnie argumentując, że tradycyjne środki prawne nie są wystarczające.

Wydaje się zatem, że brak jednoznacznych regulacji dotyczących środków tymczasowych na etapie postępowania przed forum drugiej instancji³⁴ istotnie ogranicza skuteczność systemu odwoławczego w Polsce, ponieważ doprowadza w praktyce do rozbieżności w orzecznictwie. Pomimo zawisłości postępowania wywołanego wniesieniem skargi do sądu zamawiający jest uprawniony do zawarcia ważnej umowy w sprawie zamówienia. Wykonawca zainteresowany uzyskaniem zamówienia może się starać zapobiec zawarciu umowy jedynie poprzez złożenie do sądu zamówień publicznych wniosku na podstawie art. 730¹ § 1 KPC o udzielenie zabezpieczenia poprzez ustanowienie zakazu zawarcia umowy/wykonywania zobowiązań umownych do czasu rozstrzygnięcia skargi. Postępowanie zabezpieczające ma charakter pomocniczy i ma umożliwić w przyszłości osiągnięcie celów postępowania skargowego poprzez utrzymanie istniejącego stanu rzeczy bądź tymczasowe unormowanie stosunków między stronami. Dopuszczalność wniosku o udzielenie zabezpieczenia roszczenia dochodzonego w postępowaniu skargowym nie powinna budzić wątpliwości zwłaszcza w świetle zobowiązań Polski wynikających z dyrektyw odwoławczych, których celem jest wprowadzenie skutecznych środków ochrony prawnej.

Wniosek o zabezpieczenie może być złożony przed wniesieniem skargi, łącznie ze skargą lub w trakcie postępowania skargowego. Udzielenie zabezpieczenia w postaci zakazu zawarcia umowy w sprawie zamówienia stanowi obecnie jedyny środek stwarzający wykonawcy szansę na podpisanie umowy, co czyni skargę mniej skutecznym i atrakcyjnym środkiem ochrony prawnej. W literaturze oraz w praktyce pojawiają się postulaty wprowadzenia regulacji, zgodnie z którymi wniesienie skargi wstrzymywałoby możliwość zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego do czasu prawomocnego rozstrzygnięcia skargi³⁵ lub chociażby wydłużenie zakazu zawarcia umowy do czasu upływu terminu do wniesienia skargi do sądu oraz do czasu rozpoznania wniosku o zabezpieczenie, jeżeli w skardze zawarto taki wniosek³⁶.

Występujący z wnioskiem o zabezpieczenie powinien uprawdopodobnić roszczenie oraz wskazać interes prawny w udzieleniu zabezpieczenia, przekonując sąd, że brak zabezpieczenia uniemożliwi lub poważnie utrudni wykonanie zapadłego w sprawie orze-

³⁴ Zgodnie z treścią art. 579 ust. 2 PrZamPubl następuje odesłanie do odpowiedniego stosowania przepisów Kodeksu postępowania cywilnego o apelacji.

³⁵ W. Dzierżanowski, O potrzebie usprawnienia środków ochrony prawnej, PZP 2016/1, s. 35; A. Banaszewska, Skarga na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej jako środek ochrony prawnej w systemie zamówień publicznych, Warszawa 2018, s. 470.

³⁶ Postulowane zmiany w prawie zamówień publicznych w zakresie środków ochrony prawnej, red. M. Lechna, https://stowarzyszeniepzp.pl/images/2018PDF/Ekspertyza_SPZP_Postulowane_zmiany_w_prawie_zamowie%C5%84_publicznych.pdf (dostęp: 6.6.2022 r.).

czenia lub w inny sposób uniemożliwi lub poważnie utrudni osiągnięcie celu postępowania. Zgodnie z treścią art. 730¹ § 3 KPC, wybierając sposób zabezpieczenia, sąd powinien uwzględnić interesy stron oraz wykonawców, którzy zgłosili przystąpienie po jednej ze stron, aby uprawnionemu zapewnić należyłą ochronę, a obowiązanego nie obciążać ponad potrzebę.

Środki tymczasowe stosowane na wniosek zainteresowanej strony nie zawsze są łatwe do uzyskania, i to zarówno przed sądami krajowymi, jak i unijnymi. Powiązanie testu bilansu interesów z elementem nieodwracalności poważnej szkody sprawia, że w wielu przypadkach sądy nie udzielają zabezpieczenia, przyjmując, że w razie powstania szkody skarżącemu przysługują roszczenia odszkodowawcze. Niestety w dziedzinie zamówień publicznych roszczenia odszkodowawcze są najmniej efektywnym środkiem ochrony prawnej ze względu na trudności w wykazaniu szkody, która zwykle sprowadza się do utraty szansy. Potencjalna dostępność odszkodowania brana pod uwagę przy ocenie wniosku o środki tymczasowe nie odzwierciedla realnej szansy uzyskania rekompensaty³⁷.

Ukształtowanie legitymacji do żądania sądowego unieważnienia umowy finalnej

Ogólne zasady dotyczące legitymacji wykonawców zostały określone w art. 505 ust. 1 PrZamPubl, który stanowi, że środki ochrony prawnej określone w dziale IX przysługują wykonawcy, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Natomiast z treści art. 513 PrZamPubl wynika, że środek ochrony prawnej przysługuje na zaniechanie czynności oraz na zaniechanie przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia, mimo że zamawiający był do tego zobowiązany. Jednocześnie art. 554 ust. 3 pkt 2 PrZamPubl wskazuje na KIO jako forum rozpoznawania sporów dotyczących unieważnienia umów na podstawie art. 457 ust. 1 ustawy PrZamPubl. Przedstawione rozwiązanie odpowiada wymogom dyrektyw odwoławczych oraz dotychczasowej praktyce. Tymczasem w nowej ustawie PrZamPubl ustawodawca zdecydował się na wprowadzenie dodatkowego przepisu art. 460, przewidującego, że o unieważnienie umowy może wystąpić wykonawca, który ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia, w przypadku, o którym mowa w art. 457 ust. 1 pkt 1 PrZamPubl, a uprawnienie wygasa z upływem 4 lat od dnia zawarcia umowy.

Przy takim sposobie implementacji dyrektyw odwoławczych pojawia się pytanie o relację pomiędzy przepisami art. 505 ust. 1 i art. 460 PrZamPubl. Z komentarza wydanego przez UZP³⁸ wynika, że „legitymację do domagania się wzruszenia umowy na

³⁷ A. Sołtysińska, *Procedury odwoławcze...*, s. 351.

³⁸ Prawo zamówień publicznych. Komentarz, red. H. Nowak, M. Winiarz, Warszawa 2021, s. 1232.

drodze sądowej posiadają również wykonawcy, którzy mają lub mieli interes w uzyskaniu zamówienia. Legitymacja wykonawców jest ograniczona jedynie do podniesienia zarzutów, o których mowa w art. 457 ust. 1 pkt 1 PrZamPubl³⁹. W literaturze wyrażany jest również pogląd, że PrZamPubl wprowadza dwie drogi prowadzące do unieważnienia umowy w sprawie zamówienia: odwołanie do KIO oraz odrębne powództwo do sądu. Artykuł 460 PrZamPubl może stanowić podstawę dla dodatkowego środka ochrony prawnej przysługującego wykonawcy, który może wystąpić na drogę sądową, żądając unieważnienia umowy w sprawie zamówienia, aczkolwiek tylko z powodu zaistnienia przesłanki z art. 457 ust. 1 pkt 1 PrZamPubl³⁹.

Niestety przyjęcie dwóch równoległych ścieżek zapewniających unieważnienie umowy w sprawie zamówienia nie zostało przez ustawodawcę uzasadnione w projekcie ustawy, a treść art. 460 PrZamPubl nie wskazuje wprost, że właściwym forum rozstrzygnięcia sporu będzie sąd. Warto również zwrócić uwagę, że koncepcja sankcji nieskuteczności powiązana w dyrektywach odwoławczych z sankcjami alternatywnymi i możliwością utrzymania umowy w mocy z uwagi na ważny interes publiczny nie została przy takim rozwiązaniu odpowiednio przeniesiona do procedury cywilnej, co sprawia, że sąd nie będzie mógł zastosować odpowiednio rozwiązań przewidzianych dla KIO w art. 554 ust. 3 pkt 2 PrZamPubl.

Problem żądania unieważnienia zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego

W świetle dyrektyw odwoławczych można przyjąć, że niedopuszczalna modyfikacja umowy w sprawie zamówienia może stanowić bezprawne i bezpośrednie udzielenie zamówienia, a zatem powinna podlegać sankcji nieskuteczności w związku z zaistnieniem przesłanki z art. 2d ust. 1 lit. a dyrektywy 89/665/EWG, która odnosi się do udzielenia zamówienia z pominięciem obowiązkowego ogłoszenia⁴⁰. Polski ustawodawca wprowadził odrębne rozwiązanie prawne dotyczące unieważnienia niedopuszczalnej modyfikacji umowy finalnej, a mianowicie zgodnie z art. 458 PrZamPubl zmiana umowy podlega unieważnieniu, jeśli została dokonana z naruszeniem przepisów art. 454 i 455 PrZamPubl. W takim przypadku stosuje się postanowienia umowne w brzmieniu obowiązującym przed tą zmianą. Cytowany przepis nie przesądza bezpośrednio trybu unieważnienia ani legitymacji do jego wszczęcia, natomiast z art. 459 ust. 1 pkt 1 i ust. 2 PrZamPubl jed-

³⁹ A. Szymańska, Unieważnienie umowy o udzielenie zamówienia publicznego z uwagi na uchybienie okresowi zawieszenia typu standstill, EPS 2021/7, s. 48-49.

⁴⁰ M. Simovart, Current issues related to remedies system under the EU public procurement law, Procurement Law Journal 2018/1, s. 3, R.D. Olivera, Modification of Public Contracts, EPPPL 2015/1, s. 48; P. Bogdanowicz, Modyfikacja umowy w sprawie zamówienia w Unii Europejskiej, Warszawa 2019, s. 318, 321; S. Arrowsmith, The Law of Public and Utilities Procurement, vol. 2, 2018, s. 1024.

noznacznie wynika, że Prezes UZP może wystąpić do sądu o unieważnienie niedopuszczalnej zmiany umowy, a uprawnienie to wygasa z upływem 4 lat od dnia zmiany umowy.

Niewątpliwie przepis art. 458 ustawy PrZamPubl należy interpretować w świetle celu dyrektyw odwoławczych, a zwłaszcza przepisów dotyczących sankcji nieskuteczności umów w sprawie zamówień. Niedopuszczalna zmiana umowy w sprawie zamówienia jest równoznaczna z udzieleniem nowego zamówienia bez wymaganego ogłoszenia o zamówieniu, a zatem mieści się w przesłance art. 2d ust. 1 lit. a dyrektywy 89/665/EWG. Ustawodawca polski wprost stwierdził w art. 454 ust. 1 PrZamPubl, że istotna zmiana zawartej umowy wymaga przeprowadzenia nowego postępowania o udzielenie zamówienia. Dyrektywy odwoławcze w omawianym zakresie zostały implementowane do prawa polskiego w art. 457 ust. 1 pkt 1 PrZamPubl, a tym samym reguły dotyczące przyjętego tam środka ochrony prawnej powinny mieć analogiczne zastosowanie do art. 458 PrZamPubl – chodzi tutaj o zagadnienie terminów procesowych, legitymacji procesowej, jurysdykcji KIO, możliwości utrzymania w mocy zmienionej umowy z powodu ważnego interesu publicznego oraz stosowania kar alternatywnych. Z perspektywy poprawności implementacji dyrektyw odwoławczych uprawnienia Prezesa UZP przewidziane w art. 459 PrZamPubl stanowią tutaj tylko dodatkowy element kontroli, a z pewnością nie zastępują przysługujących wykonawcom środków ochrony prawnej.

Niestety polskie regulacje są niespójne i różnicują sytuację bezprawnych i bezpośrednich zamówień w zależności od tego, czy są one wynikiem pierwotnego braku ogłoszenia o zamówieniu, czy następczych niedopuszczalnych modyfikacji umowy. Tymczasem nie ma znaczenia, czy zamawiający zawiera umowę bez uprzedniego zastosowania procedury przetargowej, czy też zmienia kontrakt, faktycznie działając w celu udzielenia nowego zamówienia z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji. Zainteresowany wykonawca w obu przypadkach ma prawo wnieść odwołanie zmierzające do unieważnienia umowy w całości lub części w celu ponownego „sprowadzenia” zamówienia na rynek konkurencyjny. Wydaje się, że odwołanie mogłoby być rozpoznawane w pierwszej instancji przez KIO. Wykładnia prounijna wymaga od Izby uznania legitymacji zainteresowanego wykonawcy zgodnie z art. 505 ust. 1 PrZamPubl w świetle art. 2d ust. 1 lit. a oraz art. 1 ust. 1 i 3 dyrektywy 89/665/EWG. W tym kontekście można uznać, że art. 458 PrZamPubl nie pozostaje w sprzeczności z art. 457 ust. 1 pkt 1 PrZamPubla, ich zakresy częściowo się pokrywają, jeśli zakwalifikujemy istotną, ale niedopuszczalną zmianę umowy jako udzielenie zamówienia bez wymaganego ogłoszenia⁴¹.

Warto w tym kontekście przypomnieć opinię rzecznika generalnego w sprawach połączonych C-721/19 i C-722/19 *Sisal*⁴². Dosyć jednoznacznie stwierdził on: „Wykonawcy zainteresowani uzyskaniem koncesji posiadają legitymację do zaskarżenia utrzymania koncesji danego koncesjonariusza, w oparciu o to, że warunki, którym podlega to

⁴¹ A. Sołtysińska, *Procedury odwoławcze...*, s. 442-446.

⁴² Opinia rzecznika generalnego z 21.1.2021 r. w sprawach połączonych C-721/19 i C-722/19 *Sisal*, ECLI:EU:C:2021:60, pkt 95.

utrzymanie koncesji, stanowią istotną modyfikację pierwotnej koncesji. Nie ma w tym względzie znaczenia, czy wykonawcy ci uczestniczyli w pierwotnym przetargu”. TSUE podzielił stanowisko wyrażone w opinii rzecznika generalnego, stwierdzając: „art. 1 ust. 3 dyrektywy 89/665/EWG należy interpretować w ten sposób, że wykonawca może wnieść środek zaskarżenia na decyzję o odnowieniu koncesji z tego powodu, że warunki wykonania pierwotnej umowy koncesyjnej zostały istotnie zmienione, podczas gdy nie brał on udziału w pierwotnym postępowaniu w sprawie udzielenia tej koncesji, o ile w chwili, gdy ma nastąpić odnowienie koncesji, wykaże on interes w uzyskaniu tej koncesji”⁴³. Wykonawca nie ma obowiązku udowodnienia, że rzeczywiście brałby udział w nowym postępowaniu w sprawie udzielenia koncesji – wystarczające jest wykazanie istnienia takiej możliwości⁴⁴. W związku z tym, że dyrektywa 89/665/EWG dotyczy też procedur odwoławczych w zamówieniach publicznych, wspomniane przez Trybunał uprawnienie do kontroli zmian umowy obejmuje również kontrakty w sprawie zamówień.

Odmienne interpretacja pozostawiłaby możliwość składania powództwa o unieważnienie zmodyfikowanej umowy jedynie w zakresie uprawnień Prezesa UZP i tym samym prowadziłaby do ograniczenia skuteczności regulacji z art. 2d ust. 1 lit. a dyrektywy 89/665/EWG i prawa dostępu do sądu. Wydaje się, że legitymowani wykonawcy nie mogą być pozbawieni prawa do żądania unieważnienia niedopuszczalnej zmiany umowy, ponieważ sankcja nieskuteczności została wprowadzona w celu wzmocnienia krajowych procedur odwoławczych, właśnie w przypadkach bezprawnego bezpośredniego udzielenia zamówień, a państwa członkowskie powinny zachęcać wykonawców do stosowania nowych mechanizmów⁴⁵. Proponowana wykładnia przepisów PrZamPubl nie stoi w sprzeczności z rozwiązaniem zakładającym przyznanie innym podmiotom – z uwagi na interes publiczny lub interesy jednostkowe – uprawnienia do żądania unieważnienia niedopuszczalnych zmian umowy. Niedopuszczalna zmiana umowy w sprawie zamówienia wymaga zgłoszenia żądania unieważnienia umowy i nie ma skutku *ex lege*⁴⁶.

Ocena skuteczności przedkontraktowych roszczeń odszkodowawczych

Dyrektywy odwoławcze przewidują odszkodowanie jako jeden z postkontraktowych środków ochrony prawnej. Polski ustawodawca nie zdecydował się na wprowadzenie odrębnych regulacji prawnych dotyczących odszkodowań w zamówieniach publicznych – poza sprecyzowaniem w art. 261 PrZamPubl warunków odpowiedzialności za unieważnienie przetargu z przyczyn leżących po stronie zamawiającego. Zamawiający będzie

⁴³ Wyrok TSUE z 21.9.2021 r. w sprawach połączonych C-721/19 i C-722/19 *Sisal*, Legalis, pkt 65.

⁴⁴ Pkt 63 cytowanego wyroku w sprawach połączonych C-721/19 i C-722/19 *Sisal*.

⁴⁵ Por. pkt 27 preambuły do dyrektywy 2007/66/WE.

⁴⁶ Por. wyrok SO w Szczecinie z 20.9.2013 r., VIII Ga 255/13, Legalis.

zatem ponosił odpowiedzialność kontraktową na ogólnych zasadach, czasem również deliktową. W obu wypadkach wykonawca nie może poprzestać na dowiedzeniu naruszenia prawa, lecz powinien wykazać, że zamawiający nie dochował należytej staranności⁴⁷ (odpowiedzialność kontraktowa) lub jego zachowanie było zawinione (odpowiedzialność deliktowa). W obu wypadkach wykonawca ma małe szanse na uzyskanie pełnej rekompensaty z uwagi na akceptowane w polskiej doktrynie koncepcje dotyczące ujemnego interesu umowy.

Ze względu na te okoliczności pojawiają się pytania o zgodność polskiej regulacji z wymaganiami prawa unijnego oraz o efektywność środka ochrony prawnej w postaci odszkodowania. Po pierwsze, w świetle orzecznictwa Trybunału⁴⁸ odpowiedzialność odszkodowawcza zamawiającego nie może być uzależniona od winy, a przesłanką dochodzenia roszczeń jest obiektywna bezprawność decyzji zamawiającego, aczkolwiek w przypadku przyznania zamawiającemu pewnego zakresu władzy dyskrecjonalnej poszkodowany powinien wykazać kwalifikowaną bezprawność w postaci „wystarczająco poważnego” naruszenia prawa. Po drugie, Trybunał – powołując się w wyroku w sprawie C-568/08 *Combinatie Spijker* na wzorce odpowiedzialności odszkodowawczej państw członkowskich za naruszenie prawa unijnego – zagwarantował wykonawcom prawo do pełnej rekompensaty, a zwłaszcza możliwość ubiegania się o utracone korzyści wynikające z realizacji przedmiotu zamówienia, a tego rodzaju szkoda jest określana w prawie polskim jako pozostająca w zakresie dodatniego interesu umowy. Wydaje się, że polskie regulacje nie zapewniają wykonawcom dostępu do efektywnego środka ochrony prawnej wymaganego przez dyrektywy odwoławcze, jakim jest odszkodowanie, i to nawet w minimalnym zakresie dotyczącym zwrotu kosztów przygotowania oferty i uczestnictwa w przetargu⁴⁹.

Biorąc pod uwagę obecnie obowiązujące regulacje prawne, jedynym rozwiązaniem pozostaje zasada pierwszeństwa stosowania prawa unijnego. Sądy rozstrzygające spory powinny zastosować wykładnię prounijną, odczytując przepisy Kodeksu cywilnego w świetle celów dyrektyw odwoławczych i posiłkując się wspomnianym orzecznictwem Trybunału. W przypadku dochodzenia przez wykonawcę wyłącznie zwrotu kosztów przygotowania oferty i uczestnictwa w postępowaniu o udzielenie zamówienia sąd powinien brać pod uwagę przepis art. 2 ust. 7 dyrektywy 92/13/EWG, który wymaga jedynie udowodnienia naruszenia prawa UE w dziedzinie zamówień lub przepisów krajowych wdrażających to prawo, oraz dowiedzenia, że jednostka miałaby rzeczywistą szansę uzyskania zamówienia, a także że w konsekwencji tego naruszenia szansa ta została zagrożona⁵⁰.

⁴⁷ Przesłanka należytej staranności wywodzi się z zasady winy, która polega na tym, że odpowiedzialnością za szkodę obciąża się podmiot, który spowodował ją w sposób zawiniony.

⁴⁸ Wyroki TSUE: z 10.1.2008 r., C-70/06, *Komisja przeciwko Portugalii*, Legalis, z 30.9.2010 r., C-314/09, *Stadt Graz v. Strabag AG*, Legalis, oraz z 9.12.2010 r., C-568/08, *Combinatie Spijker*, Legalis.

⁴⁹ Z wyjątkiem sytuacji opisanej w art. 261 PrZamPubl.

⁵⁰ Pomimo że cytowana dyrektywa dotyczy zamówień sektorowych, wydaje się, że nie ma podstaw do różnicowania prawa do odszkodowania w zależności od kategorii zamawiających i zamówienia.

Przyjmując, że wzorem dla odpowiedzialności odszkodowawczej z dyrektyw odwoławczych jest zasada odpowiedzialności odszkodowawczej państw członkowskich za naruszenie prawa UE, warto zwrócić uwagę na dosyć jednoznaczne orzecznictwo sądów unijnych dotyczące rodzajów szkód podlegających naprawieniu. Trybunał stoi na stanowisku, że szkoda obejmuje nie tylko stratę rzeczywistą, ale także utracone korzyści, szkody majątkowe i niemajątkowe. W ocenie Trybunału przepisy krajowe wykluczające w sposób generalny spod zakresu odszkodowania straty w postaci utraconych korzyści są niezgodne z prawem UE⁵¹. Szeroko omówione w literaturze⁵² orzecznictwo sądów unijnych dotyczące szkody w postaci utraconej szansy uzyskania zamówienia powinno mieć również wpływ na wykładnię prounijną przepisów prawa polskiego dotyczących zakresu odszkodowania.

Niewątpliwie brak stosownych regulacji dotyczących odszkodowań w dziedzinie zamówień publicznych sprawia, że istniejące wątpliwości i rozbieżności utrudniają skuteczne dochodzenie rekompensaty przez poszkodowanych wykonawców.

Relacje pomiędzy poszczególnymi środkami ochrony prawnej na tle prawa do sądu

Dochodzenie odszkodowania odbywa się przed sądami cywilnymi. W związku z podziałem jurysdykcji w dziedzinie sporów związanych z zamówieniami publicznymi pomiędzy KIO i sądy pojawia się pytanie o konieczność uprzedniego wniesienia odwołania. Dyrektywy odwoławcze stanowią, że państwa członkowskie mogą przewidzieć, że w przypadku gdy wystąpiono z roszczeniem o odszkodowanie w związku z bezprawnie podjętą decyzją, przedmiotowa decyzja musi być uprzednio uchylona przez organ mający niezbędne uprawnienia. Wydaje się, że sąd cywilny nie jest związany wyrokiem KIO i przesłanki odpowiedzialności kontraktowej zamawiającego podlegają odrębnemu udowodnieniu przez wykonawcę⁵³. Zgodnie z treścią art. 365 § 1 KPC prawomocne orzeczenie sądowe wiąże inne sądy oraz organy państwowe, organy administracji publicznej, a w wypadkach w ustawie przewidzianych również inne osoby, lecz wydaje się, że przytoczona reguła nie oznacza, iż sąd jest związany orzeczeniami innych organów rozstrzygających spory, tj. KIO.

W związku z brakiem szczególnych regulacji odnoszących się do odpowiedzialności odszkodowawczej zamawiających nie można przyjąć, że polski ustawodawca uzależnił skuteczność odszkodowania od obowiązku uchylecia bezprawnej decyzji zamawiającego przez KIO. Roszczenie odszkodowawcze jest odrębnym środkiem ochrony prawnej i sąd

⁵¹ N. Półtorak, *Odpowiedzialność odszkodowawcza państw w prawie Wspólnot Europejskich*, Kraków 2002, s. 217.

⁵² A. Soltysińska, *Procedury odwoławcze...*, s. 505-512.

⁵³ K. Horubski, *Odpowiedzialność odszkodowawcza zamawiającego za naruszenie reguł udzielania zamówień publicznych*, PPH 2008/1, s. 50.

powinien samodzielnie ocenić spełnienie wymaganych przesłanek. Zaniechanie wniesienia odwołania lub późniejszej skargi nie ma wpływu na ocenę bezprawności zachowania zamawiającego, aczkolwiek może być ewentualnie uwzględnione w procesie ustalenia, czy wykonawca swoim zachowaniem nie przyczynił się do zwiększenia szkody⁵⁴.

Sąd Najwyższy w uchwale z 25.2.2021 r., III CZP 16/20⁵⁵, wyraził jednoznaczną opinię, że dochodzenie naprawienia szkody przez wykonawcę, którego oferta nie została wybrana wskutek naruszenia przez zamawiającego przepisów PrZamPubl, nie wymaga uprzedniego stwierdzenia naruszenia prawomocnym orzeczeniem KIO lub prawomocnym orzeczeniem sądu wydanym po rozpoznaniu skargi na orzeczenie KIO.

Możliwość skorzystania z odwołania należy do sfery uprawnień wykonawcy, który samodzielnie decyduje, jakiego rodzaju środek ochrony prawnej jest dla niego najskuteczniejszy, poza przypadkami, gdy wzajemna relacja pomiędzy środkami jest określona przez ustawodawcę.

W podobnym kontekście pojawia się pytanie o możliwość wyboru pomiędzy odszkodowaniem a żądaniem unieważnienia umowy w sprawie zamówienia. W świetle prawa polskiego roszczenia odszkodowawcze związane z bezprawnym zachowaniem zamawiającego stanowią samodzielny środek ochrony prawnej, którego dopuszczalność nie została uzależniona przez ustawodawcę od obowiązku skorzystania z innych środków przewidzianych w PrZamPubl. Odszkodowanie oraz sankcja unieważnienia umowy stanowią środki ochrony prawnej dostępne zainteresowanym wykonawcom już po udzieleniu zamówienia, jednak polski ustawodawca nie uregulował ich wzajemnej relacji ani też nie przyznał pierwszeństwa żadnemu z nich, co oznacza, że wybór pomiędzy dostępnymi środkami ochrony prawnej należy do wykonawców. Środki tymczasowe oraz środki korygujące znajdują zastosowanie na etapie przed zawarciem umowy, natomiast po udzieleniu zamówienia wykonawcy dysponują środkami zmierzającymi do unieważnienia umowy lub uzyskania odszkodowania. W przypadku unieważnienia umowy zamówienie stanowiące jej przedmiot może powrócić na rynek konkurencyjny i zainteresowany wykonawca ma szansę złożenia oferty i ubiegania się o zawarcie z nim umowy. Zainteresowany wykonawca nie ma obowiązku dążenia do unieważnienia umowy, jeśli uzna, że korzystniejsze dla niego będzie wystąpienie z roszczeniem odszkodowawczym przeciwko zamawiającemu. W niektórych sytuacjach powrót zamówienia na rynek nie będzie możliwy, zwłaszcza gdy z uwagi na upływ czasu umowa zostanie zrealizowana w całości, a jej przedmiot będzie miał bezzwrotny charakter (np. świadczenie usług sprzątania).

Podkreślenia wymaga, że ustawodawca może wprowadzić reguły szczególne dotyczące kolejności korzystania z postkontraktowych środków ochrony prawnej – zwłaszcza że przy odszkodowaniu „podatnik płaci podwójnie” – za realizację umowy w sprawie zamówienia oraz tytułem rekompensaty dla poszkodowanego wykonawcy. Wydaje się

⁵⁴ Podobnie W. Dzierżanowski, *Prawo...*, s. 204–205; R. Szostak, *Przetarg nieograniczony na zamówienie publiczne. Zagadnienia konstrukcyjne*, Kraków 2005, s. 171.

⁵⁵ Legalis.

jednak, że regulacje dotyczące pierwszeństwa jednego ze środków ochrony prawnej nie mogą ograniczyć dopuszczalności odszkodowania – skuteczne doprowadzenie do unieważnienia umowy w sprawie zamówienia nie musi eliminować szkody, zwłaszcza jeśli dotyczy wyłącznie przyszłych zobowiązań lub sytuacji, w której z uwagi na rodzaj świadczenia lub inne okoliczności zamówienie nie powróci na rynek, a poszkodowany wykonawca nie będzie się mógł ubiegać o jego udzielenie. Szczególne regulacje dotyczące pierwszeństwa nie powinny ograniczać efektywnej ochrony sądowej ani skuteczności procedur odwoławczych w zamówieniach publicznych, które opierają się na inicjatywie jednostek. Nałożenie na wykonawców obowiązku dochodzenia w pierwszej kolejności unieważnienia umowy, i to jeszcze w odrębnym postępowaniu, może poważnie zniechęcić poszkodowanych, zwłaszcza gdy nie będą mieli gwarancji sprowadzenia zamówienia na rynek. Skuteczne dowiedzenie, że zamawiający naruszył prawo, będzie działaniem jedynie w interesie publicznym, lecz nie doprowadzi do zmiany sytuacji ekonomicznej i prawnej samego wykonawcy.

Podsumowanie

Wybrany przez polskiego ustawodawcę model w obszarze egzekwowania prawa i ochrony praw jednostek jest zasadniczo skuteczny w kontekście doprowadzenia do osiągnięcia zakładanych celów, wybrane środki ochrony prawnej są adekwatne do specyfiki zamówień publicznych i uwzględniają równowagę pomiędzy interesami indywidualnymi i publicznymi. System środków ochrony prawnej dla wykonawców w zamówieniach publicznych wspomaga proces przestrzegania norm prawnych, zapewniając zgodność decyzji zamawiającego z prawem – po pierwsze powstrzymuje zamawiających przed naruszeniem obowiązujących reguł prawnych, po drugie zapewnia możliwość skorygowania nielegalnych praktyk i decyzji zamawiających. Sprawnie funkcjonujące procedury odwoławcze mogą stanowić czynnik zachęcający zamawiających do przestrzegania prawa, aby uniknąć odwołania ze strony wykonawców. Tego rodzaju skutek pojawia się zwykle, gdy system zapewnia łatwy dostęp do odszkodowań, co niestety w przypadku prawa polskiego nie zostało w pełni osiągnięte. Świadomość kontroli ze strony wykonawców zniechęca również urzędników pracujących dla zamawiających do działań korupcyjnych czy sprzecznych z uczciwą konkurencją lub innych o podobnie nielegalnym charakterze⁵⁶.

System odwoławczy dla swojej skuteczności wymaga zainteresowania ze strony poszkodowanych wykonawców. Zapewnienie efektywnej ochrony sądowej buduje zaufanie do systemu i zwiększa liczbę wykorzystanych środków ochrony prawnej. Pojawiające się dysfunkcje lub niezamierzone nieścisłości w regulacjach mają wpływ na zakres prawa

⁵⁶ S. Arrowsmith, J. Linarelli, D. Wallace, *Regulating public procurement. National and international perspectives*, Kluwer Law International 2000, s. 757; X. Zhang, *Supplier review as a mechanism for securing compliance with government public procurement rules: a critical perspective*, PPLR 2007/5, s. 327-328.

do sądu i mogą zniechęcać wykonawców do skorzystania z przysługujących im środków ochrony prawnej. Tego rodzaju zjawiska mogą być usunięte przez ustawodawcę oraz przez działania organów sądowych stosujących we właściwy sposób zasadę pierwszeństwa prawa UE.

Summary

The right to go to court in public procurement proceedings - selected issues

The right of access to court protects the rights of individuals, legal entities and organisational units who intend to obtain or execute a contract. The right to go to court should not be understood only formally, as access to a judicial route, but also materially, as the ability to effectively enforce and assert the protection of rights through legal proceedings. The personal and material scope of the right to go to court in public procurement has been defined in Poland on the basis of the Public Procurement Law and on the basis of the Civil Code, and at the supranational level by the Appeals Directives 89/665/EEC and 92/13/EEC as amended by Directive 2007/66/EC. This article discusses selected issues concerning the principle of transparency, interim measures, legal standing, damages and sanctions of contract cancellation in the context of potential threats that may arise in connection with the principle of effective judicial protection in public procurement.

Keywords: remedies in public procurement, appeal procedures, appeal directives, compensation, contract cancellation, interim measures, legal standing

Wprowadzenie zamawiającego w błąd przy ubieganiu się o zamówienie publiczne

Uwagi ogólne

Stosunki prawne nawiązywane w sferze zamówień publicznych opierają się m.in. na wierze partnerów w uczciwość drugiej strony. Zachowania podważające wiarę w uczciwość strony godzą w fundament systemu zamówień publicznych, stąd też doniosłe znaczenie ma wiarygodność kontrahenta². Wykonawca angażuje się w postępowanie, ufając, że zamawiający, będzie je prowadził uczciwie i zgodnie z warunkami zamówienia. Z kolei zamawiający dokonując badania i oceny ofert, przyjmuje za prawdziwe oświadczenia składane przez wykonawcę. Nie ulega wątpliwości, że wykonawca, który wprowadza zamawiającego w błąd, powinien zostać wyeliminowany z procesu udzielania zamówienia publicznego. To z kolei wymaga przyjęcia starannie skonstruowanych rozwiązań prawnych, które będą efektywne, tzn. pozwolą wykluczyć z postępowania nieuczciwego wykonawcę, chroniąc jednocześnie przed arbitralnością zamawiających.

Prawo zamówień publicznych³ zawiera aż dwie przesłanki wykluczenia z postępowania aktualizujące się w przypadku wprowadzenia zamawiającego w błąd. Zostały one uregulowane w art. 109 ust. 1 pkt 8 i pkt 10 PrZamPubl. Celem niniejszego opracowania nie jest analiza każdej z tych podstaw, ponieważ stały się one przedmiotem zainteresowania wielu komentatorów. Interesującym zagadnieniem jest natomiast porównanie tych dwóch przepisów. Należy bowiem przyjąć, że racjonalny ustawodawca nadał im różne znaczenia normatywne. Relacja zachodząca pomiędzy art. 109 ust. 1 pkt 8 a art. 109 ust. 1

¹ Nr ORCID: 0000-0001-8261-7917.

² *M. Grabarczyk*, Podstawy wykluczenia nierzetelnego wykonawcy w nowym Prawie zamówień publicznych, „Prawo zamówień publicznych”, 2(69)/2021, s. 32.

³ Ustawa z 11.9.2019 r. - Prawo zamówień publicznych, (t.j. Dz.U. z 2021 r. poz. 1129 z późn. zm.; dalej jako: PrZamPubl).

pkt 10 PrZamPubl budzi niemałe wątpliwości i w literaturze prezentowane są rozbieżne poglądy w tym zakresie⁴. O ile polscy autorzy celnie wskazują na unijną proveniencję przedmiotowej regulacji, o tyle nie udało się, jak dotąd, wyjaśnić przyczyn rozdzielenia w dyrektywie podstaw wykluczenia związanych z wprowadzeniem zamawiającego w błąd. Jak się okazuje, przyczyny te tkwią w odmiennym charakterze tych podstaw, czego nie oddał w pełni polski ustawodawca.

Ewolucja podstaw wykluczenia związanych z wprowadzeniem zamawiającego w błąd

Już ustawa Prawo zamówień publicznych z 2004 r.⁵ w art. 24 ust. 2 pkt 2 przewidywała obowiązek wykluczenia z postępowania wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania. W 2009 r. przepis ten⁶ został zmodyfikowany w taki sposób, że wykluczeniu podlegali wykonawcy, którzy złożyli nieprawdziwe informacje nie tylko mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania, lecz także mogące wywierać taki skutek.

W 2016 r. nowela ustawy⁷ związana z implementacją dyrektyw unijnych wprowadziła podział podstaw wykluczenia na podstawy obligatoryjne (określone w art. 24 ust. 1 ZamPublU) oraz fakultatywne (określone w art. 24 ust. 2 ZamPublU). W pierwszej z tych grup znalazły się dwie przesłanki wykluczenia z postępowania związane z przedstawieniem przez wykonawcę informacji wprowadzających zamawiającego w błąd. Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 16 ZamPublU z postępowania o udzielenie zamówienia należało wykluczyć „wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, zwane dalej «kryteriami selekcji», lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów”. Z kolei art. 24 ust. 1 pkt 17 ZamPublU nakazywał wykluczyć z postępowania „wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia”.

⁴ M. Falkowska, Rzetelność i wiarygodność wykonawcy warunkiem ubiegania się o zamówienia, „Prawo zamówień publicznych” 1(60)/2019, s. 84.

⁵ Ustawa z 29.1.2004 r. Prawo zamówień publicznych, Dz.U. nr 19, poz. 177, dalej jako: ZamPublU.

⁶ Ustawa z 5.11.2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych, Dz.U. nr 206, poz. 1591. Nowelizacja oprócz brzmienia przepisu zmieniła również jego numer na art. 24 ust. 2 pkt 3.

⁷ Ustawa z 22.6.2016 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw, Dz.U. poz. 1020, 1579, 1920, z 2018 r. poz. 1603, 1649.

Należy dodać, że przesłanki te miały charakter indywidualny, w tym sensie, że aktualizowały się jedynie w prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego⁸. Świadczył o tym brak przepisów wyznaczających temporalny zasięg oddziaływania tych podstaw wykluczenia – art. 24 ust. 7 ZamPublU, który wyznaczał okresy wykluczenia, pomijał przesłanki określone w art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ZamPublU.

Nowe Prawo zamówień publicznych utrzymało podział podstaw wykluczenia na podstawy obligatoryjne (art. 108 PrZamPubl) i fakultatywne (art. 109 PrZamPubl). Tym razem przesłanki wykluczenia z postępowania związane z przedstawieniem przez wykonawcę informacji wprowadzających zamawiającego w błąd zaliczono do podstaw fakultatywnych.

Zgodnie z art. 109 ust. 1 pkt 8 PrZamPubl z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który „w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych podmiotowych środków dowodowych”. Natomiast art. 109 ust. 1 pkt 10 PrZamPubl pozwala wykluczyć z postępowania wykonawcę, który „w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia”.

Artykuł 111 PrZamPubl przewiduje, że wykluczenie wykonawcy na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 PrZamPubl następuje „na okres 2 lat od zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia”, natomiast wykluczenie na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10 PrZamPublU – na okres roku. Na tej podstawie można stwierdzić, że przesłanka ma charakter uniwersalny, aktualizujący się również w kolejnych postępowaniach o udzielenie zamówienia, w tym także prowadzonych przez innych zamawiających niż ten, którego próbował wprowadzić w błąd wykonawca.

Powyższy przegląd ukazuje trzy zasadnicze kierunki zmian, którym zostały poddane podstawy wykluczenia wykonawców z postępowania związane z wprowadzeniem zamawiającego w błąd. Po pierwsze, nastąpił podział podstawy wykluczenia pierwotnie uregulowanej w jednym przepisie na dwie odrębnie unormowane przesłanki. Po drugie, zmieniono charakter omawianych podstaw wykluczenia z obligatoryjnych na fakultatywne. Po trzecie, zmianie uległ również zasięg oddziaływania tych podstaw z indywidualnego, tj. ograniczonego do postępowania, w którym nastąpiła próba wprowadzenia w błąd, na uniwersalny, a zatem obejmujący również kolejne postępowania prowadzone przez zamawiających na podstawie PrZamPubl.

⁸ O podziale podstaw wykluczenia na indywidualne i uniwersalne – por. *M. Lubiszewski*, Zakres obowiązywania przesłanek wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i jego implikacje dla mechanizmu self-cleaning, „Finanse Komunalne” 4/2019, s. 52-59.

Fakultatywny charakter analizowanych podstaw wykluczenia

Fakultatywność niektórych podstaw wykluczenia jest stosunkowo nowym rozwiązaniem polskiego prawa zamówień publicznych i wywodzi się z prawa unijnego. Zgodnie z art. 57 ust. 4 dyrektywy 2014/24/UE instytucje zamawiające mogą wykluczyć lub zostać zobowiązane przez państwa członkowskie do wykluczenia z postępowania wykonawcy, który znalazł się w co najmniej jednej z sytuacji wskazanych w tym przepisie. Polski ustawodawca, dokonując w 2016 r. implementacji dyrektyw, skorzystał z drugiej z tych możliwości i zobowiązał zamawiających do eliminacji wykonawców z postępowania w sytuacjach określonych w art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 PrZamPubl z 2004 r. Motywy takiego zabiegu zostały ujawnione w uzasadnieniu projektu ustawy z 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych. Zdaniem projektodawcy: „nadanie powyższym przesłankom wykluczenia charakteru obligatoryjnego na gruncie projektu uzasadnione jest tym, że okoliczności te zawsze negatywnie oddziałują na prawidłowe funkcjonowanie systemu zamówień publicznych. Prowadzą one bowiem do wypaczenia uczciwej konkurencji w postępowaniu i w sposób niezgodny z prawem mogą wpływać na jego wynik. Ich konsekwencją jest najczęściej szkoda zamawiającego, związana z koniecznością wyboru oferty mniej korzystnej niż w przypadku, gdyby postępowanie odbywało się w warunkach rzeczywistej konkurencji oraz opierało się na zgodnych z prawdą dokumentach i oświadczeniach wykonawców. Ponadto wpływają one negatywnie na efektywność ekonomiczną, przejrzystość i wizerunek zamówień publicznych, a także wiążą się z nasileniem złej woli wykonawców ubiegających się o zamówienia publiczne. Wykonawcy, w związku z wystąpieniem powyższych okoliczności, powinni być całkowicie pozbawiani, na podstawie powszechnie obowiązujących przepisów, możliwości uzyskania zamówień publicznych”⁹.

W nowym Prawie zamówień publicznych ustawodawca zdecydował się na alternatywną, względem dotychczasowej, metodę implementacji art. 57 ust. 4 dyrektywy 2014/24/UE, uprawniając zamawiających do wykluczania wykonawców z postępowania na podstawie art. 109, o ile stosowne podstawy zostały wskazane w ogłoszeniu o zamówieniu lub w dokumentach zamówienia¹⁰. Mogłoby się wydawać, że tym samym prawodawca zmienił przytoczoną wyżej skrajnie negatywną ocenę wiarygodnych zachowań wykonawcy określonych w omawianych podstawach wykluczenia z postępowania. Okazuje się jednak, że motywy przyświecające prawodawcy były inne. Zgodnie z treścią uzasadnienia projektu nowego Prawa zamówień publicznych nadanie tym przesłankom charakteru fakultatywnego służyło dostosowaniu ustawowego katalogu przesłanek fakultatywnych do

⁹ Uzasadnienie projektu nowelizacji opublikowane jest na stronach internetowych Sejmu: <https://www.sejm.gov.pl/sejm8.nsf/druk.xsp?nr=366> (dostęp: 7.4.2022 r.).

¹⁰ Fakultatywność podstaw wykluczenia określonych w art. 109 PrZamPubl dotyczy jedynie ich wprowadzania do warunków zamówienia. Po tym, jak zamawiający skorzysta z tej możliwości i wskaże taką podstawę w ogłoszeniu o zamówieniu lub w dokumentach zamówienia, będzie on zobowiązany do wykluczenia wykonawcy, wobec którego zachodzi ta podstawa. Podobnie (choć jeszcze na gruncie PrZamPubl z 2004 r.) – M. Sieradzka, Warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, Warszawa 2019, s. 68-69.

listy przesłanek wskazanych w art. 7 ust. 4 dyrektywy klasycznej, a bezpośrednim celem tych zmian było „ułatwienie wykonawcom wypełniania jednolitego dokumentu, który odzwierciedla regulacje unijne”¹¹.

Co prawda wypełnianie formularza jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia nastęrcza wykonawcom wiele problemów, jednak nie wydaje się, aby był to wystarczający powód do tak istotnego łagodzenia sankcji z tytułu zachowań uznanych wcześniej (i uznawanych nadal) za godzące w fundamenty systemu zamówień publicznych. Konsekwencją tej zmiany są sytuacje, w których to, „czy wykonawca złożył prawdziwe czy fałszywe oświadczenie o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu, jest pozbawione jakiegokolwiek doniosłości prawnej (...), gdyż dotyczyło niezastrzeżonej w postępowaniu fakultatywnej podstawy wykluczenia, której zamawiający nie miał prawa badać”¹².

Dwoistość podstaw wykluczenia związanych z wprowadzeniem zamawiającego w błąd

Jak już wspomniano, w 2016 r. doszło do rozdzielenia przesłanki wykluczenia związanej z wprowadzeniem w błąd zamawiającego na dwie odrębnie uregulowane podstawy. Inspiracją dla tego zabiegu legislacyjnego była treść dyrektywy 2014/24/UE, w której również dokonano takiego podziału. Z pierwotnej przesłanki z art. 42 ust. 2 lit. g dyrektywy 2004/18/WE wyodrębniono podstawę wykluczenia polegającą na „poważnym wprowadzeniu w błąd przy dostarczaniu informacji wymaganych do weryfikacji braku podstaw do wykluczenia lub do weryfikacji spełnienia kryteriów selekcji” (art. 57 ust. 4 lit. h dyrektywy 2014/24/UE) oraz na „przedstawieniu wprowadzających w błąd informacji, które mogą mieć istotny wpływ na decyzje w sprawie wykluczenia, kwalifikacji lub udzielenia zamówienia” (art. 57 ust. 4 lit. i dyrektywy 2014/24/UE).

Powyższe zestawienie fragmentów przepisów dyrektywy ukazuje podstawową różnicę w zakresie tych regulacji. O ile art. 57 ust. 4 lit. h dyrektywy 2014/24/UE został ściśle powiązany z kwalifikacją podmiotową wykonawców, o tyle art. 57 ust. 4 lit. i dyrektywy 2014/24/UE dotyczy również innych aspektów postępowania. Trudno jednak uznać to za wystarczającą przyczynę podziału przesłanki związanej z wprowadzeniem zamawiającego w błąd. Jak wskazano w literaturze przedmiotu, podstawa określona w art. 57 ust. 4 lit. i dyrektywy 2014/24/UE aktualizuje się już w przypadku niedbalstwa wykonawcy, jednak obowiązuje wyłącznie w prowadzonym postępowaniu. Z kolei art. 57 ust. 4 lit. h dyrektywy 2014/24/UE uruchamiany jest dopiero przy zamierzonym działaniu wykonawcy, jednak obejmuje zarówno prowadzone postępowanie, jak i kolejne postępowania,

¹¹ Uzasadnienie projektu nowego Prawa zamówień publicznych jest opublikowane na stronach internetowych Sejmu: <https://www.sejm.gov.pl/sejm8.nsf/PrzebiegProc.xsp?nr=3624> (dostęp: 7.4.2022 r.).

¹² Por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 26.7.2021 r., sygn. akt 1804/21.

w których bierze udział ten wykonawca¹³. Różny jest zatem cel omawianych podstaw wykluczenia. W przypadku art. 57 ust. 4 lit. i dyrektywy 2014/24/UE jest nim ochrona konkretnego postępowania przed wykonawcą, który próbuje wiarołośnie wpłynąć na jego wynik, natomiast w przypadku art. 57 ust. 4 lit. h dyrektywy 2014/24/UE – ochrona całego rynku zamówień publicznych przed niewiarygodnymi wykonawcami, którzy dopuścili się próby manipulacji kwalifikacją podmiotową. Konkludując, prawodawca unijny wyodrębnił kwalifikowaną postać zamierzonego wprowadzenia zamawiającego w błąd w toku kwalifikacji podmiotowej lub weryfikacji spełniania kryteriów selekcji oraz powiązał z tym naruszeniem sankcję uniwersalną, eliminującą wykonawcę nie tylko z postępowania, w którym dopuścił się on takiego zachowania, ale także z postępowań kolejnych, w których wykonawca ten wystąpi, nawet jeżeli będą one prowadzone przez innych zamawiających.

O ile na gruncie prawa unijnego podział omawianych podstaw wykluczenia wynika ze wskazanych wyżej różnic, o tyle racjonalność podziału dokonanego w Prawie zamówień publicznych budzi wątpliwości. Pole zastosowania przesłanki wykluczenia określonej w art. 109 ust. 1 pkt 8 PrZamPubl zostało ograniczone w stosunku do przesłanki określonej w art. 109 ust. 2 pkt 10 PrZamPubl na wzór rozwiązania unijnego. Polski ustawodawca nieco odmiennie uregulował jednak stopień zawinienia uruchamiający odpowiedzialność z tytułu wprowadzenia w błąd w toku kwalifikacji podmiotowej, gdyż obok winy umyślnej wymienił w art. 109 ust. 1 pkt 8 PrZamPubl rażące niedbalstwo, tradycyjnie lokowane w sferze winy nieumyślnej. Wreszcie obydwu przesłankom nadano charakter uniwersalny, przewidując w art. 111 pkt 5 PrZamPubl obowiązek wykluczenia ze wszystkich postępowań prowadzonych przez okres 2 lat (przy wykluczeniu z art. 109 ust. 1 pkt 8 PrZamPubl) albo przez okres roku (art. 109 ust. 1 pkt 10 PrZamPubl) od dnia zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia.

W konsekwencji z punktu widzenia zamawiającego korzystanie z podstawy określonej w art. 109 ust. 1 pkt 8 PrZamPubl jest pozbawione sensu, gdyż podstawa wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 10 PrZamPubl ma szersze pole zastosowania (obejmując nie tylko kwalifikację podmiotową) i nie wymaga wykazania umyślności czy nawet rażącego niedbalstwa wykonawcy.

Dość często spotykana praktyka łączenia obydwu podstaw wykluczenia w jednym postępowaniu może stwarzać problem z zastosowaniem art. 109 ust. 1 pkt 10 PrZamPubl w przypadku przedstawienia nieprawdziwych podmiotowych środków dowodowych (a więc w toku kwalifikacji podmiotowej wykonawcy) na skutek niedbalstwa. Wykonawca może podnieść argument, że w danym postępowaniu wprowadzenie zamawiającego w błąd przy kwalifikacji podmiotowej wymaga wykazania umyślności lub rażącego nie-

¹³ R. Caranta, A. Sanchez-Grealls (ed.), European Public Procurement. Commentary on Directive 2014/24/EU, Cheltenham / Northampton 2021, s. 618-619.

dbalstwa, gdyż obowiązujący w prowadzonym postępowaniu art. 109 ust. 1 pkt 8 PrZam-Publ ma charakter *lex specialis* względem ogólniejszego art. 109 ust. 1 pkt 10 PrZamPubl.

W obecnym stanie prawnym warto rekomendować zamawiającym korzystanie wyłącznie z podstawy wykluczenia określonej w art. 109 ust. 1 pkt 10 PrZamPubl, która jest dogodniejsza ze względu, o czym była już mowa, na szersze pole zastosowania i niższy stopień zawinienia. Wprowadzenie jej do warunków zamówienia z pominięciem podstawy określonej w art. 109 ust. 1 pkt 8 PrZamPubl pozwoli też uniknąć zarzutów, w myśl których jedyną podstawą wykluczenia z powodu wprowadzenia zamawiającego w błąd w toku kwalifikacji podmiotowej może być właśnie art. 109 ust. 1 pkt 8 PrZamPubl, oparty na winie umyślnej wykonawcy PPrZamPubl, i ma on pierwszeństwo w razie zbiegu z art. 109 ust. 1 pkt 10 PrZamPubl.

Mimo tych praktycznych korzyści uniwersalny charakter podstawy wykluczenia określonej w art. 109 ust. 1 pkt 10 PrZamPubl budzi wątpliwości z perspektywy zasady proporcjonalności. Konsekwencje niekiedy drobnych uchybień formalnych, które stosunkowo łatwo uznać za przejaw niedbalstwa, rozciągają się bowiem na dalsze postępowania prowadzone w ciągu najbliższego roku, licząc od dnia wprowadzenia w błąd. Teoretycznie zasada proporcjonalności, wyrażona w art. 16 pkt 3 PrZamPubl, domaga się zaniechania wykluczenia wykonawcy z powodu nieumyślnego wprowadzenia w błąd w prowadzonym wcześniej postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, ponieważ wykonawca poniósł już konsekwencje swojego zachowania polegające na eliminacji z tamtego postępowania. Na przeszkodzie staje jednak art. 109 ust. 3 PrZamPubl, który rozwija zasadę proporcjonalności jedynie względem podstaw wykluczenia określonych w art. 109 ust. 1 pkt 1–5 lub 7 PrZamPubl. Literalna wykładnia tego przepisu prowadzi do wniosku, że niedopuszczalne jest odstępstwo od wykluczenia z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 PrZamPubl ze względu na nieproporcjonalność takiego wykluczenia¹⁴. W tej sytuacji wykonawcy pozostanie tylko możliwość skorzystania z mechanizmu *self-cleaning* uregulowanego w art. 110 PrZamPubl. Można jedynie postulować, aby zamawiający uwzględniali wyjaśnienia wykonawców, o których mowa w art. 110 ust. 2 PrZamPubl, oczywiście o ile ich treść na to pozwala.

Podsumowanie

Wskazane wyżej niedostatki krajowej implementacji art. 57 ust. 4 lit. h oraz i dyrektywy 2014/24/UE nie mogą zostać w pełni skorygowane poprzez odpowiednią praktykę zamawiających czy też orzecznictwo. Wymagana jest interwencja ustawodawcy. Należy

¹⁴ W dyrektywie 2014/24/UE przepis derogujący obowiązek wykluczenia wykonawcy z postępowania w przypadku, gdyby takie wykluczenie było w oczywisty sposób nieproporcjonalne, odnosi się wyłącznie do podstaw dotyczących zaległości w opłacaniu podatków lub składek na ubezpieczenia społeczne. W literaturze trafnie podnosi się, że nie uchyla to stosowania zasady proporcjonalności względem pozostałych podstaw wykluczenia – por. R. Caranta, A. Sanchez-Grealls (ed.), *op.cit.*, s. 606.

przywrócić obligatoryjny charakter podstaw wykluczenia związanych z wprowadzeniem zamawiającego w błąd, a przynajmniej podstawy określonej obecnie w art. 109 ust. 1 pkt 8 PrZamPubl. Okoliczności wskazane w uzasadnieniu projektu nowelizacji z 2016 r. zachowują swoją aktualność – wykonawca, który umyślnie narusza fundamentalny dla obrotu gospodarczego obowiązek działania zgodnie z dobrymi obyczajami¹⁵, powinien być wyeliminowany nie tylko z postępowania, w którym dopuszcza się takiego czynu, ale również z innych postępowań prowadzonych na podstawie Prawa zamówień publicznych. Ta przesłanka powinna być jednak ograniczona wyłącznie do przypadków, w których wykonawcy będzie można przypisać winę umyślną, co oznacza usunięcie z niej rażącego niedbalstwa – kategorii wprawdzie graniczącej z umyślnością, lecz pozostającej w sferze winy nieumyślnej. Przywróci to zgodność z art. 57 ust. 4 lit. h dyrektywy 2014/24/UE stanowiącym normatywny wzorec dla obecnego art. 109 ust. 1 pkt 8 PrZamPubl.

Pożądanе jest również nadanie charakteru obligatoryjnego przesłance wykluczenia, która aktualnie jest określona w art. 109 ust. 1 pkt 10 PrZamPubl, przy czym należałoby ją nieco złagodzić poprzez ograniczenie jej zastosowania wyłącznie do postępowania, w którym doszło do wprowadzenia zamawiającego w błąd¹⁶. Ponadto należy rozważyć wyrażenie wprost w przepisie ustawowym możliwości odstąpienia od wykluczenia wykonawcy, który nieumyślnie wprowadził zamawiającego w błąd, w przypadku gdyby było to nieproporcjonalne.

Postulowane zmiany doprowadziłyby – na wzór rozwiązania unijnego – do wyraźnego rozdzielania podstaw wykluczenia związanych z wprowadzeniem zamawiającego w błąd. Przesłanka aktualnie uregulowana w art. 109 ust. 1 pkt 8 PrZamPubl nadal pozostawałaby związana z kwalifikacją podmiotową albo kryteriami selekcji, jednak opierałaby się wyłącznie na winie umyślnej, natomiast z uwagi na poważny charakter naruszenia obowiązująłaby we wszystkich postępowaniach prowadzonych na podstawie ustawy przez okres wskazany w art. 111 PrZamPubl, np. przez okres 2 lat od wprowadzenia zamawiającego w błąd, ewentualnie – od wykluczenia z postępowania albo zakończenia postępowania, w którym wykonawca dopuścił się tego czynu. Z kolei podstawa wykluczenia uregulowana aktualnie w art. 109 ust. 1 pkt 10 PrZamPubl nadal dotyczyłaby wprowadzenia zamawiającego w błąd na dowolnym etapie postępowania, o ile mogło to mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane w jego toku przez zamawiającego. Przesłanka pozostałaby związana z winą nieumyślną, jednak obowiązująłaby wyłącznie w tym postępowaniu, w którym doszło do wprowadzenia zamawiającego w błąd.

¹⁵ Wprawdzie obowiązek postępowania zgodnie z dobrymi obyczajami najczęściej wiązany jest z zawieraniem umowy w drodze negocjacji (por. art. 72 § 2 Kodeksu cywilnego), to jednak proponowana zmiana wpisałaby się w tendencję rozszerzania tego obowiązku na pozostałe metody kontraktowania – por. W. Kocot, Zawarcie umowy w projekcie nowego kodeksu cywilnego, „Państwo i Prawo” nr 3/2022, s. 146 i n.

¹⁶ Można to osiągnąć poprzez uchylenie art. 111 pkt 6 PrZamPublPrZamPubl i dodanie do treści art. 111 pkt 7 art. 109 ust. 1 pkt 10.

Summary

Misrepresentation When Supplying Information in the Course of Public Procurement Proceedings

The article aims to explain the differences between the two grounds for exclusion from procurement proceedings related to misrepresentation when supplying information. The ground specified in Article 109.1.8 of the Public Procurement Law (PPL) concerns intentional misrepresentation while verifying the absence of grounds for excluding or meeting the selection criteria. Pursuant to Article 109.1.10 of the PPL, an economic operator who negligently provides misleading information that may have a material influence on decisions made by the contracting authority is subject to exclusion. Polish law does not reflect the significant difference between these grounds, which is enshrined in EU law. While the first ground is general in nature and applies to all procedures conducted under the PPL for a specified period of time, the second one is valid only in proceedings in which the contracting authority has been misled.

Keywords: exclusion, misrepresentation, discretionary grounds for exclusion, misleading the contracting authority

Wpływ wojny w Ukrainie na umowę w sprawie zamówienia publicznego

Wprowadzenie

Szczególne okoliczności ostatnich miesięcy wymuszają konieczność poszukiwania właściwych rozwiązań prowadzących do modyfikacji zobowiązań umownych, w tym także wynikających z zamówień publicznych. Nie przeminęły jeszcze poważne konsekwencje wynikające ze światowej epidemii COVID-19 i związanych z nią wyjątkowych ograniczeń swobód gospodarczych i osobistych, a już w lutym 2022 r. pojawiły się nowe zagrożenia, związane z agresją Rosji na Ukrainę. Obecnie trudno jeszcze przewidzieć, jakie będą dalsze losy wojny i jej konsekwencji ekonomicznych, jednak już dziś można stwierdzić, że wywoła ona znaczący wpływ na gospodarkę nie tylko europejską, ale i całego świata. Dla Polski wpływ ten będzie z pewnością ogromny.

Wojna, nieznaną w takiej skali w tej części Europy od kilkudziesięciu lat, niesie ze sobą szereg różnorodnych zagrożeń, mających wpływ na realizację zawartych umów, w tym także w ramach systemu zamówień publicznych. Oczywiście są zagrożenia bezpieczeństwa ludzi i obiektów, wiele umów nie może być wykonywanych z tego względu, że całość lub część świadczeń z nich wynikających miała być lub ma być spełnionych w Ukrainie, między innymi na terenach objętych bezpośrednio działaniami zbrojnymi, w tym także atakami rakietowymi czy artyleryjskimi. W takich przypadkach konieczność poszukiwania właściwych metod rozwiązywania problemów jest oczywista. Do zagrożeń bezpośrednich dochodzą jeszcze dalsze, związane w szczególności z przerwaniem łańcuchów dostaw i czasową lub trwałą niedostępnością surowców, komponentów, części zamiennych etc. Na dodatek pojawia się problem dużego wzrostu cen nie tylko produktów, ale i energii. Gdy zaś mowa o energii, to wyraźnym aspektem wojny są także niemożliwe dziś jeszcze do oszacowania przeobrażenia na rynku energetycznym, nie tylko ze względu na bezpośrednie skutki działań zbrojnych, ale i z uwagi na sankcje nałożone na Rosję przez znaczącą część społeczności międzynarodowej i ograniczanie

¹ Nr ORCID: 0000-0001-7904-7677.

zależności – zwłaszcza Europy – od rosyjskich dostaw gazu, węgla i ropy naftowej. Pojawia się tu wreszcie temat sankcji, istotny ze względu na dotychczasowe powiązania gospodarki światowej z gospodarką rosyjską. Stany Zjednoczone, Unia Europejska i inne kraje z różnych części globu nałożyły sankcje gospodarcze ograniczające kontakty gospodarcze z firmami rosyjskimi lub zakazujące ich. Wszystkie powyższe zjawiska mają ogromne znaczenie dla zawierania i wykonywania umów transgranicznych, ale są także bezpośrednio odczuwalne w relacjach krajowych. Powoduje to konieczność poszukiwania w aktualnie obowiązującym stanie prawnym rozwiązań pozwalających na ingerencję w sferę wykonywania umów, których ekonomiczny sens w zmienionych realiach może być zagrożony. Oczywiście konieczne może się okazać także dokonanie w przyszłości głębszych zmian legislacyjnych. Jednak nawet bez takich zmian wypracowanie możliwości reakcji aktualnie obowiązującego porządku prawnego na wspomniane wyżej zjawiska kryzysowe jest potrzebą chwili.

Uzasadnia to podjęcie tematyki modyfikacji zobowiązań ze względu na szczególne zmiany okoliczności. Oczywiście potencjalnie dotyczy to wszystkich relacji umownych, nas jednak w tej chwili najbardziej zainteresują możliwości modyfikacji stosunków prawnych wynikających z zamówień publicznych.

Przedmiotem niniejszych rozważań są wyłącznie umowy między podmiotami, które nie zostały objęte sankcjami na podstawie rozporządzeń unijnych w sprawie środków ograniczających, przyjętych w 2006 r. i 2014 r., a znowelizowanych w 2022 r. po lutowym ataku na Ukrainę², a także ustawy o szczególnych rozwiązaniach w zakresie przeciwdziałania wspieraniu agresji na Ukrainę oraz służących ochronie bezpieczeństwa narodowego³. W przypadku podmiotów, których sankcje dotyczą, wspomniane akty prawne przewidują szczególne rozwiązania, dotyczące także wcześniej zawartych umów. Omówienie tego zagadnienia wymagałoby odrębnego opracowania. Przedmiotem naszego zainteresowania będą zatem losy „legalnych” stosunków umownych, przy czym nie da się wyłączyć sytuacji, gdy szczególna sytuacja podmiotu polskiego wynikać może z faktu, że do tej pory zaopatrywał się np. w surowce lub komponenty u kontrahenta obecnie objętego sankcjami.

² Rozporządzenie Rady (WE) nr 765/2006 z 18.5.2006 r. dotyczące środków ograniczających w związku z sytuacją na Białorusi i udziałem Białorusi w agresji Rosji wobec Ukrainy (Dz. Urz. UE L 134 z 20.5.2006 r., s. 1, z późn. zm.) oraz rozporządzenie Rady (UE) nr 269/2014 z 17.3.2014 r. w sprawie środków ograniczających w odniesieniu do działań podważających integralność terytorialną, suwerenność i niezależność Ukrainy lub im zagrażających (Dz. Urz. UE L 78 z 17.3.2014 r., s. 6, z późn. zm.).

³ Ustawa z 13.4.2022 r. o szczególnych rozwiązaniach w zakresie przeciwdziałania wspieraniu agresji na Ukrainę oraz służących ochronie bezpieczeństwa narodowego (Dz.U. z 2022 r., poz. 835).

Źródła modyfikacji stosunku umownego

Od strony konstrukcji prawnych podstawy rewizji stosunku umownego są zróżnicowane. W szczególności mogą to być:

- przepisy ustawy (np. przepisy „covidowe” w odniesieniu do umów realizowanych w warunkach stanu epidemii bądź stanu zagrożenia epidemicznego),
- wola stron (renegocjacja – tzw. aneksy, klauzule adaptacyjne, klauzule waloryzacyjne),
- orzeczenia sądowe (waloryzacja sądowa, klauzula *rebus sic stantibus*).

Należy zaznaczyć, że w odróżnieniu od sytuacji kryzysowej związanej z epidemią COVID-19 ustawodawca nie zdecydował o stworzeniu szczególnych reguł modyfikowania stosunków umownych w związku z konsekwencjami wojny w Ukrainie⁴. Nie przewidział też odrębnych ustawowych mechanizmów dostosowywania treści umów oraz zasad ich wykonywania do aktualnych warunków. Pozostaje zatem rozważenie wcześniej istniejących w systemie prawa mechanizmów pozwalających na rewizję obowiązującego stosunku umownego.

Zasadniczą z punktu widzenia stron umowy podstawą modyfikacji zobowiązania jest zasada swobody umów, którą – w odniesieniu do treści stosunku prawnego – wyraża art. 3531 KC. Zgodnie z tym przepisem strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego. Jak wiadomo, swoboda umów dotyczy nie tylko zawarcia umowy, ale także jej renegocjacji⁵. Od zasadniczej swobody w tym zakresie dostrzegamy jednak szereg wyjątków, w szczególności w odniesieniu do umów w sprawach zamówień publicznych, o czym będzie poniżej mowa.

Modyfikacja umowy związana jest w istotny sposób z zasadą współdziałania stron. Zasada ta na gruncie kodeksowym wynika z art. 354 KC, zgodnie z którym dłużnik powinien wykonać zobowiązanie zgodnie z jego treścią i w sposób odpowiadający jego celowi społeczno-gospodarczemu oraz zasadom współżycia społecznego, a jeżeli istnieją w tym zakresie ustalone zwyczaje – także w sposób odpowiadający tym zwyczajom (§ 1), przy czym w taki sam sposób powinien współdziałać przy wykonaniu zobowiązania wierzyciel (§ 2). Z kolei zasada współdziałania stron umowy w prawie zamówień publicznych wynika aktualnie z nowego art. 431 ustawy – Prawo zamówień publicznych⁶. W świetle tego przepisu zamawiający i wykonawca wybrany w postępowaniu o udzielenie zamówienia obowiązani są współdziałać przy wykonaniu umowy w sprawie zamówienia publicznego w celu należytej realizacji zamówienia.

⁴ Co do rozwiązań wprowadzonych w związku z epidemią zob. przykładowo *W. Robaczyński*, Modyfikacja umowy o zamówienie publiczne w obliczu epidemii COVID-19, *Kwartalnik Prawo Zamówień Publicznych* 2020, nr 4.

⁵ Tak m.in. *K. Osajda*, według którego art. 353¹ KC „dotyczy nie tylko swobody co do określenia treści nowej umowy zawieranej przez strony, lecz również obejmuje kształtowanie treści już istniejącego stosunku prawnego (...)”. *K. Osajda* [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, tom II, *Zobowiązania* (art. 353-92116 KC), pod red. *K. Osajdy*, Warszawa 2013, s. 35.

⁶ Ustawa z 11.9.2019 r. *Prawo zamówień publicznych* (t.j. Dz.U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm.; dalej: *PrZamPubl*).

Na marginesie i na zakończenie tej części rozważań warto dodać, że Kodeks cywilny reguluje także kwestię formy uzupełnienia lub zmiany umowy. Zgodnie z art. 77 § 1 KC uzupełnienie lub zmiana umowy wymaga zachowania takiej formy, jaką ustawa lub strony przewidziały w celu jej zawarcia. Jeśli spojrzymy na to zagadnienie od strony zamówień publicznych, to dostrzeżemy wyższy stopień rygoryzmu tej regulacji w porównaniu z ogólnymi zasadami Kodeksu cywilnego. Prawo zamówień publicznych zastrzega bowiem szczególną formę umowy jako zasadę. W świetle art. 432 PZP umowa w sprawie zamówienia publicznego wymaga, pod rygorem nieważności, zachowania formy pisemnej, chyba że przepisy odrębne wymagają formy szczególnej. W konsekwencji zatem zmiana umowy także wymaga formy pisemnej pod rygorem nieważności. Zgodnie z ogólną zasadą kodeksową wyrażoną w art. 78¹ KC formie pisemnej równoważna jest forma elektroniczna. Znaczenie formy elektronicznej zostało także podkreślone w przepisach ustawy „covidowej”, w której wyraźnie uregulowano sprawę możliwości zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego w formie elektronicznej⁷.

Ograniczenie możliwości renegotjacji umowy

Jak wyżej wspomniano, kodeksowa zasada swobody umów w zakresie modyfikacji umowy przez strony spotyka istotne ograniczenie pola renegotjacji, wynikające z ustawy – Prawo zamówień publicznych. Kwestii tej poświęcone są obszerne uregulowania zawarte w art. 454 i art. 455 PrZamPubl, składające się na rozdział 3 opatrzony tytułem „Zmiana umowy”. Zgodnie z art. 454 ust. 1 PrZamPubl istotna zmiana zawartej umowy wymaga przeprowadzenia nowego postępowania o udzielenie zamówienia.

Kwestie związane z określeniem istotności zmiany według ustawy – Prawo zamówień publicznych nie są jednoznaczne. Ich przybliżonemu wyjaśnieniu poświęcono już sporo miejsca w literaturze, a także w orzecznictwie – i to również pod rządami poprzednio obowiązującej PrZamPubl z 2004 r. – a i tak nadal występują wątpliwości.

Według art. 454 ust. 2 PrZamPubl zmiana umowy jest istotna, jeżeli powoduje, że charakter umowy zmienia się w sposób istotny w stosunku do pierwotnej umowy, w szczególności jeżeli zmiana:

- 1) wprowadza warunki, które gdyby zostały zastosowane w postępowaniu o udzielenie zamówienia, to wzięliby w nim udział lub mogliby wziąć udział inni wykonawcy lub przyjęte zostałyby oferty innej treści;
- 2) narusza równowagę ekonomiczną stron umowy na korzyść wykonawcy, w sposób nieprzewidziany w pierwotnej umowie;

⁷ Obszerniej na temat zbędności tego rozwiązania ustawy „covidowej” – w kontekście niekwestionowanej zasady kodeksowej – zob. W. Robaczyński, Uwagi o formie umowy w sprawie zamówienia publicznego w czasie stanu epidemii COVID-19 na tle odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, *Kwartalnik Prawo Zamówień Publicznych* 2021, nr 4, s. 17-21.

- 3) w sposób znaczny rozszerza albo zmniejsza zakres świadczeń i zobowiązań wynikających z umowy;
- 4) polega na zastąpieniu wykonawcy, któremu zamawiający udzielił zamówienia, nowym wykonawcą w przypadkach innych niż wskazane w art. 455 ust. 1 pkt 2 PrZamPubl.

Podkreślić jednak należy, że ustawodawca przewidział możliwość odstąpienia od nakazu przeprowadzania nowego postępowania, i to zarówno w okolicznościach przez strony przewidzianych, jak i nieprzewidzianych. Gdy chodzi o dopuszczalność modyfikacji umowy w okolicznościach przewidzianych przez strony, to podstawowe znaczenie ma tu art. 455 ust. 1 pkt 1 PrZamPubl, zgodnie z którym dopuszczalna jest zmiana umowy bez przeprowadzenia nowego postępowania o udzielenie zamówienia niezależnie od wartości tej zmiany, o ile została przewidziana w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia, w postaci jasnych, precyzyjnych i jednoznacznych postanowień umownych, które mogą obejmować postanowienia dotyczące zasad wprowadzania zmian wysokości ceny, jeżeli spełniają one łącznie następujące warunki:

- a) określają rodzaj i zakres zmian,
- b) określają warunki wprowadzenia zmian,
- c) nie przewidują takich zmian, które modyfikowałyby ogólny charakter umowy.

Gdy chodzi natomiast o dopuszczalność modyfikacji umowy w sprawie zamówienia publicznego w okolicznościach nieprzewidzianych, to podstawę stanowi art. 455 ust. 1 pkt 4 PrZamPubl, w świetle którego dopuszczalna jest zmiana umowy bez przeprowadzenia nowego postępowania o udzielenie zamówienia, jeżeli konieczność zmiany umowy spowodowana jest okolicznościami, których zamawiający, działając z należytą starannością, nie mógł przewidzieć, o ile zmiana nie modyfikuje ogólnego charakteru umowy, a wzrost ceny spowodowany każdą kolejną zmianą nie przekracza 50% wartości pierwotnej umowy.

Ponieważ literatura z zakresu modyfikacji umowy w sprawie zamówienia publicznego jest bardzo bogata, nie rozwijam w tym miejscu tej problematyki. Wydaje się, że zagadnienie to zostało już dostatecznie przez piśmiennictwo opracowane⁸. Szczególnie znaczenie może mieć w najbliższym czasie – zwłaszcza w odniesieniu do umów zawartych przed inwazją rosyjską na Ukrainę – zmiana umowy spowodowana nieprzewidywalnymi nawet przy dołożeniu należytej staranności okolicznościami, o których mowa w powołanym art. 455 ust. 1 pkt 4 PrZamPubl. Nie ulega przy tym wątpliwości, że obecna sytuacja przysporzy wielu praktycznych przykładów potrzeby modyfikacji zobowiązań wynikających z umów w sprawach zamówień publicznych⁹.

⁸ Z niezwykle obszernej literatury na ten temat zob. przykładowo G. Klich, *Zmiana umowy w sprawie zamówienia publicznego*, Warszawa 2016; J.E. Nowicki, *Zmiany umowy w praktyce*, Monitor Zamówień Publicznych 2016, nr 10; W. Robaczyński, *Umowna modyfikacja zamówienia publicznego*, Kontrola Państwowa 2016, nr 6; P. Bogdanowicz, *Modyfikacja umowy w prawie zamówień publicznych Unii Europejskiej*, Warszawa 2019; M. Taraszkiewicz, *Zmiana umowy w sprawie realizacji zamówienia publicznego*, Finanse Komunalne 2019, nr 10.

⁹ Na marginesie zaznaczmy także, że pojawić się może problem dopuszczalności rozwiązania umowy z woli stron. Rozwiązanie umowy, także w wyniku zastrzeżenia prawa wypowiedzenia umowy, dopuszczalne na zasadzie swo-

Skutki niedozwolonej zmiany umowy

Podstawowym i daleko idącym skutkiem dokonania zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego wbrew warunkom ustawowym jest unieważnienie tej zmiany, o co wystąpić może Prezes Urzędu Zamówień Publicznych (UZP). Zgodnie z art. 459 ust. 1 pkt 1 PrZamPubl Prezes UZP może wystąpić do sądu o unieważnienie zmiany umowy dokonanej z naruszeniem art. 454 i art. 455 PrZamPubl. Warto jednak przypomnieć, że zgodnie z art. 459 ust. 2 PrZamPubl uprawnienie, o którym mowa w ust. 1, wygasa z upływem 4 lat od dnia zawarcia umowy lub jej zmiany. Wynika stąd, że nawet nieprawidłowo dokonana zmiana nie jest „automatycznie” eliminowana z porządku prawnego – konieczne jest w tym zakresie orzeczenie o charakterze konstytutywnym. Jeżeli zaś Prezes UZP nie wystąpi w terminie 4 lat od dnia dokonania zmiany umowy o unieważnienie tej zmiany, pozostanie ona definitywnie w obrocie prawnym.

Obok unieważnienia zmiany umowy, będącego skutkiem cywilnoprawnym niedozwolonej zmiany, skutki niedozwolonej zmiany ogniskują się także w sferze prawa finansów publicznych w postaci odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Zgodnie z art. 17 ust. 6 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych¹⁰ naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest zmiana umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy ramowej z naruszeniem przepisów o zamówieniach publicznych.

Przepisy dotyczące modyfikacji umowy związane z epidemią COVID-19

Jak już wyżej wspomniano, w nieodległym czasie wprowadzono szczególne rozwiązania dotyczące modyfikacji umowy w sprawie zamówienia publicznego¹¹. Jest to odrębne zagadnienie od rozważanego w niniejszym opracowaniu, jednak może wskazać drogę ustawodawcy do wypracowania w przyszłości pewnych rozwiązań także wobec sytuacji kryzysowej wywołanej wojną w Ukrainie. Wprawdzie ustawodawca nie zdecydował do tej pory o wprowadzeniu szczególnych rozwiązań, ale rozwój sytuacji może w przyszłości wymusić potrzebę takiej regulacji. Choć najprawdopodobniej nie byłaby ona prostą kopią rozwiązań „covidowych”, to jednak przepisy wprowadzone w czasie epidemii wskazują, jakie szczegółowe rozwiązania w zakresie modyfikowania zobowiązań ustawodawca skłonny jest przyjąć w sytuacjach szczególnych.

body umów, jest przez niektórych autorów kwestionowane w odniesieniu do zamówień publicznych – por. R. Szostak, *Umowy o zamówienia publiczne w zarysie*, Warszawa 2018, s. 154. Problem ten, w tym miejscu jedynie zasygnalizowany, wymagałby w kontekście sytuacji wojennej szerszego rozważenia.

¹⁰ Ustawa z dnia 17.12.2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (t.j. Dz.U. z 2021 r., poz. 289 ze zm.; dalej: *DyscyplFinPubU*).

¹¹ Obszerniej na ten temat zob. *W. Robaczyński, Modyfikacja umowy o zamówienie publiczne...*, s. 25–29.

Ustawa o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19¹² stanowi w art. 15r¹ KoronawirusU, że strony umowy w sprawie zamówienia publicznego, w rozumieniu ustawy – Prawo zamówień publicznych, niezwłocznie wzajemnie informują się o wpływie okoliczności związanych z wystąpieniem COVID-19 na należyte wykonanie tej umowy, o ile taki wpływ wystąpił lub może wystąpić. Strony umowy potwierdzają ten wpływ, dołączając do informacji, o której mowa w zdaniu pierwszym, oświadczenia lub dokumenty, które mogą dotyczyć w szczególności:

- 1) nieobecności pracowników lub osób świadczących pracę za wynagrodzeniem na innej podstawie niż stosunek pracy, które uczestniczą lub mogłyby uczestniczyć w realizacji zamówienia;
- 2) decyzji wydanych przez Głównego Inspektora Sanitarnego lub działającego z jego upoważnienia państwowego wojewódzkiego inspektora sanitarnego, w związku z przeciwdziałaniem COVID-19, nakładających na wykonawcę obowiązek podjęcia określonych czynności zapobiegawczych lub kontrolnych;
- 3) poleceń lub decyzji wydanych przez wojewodów, ministra właściwego do spraw zdrowia lub Prezesa Rady Ministrów, związanych z przeciwdziałaniem COVID-19, o których mowa w art. 11 ust. 1–3 KoronawirusU;
- 4) wstrzymania dostaw produktów, komponentów produktu lub materiałów, trudności w dostępie do sprzętu lub trudności w realizacji usług transportowych;
- 5) innych okoliczności, które uniemożliwiają bądź w istotnym stopniu ograniczają możliwość wykonania umowy;
- 6) okoliczności, o których mowa w pkt 1–5, w zakresie, w jakim dotyczą one podwykonawcy lub dalszego podwykonawcy.

W świetle art. 15r ust. 4 KoronawirusU zamawiający, po stwierdzeniu, że okoliczności związane z wystąpieniem COVID-19, o których mowa w ust. 1, mogą wpłynąć lub wpływają na należyte wykonanie umowy, o której mowa w ust. 1, może w uzgodnieniu z wykonawcą dokonać zmiany umowy, o której mowa w art. 455 ust. 1 pkt 4 PrZamPubl, w szczególności przez:

- 1) zmianę terminu wykonania umowy lub jej części lub czasowe zawieszenie wykonywania umowy lub jej części,
- 2) zmianę sposobu wykonywania dostaw, usług lub robót budowlanych,
- 3) zmianę zakresu świadczenia wykonawcy i odpowiadającą jej zmianę wynagrodzenia lub sposobu rozliczenia wynagrodzenia wykonawcy, – o ile wzrost wynagrodzenia spowodowany każdą kolejną zmianą nie przekroczy 50% wartości pierwotnej umowy.

Konsekwencją potwierdzenia w art. 15r KoronawirusU, dopuszczalności zastosowania w czasach epidemii art. 455 ust. 1 pkt 4 PrZamPubl jest przewidziane w art. 15s

¹² Ustawa z 2.3.2020 r. o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych (t.j. Dz.U. z 2021 r., poz. 2095 ze zm.; dalej: KoronawirusU).

pkt 2 KoronawirusU uchylenie penalizacji z tytułu naruszenia dyscypliny finansów publicznych. Nie stanowi bowiem naruszenia dyscypliny finansów publicznych, o którym mowa w art. 17 ust. 6 uoondfp, zmiana umowy w sprawie zamówienia publicznego zgodnie z art. 15r ust. 4 KoronawirusU.

Waloryzacja świadczeń pieniężnych (umowna i sądowa)

Zgodnie z art. 358¹ § 2 KC strony mogą zastrzec w umowie, że wysokość świadczenia pieniężnego zostanie ustalona według innego niż pieniądź miernika wartości. Wśród przesłanek waloryzacji nie znajdujemy wprawdzie nadzwyczajności zmiany okoliczności (waloryzacja co do zasady nie jest instrumentem reakcji na nadzwyczajne zmiany okoliczności), jednak nie ulega wątpliwości, że zmiana wartości pieniądza może być skutkiem takich właśnie nadzwyczajnych zmian. Potwierdzają to zresztą obserwacje rynku z ostatnich tygodni.

Zgodnie z wyrokiem Sądu Najwyższego z 22.10.2014 r., II CSK 773/13, Legalis: „z ustawy z 1994 r. – Prawo zamówień publicznych wynika, że strony mogły zawrzeć, poprzez zastosowanie art. 358¹ § 2 KC w zw. z art. 139 ust. 1 PrZamPubl, postanowienie zawierające klauzulę o charakterze waloryzującym (adaptacyjną) dotyczącą wysokości ustalonego w umowie wynagrodzenia należnego wykonawcy od zamawiającego. Zastosowanie klauzul adaptacyjnych należy uznać za dopuszczalne pod warunkiem, że informacja o tym będzie zawarta w specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub ogłoszeniu o przetargu”. Mimo, że wyrok ten został wydany na gruncie ustawy z 1994 r., jego aktualność na gruncie obecnie obowiązującego ustawodawstwa nie budzi wątpliwości.

Co do waloryzacji sądowej świadczeń pieniężnych odnotować trzeba zawarte w art. 358¹ § 3 KC rozwiązanie, zgodnie z którym w razie istotnej zmiany siły nabywczej pieniądza po powstaniu zobowiązania sąd może po rozważeniu interesów stron, zgodnie z zasadami współżycia społecznego, zmienić wysokość lub sposób spełnienia świadczenia pieniężnego, chociażby były ustalone w orzeczeniu lub umowie. Przepis ten, nazywany także niekiedy, choć moim zdaniem nieściśle, małą klauzulą *rebus sic stantibus*¹³, ma na celu doprowadzenie do urealnienia wartości świadczenia. Z tego punktu widzenia rola tego przepisu w warunkach postępującej inflacji wydawać się może obiecująca. Jednak w art. 358¹ § 4 KC odnajdujemy istotne ograniczenie zastosowania waloryzacji sądowej, ponieważ przepis ten stanowi, że z żądaniem zmiany wysokości lub sposobu spełnienia świadczenia pieniężnego nie może wystąpić strona prowadząca przedsiębiorstwo, jeżeli świadczenie pozostaje w związku z prowadzeniem tego przedsiębiorstwa. W konsekwencji, ponieważ wykonawcą w odniesieniu do zamówienia publicznego jest w zdecydowanej większości przypadków przedsiębiorca, nie może on skorzystać z dobrodziejstwa waloryzacji sądowej właśnie ze względu na wyłączenie wynikające z art. 358¹ § 4 KC. Inna

¹³ Zob. W. Robaczyński, Sądowa zmiana umowy, s. 196.

sprawa, że w przypadku umów, których przedmiotem są roboty budowlane lub usługi, zawartych na okres dłuższy niż 12 miesięcy, do dyspozycji wykonawcy pozostaje wówczas wykorzystanie mechanizmów waloryzacyjnych w odniesieniu do wynagrodzenia, określonych w art. 439 PrZamPubl¹⁴. Oczywiście chodzi tu nie o waloryzację sądową, lecz o klauzulę umowną, ale niejako wymuszoną przez przepis ustawy. Nie jest to wprawdzie rozwiązanie „szczególne”, ale podkreślić trzeba, że właśnie wzrost cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia stanowi zagrażającą interesom wykonawcy okoliczność będącą skutkiem sytuacji wojennej. Trzeba bowiem uwzględnić okoliczność, że skutki wojny mają już i będą mieć w przyszłości odzwierciedlenie w cenach nie tylko energii, ale i wszelkich w zasadzie dóbr i usług. Z tego punktu widzenia „zwyczajne” i obecne cały czas w porządku prawnym regulacje dotyczące waloryzacji świadczeń pieniężnych staną się szczególnie użyteczne także w odniesieniu do tych stosunków prawnych, na które w bezpośredni sposób nie oddziałują same działania wojenne.

Klauzula *rebus sic stantibus* w ogólności

Klasycznym instrumentem modyfikacji zobowiązania umownego w obliczu nadzwyczajnych zmian okoliczności jest klauzula *rebus sic stantibus*, w oparciu o którą istnieje możliwość uwzględnienia zmiany stosunków na podstawie wyroku sądu. Muszą być wówczas spełnione przesłanki określone w art. 357¹ KC – nie jest to jednak zmiana umowna. Artykuł 357¹ § 1 KC stanowi, że jeżeli z powodu nadzwyczajnej zmiany stosunków spełnienie świadczenia byłoby połączone z nadmiernymi trudnościami albo groziłoby jednej ze stron rażąca stratą, czego strony nie przewidywały przy zawarciu umowy, sąd może po rozważeniu interesów stron, zgodnie z zasadami współżycia społecznego, oznaczyć sposób wykonania zobowiązania, wysokość świadczenia lub nawet orzec o rozwiązaniu umowy. Rozwiązując umowę, sąd może w miarę potrzeby orzec o rozliczeniach stron, kierując się zasadami określonymi w zdaniu poprzedzającym.

Z samego założenia art. 357¹ KC ma mieć zastosowanie do sytuacji nadzwyczajnych, których konsekwencje wykraczają poza zwykłe ryzyko kontraktowe uwzględniane przez strony. Z tego względu klauzula *rebus sic stantibus* stała się powoływaną w literaturze niejako naturalną podstawą do modyfikacji zobowiązań wykonywanych w warunkach epidemii COVID-19¹⁵. Rzecz jasna omawiane rozwiązanie wchodzi w grę także

¹⁴ Art. 439 ust. 1 PrZam Publ stanowi, że umowa, której przedmiotem są roboty budowlane lub usługi, zawarta na okres dłuższy niż 12 miesięcy, zawiera postanowienia dotyczące zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia.

¹⁵ Por. w szczególności B. Nowak-Górski, D. Mróz, K. Olszak, Stosowanie klauzuli *rebus sic stantibus* w dobie epidemii wirusa SARS-CoV-2, Monitor Prawniczy 2020, nr 10; R. Strugała, Wpływ pandemii COVID-19 na wykonywanie umów w świetle art. 357¹ KC, Monitor Prawniczy 2020, nr 11; K. Kurosz, W.P. Matysiak, Klauzula *rebus sic stantibus* w czasie pandemii, Przegląd Prawa Hnadlowego 2020, nr 6; M. Rzeszutek, Stan epidemii jako przesłanka sądowej modyfikacji umowy, Monitor Prawniczy 2022, nr 5.

w odniesieniu do nadzwyczajnych zdarzeń będących konsekwencją działań wojennych. Powyższy przepis może mieć zastosowanie w szczególności w odniesieniu do umów w sprawach zamówień publicznych, co podkreślono już w odniesieniu do sytuacji epidemicznej¹⁶. W wyroku Sądu Okręgowego w Białymstoku z 25.10.2011 r. VII GC 127/11 potwierdzono, że zmiana wysokości istotnego elementu umowy zawartej w trybie ustawy z 2004 r. – Prawo zamówień publicznych, jakim jest wysokość wynagrodzenia należnego wykonawcy, może nastąpić w oparciu o treść art. 357¹ KC (*rebus sic stantibus*), który z mocy art. 139 ust. 1 PrZamPubl¹⁷ ma zastosowanie w zakresie nieuregulowanym przez ustawę o zamówieniach publicznych i umożliwia modyfikowanie zobowiązania z uwagi na nieoczekiwane zdarzenia po jego powstaniu.

Aby można było zastosować klauzulę *rebus sic stantibus*, muszą być spełnione przesłanki określone w art. 357¹ KC. Przedstawiają się one następująco:

- cywilnoprawny charakter zobowiązania,
- umowne źródło zobowiązania,
- nadzwyczajna zmiana stosunków,
- naruszenie równowagi kontraktowej (nadmierna trudność w spełnieniu świadczenia lub groźba rażącej straty),
- nieprzewidywalność wpływu zmiany stosunków na zobowiązanie.

Spośród wszystkich przesłanek art. 357¹ KC zasadnicze znaczenie ma przesłanka nadzwyczajnej zmiany stosunków. Pojęcie „nadzwyczajna zmiana stosunków” jest wyjaśnione w wielu orzeczeniach sądowych. I tak przykładowo:

- wyrok Sądu Najwyższego z 9.12.2005 r., III CK 305/05, Legalis:
„»Nadzwyczajna zmiana« w rozumieniu art. 357¹ KC oznacza zmianę stosunków spowodowaną niezwykle okolicznościami, które rzadko się zdarzają, są wyjątkowe, niezwykle. Są to okoliczności nieobjęte typowym ryzykiem umownym, obiektywne i niezależne od stron. Należą do nich okoliczności przykładowo wymienione wprost w stanowiącym odpowiednik obecnego przepisu art. 357¹ KC, art. 269 KC”;
- wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 6.6.2018 r.¹⁸:
„Stosując art. 357¹ KC, sąd może przede wszystkim oznaczyć sposób wykonania zobowiązania oraz jego wysokość. Tym samym zmiana stosunku prawnego może polegać na podwyższeniu wysokości świadczenia, gdy wierzycielowi zagraża strata lub obniżenie wysokości świadczenia, gdy strata zagraża dłużnikowi. Wydanie każdego z powyższych rozstrzygnięć powinno być uzasadnione interesem każdej ze stron oraz zasadami współżycia społecznego. Podstawową przesłanką dającą podstawę do ingerencji organu orzekającego w konkretny stosunek zobowiązaniowy jest zaistnienie nadzwyczajnej zmiany stosunków, za które doktryna uznaje między innymi przekształcenie

¹⁶ R. Szostak, Zmiana umowy o zamówienie publiczne w okolicznościach zagrożenia epidemicznego. Część druga, Zam.Publ.Dor. Nr 6/2020, s. 5 (w wersji elektronicznej).

¹⁷ Mowa o ustawie – Prawo zamówień publicznych z 2004 r.

¹⁸ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 6.6.2018 r., I ACa 190/17, Legalis.

stosunków społecznych, gospodarczych, którego skutki w wyjątkowy sposób wpływają na rzeczywistość”;

- wyrok Sądu Najwyższego z 8.3.2018 r.¹⁹:
„Nadzwyczajna zmiana stosunków rozumiana jest jako zdarzenie rzadko zachodzące, niezwykle, wyjątkowe, normalnie niespotykane. Do przyczyn zaistnienia takiego stanu zaliczane są zdarzenia natury przyrodniczej (nieurodzaj), społecznej (epidemia, klęski żywiołowe, kryzys gospodarczy), powszechnie występujące. Do tych sytuacji zaliczane są także zaskakujące zmiany stawek podatkowych albo celnych czy gwałtowne zmiany poziomu cen na rynku. Nieprzewidywalność związana jest z przyszłą sytuacją, a brak było podstaw do zdiagnozowania jej przez strony”;
- wyrok Sądu Apelacyjnego w Rzeszowie z 7.2.2018 r.²⁰:
„Przez nadzwyczajną zmianę stosunków, o której mowa w art. 357¹ KC, rozumie się zdarzenia, które wykraczają poza granice ryzyka kontraktowego, a które to ryzyko, wynikające z potencjalnych zmian społecznych i gospodarczych, immanentnie wpisane jest w funkcjonowanie gospodarki”.

Jak z powyższego wynika, przy takiej interpretacji dokonywanej przez orzecznictwo sądowe okoliczności związane z wojną niewątpliwie mieszczą się w ramach nadzwyczajnej zmiany stosunków. Zauważyć przy tym trzeba, że art. 269 Kodeksu zobowiązań, będący pierwowzorem art. 357¹ KC, wprost odwoływał się do wojny jako zdarzenia uzasadniającego zastosowanie klauzuli *rebus sic stantibus*.

Dyspozycja z art. 357¹ KC a zmiany stanu prawnego

Jest sprawą oczywistą, że w warunkach współczesnego państwa nadzwyczajne zdarzenia w sferze życia społecznego i gospodarczego znajdują odzwierciedlenie w zmianach stanu prawnego. Ustawodawca stara się za pomocą rozwiązań prawnych wyeliminować lub choćby ograniczyć negatywny wpływ wspomnianych zjawisk na życie społeczne i gospodarcze. Wydawane są w związku z tym nowe akty prawne, w szczególności dotyczące ograniczeń w zakresie podejmowania pewnych rodzajów aktywności w określonych obszarach. Te zmiany stanu prawnego nie pozostają jednak, niejako „same w sobie”, obojętne dla już wcześniej nawiązanych stosunków prawnych. W ten sposób nadzwyczajnymi okolicznościami stają się nie tylko określone zdarzenia w świecie zewnętrznym, ale i fakt wprowadzania nowych rozwiązań prawnych. Przykładem była choćby sytuacja związana z wprowadzaniem różnorodnych instrumentów dla ograniczania rozprzestrzeniania się epidemii Covid-19. Nadzwyczajna zmiana stosunków polegała wówczas nie tylko na samej epidemii jako zjawisku biologicznym, ale na zmianach w zakresie prawnego w tym okresie. Należy tu jednak zauważyć, że ujmowanie wpływu zmian stanu prawnego

¹⁹ Wyrok Sądu Najwyższego z 8.3.2018 r, II CSK 303/17, Legalis,

²⁰ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Rzeszowie z 7.2.2018 r. I AGa 34/18, Legalis.

na umowy w kontekście art. 357¹ KC nie jest zjawiskiem nowym. W orzecznictwie powszechnie przyjęte jest stanowisko, w świetle którego zmiany stanu prawnego mogą być uznane za nadzwyczajną zmianę stosunków w rozumieniu klauzuli *rebus sic stantibus*. Przykładem mogą być następujące orzeczenia:

- wyrok Sądu Najwyższego z 20.7.2007 r.²¹:
„Nieprzewidywana przez stronę umowy zmiana stanu prawnego może stanowić zdarzenie wywołujące nadzwyczajną zmianę stosunków w rozumieniu art. 357¹ KC, jeżeli wpływa na sytuację obu lub jednej ze stron, utrudniając ją do tego stopnia, że spełnienie przewidzianego w umowie świadczenia jest połączone z nadmiernymi trudnościami lub grozi rażącą stratą”;
- wyrok Sądu Najwyższego z 17.1.2008 r.²²:
„Zasadnicze i zaskakujące zmiany stawek celnych i podatkowych mogą być kwalifikowane jako nadzwyczajna zmiana stosunków. Zmiana stanu prawnego (w tym – zasadnicza zmiana w zakresie stawek podatkowych w okresie trwania stosunku obligacyjnego) ma z reguły cechy zdarzenia nadzwyczajnego, o charakterze powszechnym, niezależnym od woli strony i nie mieści się w typowym ryzyku kontraktowym stron. Zmiana taka w zasadniczy sposób może wpływać na sytuację prawną stron, w tym np. na sytuację wykonawcy robót budowlanych w związku z cenotwórczym charakterem podatku VAT”;
- wyrok Sądu Okręgowego w Białymstoku z 25.10.2011 r.²³:
„Zmiana ustawodawstwa, także w zakresie regulacji podatkowych, może być uznana w okolicznościach konkretnej sprawy za nadzwyczajną zmianę stosunków w rozumieniu art. 357¹ KC. Jeśli nadzwyczajna zmiana stosunków nastąpiła po częściowym wykonaniu zobowiązania, to wówczas przesłanki zastosowania klauzuli z art. 357¹ KC mogą podlegać ocenie w odniesieniu do niewykonanej części zobowiązania”;
- wyrok Sądu Apelacyjnego w Lublinie z 31.7.2013 r.²⁴:
„Nadzwyczajna zmiana stosunków w rozumieniu art. 357¹ KC jest to nie tylko zmiana o charakterze powszechnym, niezależnym od woli stron, ale musi to być zmiana zasadnicza niemieszcząca się w ryzyku kontraktowym. Podwyższenie podatku VAT o 1% nie stanowi zasadniczej zmiany (...)”.

W powyższym kontekście także zmiany stanu prawnego wprowadzane w związku z sytuacją wojenną, w szczególności związane z wprowadzanymi sankcjami i ich skutkami, mogą być uznane za nadzwyczajną zmianę stosunków w rozumieniu art. 357¹ KC.

²¹ I CK 3/07, Legalis.

²² III CSK 202/07, Legalis.

²³ VII GC 127/11.

²⁴ I ACa 239/13, Legalis.

Nieprzewidywalność jako przesłanka klauzuli *rebus sic stantibus*

W ideę klauzuli *rebus sic stantibus* wpisana jest nieprzewidywalność, rozumiana na gruncie art. 357¹ KC jako nieprzewidywalność wpływu zmiany stosunków na zobowiązanie umowne. Przesłanka nieprzewidywalności wyjaśniona jest w wielu orzeczeniach, z czego w charakterze przykładów wskazać należy:

- wyrok Sądu Najwyższego z 9.12.2005 r.²⁵:
„Trudności lub groźba rażącej straty związane ze spełnieniem świadczenia muszą być tego rodzaju, iż strony, przy zachowaniu należytej staranności, nie mogły ich przewidzieć przy zawieraniu umowy. Zastosowanie art. 357¹ KC nie jest wyłączone w odniesieniu do zdarzeń dających się przewidzieć, jeżeli nie można było przewidzieć ich wpływu na zobowiązanie”;
- wyrok Sądu Najwyższego z 18.5.2006 r.²⁶:
„Stwierdzenie nadzwyczajnej zmiany okoliczności wymaga porównania warunków, w jakich zawierano umowę, z warunkami, w jakich przyszło ją wykonywać. Jeżeli strony zawierały umowę w anormalnych warunkach, licząc na ustabilizowanie stosunków w czasie wykonywania umowy, a do oczekiwanego ustabilizowania stosunków nie doszło, nie można się powołać na art. 357¹ § 1 KC”.

Dotychczasowe doświadczenia orzecznictwa w zakresie przesłanki nieprzewidywalności wykorzystać można w zakresie skutków działań wojennych w Ukrainie. Przede wszystkim podkreślić trzeba, że przesłanka nieprzewidywalności nie dotyczy samego tylko zdarzenia o nadzwyczajnym charakterze, ale wpływu tego zdarzenia na konkretne zobowiązanie umowne. W tym kontekście nie można powiedzieć, że skoro wybuchła wojna, to stwierdzenie tego faktu wyznacza czasową cezurę możliwości zastosowania klauzuli *rebus sic stantibus*, gdyż wybuch wojny był zjawiskiem nieprzewidywanym, co w konsekwencji ograniczałoby możliwość modyfikacji zobowiązania tylko do umów zawartych przed wybuchem wojny. Obecnie wojna trwa, jest już zjawiskiem istniejącym w naszym wyobrażeniu, a mimo to pojawić się mogą kolejne sytuacje umożliwiające zastosowanie art. 357¹ KC. Nawet bowiem działając w realiach istniejących obecnie strony mogą nie przewidzieć, że kolejne zdarzenia związane z wojną będą miały wpływ na realizację konkretnej umowy. Tu oczywiście pojawia się konieczność oceny możliwości przewidzenia rozwoju wydarzeń i ich konsekwencji, ale samej możliwości zastosowania klauzuli *rebus sic stantibus* w takich przypadkach nie można wykluczyć. Z drugiej strony, jak wynika to z przytoczonego wyżej orzeczenia Sądu Najwyższego, aktywność w sytuacjach szczególnych nakazuje szczególną ostrożność w zakresie prognozowania rozwoju wydarzeń. Jeżeli zatem strona umowy liczyła na zakończenie działań wojennych w czasie wy-

²⁵ III CK 305/05, Legalis

²⁶ IV CSK 8/05, Legalis

konywania umowy, ale do tego nie doszło i nie doszło też do oczekiwanego przez tę stronę ustabilizowania stosunków prawnych, nie będzie się ona mogła powołać na art. 357¹ KC jako podstawę swojego żądania rewizji stosunku umownego.

Zastosowanie klauzuli *rebus sic stantibus*

Konstrukcja z art. 357¹ § 1 KC jest stosowana w postaci żądania wydania konstytutywnego orzeczenia sądu (po rozważeniu interesów stron, zgodnie z zasadami współzycia społecznego). Treścią tego orzeczenia może być:

- oznaczenie (zmiana) sposobu wykonania zobowiązania,
- oznaczenie (zmiana) wysokości świadczenia,
- w ostatecznej kolejności (w ustawie użyto określenia „nawet”) rozwiązanie umowy, wraz z ewentualnymi rozliczeniami.

Podkreślić należy, że klauzulę *rebus sic stantibus* stosuje sąd, a nie strony umowy, a zatem:

- nie dotyczą jej wyżej wskazane ograniczenia modyfikacji umowy określone w ustawie – Prawo zamówień publicznych;
- jej zastosowanie (lub niezastosowanie) nie może być rozpatrywane na płaszczyźnie naruszenia dyscypliny finansów publicznych.

Zaznaczyć także należy, że modyfikować można istniejący jeszcze stosunek obligacyjny. W świetle wyroku Sądu Najwyższego z 9.4.2003 r.²⁷, jeżeli umowa została w całości wykonana, to jej rozwiązanie nie jest możliwe na podstawie art. 357¹ § 1 KC.

Klauzula *rebus sic stantibus* a umowa o dzieło lub roboty budowlane

Obok klauzuli *rebus sic stantibus* w jej ogólnej postaci w Kodeksie cywilnym odnajdujemy także konstrukcję szczególną, umożliwiającą ingerencję sądu w zakresie wynagrodzenia ryczałtowego. Zgodnie z art. 632 § 1 KC, jeżeli strony umówiły się o wynagrodzenie ryczałtowe, przyjmujący zamówienie nie może żądać podwyższenia wynagrodzenia, chociażby w czasie zawarcia umowy nie można było przewidzieć rozmiaru lub kosztów prac. Artykuł 632 § 2 KC stanowi jednak, że jeżeli wskutek zmiany stosunków, której nie można było przewidzieć, wykonanie dzieła groziłoby przyjmującemu zamówienie rażąco stratą, sąd może podwyższyć ryczałt lub rozwiązać umowę. Jak z tego wynika, także art. 632 § 2 KC może być podstawą do ingerencji w stosunek umowny (w grę wchodzi zarówno umowa o dzieło, jak i umowa o roboty budowlane) w przypadkach zmian sto-

²⁷ Wyrok SN z 9.4.2003 r., I CKN 255/01.

sunków wywołanych działaniami wojennymi i wprowadzonymi szczególnymi rozwiązaniami prawnymi w postaci sankcji gospodarczych.

Wojna a tzw. gospodarcza niemożliwość świadczenia

Ze względu na trudności, z jakimi przebijała się koncepcja klauzuli *rebus sic stantibus* do nowożytnych ustawodawstw – opartych na sztywno rozumianej zasadzie *pacta sunt servanda* – istotne znaczenie zyskała w pewnym okresie koncepcja tzw. gospodarczej niemożliwości świadczenia. Koncepcja ta zakładała zrównanie niemożliwości świadczenia z sytuacjami, w których spełnienie świadczenia było jeszcze teoretycznie możliwe, ale – ze względu na konieczność przewyciężenia szczególnych trudności – stawało się irracjonalne gospodarczo. Koncepcja ta wykształciła się przede wszystkim w prawie niemieckim jako *wirtschaftliche Unmöglichkeit*²⁸.

Przywrócenie do polskiego porządku prawnego klauzuli *rebus sic stantibus* poprzez wprowadzenie do Kodeksu cywilnego w 1990 r. art. 357¹ KC ograniczyło pole rozważań co do możliwości zastosowania koncepcji gospodarczej niemożliwości. Wysunięto nawet tezę o nieprzydatności tej koncepcji w aktualnych warunkach²⁹. Wydaje się jednak, że w obliczu tak poważnego zjawiska, jakim jest wojna w Ukrainie, koncepcja gospodarczej niemożliwości powinna być co najmniej na nowo rozważona. Oczywiście klauzula *rebus sic stantibus* może rozwiązać prawdopodobnie większość problemów związanych z modyfikacją zobowiązania w realiach wojennych, jednak w skrajnych przypadkach powinno się pozostawić pole do uznania świadczenia za niemożliwe do spełnienia, co w ujęciu polskiego Kodeksu cywilnego oznaczałoby wygaśnięcie zobowiązania ze względu na następczą niemożliwość świadczenia na podstawie art. 475 § 1 KC³⁰. W razie ewentualnego sporu między stronami orzeczenie sądu w tym zakresie miałyby charakter deklaratoryjny. Pogląd, że koncepcja gospodarczej niemożliwości świadczenia nawet po wprowadzeniu art. 357¹ KC może mieć pewien zakres zastosowania, był już zresztą wcześniej prezentowany w literaturze³¹. Sądzić należy, że ostatnie wydarzenia pogląd ten mogą jeszcze wzmocnić. Dotyczyć to może zwłaszcza tych świadczeń umownych, których spełnienie staje się wątpliwe w obliczu sankcji nałożonych na Rosję przez Unię Europejską. Zagadnienie gospodarczej niemożliwości świadczenia wymagałoby zatem w nowym świetle szerszego opracowania.

²⁸ Bliżej na temat koncepcji gospodarczej niemożliwości świadczenia i prób jej przeniesienia na grunt prawa polskiego zob. B. Lewaszkiewicz-Petrykowska, Niemożliwość świadczenia następcza, *Studia Prawno-Ekonomiczne* 1970, t. IV; W. Robaczyński, Z problematyki gospodarczej niemożliwości świadczenia, *Kwartalnik Prawa Prywatnego* 1993, nr 2; Z. Gawlik, Gospodarcza niemożliwość świadczenia, *Rzeszowskie Zeszyty Naukowe. Prawo – Ekonomia*, 1996, t. XIX.

²⁹ Z. Gawlik, *Gospodarcza niemożliwość...*, s. 14.

³⁰ Art. 475 § 1 KC stanowi, że jeżeli świadczenie stało się niemożliwe skutkiem okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi, zobowiązanie wygasa.

³¹ W. Robaczyński, *Sądowa zmiana umowy*, Warszawa 1998, s. 129-130.

Odstąpienie od umowy w sprawie zamówienia publicznego wskutek zmiany okoliczności

Zmiana okoliczności skutkować może także odstąpieniem przez zamawiającego od umowy. Zgodnie z art. 456 ust. 1 pkt 1 PrZamPublU zamawiający może odstąpić od umowy w terminie 30 dni od dnia powzięcia wiadomości o zaistnieniu istotnej zmiany okoliczności powodującej, że wykonanie umowy nie leży w interesie publicznym, czego nie można było przewidzieć w chwili zawarcia umowy, lub dalsze wykonywanie umowy może zagrozić podstawowemu interesowi bezpieczeństwa państwa lub bezpieczeństwu publicznemu. Treść powołanego przepisu wskazuje, że warunki wojenne mogą mieć wpływ na odstąpienie od umowy. Wskazuje na to w szczególności wprowadzenie w nowej ustawie wcześniej niewystępującej przesłanki odstąpienia od umowy, jaką jest zagrożenie dla bezpieczeństwa państwa lub bezpieczeństwa publicznego. Przesłanka ta ma w istocie nadzwyczajny charakter, w odróżnieniu od „zwykłej” podstawy odstąpienia od umowy, jaką jest nieprzewidziana wcześniej przez strony sprzeczność wykonania umowy w sprawie zamówienia publicznego z interesem publicznym. Należy przy tym zauważyć, że zastosowanie opisanego mechanizmu odstąpienia od umowy musi nastąpić w bardzo krótkim czasie 30 dni od powzięcia przez zamawiającego wiadomości o zaistnieniu podstaw do odstąpienia od umowy. Po upływie tego terminu pozostaje już tylko zwrócenie się do sądu o rozwiązanie umowy na podstawie art. 357¹ KC, o ile oczywiście zostaną spełnione przesłanki jego zastosowania.

Zauważyć także trzeba, że wprawdzie art. 456 PrZamPublU stosuje zamawiający, ale nieprawidłowe zastosowanie tego przepisu nie jest ujęte w katalogu naruszeń dyscypliny finansów publicznych związanych z zamówieniami publicznymi, określonym w art. 17 DyscypFinPubU.

Na marginesie należy zaznaczyć, że odstąpienie od umowy w sprawie zamówienia publicznego może nastąpić także na podstawie przepisów Kodeksu cywilnego. Dopuszczalność takiego odstąpienia nie jest w orzecznictwie kwestionowana, o czym świadczy m.in. wyrok Sądu Okręgowego w Suwałkach z 7.12.2011 r.³². W wyroku tym, odnosząc się do ograniczeń modyfikacji umowy w sprawie zamówienia publicznego wynikającego z ustawy – Prawo zamówień publicznych, sąd stwierdził:

„Ograniczenie odnoszące się do zakazu zmiany treści postanowień zawartej umowy w sprawie zamówienia publicznego nie może dotyczyć wynikających z przepisów KC uprawnień stron do odstąpienia od umowy. Skuteczności dokonanego na podstawie przepisów KC odstąpienia od umowy o roboty budowlane, zawartej w trybie zamówienia publicznego, nie można oceniać przez pryzmat unormowania przyjętego w ustawie – PrZamPublU. Odstąpienie od umowy należy badać w płaszczyźnie przesłanek wskazanych w przepisach KC”.

³² I Ca 302/11.

Wskazując na możliwość odstąpienia od umowy na podstawie przepisów Kodeksu cywilnego, trzeba jednak zaznaczyć, że konstrukcja odstąpienia występująca w Kodeksie cywilnym związana jest przede wszystkim z leżącymi po drugiej stronie stosunku umownego okolicznościami wskazującymi na niewykonanie lub nienależyte wykonanie przez tę stronę ciężącego na niej zobowiązania. Jest to zatem swoista sankcja, która może być użyta wobec niesolidnego lub niełojalnego dłużnika, np. niewykonującego należycie zobowiązania wzajemnego (art. 491–493 KC). Z tego względu zastosowanie kodeksowej konstrukcji odstąpienia wymyka się spod katalogu środków możliwych do zastosowania w przypadku zaistnienia obiektywnych okoliczności kryzysowych.

Podsumowanie

Powyższy krótki przegląd mechanizmów reakcji prawa umów na skutki działań wojennych rozgrywających się w bliskim sąsiedztwie Polski wskazuje, że mimo braku w tym zakresie szczególnych rozwiązań prawnych (odmiennie niż w warunkach epidemii COVID-19) obowiązujący porządek prawny dostarcza środków pozwalających na stosowną modyfikację stosunku prawnego wynikającego z umowy. Dotyczy to także umów w sprawach zamówień publicznych. Podkreślić trzeba, że część z przewidzianych przez prawo rozwiązań zawiera w sobie ładunek „nadzwyczajności”, konsumujący niejako nadzwyczajny charakter zdarzeń rozgrywających się w naszym sąsiedztwie, ale mających bezpośredni wpływ na nasze życie społeczne i gospodarcze. Dotychczasowe doświadczenia nie wskazują na konieczność wprowadzania dalej idących rozwiązań, choć przyszłość jest w tym zakresie oczywiście nieprzewidywalna. Być może kiedyś ustawodawca zdecyduje o wprowadzeniu np. rozwiązań analogicznych do zawartych w powołanym wyżej art. 15r ustawy „covidowej”. Dziś nie wydaje się to konieczne.

Summary

The impact of the war in Ukraine on public procurement contracts

In February 2022, new threats to the performance of contracts emerged, due to Russia's attack on Ukraine and the resulting war, with its significant repercussions on the European and global economies. This has made it necessary to find solutions to intervene as regards contract performance. However, the Polish legislator decided not to create special rules for modifying contractual relations dealing with the consequences of the war. Therefore, the existing mechanisms in the legal system must be used when attempting to amend the con-

tent of a contract. At the same time, the basis for modifying a contractual relationship can be the provisions of the law, the will of the parties, as well as a court decision.

Amending the contract by the parties themselves is limited by the provisions of the Public Procurement Law (Articles 454 and 455 of the PPL), since the general rule is that a material change to a concluded contract requires a new procurement procedure. Still, the law does permit the modification of contracts in certain specific cases.

It is also possible to use the valorisation of monetary benefits – contractual and judicial – although a business entity cannot request judicial valorisation.

The classic instrument for modifying a contractual obligation in the face of an extraordinary change in circumstances is the *rebus sic stantibus* clause, which stipulates that it is possible to apply for a court judgement that takes into account an extraordinary change in relations. The prerequisites set forth in Article 357¹ of the Civil Code must then be met, namely the civil law nature of the obligation, the contractual source of the obligation, the extraordinary change in relations, the breach of contractual balance (an unanticipated difficulty in fulfilling the obligation or the threat of gross loss) and the unpredictability of the impact of the change in relations on the obligation. In jurisprudence, the generally accepted position is that changes in the legal status can be considered as an extraordinary change in relations. This would obviously include also changes in the legal status introduced due to a war situation, in particular in relation to any introduced sanctions and their effects, which would be considered an extraordinary change in relations within the meaning of Article 357¹ of the Civil Code.

In view of the war in Ukraine, one can also consider a return to the concept of the ‘economic impossibility of performance’, whereby situations in which the performance of the contract is impossible is treated in the same way as situations in which performance is still theoretically possible, but – due to the need to overcome special difficulties – has become economically irrational and unviable.

Wartime conditions may also affect a unilateral withdrawal from the contract by the ordering party in the event of a material change of circumstances due to which the performance of the contract is no longer in the public interest, where this could not have been foreseen at the time the contract was concluded, or when the further performance of the contract may jeopardise the essential interest of state security or public safety (Article 456 paragraph 1 item 1 of the PPL).

Summing up: the current legal order provides for means to appropriately modify a legal relationship arising from contracts in public procurement matters, and past experience does not indicate the need for more far-reaching solutions, although the future is unpredictable in this regard.

Keywords: impact of war on a contract, modification of a public procurement contract, valorisation of monetary benefits, *rebus sic stantibus* clause, economic impossibility of performance.

Podstawy odrzucenia oferty przetargowej na tle zmienionej regulacji prawnej

Wprowadzenie

I. Od 1.01.2021 r. Krajowa Izba Odwoławcza² rozstrzyga odwołania od czynności i zaniechań zamawiających w toku procedury udzielania zamówień publicznych w oparciu o procedurę odwoławczą wynikającą z przepisów nowej ustawy z 11.09.2019 r. Prawo zamówień publicznych. Do postępowań o udzielenie zamówienia publicznego wszczętych od 1.01.2021 r. zamawiający są zobowiązani stosować przepisy nowej ustawy. Oznacza to, że w przypadku odrzucenia oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wszczętym od dnia 1.01.2021 r. odrzucenie to następuje na podstawie nowych przepisów. Okres ponad roku funkcjonowania nowej ustawy skłania do podjęcia badań nad zmienionymi podstawami odrzucenia oferty przetargowej i przeprowadzenia pogłębianej analizy. Celem analizy jest ustalenie, czy podstawy odrzucenia oferty są odmienne od funkcjonujących na gruncie ustawy z 29.01.2004 r. Prawo zamówień publicznych³ i w jakim zakresie, czy orzecznictwo wypracowane na gruncie starej ustawy zachowuje ważność w aktualnym stanie prawnym, co legło u podstaw rozszerzenia przesłanek odrzucenia oferty z dotychczasowych 11 do obecnych 20 i czy obecny kształt podstaw odrzucenia może przyczynić się do wyeliminowania trudności w ich stosowaniu wśród zamawiających i wykonawców.

¹ Nr ORCID: 0000-0002-3771-9559.

² Krajowa Izba Odwoławcza – zgodnie z art. 473 ustawy z 11.09.2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2021 r. poz. 1159 ze zm.; dalej: PrZamPubl) organ właściwy do rozpoznawania odwołań, wniosków o uchylenie zakazu zawarcia umowy i podejmowania uchwał zawierających opinię do zastrzeżeń zamawiającego do wyniku kontroli uprzedniej oraz doraźnej prowadzonej przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych (dalej: Izba).

³ Tj. Dz.U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.; dalej ZamPublU.

Badania przeprowadzono w oparciu o orzecznictwo Izby wypracowane w okresie od 1.01.2021 r. do 31.01.2022 r. Materiały badawcze zostały pozyskane z zasobów własnych Izby, której autorka jest członkiem. Opracowanie oparte jest na analizie stanów faktycznych i zapadłych rozstrzygnięć dotyczących zachowania zamawiającego na etapie badania ofert. Badania podjęte są w celu ustalenia, czy dane orzeczenie jest kontynuacją linii orzeczniczej wypracowanej na gruncie starej ustawy, czy też rozstrzygnięcie dotyczy materii nieuregulowanej poprzednio obowiązującą ustawą lub uregulowanej w sposób odmienny od dotychczasowego stanu prawnego. Artykuł skupia się przede wszystkim na odnalezieniu i zaprezentowaniu tych orzeczeń, które dotyczą najczęściej pojawiających się sporów rozstrzyganych przez Izbę, wynikających na tle takich zagadnień, jak: informacje wprowadzające zamawiającego w błąd, zmowy przetargowe, oferty składane w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji czy rażąco niska cena, a także rozstrzygnięć wskazujących na utrzymanie dotychczasowej linii orzeczniczej, wreszcie na zaprezentowaniu rozstrzygnięć zapadłych w oparciu o nowy stan prawny. Jest on próbą odpowiedzi na pytanie, czy rozbudowanie podstaw odrzucenia ofert w ustawie przyczyni się do poprawy jakości stosowania ustawy w praktyce, czy przeciwnie – nazbyt kazuistyczne ujęcie podstaw odrzucenia utrudnia prawidłową kwalifikację stanu faktycznego pod daną normę prawną.

Podstawą wstępnego doboru orzecznictwa był etap postępowania, na którym wnoszone było odwołanie – najczęściej po wyborze oferty najkorzystniejszej, ale także po ocenie prac konkursowych – oraz kształt zarzutów odwołania wskazujący na to, że zamawiający miał dopuścić się, w ocenie odwołującego, naruszenia przepisu art. 226 PrZam-Publ. W dalszej kolejności należało dokonać weryfikacji stanu faktycznego i zapadłego rozstrzygnięcia w celu ustalenia:

- do której z podstaw odrzucenia należy je przypisać,
- czy są podstawy odrzucenia, do których nie zapadły orzeczenia lub takich orzeczeń nie udało się odnaleźć,
- czy orzeczenie jest reprezentatywne dla danej przesłanki odrzucenia,
- czy orzeczenie dotyczy zagadnienia prawnego pojawiającego się w znacznej liczbie sporów zawisłych przed Izbą, jeśli tak, to które z odnalezionych orzeczeń dotyczy danego zagadnienia w sposób możliwie najpełniejszy,
- czy orzeczenie dotyczy zagadnienia wynikającego ze zmienionego stanu prawnego, jeśli tak, to jaki jest zakres tej zmiany.

Po dokonaniu wyboru orzeczeń i ich zakwalifikowaniu do poszczególnych podstaw ustalono zakres zmian pomiędzy starą a aktualną ustawą i przyczyny wprowadzenia tych zmian, a wyniki przeprowadzonej analizy zostały ujęte w dalszej części opracowania. W celu uporządkowania opracowania przyjęto metodę przytoczenia aktualnej podstawy odrzucenia i porównania jej (o ile to możliwe) z przesłanką starej ustawy. Wskazano różnice i przywołano orzecznictwo.

Odrzucenie oferty złożonej po terminie

Pierwsza z podstaw odrzucenia uregulowana jest w art. 226 ust. 1 pkt 1 PrZamPubl i wskazuje, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona po terminie składania ofert. Przepis ten nie miał odpowiednika na gruncie starej ustawy. Zgodnie z art. 84 ust. 2 ZamPublU poprzedniej ustawy zamawiający ofertę wniesioną po terminie składania ofert zwracał wykonawcy (niezwłocznie w postępowaniach krajowych i po upływie terminu do wniesienia odwołania w postępowaniach powyżej progów unijnych). Ustawodawca nie przesądzał jednak o tym, czy oferta nadal wiąże wykonawcę, czy jest ważna, czy podlega odrzuceniu, czy też wygasa. Kwestia ta budziła wątpliwości orzecznicze i doktrynalne. W przypadku odwołań poniżej progów unijnych rozstrzygnięcie o charakterze prawnym oferty złożonej po terminie mogło mieć wpływ na skorzystanie ze środków ochrony prawnej, gdyż gdyby zakwalifikować to zdarzenie jako jedną z podstaw odrzucenia z art. 89 ZamPublU, np. jako ofertę niezgodną z ustawą na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 ZamPublU, to wykonawcy służyłyby środki ochrony prawnej, a jeśli kwalifikacja wskazywałaby na wygaśnięcie oferty, wówczas te środki by nie przysługiwały. Tym samym zagadnienie to budziło wątpliwości w doktrynie i orzecznictwie. Na gruncie nowej ustawy wątpliwości te zostały usunięte i ustawodawca przesądził, że oferta podlega odrzuceniu. W oparciu o aktualną podstawę prawną orzecznictwo jeszcze się nie wykształciło.

Oferta wykonawcy wykluczonego

Kolejna podstawa odrzucenia skupia się wokół brzmienia art. 24 ust. 4 i uznania przez ustawodawcę, że oferta wykonawcy wykluczonego podlega odrzuceniu, ale nie do końca. W aktualnym stanie prawnym ustawodawca przewidział trzy przesłanki odrzucenia ujęte w art. 226 ust. 1 pkt 2 PrZamPubl:

- pierwsza dotyczy sytuacji, w której wykonawca podlega wykluczeniu na podstawie art. 108 PrZamPubl (wykluczenie obligatoryjne) lub art. 109 ustawy (wykluczenie fakultatywne),
- druga: wykonawcy niespełniającego warunków udziału w postępowaniu,
- trzecia: wykonawcy, który nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 PrZamPubl, lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, przedmiotowego środka dowodowego lub innych dokumentów lub oświadczeń.

Ustawodawca rozróżnił zatem dwa stany faktyczne: obiektywne niespełnienie wymagań zamawiającego zarówno w zakresie braku podstaw wykluczenia, jak i spełniania warunków udziału w postępowaniu (art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a i b) PrZamPubl, a także formalne – nieudowodnienie odpowiednio nieistnienia podstaw wykluczenia lub nieudowodnienie spełniania warunków udziału w postępowaniu (art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c PrZamPubl).

Przepis art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. C PrZamPubl obejmuje jednak szerszy zakres niż tylko nieudowodnienie braku podstaw wykluczenia i spełniania warunków, dotyczy on bowiem także niezłożenia innych dokumentów lub oświadczeń, a także przedmiotowych środków dowodowych.

Takie ujęcie podstaw wykluczenia dotychczas nie występowało w ramach przesłanek odrzucenia z art. 24 ust. 4, gdyż zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy za wykluczonego uznawało się wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu lub braku podstaw wykluczenia. Oznacza to, że ZamPublU zrównywała w podstawie wykluczenia, a w konsekwencji także odrzucała (art. 24 ust. 4 ZamPublU) stan, w którym wykonawca rzeczywiście nie spełniał warunków (zachodziły podstawy wykluczenia) z formalnym nieudowodnieniem spełniania warunków (braku podstaw wykluczenia).

Tym samym analiza orzecznictwa zapadłego na gruncie dotychczasowej ustawy na potrzeby ustalenia jego adekwatności w bieżącym stanie prawnym wymaga ostrożności przy kwalifikowaniu danego orzeczenia do przesłanki z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a, b czy c PrZamPubl. Dostrzec także należy, że przepis art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. C PrZamPubl obejmuje niezłożenie również innych oświadczeń, dokumentów czy przedmiotowych środków dowodowych, lecz jego stosowanie jest inne niż na gruncie uprzedniej ustawy, gdyż może się przenikać z przesłanką z art. 226 ust. 1 pkt 5 PrZamPubl, a więc nakazującą odrzucić ofertę niezgodną z warunkami zamówienia⁴. Skutek wprowadzie za każdym razem sprowadza się do wyeliminowania oferty z postępowania, jednak prawidłowe oznaczenie podstawy prawnej wykluczenia może mieć istotne znaczenie dla oceny, czy zamawiający prawidłowo uzasadnił czynność odrzucenia oferty, czy też da się stwierdzić nieprawidłowości skutkujące faktycznym pozbawieniem wykonawcy możliwości obrony swojej oferty z uwagi na nieprecyzyjne uzasadnienie czynności zamawiającego.

W oparciu o przesłankę z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c PrZamPubl zapadło orzeczenie sygn. akt KIO 55/22 z 26.01.2022 r. dotyczące niezłożenia właściwego dokumentu. Istotą problemu był fakt, że w aktualnym rozporządzeniu⁵ w sprawie podmiotowych środków dowodowych brak jest odpowiednika dawnego § 8, dlatego informację z KRRK dla osoby zarządzającej wykonawcą należy składać według miejsca siedziby wykonawcy. Znaczna część orzeczeń koncentruje się wokół fakultatywnych przesłanek wykluczenia czy to z art. 109 ust. 1 pkt 7 PrZamPubl (niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązań), czy art. 109 ust. 1 pkt 8 lub 10 PrZamPubl (informacje wprowadzające w błąd) oraz powiązanego z nimi zakazu ubiegania się o zamówienie z art. 111 PrZamPubl⁶.

⁴ Art. 7 pkt 29 PrZamPublU – warunki zamówienia – należy przez to rozumieć warunki, które dotyczą zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikające w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego.

⁵ Rozporządzenie Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z 23.12.2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz.U. z 2020 r. poz. 2415).

⁶ Przykładowo: sygn. akt KIO 1482/21 z 23.07.2021 r. dotyczący prawidłowego sporządzenia uzasadnienia odrzucenia oferty wykonawcy wykluczonego na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 PrZamPubl – Izba uznała, że konieczne jest wy-

W ramach analizy orzeczeń opartych na nowym stanie prawnym ciekawym zagadnieniem zajmowała się Izba w orzeczeniu z 29.11.2021 r., KIO 3315/21. Dotyczyło ono możliwości wykluczenia wykonawcy i odrzucenia jego oferty z powodu zakazu ubiegania się o zamówienia z art. 111 PrZamPubl, w sytuacji gdy zdarzenie będące podstawą wykluczenia nastąpiło pod rządami starej ustawy, nieustanawiającej takiego zakazu dla informacji wprowadzających w błąd. W orzeczeniu tym Izba stwierdziła, że w dacie zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia nie obowiązywała norma nakazująca wykluczanie wykonawcy z przyszłych postępowań przez określony czas. Oczywiście jest, że obecnie obowiązująca ustawa weszła w życie 1.01.2021 r. i dopiero od tej daty zaistnienie zdarzenia stanowiącego podstawę wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 8 PrZamPubl w postępowaniu prowadzonym na podstawie ZamPublU z 2004 r. mogłoby odnieść swój skutek również na przyszłość w myśl art. 111 pkt 5 PrZamPubl, czyli na okres 2 lat⁷.

Podobnie Izba orzekła w wyroku z 19.11.2021 r. w sprawach połączonych: KIO 3055/21, KIO 3061/21, KIO 3199/21, KIO 3203/21, KIO 3226/21, i wyroku KIO 1248/21 z 1.06.2021 r. Często podstawą zarzutów odwołania jest zarzut zaniechania wykluczenia wykonawcy (odrzucenia jego oferty), mimo że zawarł porozumienie zakłócające konkurencję, choć nieczęsto zaistnienie takiego porozumienia jest stwierdzane. Najczęstsze

kazanie niewykonania lub nienależytego wykonania (przy czym ten element musi dotyczyć istotnej części umowy) i odpowiedzialności wykonawcy. Samo odstąpienie jest oświadczeniem, które może być wadliwe lub bezskuteczne.

Sygn. akt KIO 2916/21 z 22.10.2021 r. – dotyczy tego, czy wykonawca może wprowadzić w błąd zamawiającego, dla którego realizowane było wykazywane doświadczenie – uczestnictwo w postępowaniu prowadzonym przez tego samego zamawiającego nie zwalnia wykonawcy z obowiązku podawania informacji prawdziwych. Izba w tym orzeczeniu uznała także, że możliwe jest samooczyszczenie z nieprawdziwej informacji w sytuacji, gdy wykonawca z własnej inicjatywy przyznał się do wprowadzenia w błąd i wyjaśnił okoliczności zdarzenia.

Sygn. akt KIO 1935/21 z 8.9.2021 r. – dotyczy sposobu dokonania samooczyszczenia – w oświadczeniu o self-cleaning wykonawca nie może porzekać na własnym oświadczeniu, po stronie wykonawcy ciąży obowiązek udowodnienia samooczyszczenia. Zamawiający ma ocenić adekwatność środków naprawczych do wagi i okoliczności czynu, a nie bezrefleksyjnie przyjmować oświadczenia wykonawcy.

Sygn. akt KIO 2964/21 z 2.11.2021 r. – do kiedy można złożyć samooczyszczenie i jakie są obowiązki zamawiającego związane z samooczyszczeniem. Izba odwołała się do wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (zwanego dalej: Trybunałem) z 14.1.2021 r. w sprawie C-387/19 RTS Infra BVBA i wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z 18.1.2019 r. XXIII Ga 1811/18, a także do wyroku z 27.8.2019 r., sygn. akt KIO 1576/19, lub z 26.8.2021 r., sygn. akt KIO 2348/21, uznając, że dopóki zamawiający nie podejmie decyzji co do oceny wykonawcy lub jego oferty, dopóty samooczyszczenie jest możliwe. Zamawiający ma ocenić wskazane przez wykonawcę środki naprawcze i wskazać, czy podjęte przez wykonawcę czynności są wystarczające do wykazania jego rzetelności, uwzględniając wagę i szczególne okoliczności czynu wykonawcy.

⁷ W tej samej sprawie, sygn. akt KIO 3315/21, Izba odpowiedziała na pytanie, czy dla rozpoczęcia biegu terminu z art. 111 pkt 6 wystarczające jest wykazanie, że w innym postępowaniu wykonawca złożył nieprawdziwą informację – Izba uznała, że samo złożenie nieprawdziwej informacji, które nie skutkowało wykluczeniem wykonawcy, nie może rozpocząć biegu terminu z art. 111 ust. 6.

Inne orzeczenia dotyczące zakazu ubiegania się o zamówienia:

sygn. akt KIO 3066/21 z 9.11.2021 r. – jak liczyć termin z art. 111 pkt 6 PrZamPubl w sytuacji, gdy w jednym postępowaniu kilkakrotnie wykonawca wprowadził zamawiającego w błąd – jeśli błędne informacje pojawiły się u tego samego wykonawcy w tym samym postępowaniu dwa razy, w dwóch różnych okolicznościach, to zasadne jest uznanie, że bieg terminu z art. 111 ust. 6 PrZamPubl rozpoczyna zdarzenie późniejsze. Wykonawca może powielać informacje (podtrzymywać nieprawdę), przedstawiać nowe nieprawdziwe informacje, prostować, wyjaśniać, wprowadzając w błąd.

przykłady stwierdzonych zmów przetargowych dotyczą klasycznej sytuacji uchylania się od zawarcia umowy przez wykonawcę tańszego na rzecz wykonawcy droższego, z którym zawarto porozumienie⁸.

Izba odnosiła się także do warunków udziału w postępowaniu, rozważając zarzuty na kanwie bieżących przepisów. W orzeczeniu KIO z 2.06.2021 r., 1245/21, dotyczącym zamówień zastrzeżonych dla podmiotów realizujących cel integracyjny, wykonawca twierdził, że może się ubiegać o zamówienie, bo na dzień przed złożeniem oferty zatrudnił pięć osób bezrobotnych. Izba zwróciła uwagę, że aktualna ustawa wymaga, by społeczna i zawodowa integracja osób społecznie marginalizowanych była głównym celem działalności wykonawcy. Poprzednia ustawa w art. 22 ust. 2 ZamPublU stawiała jedynie wymóg realizowania takiej integracji, bez wskazania na jej znaczenie w działalności wykonawcy.

W nowym stanie prawnym zapadł również wyrok KIO z 13.12.2021 r., 3499/21, oparty na treści art. 117 ust. 2 PrZamPubl, w którym Izba stwierdziła, że całość przedmiotu zamówienia miała być realizowana przez członka konsorcjum, z kolei udział lidera konsorcjum będzie miał charakter „rezerwowy”, ograniczony do wykonania zamówienia w przypadku awarii sprzętu, dużej absencji załogi partnera i innych przypadków losowych. Tylko lider konsorcjum posiadał wpis do rejestru w zakresie wszystkich rodzajów odpadów wskazanych w SWZ. Izba uznała, że skoro członek konsorcjum ma realizować przedmiot zamówienia w całym zakresie przedmiotowym, to powinien spełniać ww. warunek udziału w postępowaniu w odniesieniu do wszystkich rodzajów odpadów wymaganych przez zamawiającego.

Jeśli chodzi o zachowanie dotychczasowej linii orzeczniczej wypracowanej w oparciu o przepisy starej ustawy, to Izba podtrzymała swoje stanowisko, że wskazane przez zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia wymagania, które nie zostały wskazane w warunku udziału w postępowaniu ani do których warunek nie odsyłał, nie mogą być uznane za element tego warunku⁹. Izba podtrzymała również zasadę jednokrotności wezwania do złożenia uzupełnienia dokumentów¹⁰.

Izba badała także dopuszczalność zaniechania wezwania do złożenia podmiotowego środka dowodowego, który zamawiający pozyskał w innym postępowaniu¹¹.

⁸ Wyrok KIO z 1.10.2021 r., KIO 2378/21 – dowóz dzieci – przykład porozumienia zakłócającego konkurencję. Klasyczny przykład zmowy wykonawców spowinowaconych, mających blisko siedziby, składających w tych samych postępowaniach oferty, w których zawsze wygrywała droższa, bo oferent tańszy nie wykazywał warunku, nie składał wyjaśnień ceny rażąco niskiej. Wyrok KIO z 6.9.2021 r., KIO 2254/21 – Izba wskazała na zespół okoliczności, które oceniane łącznie potwierdzały, że pomiędzy wykonawcami doszło do zawarcia zmowy, w tym: powiązania rodzinne, podobieństwo cenowe pierwotnych ofert, korzystanie z tych samych, wzajemnych zasobów, nieuzasadnione zaniechanie złożenia przez jednego z wykonawców wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, powielanie się podobnych zachowań tych wykonawców w toku innych postępowań prowadzonych przez zamawiającego.

⁹ Wyrok KIO z 21.1.2022 r., KIO 28/22.

¹⁰ Wyrok KIO z 29.11.2021 r., 3353/21.

¹¹ Wyrok KIO z 27.10.2021 r., 3007/21 – art. 127 ust. 2 PrZamPubl. Wykonawca nie złożył zezwolenia (decyzji) na odbieranie odpadów, a zamawiający go nie wezwał, gdyż we wcześniejszym postępowaniu wykonawca złożył zezwolenie (decyzję) z 2014 r., ważną do 2024 r. Izba uznała, że zamawiający nie miał podstaw do zaniechania

Nietypowe orzeczenie Izby dotyczyło niespełnienia warunków udziału w postępowaniu wykazywanego zasobem podmiotu, który zmarł przed upływem terminu składania ofert, a dla którego nie ustanowiono jeszcze zarządu sukcesyjnego¹².

Niezgodność z przepisami ustawy

Następną podstawą odrzucenia ofert jest niezgodność z przepisami ustawy – art. 226 ust. 1 pkt 3 PrZamPubl. Przepis ten jest tożsamy z art. 89 ust. 1 pkt 1 ZamPublU, zatem orzecznictwo wypracowane na jego gruncie zachowuje pełną aktualność. Choćby w wyroku KIO z 31.08.2021 r., KIO 2299/21, Izba podtrzymała stanowisko o informacyjnym charakterze informacji o stawce podatku VAT w sytuacji, gdy obowiązek zapłaty podatku obciążał zamawiającego, oferta w tym przypadku nie podlega odrzuceniu jako niezgodna z ustawą. Izba zaznaczyła, że zmiana art. 91 ust. 3a ZamPublU z 2004 r. w stosunku do art. 225 ust. 1 PrZamPubl sprowadza się wyłącznie do dodatkowego obowiązku podania przez wykonawcę stawki podatku VAT zgodnie ze swoją wiedzą. Wskazanie przez wykonawcę stawki podatku VAT zgodnie z art. 225 ust. 1 PrZamPubl nie wiąże zamawiającego. Okoliczność ta w ocenie Izby przesądza o wyłącznie informacyjnym charakterze obowiązku z art. 225 ust. 1 PrZamPubl.

Aktualność orzecznicza zachowana jest także w przypadku podstawy z art. 226 ust. 1 pkt 4 PrZamPubl, zgodnie z którą zamawiający odrzuca ofertę, która jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów. W tym przypadku również zachodzi tożsamość treści z art. 89 ust. 1 pkt 8 ZamPublU. W oparciu o tę podstawę Izba rozstrzygała, czy rok obrotowy może wynosić więcej niż 12 miesięcy¹³, o dopuszczalności podpisania oferty przez

wzewzania. O ile zamawiający mógł ustalić, że posiada decyzję, o tyle bez oświadczenia wykonawcy w trybie art. 127 ust. 2 PrZamPubl nie mógł ustalić, czy jest ona prawidłowa i aktualna.

¹² Wyrok KIO z 24.08.2021 r., KIO 2022/21.

¹³ Wyrok z 27.09.2021 r., KIO 2474/21 – czy zawsze sprawozdania finansowe muszą obejmować 12-miesięczny rok obrotowy i czy możliwe jest porównanie ofert w oparciu o sprawozdania finansowe obejmujące różne okresy. Spółka komandytowa złożyła w postępowaniu ofertę, w której przedstawiła dane finansowe za okres 16 miesięcy: od 1.1.2020 r. do 30.4.2021 r. Odwołujący zarzucał, że oferta jest niezgodna z ustawą o rachunkowości, co oznaczać by miało jej nieważność na podstawie art. 58 § 1 KC, i powinna być odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 4 PrZamPubl. Izba uznała, że spółka skorzystała z przepisów art. 12 ust. 3 i 4 zmieniających ustawę o podatku dochodowym od osób prawnych. W przypadku spółki komandytowej rok obrotowy zakończył się z dniem 30.04.2021 r. i wyjątkowo w latach 2020–2021 obejmował 16 miesięcy. Za taki okres podmiot zobowiązany był sporządzić sprawozdanie finansowe. Oznacza to w ocenie Izby, że taki podmiot uprawniony był przedstawić zamawiającemu dokumenty obejmujące rok obrotowy, który obejmował czas dłuższy niż 12 miesięcy. W ocenie Izby różnicowanie spółek komandytowych wobec podmiotów działających w innej formie nie mogło polegać na nałożeniu na takie spółki obowiązku przedstawienia sprawozdania finansowego sporządzonego na dzień 31.12.2020 r. w sytuacji, gdy dany podmiot nie był do takiej czynności zobowiązany. Pogląd ten został podzielony w orzeczeniu Izby z 15.11.2021 r., KIO 2822/21 i 2823/21, gdzie Izba zwróciła uwagę na brzmienie art. 3 ust. 1 pkt 9 ustawy z 29.09.1994 r. o rachunkowości, zgodnie z którym dla każdej spółki w przypadku zmiany roku obrotowego pierwszy po zmianie rok obrotowy powinien być dłuższy niż 12 kolejnych miesięcy. Izba podzieliła pogląd zamawiającego, że choć przepisy dyrektywy klasycznej posługują się terminem „minimalnego rocznego obrotu”, a art. 115 ust. 1 pkt 1 ustawy – „minimalnego rocznego przychodu”, wspólną ich cechą jest to, że nie określają w sposób szczegółowy, w jaki sposób

jednego z członków zarządu w sytuacji nieujawnienia w KRS uchwały wspólników podjętej w systemie S24¹⁴ czy dopuszczalności ubiegania się przez spółkę komunalną o zamówienia publiczne poza obszarem działalności jednostki macierzystej¹⁵.

Niezgodność oferty z warunkami zamówienia

Doniosłą podstawą odrzucenia jest niezgodność oferty z warunkami zamówienia zdefiniowanymi w art. 7 pkt 29 PrZamPubl. Mimo wprowadzenia tej definicji orzecznictwo wypracowane dotychczas na gruncie art. 89 ust. 1 pkt 2 ZamPublU pozostaje aktualne, bowiem definicja warunków zamówienia jest spójna z wykładnią orzeczniczą pojęcia specyfikacji istotnych warunków zamówienia, którą Izba wykladała szeroko, uznając, że na treść SIWZ (obecnie SWZ) składają się także opis przedmiotu zamówienia, projektowane postanowienie umowne, ale także procedura postępowania wprowadzona przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w zakresie nieuregulowanym ustawą czy sposób wykonania zamówienia. Wydaje się nawet, że przesłanka z art. 89 ust. 1 pkt 2 ZamPublU była pojemniejsza niż obecna z art. 226 ust. 1 pkt 5 PrZamPubl, gdyż do warunków SIWZ Izba zaliczała także postanowienia dotyczące wymagań technicznych i organizacyjnych sporządzania i przekazywania ofert przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, które dziś zostały włączone do odrębnej podstawy z art. 226 ust. 1 pkt 6 PrZamPublU.

Nadal zatem aktualne pozostają orzecznictwo dotyczące konieczności skonkretyzowania przedmiotu oferty, wykładnia postanowień SWZ na korzyść wykonawcy¹⁶, brak możliwości skorzystania z udostępnienia zasobów w części objętej nakazem samodzielnego wykonania¹⁷, brak możliwości poprawy istotnej treści oferty¹⁸ czy termin związania ofertą jako element wymaganej procedury postępowania¹⁹. Z niezbyt często występującą w sporach odwoławczych sytuacją miała Izba do czynienia w sprawie KIO z 10.1.2022 r., sygn. akt KIO 3624/21, toczącej się w procedurze konkursowej. W sprawie tej zamawiający, prowadząc konkurs, wskazał maksymalny planowany łączny koszt wykonania prac realizowanych na podstawie wybranej pracy konkursowej i maksymalny planowany łączny koszt wykonania prac realizowanych w oparciu o tę dokumentację. Dodatkowo

taki obrót lub przychód powinien zostać ustalony. Skoro nie znajdujemy w przepisach zarówno ustawy, jak i ww. dyrektywy doszczegółowienia, to istotne będą postanowienia w zakresie wymagania określone przez zamawiającego w konkretnym postępowaniu oraz definicje przepisów prawa danego państwa członkowskiego dotyczących „roku obrotowego”. I oddaliła w tym zakresie wnioszek o skierowanie pytania prejudycjalnego do Trybunału Sprawiedliwości UE.

¹⁴ Wyrok KIO z 18.01.2022 r., KIO 3810/21, uchwała wspólników w sprawie odwołania drugiego członka zarządu podjęta z wykorzystaniem systemu teleinformatycznego (S24).

¹⁵ Wyrok KIO z 8.07.2021 r., KIO 1627/21.

¹⁶ Wyrok KIO z 27.07.2021 r., KIO 1730/21.

¹⁷ Wyrok KIO z 29.06.2021 r., KIO 1582/21.

¹⁸ Wyrok KIO z 28.12.2021 r., KIO 3609/21.

¹⁹ Wyrok KIO z 3.01.2022 r., KIO 3665/21.

zamawiający oczekiwał zaprojektowania reprezentacyjnego budynku, którego realizacja będzie możliwa w ramach założonego budżetu. Wykonawca wskazał kwoty znacząco wyższe, a na wezwanie zamawiającego dokonał ich korekty, tak by odpowiadały one wymogom regulaminu. Izba uznała, że dokonywanie takich zmian w pracy konkursowej jest niedopuszczalne. Regulamin konkursu stanowi odpowiednik specyfikacji warunków zamówienia sporządzanej i stosowanej w postępowaniach przetargowych i zamawiający nie może ich zmieniać po otwarciu prac konkursowych.

Wymagania techniczne

Wspomniany już przepis art. 226 ust. 1 pkt 6 PrZamPublU ustanawia podstawę odrzucenia oferty w sytuacji, jeżeli nie została sporządzona lub przekazana w sposób zgodny z wymaganiami technicznymi oraz organizacyjnymi sporządzania lub przekazywania ofert przy użyciu środków komunikacji elektronicznej określonymi przez zamawiającego. W starej ustawie brak jest odpowiednika tego przepisu – jak już wskazano wyżej, dotychczas odrzucenie następowało na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ZamPublU. Orzecznictwo w oparciu o tę podstawę dotyczy rozkładu ciężaru dowodowego i sposobu dowodzenia²⁰, formatów zapisu danych²¹ oraz tego, czym jest podpisany elektronicznie skan oferty²². Analiza przypadków orzeczniczych wskazuje, że dotychczasowe orzecznictwo zachowuje aktualność.

Czyn nieuczciwej konkurencji

Szczególną podstawą odrzucenia jest złożenie oferty w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z 16.4.1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Dotychczasowe brzmienie tego przepisu było węższe, gdyż art. 89 ust. 1 pkt 6 ZamPublU stanowił, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Wydaje się jednak, że mimo szerszego brzmienia bieżącego przepisu (złożenie w warunkach czynu) dotychczasowe orzecznictwo przyjmowało, że nie tylko samo złożenie oferty stanowić może czyn nieuczciwej konkurencji, ale także okoliczności towarzyszące złożeniu tej

²⁰ Wyrok KIO z 18.10.2021 r., KIO 2933/21, wyrok KIO z 17.12.2021 r., KIO 3521/21.

²¹ Wyrok KIO z 22.12.2021 r., KIO 3588/21.

²² Wyrok KIO z 29.07.2021 r., KIO 1561/21. Czynność wydruku i podpisania oferty, a następnie jej zeskanowania nie przesądza o tym, że dokument nie został sporządzony w postaci elektronicznej. Podkreślić należy, że dokument po zeskanowaniu zyskuje postać dokumentu elektronicznego, pozwalającą na opatrzenie go podpisem zaufanym bądź osobistym. Skoro przystępujący ujawnił ofertę wyłącznie w postaci elektronicznej, to uznać należy, że nie istnieje możliwość złożenia oświadczenia woli ujawnionego pierwszy raz w kopii. Innymi słowy, jeżeli wykonawca ujawnia oświadczenie zamawiającemu, niezależnie od formy, to właśnie to oświadczenie – na konkretnym nośniku (w konkretnej formie, tu: elektronicznej) – stanowi oryginał.

oferty, jak nieuzupełnienie dokumentów na wezwanie zamawiającego czy uchylenie się od zawarcia umowy. Tym samym należy przyjąć, że orzeczenia zapadłe w oparciu o przepisy starej ustawy zachowują aktualność. Jako klasyczny przykład czynu nieuczciwej konkurencji, który występował w obu stanach prawnych, można wskazać orzeczenie dotyczące manipulacji ceną ofertową w sytuacji, gdy do przedmiotu zamówienia miały zastosowanie różne stawki podatku VAT na sprzątanie obiektów zewnętrznych i wewnętrznych, a przesunięcia kosztów pomiędzy pozycjami mogły wpłynąć na konkurencyjność oferty²³.

Rażąco niska cena

Jedną z najczęstszych podstaw odrzucenia oferty wskazywaną w zarzutach odwołania jest okoliczność z art. 226 ust. 1 pkt 8 PrZamPubl, zgodnie z którym zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Przepis ten ma treść tożsamą z art. 89 ust. 1 pkt 4 ZamPublU, tym samym dotychczasowe orzecznictwo zachowuje aktualność. Bieżące orzecznictwo podobnie jak w latach ubiegłych koncentruje się wokół obowiązku udowodnienia składanych wyjaśnień, przy czym Izba dostrzegła, że w szczególności przy nieskomplikowanej specyfice przedmiotu zamówienia wyjaśnienia złożone przez zamawiającego mogą nie wymagać przedłożenia dowodów²⁴. Izba uznała także, że nie jest konieczne przedstawienie dowodu na okoliczność wykazania każdego kosztu²⁵. Okazało się również, że czasem nie jest możliwe dokonanie oceny złożonych wyjaśnień wówczas, gdy z treści zarówno oferty, jak i wyjaśnień nie wynika, co konkretnie zostało zaoferowane.²⁶ W świetle orzecznictwa także wykonawca, którego właścicielem jest zamawiający, nie jest zwolniony z obowiązku złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny²⁷, a realność kalkulacji nie może być wykazywana w oderwaniu od warunków, w jakich będzie realizowane zamówienie, w tym w zakresie obowiązujących w dacie realizacji umowy ustawowych warunków płacowych²⁸.

Wykonawca niezaproszony

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 9 PrZamPubl zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę niezaproszonego do składania ofert. Jest to podstawa prawna uregulowana dotychczas w art. 89 ust. 1 pkt 5 ZamPublU, który regulował sytuację wy-

²³ Wyrok KIO z 18.11.2021 r., KIO 3141/21.

²⁴ Wyrok KIO z 18.11.2021 r., KIO 3141/21.

²⁵ Wyrok KIO z 28.10.2021 r., KIO 2649/21.

²⁶ Wyrok KIO z 19.11.2021 r., KIO 3207/21.

²⁷ Wyrok KIO z 14.12.2021 r., KIO 3487/21.

²⁸ Wyrok KIO z 30.12.2021 r., KIO 3620/21.

konawcy wykluczonego z postępowania wieloetapowego, a także sytuację wykonawcy niezaproszonego do składania ofert. Obecnie zbędna jest regulacja sytuacji wykonawcy wykluczonego z postępowania wieloetapowego, bowiem jego wnioski o dopuszczenie do udziału będzie podlegał odrzuceniu (art. 146 ust. 1 pkt 2 PrZamPubl). Orzecznictwo za rok 2021 nie przyniosło interesujących rozstrzygnięć na kanwie tego przepisu.

Błąd w obliczeniu ceny

Podstawą odrzucenia jest błąd w obliczeniu ceny lub kosztu z art. 226 ust. 1 pkt 10 PrZamPubl. Treść tego przepisu jest tożsama z art. 89 ust. 1 pkt 6 starej ustawy, zatem należy uznać, że orzecznictwo wypracowane w oparciu o pierwotne brzmienie przepisu zachowuje swoją aktualność. Orzecznictwo nadal skupia się głównie wokół kwestii ustalenia prawidłowej stawki podatku VAT. Jako przykład można wskazać orzeczenia KIO z 17.11.2021 r., KIO 3188/21²⁹, z 8.7.2021 r., KIO 1627/21³⁰, z 27.5.2021 r., KIO 942/21³¹.

Poprawienie omyłki

W świetle art. 226 ust. 1 pkt 11 PrZamPobl zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli wykonawca w wyznaczonym terminie zakwestionował poprawienie omyłki, o której mowa w art. 223 ust. 2 pkt 3 PrZamPubl. Przepis ten jest następcą art. 89 ust. 1 pkt 7 ZamPublU, zgodnie z którym zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli wykonawca w terminie 3 dni od dnia doręczenia zawiadomienia nie zgodził się na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ZamPublU.

Aktualne brzmienie nie zawiera terminu, w jakim powinna być wyrażona zgoda na poprawę omyłki. Obecnie art. 223 ust. 3 PrZamPubl zastrzega prawo zamawiającego do wyznaczenia terminu na złożenie oświadczenia na wyrażenie zgody na poprawienie w ofercie omyłki lub zakwestionowanie jej poprawienia, przy czym ustawodawca uregulował skutek braku oświadczenia w terminie, wskazując, że brak odpowiedzi w wyznaczonym terminie uznaje się za wyrażenie zgody na poprawienie omyłki. Ustawowe określenie tego skutku powoduje, że dotychczasowe orzecznictwo uznające brak oświadczenia za odmowę wyrażania zgody na poprawę traci na aktualności.

²⁹ Izba uznała, że to przedmiot zamówienia determinuje, czy świadczenie może być kwalifikowane jako kompleksowe.

³⁰ W tym orzeczeniu Izba badała, kiedy dostawa worków będzie usługą pomocniczą świadczenia kompleksowego.

³¹ Izba uznała dopuszczalność różnych stawek VAT przy różnych sposobach wykonania zamówienia dopuszczonych przez zamawiającego (transport sanitarny/wynajem pojazdu z kierowcą).

Zgoda na przedłużenie terminu związania ofertą

Niewyrażenie pisemnej zgody na przedłużenie terminu związania ofertą także pociąga za sobą odrzucenie oferty (art. 226 ust. 1 pkt 12 PrZamPubl). Dotychczas to zagadnienie regulował art. 89 ust. 1 pkt 7a ZamPublU ustawy, który nakazywał odrzucić ofertę, jeżeli wykonawca nie wyraził zgody, o której mowa w art. 85 ust. 2 ZamPublU, na przedłużenie terminu związania ofertą. Obecnie uregulowano konieczność wyrażenia zgody na piśmie, tym samym nieaktualne jest orzecznictwo dopuszczające zgodę dorozumianą lub wywodzoną z przedłużenia wadium. Jednak nadal aktualne pozostaje orzecznictwo określające skutki przerwy biegu terminu związania ofertą³².

Ponadto na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 13 PrZamPubl zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli wykonawca nie wyraził pisemnej zgody na wybór jego oferty po upływie terminu związania ofertą. Przepis ten nie ma odpowiednika w ZamPublUz 2004 r. Przerwywa on spory orzecznicze i doktrynalne dotyczące możliwości wyboru oferty po upływie terminu związania, ale orzecznictwo na tym tle nie wykształciło się jeszcze. Natomiast pojawił się problem z postępowaniami wszczętymi na gruncie ZamPublU z 2004 r., ale w których odwołania wniesiono po 1.01.2021 r. z uwagi na stosowanie nowych przepisów odwoławczych i brak odpowiednika art. 184 ZamPublU, zgodnie z którym zamawiający, nie później niż na 7 dni przed upływem ważności wadium, wzywa wykonawców, pod rygorem wykluczenia z postępowania, do przedłużenia ważności wadium albo wniesienia nowego wadium na okres niezbędny do zabezpieczenia postępowania do zawarcia umowy. Jeżeli odwołanie wniesiono po wyborze oferty najkorzystniejszej, wezwanie kieruje się jedynie do wykonawcy, którego ofertę wybrano jako najkorzystniejszą.

Zaniechanie wadium

Zaniechanie ustanowienia wymaganego wadium lub ustanowienie w sposób nieprawidłowy, lub nieutrzymywanie wadium nieprzerwanie do upływu terminu związania ofertą, lub złożenie wniosku o zwrot wadium w przypadku, o którym mowa w art. 98 ust. 2 pkt 3 – art. 226 ust. 1 pkt 14 PrZamPubl.

Jego poprzednikiem był art. 89 ust. 1 pkt 7b ZamPublU, w myśl którego zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli wadium nie zostało wniesione lub zostało wniesione w sposób nieprawidłowy, jeśli zamawiający żądał wniesienia wadium. Obecnie przesłanka odrzucenia jest szersza, ale orzecznictwo dotyczące skutków niewniesienia wadium i wniesienia go

³² Wyrok KIO z 10.6.2021 r., KIO 1344/21. Termin związania ofertą upływał 1.04.2021 r., zamawiający wezwał do jego przedłużenia, a oświadczenie o przedłużeniu datowane na 31.03.2021 r. dotarło do zamawiającego 7.04.2021 r. Izba uznała, że oświadczenia o przedłużeniu terminu związania ofertą i o przedłużeniu ważności wadium zostały przez tego wykonawcę złożone po terminie (po upływie terminu związania ofertą). Bez znaczenia pozostaje przy tym fakt, że samo oświadczenie było datowane na 31.03.2021 r., a także powody spóźnienia, istotne jest to, kiedy oświadczenie dotarło do zamawiającego.

w sposób nieprawidłowy pozostaje aktualne. Izba, badając prawidłowość wniesienia wadium, analizowała sytuację wskazania w gwarancji wadialnej wystawionej po wejściu w życie ustawy przesłanek zatrzymania wadium określonych w art. 46 ust. 4a i 46 ust. 5 ZamPublU i w orzeczeniu KIO z 12.01.2022 r., KIO 3725/21, uznała, że skoro okoliczności wskazane w art. 46 ust. 4a i art. 46 ust. 5 ZamPublU odpowiadają okolicznościom określonym w art. 98 ust. 6 PrZamPublU, to należy uznać, że zakres wskazanych w treści złożonej gwarancji okoliczności zatrzymania wadium (w oparciu o treść art. 46 ust. 4a i art. 46 ust. 5 ZamPublU) został określony zgodnie z art. 98 ust. 6 PrZamPubl, chociaż poprzez odniesienie do treści przepisów uchylonej ustawy PrZamPubl. Nie sposób uznać, że omyłkowe wskazanie przepisów PrZamPubl powoduje nieważność gwarancji wniesionej w przedmiotowym postępowaniu.

Powoli wykształca się również orzecznictwo dotyczące poręczenia jako jednej z form wadialnych. Jako przykład można wskazać wyrok KIO z 28.09.2021 r., KIO 2589/21, w którym Izba uznała, że takie sformułowanie w poręczeniu jest zgodne z charakterem poręczenia wynikającym z KC i nie ogranicza zamawiającego w zaspokojeniu się z tego dokumentu.

Z bieżącego orzecznictwa jako przykład kształtującej się linii orzeczniczej można przytoczyć orzeczenie z 26.11.2021 r., KIO 3362/21, które stanowi odpowiedź na pytanie, czy wadium ma przewidywać termin zgłoszenia roszczenia umożliwiający zamawiającemu wystąpienie o zapłatę wadium po upływie terminu związania. Izba stanęła na stanowisku, że skoro wykonawca wniósł w przewidzianym przez zamawiającego terminie wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej, której ważność została określona od 20.10.2021 r. do 17.01.2022 r., czyli w okresie związania ofertą, to wykonawca wniósł wadium w sposób prawidłowy. Hipoteza odwołującego, że zamawiający nie zdąży wystąpić i doręczyć do gwaranta wniosku o zapłatę wadium, nie może stanowić podstawy do uznania, że wadium zostało wniesione nieprawidłowo. Zamawiający zwykle proceduje w taki sposób, aby nie doprowadzić do utraty możliwości zaspokojenia z wadium. Odwołujący pominął, że zamawiający dokonał wyboru oferty wykonawcy w chwili znacznie wyprzedzającej upływ terminu związania ofertą czy termin ważności wadium. Z żadnego z przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych nie wynika, aby termin ważności wadium w formie m.in. gwarancji ubezpieczeniowej, dla zapewnienia możliwości realizacji uprawnień zamawiającego, miał być wydłużony o dodatkową, bliżej nieoznaczoną liczbę dni – a do tego właśnie odnosiły się zarzut i propozycja odwołującego (wyrażona w trakcie rozprawy z udziałem stron)³³.

³³ Tak też KIO w wyrokach KIO 2806/21, KIO 3628/21 czy KIO 3748/21.

Oferta wariantowa

Z kolei przepis art. 226 ust. 1 pkt 15 PrZamPubl nakazuje zamawiającemu odrzucić ofertę, jeżeli oferta wariantowa nie została złożona lub nie spełnia minimalnych wymagań określonych przez zamawiającego, w przypadku gdy zamawiający wymagał jej złożenia. W poprzednim stanie prawnym przepis art. 89 ust. 1 pkt 7c ZamPublU dotyczył wyłącznie sytuacji, gdy oferta wariantowa nie spełnia minimalnych wymagań określonych przez zamawiającego. W konsekwencji pierwotna przesłanka została rozszerzona o brak złożenia oferty wariantowej.

Dotychczas orzecznictwo dotyczące oferty wariantowej nie jest obszerne i raczej dotyczy sytuacji, gdy wykonawca zaoferował odmienny od przewidzianego w dokumentacji zamówienia sposób wykonania zamówienia, a zamawiający nie dopuścił oferty wariantowej – kwalifikacja do odrzucenia z art. 89 ust. 1 pkt 2 ZamPublU – lub z dokumentów złożonych w ofercie wynika, że wykonawca zaoferował więcej niż jeden sposób wykonania zamówienia, wówczas mowa była o dwóch ofertach tego samego wykonawcy – kwalifikacja odrzucenia z art. 89 ust. 1 pkt 1 ZamPublU – gdyż wykonawca nie może złożyć więcej niż jedną ofertę, o ile zamawiający tego nie dopuścił. Orzecznictwo na aktualnej przesłance odrzucenia jeszcze się nie wykształciło.

Inne podstawy odrzucenia

Pozostałe podstawy odrzucenia oferty łączą się z trzema okolicznościami szczególnymi, a mianowicie z:

- art. 226 ust. 1 pkt 16 PrZamPubl – zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej przyjęcie naruszałoby bezpieczeństwo publiczne lub istotny interes bezpieczeństwa państwa, a tego bezpieczeństwa lub interesu nie można zagwarantować w inny sposób. Treść tego przepisu jest tożsama z art. 89 ust. 1 pkt 7 d ZamPublU. Wprawdzie na kanwie tej przesłanki orzecznictwo się nie wykształciło, jednak kwestie bezpieczeństwa państwa były przez Izbę analizowane na podstawie art. 405 ust. 2 pkt 3 PrZamPubl i zastosowanego wykluczenia na skutek informacji właściwego organu³⁴;
- art. 226 ust. 1 pkt 17 PrZamPubl – zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli obejmuje ona urządzenia informatyczne lub oprogramowanie wskazane w rekomendacji, o której mowa w art. 33 ust. 4 ustawy z 5.7.2018 r. o krajowym systemie cyberbezpieczeństwa (Dz.U. z 2020 r., poz. 1369), stwierdzającej ich negatywny wpływ na bezpieczeństwo publiczne lub bezpieczeństwo narodowe;
- art. 226 ust. 1 pkt 18 PrZamPubl – zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona bez odbycia wizji lokalnej lub bez sprawdzenia dokumentów niezbędnych do realizacji

³⁴ Wyrok z 8.11.2021 r., KIO 2897/21.

zamówienia, dostępnych na miejscu u zamawiającego, w przypadku gdy zamawiający tego wymagał w dokumentach zamówienia.

Orzecznictwo w oparciu o przesłanki z art. 226 ust. 1 pkt 17–18 PrZamPubl jeszcze się nie wykształciło.

Podsumowanie

W oparciu o przeprowadzone badania można stwierdzić, że ustawodawca przy kształtowaniu przesłanek odrzucenia częściowo posiłkował się wypracowanym dorobkiem orzecznictwem, przykładowo odchodząc od pojęcia „zgodności z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia” na rzecz szerszego pojęcia „zgodności z warunkami zamówienia”, obejmującymi także sposób wykonania zamówienia i projektowane postanowienia umowne. Ustawodawca skorzystał również z możliwości usunięcia wątpliwości doktrynalnych i orzecznictwowych przez wprowadzenie jednoznacznych regulacji, takich jak:

- skutki oferty złożonej po terminie,
- forma złożenia oświadczenia w przedmiocie terminu związania ofertą,
- dorozumiana zgoda na poprawę omyłki po upływie terminu na złożenie oświadczenia.

Jednak w ocenie autora nie wszystkie zmiany były konieczne. Za nadmiarowe należy uznać rozdzielenie sfery obiektywnego niespełnienia warunku czy zaistnienia podstaw odrzucenia, a wreszcie stwierdzonej niezgodności z warunkami zamówienia od braku wykazania zaistnienia danych okoliczności. Niewykazanie czegoś mieści się bowiem w ustaleniu, że dany wykonawca tego nie spełnia. Dodatkowo wadliwe wydaje się połączenie w jednej podstawie odrzucenia podmiotowych, przedmiotowych środków dowodowych i innych oświadczeń lub dokumentów. To podejście ustawodawcy może rodzić, i już można dostrzec tę tendencję w zarzutach odwołania, trudności z prawidłowym wskazaniem podstaw prawnych zarzutów.

Natomiast pozytywnie należy ocenić wyodrębnienie przesłanki z art. 226 ust. 1 pkt 6 PrZamPubl, czyli odrzucenia z uwagi na niezachowanie wymogów sporządzenia lub przedstawienia dokumentu elektronicznego. Dotychczas spory te były kwalifikowane do dwóch podstaw prawnych art. 89 ust. 1 pkt 2 ZamPublU, a więc niezgodności treści oferty z treścią SIWZ albo niezgodności z ustawą – art. 89 ust. 1 pkt 1 ZamPublU. Jednak sporządzenie czy przedłożenie dokumentu w sposób niezgodny z wymogami komunikacji elektronicznej jest przejawem niezgodności formalnej, a nie niezgodnością merytoryczną, o której mowa w art. 89 ust. 1 pkt 2 ZamPublU. Z kolei trudno też przyjąć, że jest to niezgodność z ustawą, gdyż sposób komunikacji elektronicznej w postępowaniu regulowany jest na gruncie aktów wykonawczych, nadto przepisy pozwalają zamawiającemu na pewną swobodę, choćby w wyborze platformy e-usług, na której prowadzone jest postępowanie, tym samym trudno jest mówić o przypadku niezgodności z ustawą.

Dostrzec także należy, że w przeważającej mierze dotychczasowe orzecznictwo zachowuje aktualność również na gruncie aktualnej ustawy.

Analiza rocznego dorobku orzeczniczego nie przyniosła bogatej bazy orzeczeń opartych wyłącznie na nowo ukształtowanym stanie prawnym. Pojawiły się oczywiście orzeczenia wskazujące na wzajemne relacje przepisów obu ustaw – jak informacyjny charakter stawki VAT przy obowiązku odprowadzenia podatku obciążającym zamawiającego czy tożsamość przesłanek zatrzymania wadium lub możliwość zastosowania sankcji zakazu ubiegania się o zamówienie z powodu wykluczenia opartego na starym stanie prawnym. Jednak dorobek orzeczniczy dotyczący wyłącznie nowych rozwiązań w zakresie podstaw wykluczenia nie jest na tyle reprezentatywny, by możliwe było udzielenie jednoznacznej odpowiedzi na pytanie, czy rozbudowanie podstaw odrzucenia jest uporządkowaniem stanu prawnego, czy też utrudnieniem w prawidłowej subsumpcji stanów faktycznych pod przepis konkretnej przesłanki odrzucenia. Zasadne jest zatem kontynuowanie badań w perspektywie kolejnych lat, oczywiście przy założeniu stabilności prawa w zakresie podstaw odrzucenia.

Summary

Grounds for rejecting a bid against the background of the amended legal regulation

Since 1 January 2021, the National Appeals Chamber has been resolving appeals against the actions and omissions of contracting authorities in the course of public procurement procedures based on appeal procedures set out in the provisions of the new Public Procurement Law of 11 September 2019. If a bid is rejected in a public procurement procedure initiated after 1 January 2021, the rejection is based on the new regulations. One year after the new law entered into force, the article analyses whether the grounds for rejecting a bid are different from those that functioned before, and to what extent, and whether the case law developed under the old law remains valid under the new regime. It also explores the reasons why the grounds for rejecting a bid were expanded from 11 to 20, and whether the current grounds for rejection can help eliminate difficulties in their application among contracting authorities and contractors.

The existing case law regarding the newly introduced grounds for exclusion is not representative enough to answer the question of whether broadening their scope puts the legal status in order or merely hinders the process of connecting a certain factual status to a specific ground for rejection. It is therefore reasonable to continue the study over the next several years, assuming the stability of the law regulating grounds for rejection.

Keywords: grounds for rejecting a bid, tender offer/ bid, expansion of grounds for rejection, the National Appeals Chamber.

Wykluczenie wykonawcy z tytułu uczestnictwa w zмовie przetargowej

Uwagi ogólne

Jedną z kluczowych zasad wyznaczających ramy udzielania zamówień publicznych jest zapewnienie niezakłóconej konkurencji między wykonawcami zainteresowanymi zawarciem umowy z zamawiającym. Do praktyk najsilniej godzących w konkurencję zalicza się porozumienia zawierane między konkurentami, zwane również porozumieniami horyzontalnymi lub kartelami. W przypadku zamówień publicznych kartele wykonawców określane są jako zмовy przetargowe. Wśród bezpośrednich skutków karteli wskazuje się w szczególności wzrost cen oraz spadek jakości oferowanych produktów i usług.

Zgodnie z art. 108 ust. 1 pkt 5 PrZamPubl² zamawiający zobowiązany jest do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawcy będącego uczestnikiem zмовy przetargowej. Rezultatem wykluczenia z postępowania wykonawcy kartelisty jest odrzucenie jego oferty (art. 226 ust. 1 pkt 2a PrZamPubl). Decyzja o wykluczeniu wykonawcy lub wykonawców jest jednak obciążona ryzykiem błędu. Zмовy przetargowe są porozumieniami utrzymywanymi w tajemnicy przed innymi interesariuszami. Ich poufny charakter stanowi z jednej strony kluczowy warunek powodzenia strategii zмовy, z drugiej zaś w sposób istotny utrudnia skuteczne ujawnianie i zwalczanie karteli wykonawców. Zamawiający zmuszony jest zatem opierać się na własnej ocenie wiarygodności przesłanek zмовy przetargowej. W rezultacie decyzja zamawiającego, niezależnie od treści, może być kwestionowana zarówno przez przedsiębiorców wykluczonych z postępowania, jak i przez ich konkurentów. Różnorodność strategii przyjmowanych przez wykonawców pozostających w zмовie uniemożliwia w praktyce opracowanie enumeratywnego wykazu czynników, których wykazanie przesądzałoby o prawidłowości decyzji zamawiającego. W tym zakresie zamawiający (i wykonawcy) zmuszeni są do poszukiwania wskazówek w decyzjach organu ochrony konkurencji oraz orzeczeniach sądów.

¹ Nr ORCID: 0000-0002-9726-5552.

² Ustawa z 11.9.2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2021 r. poz. 1129; dalej: PrZamPubl).

O doniosłości problemu, jakim są zmywy przetargowe, świadczą wartość udzielanych zamówień, skala ujawnianych przypadków karteli wykonawców oraz szacowana liczba tego rodzaju porozumień w polskim systemie zamówień publicznych. W okresie od 2007 do 2020 roku w Polsce udzielano przeciętnie 167 tys. zamówień rocznie, przy czym średnioroczna wartość zamówień (145 mld zł) odpowiadała niemal 8,7% produktu krajowego brutto³. Szacuje się przy tym, że wzrost kosztów powodowanych przez zmywy przetargowe sięga przeciętnie 20% wartości zamówienia⁴. Badanie przeprowadzone w 2021 roku wśród jednostek samorządu terytorialnego w Polsce wykazało, że prawdopodobieństwo wystąpienia zmywy przetargowej w polskim systemie zamówień publicznych wynosi 3%⁵. Oznacza to, że ryzyko wystąpienia zmywy pojawia się w trzech postępowaniach na sto. Wnioski z analiz dotyczących przedmiotowego zjawiska w krajach UE oraz w USA wskazują, że skuteczność wykrywania karteli kształtuje się między 10% a 20%⁶. Uzasadnione byłoby więc przyjęcie, że rokrocznie blisko 5 tys. postępowań o udzielenie zamówienia publicznego obciążone jest ryzykiem zmywy. Z kolei rezultatem skutecznej polityki ich zwalczania powinno być ujawnienie nie mniej niż 500 przypadków zmyw przetargowych w skali roku. Z publicznie dostępnych danych wynika, że wykrywalność zmyw przetargowych w Polsce jest niska. Statystyki Policji⁷ wskazują, że w latach 2007–2020 wszczęto 1385 postępowań w sprawach dotyczących zarzutu popełnienia przestępstwa udaremnienia przetargu publicznego (art. 305 KK). Ze zbioru orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej wynika, że w okresie 2009–2021 wydano 71 rozstrzygnięć co do prawidłowości decyzji zamawiającego podjętej w związku zarzutem uczestnictwa wykonawców w zmywie przetargowej⁸. Z kolei Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów wydał w latach 2004–2020 nieco ponad 100 decyzji dotyczących przedmiotowego zagadnienia, przy czym w zbiorze postępowań analizowanych przez organ antymonopolowy ujęte zostało blisko 550 procedur przetargowych⁹. Porównanie szacowanej wielkości zjawiska do rezultatów działań podejmowanych przez wskazane powyżej organy wskazuje na występujący w tym obszarze niedostatek skuteczności zwalczania zmyw przetargowych w Polsce.

Zamawiający należą do podmiotów mających kluczowy wpływ na liczbę postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, w których aktywność wykonawców poddawana jest ocenie pod kątem ryzyka wystąpienia nielegalnego porozumienia wykonawców.

³ Urząd Zamówień Publicznych, Sprawozdania o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych, <https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/analizy-systemowe/sprawozdania-o-funkcjonowaniu-systemu-zamowien-publicznych>; dostęp 15.04.2022.

⁴ OECD, Detecting Bid Rigging in Public Procurement. Helping governments to obtain best value for money, 2009.

⁵ Ł. Ziarko, Identyfikacja zmyw przetargowych – zastosowanie metod statystycznych, rozprawa doktorska, Uniwersytet Łódzki, 2022, s. 171 (niepubl.).

⁶ P.L. Ormosi, A tip of the iceberg? The probability of catching cartels, *Journal of Applied Econometrics*, 2014, t. 29, nr 4, s. 550.

⁷ Komenda Główna Policji, Postępowania wszczęte i przestępstwa stwierdzone z art. 305 KK za lata 1999–2020, <https://statystyka.policja.pl/download/20/362058/Udaremnienieprzetargu-art305.xlsx>; dostęp: 22.04.2022.

⁸ Urząd Zamówień Publicznych, Wyszukiwarka orzeczeń, <https://orzeczenia.uzp.gov.pl/>; dostęp 10.04.2022.

⁹ Ł. Ziarko, Identyfikacja zmyw przetargowych – zastosowanie metod statystycznych, s. 158.

Analiza praktyki decyzyjnej organu antymonopolowego oraz orzecznictwa KIO wskazuje jednak, że trafna identyfikacja przesłanek zмовy przetargowej stanowi wyzwanie dla zamawiających. Celem niniejszego artykułu jest usystematyzowanie przesłanek zмовy przetargowej wskazanych w orzeczeniach Krajowej Izby Odwoławczej i decyzjach Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów. Na tej podstawie sformułowana zostanie propozycja procedury gromadzenia argumentów ułatwiających zamawiającemu dokonanie oceny ryzyka wystąpienia zмовy przetargowej w prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Stabilność, strategie oraz metody identyfikacji zмовy przetargowej

Monopolista posiada największy wpływ na poziom cen, wielkość podaży oraz osiągnięty zysk. Przedsiębiorcy aktywni na rynkach o strukturze konkurencyjnej są albo tego wpływu pozbawieni (konkurencja doskonała), albo jest on ograniczony (konkurencja monopolistyczna, oligopol). W celu uzyskania lub wzmocnienia wpływu na wielkość podaży i cenę rynkową konkurenci zawierają porozumienia kartelowe, zмawiają się. Cedując swoją dotychczasową niezależność na rzecz wspólnej strategii, członkowie zмовy znoszą całkowicie istniejącą między nimi konkurencję. Od chwili zawarcia kartelu dotychczasowi konkurenci zachowują się w istocie jak jeden przedsiębiorca, maksymalizujący swój zysk w ramach całego rynku¹⁰. Zasadniczym problemem dla stabilności strategii zмовy jest naturalna skłonność jej uczestników do łamania wspólnych ustaleń¹¹, określanego również w literaturze jako „zdrada”.

Czynniki stabilizujące

Udział w kartelu będzie miał sens ekonomiczny tylko wówczas, jeżeli zysk z udziału w kartelu (część zysku monopolowego) będzie przewyższał zysk możliwy do uzyskania w ramach działania indywidualnego. Proces ten można zobrazować modelowym przykładem. Zakłada się w nim, że uczestnicy zмовy ustalają wspólną cenę, po której będą oferowali swoje towary na rynku, a znając wielkość podaży, oszacują przewidywany zysk każdego z nich. Z chwilą podjęcia decyzji o unifikacji cen, racjonalny ekonomicznie

¹⁰ J.P. Choi, H. Gerlach, Cartels and Collusion. Economic Theory and Experimental Economics, w: The Oxford Handbook of International Antitrust Economics. Volume 2 (red. R.D. Blair, D. D. Sokol), New York 2015, s. 415; A. Korczyński, Screening wariacji jako narzędzie wykrywania zмовy cenowej. Istota i znaczenie imputacji danych, Warszawa 2018, s. 17; K.J. Meyer, The Political Economy of Regulation: The Case of Insurance, New York 1988, s. 88.

¹¹ J. Prokop, Powstawanie i stabilność karteli heterogenicznych, Gospodarka Narodowa, 2011, t. 245, nr 1–2, s. 147; J. Wachs, J. Kertész, A network approach to cartel detection in public auction markets, Scientific Reports, 2019, t. 9, nr 1, s. 1.

uczestnik zmowy stanie przed dylematem dotyczącym wyboru najbardziej korzystnej dla niego strategii. Czy utrzymać uzgodnioną cenę i uzyskać część zysku monopolowego, czy też obniżyć cenę swojego towaru (nawet o niewielką wartość względem uzgodnionej kwoty), przejąć rynek i zmaksymalizować swój indywidualny zysk? Skłonność do zrywania wspólnych ustaleń jest jednym z głównych czynników wpływających na niepowodzenie karteli¹². Strony porozumienia starają się przeciwdziałać zdradzie wprowadzając mechanizmy kontroli i dyscyplinowania członków porozumienia (m.in. strategią wet za wet¹³, zwiększając ryzyko poniesienia istotnych strat natychmiast po zrealizowaniu zysku ze złamania zmowy). Umiejętność skutecznego nadzoru nad realizacją wspólnych ustaleń jest więc istotnym czynnikiem stabilizującym trwałość zmowy¹⁴. Z kolei szansa na utrzymanie wspólnych ustaleń będzie względnie wysoka tak długo, jak długo uczestnicy zmowy będą przekonani o nieskończonym horyzoncie czasowym jej trwania. Przekonanie któregośkolwiek z nich o nadchodzącym końcu współpracy będzie czynić oświadczającym odstępnie od zmowy i maksymalizację indywidualnego zysku. Zabezpieczenie uczestników zmowy przed ich wzajemną zdradą jest kluczową pozycją kosztową w rachunku ekonomicznym wspólnej strategii¹⁵. Do pozostałych czynników zwiększających koszty funkcjonowania kartelu zalicza się zapewnienie komunikacji między jego członkami, opracowanie i utrzymywanie mechanizmu podziału zysków oraz ryzyko¹⁶ związane z ujawnieniem zmowy¹⁷.

Stabilność porozumień kartelowych będzie również zależna od wartości zysków, jakie mogą zostać osiągnięte. *Levenstein i Suslow*¹⁸ oraz *Feinberg, Kim i Park*¹⁹ dowodzą, że wydłużenie okresu, na jaki zawiązana jest zмова, oraz zwiększenie nadwyżki zysku ponad poziom osiągalny w warunkach konkurencji czynią porozumienie trwalszym. Analogicznie: im wyższe koszty obsługi kartelu i niższy spodziewany zysk, tym bardziej skłonność do utrzymania wspólnych ustaleń maleje²⁰. Warunkiem ułatwiającym wzajemne monitorowanie działań uczestników zmowy jest przejrzystość rynku²¹. Wśród cech rynku ułatwiających zawarcie i realizację zmowy wskazać należy praktykę publikacji cen

¹² B.R. Humphreys, J.E. Ruseski, Monitoring cartel behavior and stability: Evidence from NCAA football, *Southern Economic Journal*, 2009, t. 75, nr 3, s. 1.

¹³ W. Zatoń, Dylemat więźnia a dylematy etyczne [w:] *Etyka w relacjach instytucji finansowych z gospodarstwami domowymi* (red. I.D. Czechowska), Łódź 2016, s. 78.

¹⁴ D. Spector, Cheap talk, monitoring and collusion, PSE Working Papers, HAL, 2015.

¹⁵ R.C. Marshall, L.M. Marx, *The Economics of Collusion: Cartels and Bidding Rings*, Cambridge 2012.

¹⁶ Sformułowanie „ryzyko” używane jest w znaczeniu niepewności, nie zaś jako miary prawdopodobieństwa wystąpienia zdarzenia lub stanu.

¹⁷ J. Wachs, J. Kertész, A network approach to cartel detection in public auction markets, s. 1.

¹⁸ M.C. Levenstein, V.Y. Suslow, What determines cartel success?, *Journal of Economic Literature*, 2006, t. 44, nr 1, s. 58.

¹⁹ R.M. Feinberg, H. Kim, M. Park, The Determinants of Cartel Duration in Korea, *Review of Industrial Organization*, 2016, t. 48, nr 4, s. 443.

²⁰ A. Karbowski, Kartele w trzech perspektywach: neoklasycznej, behawioralnej oraz etycznej, *Gospodarka Narodowa*, 2015, t. 3, nr 277, s. 7.

²¹ B.R. Humphreys, J.E. Ruseski, Monitoring cartel behavior and stability: Evidence from NCAA football, s. 723.

transakcyjnych, obowiązek ujawniania wykazu potencjalnych dostawców oraz kluczowych warunków handlowych zawieranych kontraktów – analogicznie jak na rynku zamówień publicznych. Wśród kolejnych czynników sprzyjających zawarciu i utrzymaniu trwałej znowy są wysokie udziały rynkowe stron porozumienia oraz ich zdolność do powstrzymania konkurencyjnych dostawców przed wejściem na rynek²². Skala i zakres konkurencji między uczestnikami znowy również sprzyjają utrwaleniu porozumienia i zmniejszają presję jego indywidualnych członków do złamania wspólnych ustaleń²³. Uwikłanie strony we wspólne przedsięwzięcie na możliwie wielu polach konkurencji (rynkach) zwiększa bowiem wartość potencjalnych strat spowodowanych zdradą. Przedstawione powyżej cechy znowy oraz warunki sprzyjające jej stabilnemu funkcjonowaniu determinują podatność rynku zamówień publicznych na występowanie strategii znowy przetargowej.

Strategie

W literaturze wskazuje się na cztery główne strategie przejmowane przez uczestników znowy przetargowej²⁴:

1. Składanie ofert kurtuazyjnych,
2. Ograniczanie ofert,
3. Składanie ofert niekompletnych,
4. Rotację i wycofywanie złożonych ofert.

Szerszą – sześciopunktową – listę strategii prezentuje m.in. *Królikowska-Olczak*²⁵.

Strategia składania ofert kurtuazyjnych (ang. *cover bidding*, *complementary bidding*) polega na symulacji istnienia konkurencji między wykonawcami pozostającymi w znowie. Choć formalnie każdy z uczestników znowy składa ofertę, z góry ustalają, kto złoży ofertę najkorzystniejszą i zdobędzie zamówienie. Charakterystycznym przejawem tego rodzaju znowy będzie duża różnica cen między ofertą najkorzystniejszą a drugą w rankingu. Różnice w cenach pozostałych ofert będą relatywnie niewielkie. Celem takiego rozwiązania będzie wywołanie u zamawiającego wrażenia istnienia wysokiej ceny rynkowej oraz oddalenia ewentualnych podejrzeń znowy. Strategia ta znajdzie zastosowanie w szczególności na rynkach o strukturze oligopolistycznej, gdzie aktywnych jest kilku konkurentów, a ryzyko wejścia na rynek jest niskie. W znowie muszą uczestniczyć

²² J.M. Connor, D.P. Werner, Variation in Bid-Rigging Cartels' Overcharges: An Exploratory Study, SSRN Electronic Journal, 2018, nr, s. 4.

²³ M.C. Levenstein, V.Y. Suslow, What determines cartel success?, s. 58.

²⁴ W. Dorabialski, S. Józwiak-Górny, Znowy przetargowe, UOKiK, Warszawa, 2017; Z. Jurczyk, Kartele w polityce konkurencji Unii Europejskiej, Wrocław 2012, s. 372; OECD, Recommendation of the Council on fighting bid rigging in public procurement, OECD/LEGAL/0396, 2012, s. 7; W. Wensink, J.M. de Vet, Identifying and Reducing Corruption in Public Procurement in the EU, PwC/Ecorys, 2013.

²⁵ M. Królikowska-Olczak, Zasada uczciwej konkurencji na tle nowej regulacji zamówień publicznych, „Kwartalnik Prawo Zamówień Publicznych” 2021, t. 2, nr 69, s. 20.

wszyscy konkurenci obecni na rynku. Dystrybucja zysków ze zмовы odbywa się przez umowy podwykonawstwa lub podział rynku, zatem obserwowalny będzie wzorzec aktywności wykonawców, w którym jeden z nich zdobywa zamówienia wyraźnie częściej od pozostałych lub poszczególni wykonawcy zdobywają wyraźnie częściej zamówienia u określonego zamawiającego czy na określonym obszarze geograficznym. Cechy właściwe dla strategii składania ofert kurtuazyjnych można zaobserwować w działaniu wykonawców opisanym w decyzji Prezesa UOKiK nr RWR-1/2019 z 9.7.2019 r.²⁶

Strategie unikania uczestnictwa w postępowaniu lub jego części (ang. *bid suppression*) charakterystyczne są również dla rynków oligopolistycznych. W ramach tej strategii dokonywany jest podział rynku między zainteresowanych. Uczestnicy zмовы unikają ubiegania się o to samo zamówienie, co skutkuje uzyskaniem przez zamawiającego wyłącznie jednej oferty. Jest to zarazem główny czynnik wyróżniający omawianą strategię. Choć jest on względnie łatwy do wychwycenia, to ujawnienie zмовы wymaga ustalenia dodatkowych przesłanek, uprawdopodobniających nielegalne działanie wykonawców. Z uwagi na mnogość przyczyn mogących leżeć u podstaw decyzji o zaniechaniu ubiegania się o zamówienie, pozytywna weryfikacja hipotezy o zмовie będzie wymagała wykazania nietypowej dla rynku konkurencyjnego systematyczności w działaniu konkurentów. Przesłankami zмовы będą w szczególności dowody na podmiotowy, przedmiotowy lub geograficzny podział rynku między konkurującymi dotąd wykonawcami. Nieliczne przykłady ujawnionych zмов polegających na ograniczeniu uczestnictwa w procedurach zamówieniowych dotyczyły rynków usług komunalnych²⁷.

Idea strategii składania ofert niekompletnych (ang. *non-conforming bids*) polega na celowym pomijaniu w ofercie jednego lub więcej dokumentów wymaganych przez zamawiającego²⁸. Najczęściej dotyczy to dokumentów obligatoryjnych, standardowych zaświadczeń o niezaleganiu z opłatami lub składkami czy odpisów z rejestrów. Przedmiotowa strategia ma zastosowanie w szczególności na rynkach o większej liczbie konkurentów, gdzie zмова nie może objąć wszystkich wykonawców. Celem zмовы jest zajęcie przez jej uczestników pierwszego i kolejnych miejsc w rankingu. W tym celu kalkulują ceny swoich ofert w taki sposób, aby różnica między nimi była na tyle mała, aby nie zostały „rozdzielone” przez ofertę konkurenta, i na tyle duża, aby zapewniała satysfakcjonujący dodatkowy zysk. Jeżeli plan kartelistów powiedzie się, wykonawca, który złoży najkorzystniejszą ofertę, nie odpowiada na wezwanie zamawiającego do uzupełnienia brakujących dokumentów, w związku z czym jego oferta jest odrzucana i po ponownej ocenie ofert do umowy przystępuje drugi (lub kolejny, jeżeli w zмовie było więcej wykonawców) z uczestników zмовы. Cechą charakterystyczną dla tej strategii będzie stosunkowo niewielka różnica między dwiema najtańszymi ofertami oraz powtarzający

²⁶ Decyzja Prezesa UOKiK nr RWR-1/2019 z 9.7.2019 r.

²⁷ Decyzja Prezesa UOKiK nr RPZ-50/2013 z 31.12.2013; wyrok KIO z 20.1.2013 r., KIO 1544/13.

²⁸ D. Kostecka-Jurczyk, Porozumienia kooperacyjne w polskim i europejskim prawie konkurencji, Wrocław 2014, s. 56.

się schemat zachowania wykonawców w różnych postępowaniach. Zmowy przetargowe funkcjonujące w oparciu o tę strategię są jedną z najczęściej ujawnianych przez Prezesa UOKiK i KIO. Wynika to z bardzo wyraźnego wzorca postępowania wykonawców, nietypowego dla racjonalnego przedsiębiorcy, którego działalność jest nastawiona na zysk. Jej zastosowanie zostało opisane m.in. w decyzjach Prezesa UOKiK dotyczących znowów przetargowych zawartych między piekarniami z Malinia i okolic²⁹.

Wycofywanie i rotacja ofert (ang. *bid bid withdrawal, bid rotation*) jest strategią zbliżoną do opisanej powyżej i polega na nieprzystąpieniu od zawarcia umowy z zamawiającym przez wykonawcę, który złożył najkorzystniejszą ofertę. Jeżeli oferty uczestników znowy zajmą następujące po sobie miejsca na początku rankingu, wykonawcy, którzy złożyli tańsze propozycje, wycofują je na rzecz ofert droższych. Schemat ten powtarzany jest w kolejnych postępowaniach w taki sposób, że następuje rotacja zwycięskich wykonawców. Wyraźny wzorec działania wykonawców ułatwia ujawnienie znowy funkcjonującej w oparciu o tę strategię. Z decyzji Prezesa UOKiK wynika, że jest ona często stosowana zamiennie ze strategią składania ofert niekompletnych. Uczestnicy znowy dostosowują się w ten sposób do uwarunkowań zewnętrznych (wymagania zamawiającego, liczba konkurentów, ryzyko ujawnienia znowy). Taki schemat działania wystąpił m.in. w przypadku znowy przetargowej na rynku zamówień na dostawy przedmiotów zaopatrzenia mundurowego³⁰.

Weryfikacja hipotezy o istnieniu znowy przetargowej, niezależnie od przyjętej strategii, wymaga ujawnienia wzorca zachowania się wykonawców. Innymi słowy, dla pozytywnej weryfikacji podejrzenia udziału w znowie konieczne jest wykazanie, że dana strategia lub kombinacja strategii znowy charakteryzuje zachowanie się wykonawców w więcej niż jednym postępowaniu o udzielenie zamówienia. Nie można bowiem wykluczyć, że wystąpienie cechy charakterystycznej znowy w tylko jednej procedurze zamówieniowej jest po prostu zdarzeniem losowym (pomyłka, niestaranne przygotowanie oferty) lub niemającym źródła w znowie (udział w postępowaniu wyłącznie w celu utrzymania rozpoznawalności przez zamawiających, rozpoznania rynku czy prestiżowym, bez celu w postaci uzyskania zamówienia).

Metody identyfikacji

Znajomość cech charakterystycznych dla strategii znowów przetargowych wykorzystywana jest do ujawniania tego rodzaju nielegalnych praktyk podejmowanych przez wykonawców. Zestaw narzędzi służących do identyfikacji karteli w oparciu o zachowanie się wykonawców określany jest jako metody behawioralne³¹. Metody behawioralne, wraz

²⁹ Decyzja Prezesa UOKiK nr RKR-51/2013 z 30.12.2013; decyzja Prezesa UOKiK nr RKR 10/2016 z 30.11.2016; decyzja Prezesa UOKiK nr RKR-18/2015 z 30.12.2015.

³⁰ Decyzja Prezesa UOKiK nr DOK-9/2014 z 30.12.2014.

³¹ OECD, *Ex Officio Cartel Investigation and the Use of Screens to Detect Cartel*, Paris 2013.

z metodami strukturalnymi (bazującymi na strukturze konkurencyjnej rynku), zaliczane są do narzędzi ekonomicznych ujawniania karteli. Uwzględniając ich proaktywny charakter, mogą odgrywać znaczącą rolę w zapobieganiu znikom wykonawców³². Poza analizą ekonomiczną, metody proaktywne (*ex ante*) obejmują również badanie ujawnionych przypadków zóm, aktywny monitoring rynków oraz współpracę międzyinstytucjonalną.

Druga grupa narzędzi wykorzystywanych w polityce antykartelowej określana jest mianem metod reaktywnych (*ex post*). W przeciwieństwie do metod *ex ante* narzędzia reaktywne przenoszą inicjatywę w zakresie ujawnienia kartelu na uczestników rynku. Obejmują one w szczególności programy zwalniania z kar w zamian za przyznanie się do udziału w zómie (programy *leniency*), systemy zachęt dla sygnalistów czy promocję programów zgodności w przedsiębiorstwach szczególnie narażonych na ryzyko zomy (ang. *compliance*).

Z perspektywy zamawiającego szczególnie przydatne będą metody proaktywne. Zarówno strukturalne, jak i behawioralne. Ocena ryzyka wystąpienia zomy przetargowej nie może pomijać uwarunkowań strukturalnych rynku, na którym zamawiający poszukuje wykonawcy. Im mniejszy krąg potencjalnych wykonawców, tym wyższe ryzyko zawarcia przez nich skutecznej zomy. Również rynki o dużej liczbie wykonawców mogą być narażone na ryzyko występowania zóm przetargowych. Wynika to ze stosunkowo małego zainteresowania zdobyciem zamówienia publicznego ze strony przedsiębiorców³³. Z uwagi na potencjalnie niski poziom koncentracji na tego typu rynkach metody strukturalne mogą nie zapewniać wystarczającej efektywności dla procesu identyfikacji zóm. Szczególnie przydatne będzie wówczas wdrożenie narzędzi analizy ekonomicznej³⁴, w tym metod statystycznych, obejmujących badanie dynamiki oraz rozkładów cen w składanych ofertach (miary poziomu, zróżnicowania i asymetrii), zmian udziałów rynkowych wykonawców (wskaźniki struktury rynku) czy aktywności wykonawców w trakcie procedur zamówieniowych (miary opisujące wzorce zachowania się wykonawców)³⁵.

³² J.E. Harrington, Behavioral Screening and the Detection of Cartels [w:] (red.) I. Atanasiu; C.-D. Ehlermann European competition law annual 2006: enforcement of prohibition of cartels, Hart Publishing, Oxford 2007.

³³ W okresie 2007-2020, w blisko dwóch trzecich postępowań o udzielenie zamówienia złożone zostały maksymalnie dwie oferty.

³⁴ S. Bejger, Wykrywanie, pomiar i ocena strategicznych, horyzontalnych zachowań niekonkurencyjnych przedsiębiorstw. Analiza ilościowa, Toruń 2016, s. 238; D. Imhof, Y. Karagök, S. Rutz, Screening for bid rigging-does it work?, Working Papers SES. University of Fribourg, 2016, t. 468, nr, s. 3.

³⁵ R.M. Abrantes-Metz, L.M. Froeb, J. Geweke, C.T. Taylor, A variance screen for collusion, International Journal of Industrial Organization, 2006, t. 24, nr 3; H. Anysz, A. Foremny, Analityczne metody detekcji zóm przetargowych w budownictwie, XI Konferencja Stowarzyszenia Kosztorsantów Budowlanych. Koniunktura i jej wpływ na ceny robót budowlanych, 2019, nr III; D. Imhof, Simple Statistical Screens to Detect Bid Rigging, Working Papers SES. University of Fribourg 2017, t. 484.

Źródła danych o znowach przetargowych w Polsce

Na potrzeby niniejszego opracowania przeanalizowane zostały: praktyka decyzyjna Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów oraz orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej dotyczące zarzutów znow przetargowych. Analizą objęte zostały treści decyzji organu antymonopolowego oraz wyroki KIO wydane w związku z zarzutami zawarcia znowy przetargowej. Materiał badawczy został pozyskany z publicznie dostępnych zbiorów danych: bazy decyzji Prezesa UOKiK³⁶ oraz wyszukiwarki orzeczeń UZP³⁷.

Zbiór danych o znowach przetargowych ujawnionych w toku postępowań administracyjnych prowadzonych przez Prezesa UOKiK został opracowany na podstawie 102 decyzji organu antymonopolowego. Badaniem zostały objęte decyzje wydane od czerwca 2004 r. do grudnia 2020 r., dotyczące zarzutów zawarcia znowy przetargowej w procedurach zamówieniowych realizowanych od stycznia 2003 r. do września 2018 r. 32 spośród decyzji Prezesa UOKiK zostały wykluczone z analizy z uwagi na przedmiot zarzutu niezbieżny z celem badania (m.in. ocena dopuszczalności zawarcia konsorcjum, niekartelowe porozumienia przetargowe lub inne formy zakłócenia konkurencji) oraz brak istotnych informacji ekonomicznych w treści decyzji (dotyczących cen i innych warunków ofert, utajnienie danych identyfikujących wykonawców). Ostatecznie badany zbiór objął 70 decyzji, w których analizie poddano 518 procedur zamówieniowych, z czego w 325 przypadkach organ antymonopolowy uznał istnienie znow przetargowych.

W odniesieniu do praktyki orzeczniczej Krajowej Izby Odwoławczej przeszukanie bazy UZP według słowa kluczowego „znowa przetargowa” pozwoliło wyodrębnić 72 wyroki Izby. Dotyczyły one zarzutów zawarcia znowy przetargowej w postępowaniach prowadzonych w okresie od września 2009 r. do września 2021 r.

Z przedstawionych powyżej źródeł wyodrębnione zostały kluczowe dla prowadzonej analizy informacje. Zaliczają się do nich w szczególności dane o zamawiającym, przedmiocie zamówienia, trybie realizowanej procedury zamówieniowej, wykonawcach, złożonych przez nich ofertach i charakterystycznych cechach zachowania się tych przedsiębiorców w trakcie postępowania. Na podstawie tych informacji opracowane zostały zbiory będące zasadniczym źródłem danych prowadzonych analiz.

³⁶ Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów, Decyzje Prezesa UOKiK, https://decyzje.uokik.gov.pl/bp/dec_prez.nsf; dostęp: 10.4.2022.

³⁷ Urząd Zamówień Publicznych, Wyszukiwarka orzeczeń, <https://orzeczenia.uzp.gov.pl/>, dostęp: 10.4.2022.

Ujawnianie zmów przetargowych w świetle orzecznictwa KIO i decyzji Prezesa UOKiK

W kontekście prezentacji działań wykonawców, które zostały uznane za przesłanki zmowy przetargowej warto zarysować obraz tej praktyki w warunkach polskiego systemu zamówień publicznych.

Zmowy przetargowe ujawnione przez Prezesa UOKiK zawierane były zasadniczo w odniesieniu do zamówień prowadzonych w trybie przetargu nieograniczonego (97% postępowań). Blisko połowa procedur zamówieniowych analizowanych przez organ antymonopolowy prowadzona była przez jednostki samorządu terytorialnego lub ich jednostki podległe. Dwie trzecie wykonawców uczestniczących w procedurach objętych badaniem stanowiły przedsiębiorstwa działające w formie jednoosobowej działalności gospodarczej lub spółki z ograniczoną odpowiedzialnością. Blisko 40% postępowań antymonopolowych zainicjowane zostało na skutek zawiadomienia złożonego przez zamawiającego. Organ antymonopolowy objął badaniem 518 postępowań o udzielenie zamówienia, a istnienie zmowy przetargowej potwierdził w 325 przypadkach, co stanowi blisko 63% analizowanego zbioru. W zdecydowanej większości spraw zmowy realizowane były przy zastosowaniu strategii wycofywania i rotacji ofert, strategii składania ofert niekompletnych lub ich kombinacji. Przypadki zmowy w oparciu o strategię składania ofert kurtuazyjnych lub ograniczania ofert miały charakter jednostkowy. Postępowania prowadzone przed Prezesem UOKiK trwały przeciętnie 393 dni³⁸.

Z kolei do zbioru orzeczeń KIO zaliczono 65 wyroków³⁹. Dotyczyły one 65 postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, przy czym w 27 przypadkach (42% badanych spraw) zamawiającym była jednostka samorządu terytorialnego lub jednostka podległa. Zarzut uczestnictwa wykonawcy w zmowie przetargowej został potwierdzony przez Izbę w 13 przypadkach, co stanowi 20% rozpatrywanych spraw. Wskazane w nich zmowy funkcjonowały zasadniczo według strategii składania ofert niekompletnych lub wycofywania i rotacji ofert. Tylko w jednym przypadku przyjęta przez zamawiających się strategia była odmienna – polegała na ograniczaniu ofert. Warto zaznaczyć, że w przeciwieństwie do Prezesa UOKiK Izba rozstrzyga nie tyle o naruszeniu konkurencji na skutek zawarcia zmowy przetargowej (art. 6 ust. 2 pkt 7 OchrKonkurU), co ocenia prawidłowość działania zamawiających w kontekście zarzutu zawarcia zmowy przez wykonawców uczestniczących w postępowaniu o udzielenie zamówienia. W praktyce uznanie przez Izbę wystąpienia przesłanek zmowy prowadzi do uznania decyzji zamawiającego za właściwą, jeżeli wykluczył wykonawcę, wobec którego taki zarzut sformułowano, bądź za nieprawidłową, jeżeli nie wykluczył takiego wykonawcy z udziału w postępowaniu. W tym kontekście

³⁸ Średni okres trwania postępowania antymonopolowego ustalono na podstawie daty jego wszczęcia oraz daty wydania decyzji.

³⁹ W zbiorze wyroków KIO widnieje 71 wyroków oznaczonych słowem kluczowym „zmowa przetargowa”. Jednak 6 z nich dotyczyło w istocie zarzutu innego niż zmowa przetargowa.

badany zbiór dzieli się na dwie, niemal równe, części: w 7 wyrokach Izba uznała decyzję zamawiającego o wykluczeniu wykonawcy za uzasadnioną, zaś w pozostałych 6 – za nieprawidłową uznana została decyzja o niewykluczeniu wykonawcy.

Przesłanki znowy przetargowej

Badanie zarzutu zawarcia znowy przetargowej zarówno przez Prezesa UOKiK, jak i Krajową Izbę Odwoławczą prowadzone jest najczęściej w oparciu o dowody pośrednie. Analiza decyzji i orzeczeń obu organów wskazuje obiektywną trudność w pozyskaniu bezpośrednich dowodów znowy. Z uwagi na poufność porozumień kartelowych, do źródeł tego rodzaju informacji zaliczają się wnioskodawcy ubiegający się o odstąpienie od wymierzenia kary pieniężnej lub jej obniżenie (wnioski *leniency*⁴⁰), działania kontrolne organu ochrony konkurencji (kontrola i przeszukanie⁴¹) lub ustalenia czynione w ramach postępowania karnego (zeznania świadków i oskarżonych⁴², ustalenia Policji i innych służb⁴³). Zatem w większości przypadków punktem wyjścia do analizy zarzutu znowy przetargowej będzie zastosowanie instytucji domniemania faktycznego, określonej w art. 235 KPC⁴⁴. Zgodnie z wyrokiem Sądu Najwyższego z 9.8.2006 r., III SK 6/06⁴⁵, domniemanie faktyczne ma szczególne znaczenie dla oceny zarzutu zawarcia kartelu. W przywołanym wyroku sąd dostrzegł obiektywną trudność, jaką zainteresowane strony napotykają w przedstawieniu bezpośredniego dowodu zawarcia niedozwolonego porozumienia cenowego. Uwzględniając bowiem charakter badanej praktyki (kartelu), najczęściej nie jest możliwe przedłożenie dowodów znowy, np. zawartej w formie pisemnej umowy. Uzgodnienia tego rodzaju pozostają z zasady nieujawnione publicznej wiadomości. Niejednokrotnie przybierają również formę uzgodnień ustnych. W takich okolicznościach za dopuszczalne uznane zostało wywiedzenie faktu zawarcia znowy przetargowej na podstawie badania faktów istotnych dla sprawy, przykładowo w postaci ścisłej, czasowej zbieżności analogicznych działań podejmowanych przez niezależnych wykonawców. Należy podkreślić, że strona, wobec której formułowany jest zarzut naruszenia konkurencji, może obalić domniemanie dowodem przeciwnym. W szczególności – przedstawiając racjonalne uzasadnienie dla jej kwestionowanego działania lub zaniechania.

Zarówno Prezes UOKiK, jak i Krajowa Izba Odwoławcza stosują instytucję domniemania faktycznego w wydawanych decyzjach i orzeczeniach. Oba organy wypracowały na tym gruncie spójny katalog przesłanek uprawdopodobniających istnienie znowy przetar-

⁴⁰ M.in. decyzja Prezesa UOKiK nr RKR-1/2019 z 6.3.2019 r.

⁴¹ M.in. decyzja Prezesa UOKiK nr RŁO-7/2019 z 18.12.2019 r.

⁴² M.in. decyzja Prezesa UOKiK nr DOK-2/2017 z 2.10.2017 r.

⁴³ M.in. decyzja Prezesa UOKiK nr RBG-47/2014 z 31.12.2014 r.

⁴⁴ Ustawa z 17.11.1974 r. – Kodeks postępowania cywilnego (Dz.U. 1964 Nr 43 poz. 296 ze zm.; dalej: KPC).

⁴⁵ Wyrok SN z 9.8.2006 r., III SK 6/06.

gowej, niejednokrotnie czerpiąc wzajemnie ze swoich ustaleń i ocen. Blisko 20 najczęściej występujących okoliczności uznawanych za wspierające tezę o zмовie można podzielić na trzy główne grupy:

- 1) powiązania występujące między wykonawcami, których wyrazem są:
 - a) związki rodzinne, osobowe i biznesowe,
 - b) ten sam adres siedziby i te same dane kontaktowe (adres poczty elektronicznej, numer telefonu, faksu),
 - c) przynależność do tej samej grupy kapitałowej,
 - d) wzajemne świadczenia podwykonawstwa lub udzielanie zasobów;
- 2) działania wykonawcy nietypowe dla przedsiębiorcy konkurującego o zdobycie zamówienia, obejmujące:
 - a) złożenie oferty niezawierającej wszystkich wymaganych elementów, w szczególności z pominięciem dokumentów standardowych dla profesjonalnego uczestnika rynku zamówień publicznych,
 - b) nieuzupełnienie oferty na wezwanie zamawiającego,
 - c) odstąpienie od zawarcia umowy z zamawiającym,
 - d) reprezentowanie konkurenta w kontaktach z zamawiającym,
 - e) znajomość treści korespondencji innego wykonawcy z zamawiającym,
 - f) udział tej samej osoby w przygotowaniu ofert kilku wykonawców,
 - g) złożenie ofert kilku wykonawców przez tę samą osobę,
 - h) zbieżność daty i godziny złożenia ofert niezależnych wykonawców,
 - i) unikanie składania ofert w tych samych zamówieniach przez grupę wykonawców,
 - j) specyficzną chronologię działań podejmowanych przez wykonawców, nieznaną wyjaśnienia innego niż rezultat wspólnych uzgodnień;
- 3) podobieństwa treści ofert, uprawdopodobniające wymianę informacji między konkurentami, w tym w szczególności:
 - a) zbieżność treści ofert i ich układu redakcyjnego,
 - b) takie same błędy lub charakterystyczne sformułowania w treści ofert różnych wykonawców,
 - c) oferty różnych wykonawców sporządzone takim samym charakterem pisma⁴⁶,
 - d) identyczne wartości kosztów, składowych kalkulacji ceny,
 - e) stały stosunek cen poszczególnych elementów dwóch lub więcej ofert,
 - f) kolejne lub bliskie sobie numery porządkowe potwierdzeń gwarancji bankowych.

⁴⁶ Choć w dobie elektroniczacji zamówień publicznych przesłanka ta traci na znaczeniu, podkreślić należy, że pewne analogie do pisma odręcznego można znaleźć również w dokumentach elektronicznych – m.in. porównanie metadanych pliku.

Zakres czasowy analizy

Choć obie instytucje wykorzystują tożsame przesłanki do oceny zarzutu zawarcia znowy przez wykonawców, to w procedurze ich analizy rysuje się między nimi wyraźna różnica. Organ antymonopolowy wykorzystuje w badaniu wszystkie dostępne informacje o aktywności wykonawców, których praktyka poddawana jest weryfikacji. Obejmuje to zarówno postępowanie o udzielenie zamówienia będące przedmiotem zawiadomienia, jak i postępowania, które miały miejsce w przeszłości. Nie ma wyraźnej cezurę czasowej wyznaczającej procedurę zamówieniową leżące w obszarze zainteresowania Prezesa UOKiK, a zakres badania determinowany jest dostępnością danych i informacji. W praktyce możliwość sankcjonowania praktyk ograniczających konkurencję zawężona jest do 5 lat, od końca roku, w którym doszło do naruszenia⁴⁷ (art. 93 ust. 1 OchrKonkU). Sięgając do informacji historycznych⁴⁸, organ antymonopolowy dąży do ustalenia, czy kwestionowana praktyka wpisuje się we wzorzec działania wykonawców, który mógłby odzwierciedlać strategię znowy przetargowej⁴⁹.

W przypadku orzeczeń KIO nie można dostrzec analogii do opisanej powyżej praktyki Prezesa UOKiK. Izba koncentruje swoje analizy na badaniu występowania przesłanek znowy w postępowaniu o udzielenie zamówienia będącym przedmiotem odwołania. Taki stan rzeczy wynika z treści dowodów przedstawionych przez strony postępowania w procedurze prowadzonej przed Izbą. Nie ma bowiem w tym zakresie ograniczeń natury formalnej, co Izba wskazała wprost w orzeczeniu KIO 648/16⁵⁰. Warto przy tym zaznaczyć, że w przynajmniej dwóch wyrokach wśród argumentów uzasadniających zarzut znowy rozważała wydane uprzednio decyzję Prezesa UOKiK⁵¹ oraz orzeczenie Izby⁵². W pierwszym z wyroków Izba odrzuciła możliwość uznania działania wykonawców jako znowy na podstawie decyzji Prezesa UOKiK odnoszącej się do innych postępowania

⁴⁷ Okres ten został wydłużony z 2 lat przepisami nowelizującymi OchrKonkU z 2014 r.

⁴⁸ Na marginesie prowadzonych rozważań należy zaznaczyć, że z perspektywy zagadnienia ujawniania znowy przetargowych istotnym mankamentem obecnie stosowanych rozwiązań w zakresie sprawozdawczości jest ograniczona możliwość ustalenia zaangażowania konkretnego wykonawcy na rynku zamówień publicznych. W oparciu o publicznie dostępny ustrukturyzowany system informacji o rynku w praktyce ustalić można wyłącznie te postępowania, w których dany wykonawca wygrał (co do zasady, ponieważ sposób identyfikacji wykonawców w oparciu o firmę jest mało precyzyjny). Również organ antymonopolowy, budując historię rynkową wykonawcy, zmuszony jest opierać się na informacjach udostępnionych przez wykonawcę lub zamawiających.

⁴⁹ Decyzja Prezesa UOKiK nr RLU-5/2020 z 11.12.2020 r.

⁵⁰ „(...) Izba uznała za niezasadny argument Odwołującego o tym, że obaj przedsiębiorcy wielokrotnie występowali w przeszłości w przetargach i nie została wobec nich orzeczona znowa przetargowa. W ocenie Izby jest to okoliczność irrelevantna (...). Dla uznania bowiem istnienia znowy przetargowej pomiędzy przedsiębiorcami nie jest konieczne wykazanie istnienia wcześniejszych porozumień pomiędzy przedsiębiorcami. Izba dokonuje bowiem oceny okoliczności faktycznych w konkretnym postępowaniu przetargowym i na ich podstawie ocenia zachowania przedsiębiorców. Zachowanie przedsiębiorców w poprzednich postępowaniach może być jedną z okoliczności faktycznych mających znaczenie dla rozstrzygnięcia zaistnienia znowy przetargowej (...)” – wyrok KIO z 11.5.2016 r., KIO 648/16.

⁵¹ Wyrok KIO z 16.3.2016 r., 280/16, 281/16, 295/16.

⁵² Wyrok KIO z 6.9.2021 r., KIO 2254/21, 2255/21.

o udzielenie zamówienia. Jak podkreślił skład orzekający Izby, odwołujący się nie wskazał (nowych) argumentów wspierających tezę o istnieniu zmowy, a swoje twierdzenia wywołał niemal wyłącznie ze zdarzeń przeszłych, które były poddane ocenie organu antymonopolowego. Zdaniem Izby nie znajduje uzasadnienia praktyka polegająca na uznaniu określonych wykonawców za uczestników zmowy tylko dlatego, że w przeszłości podjęli się takiej praktyki: „(...) oznaczałaby [to – przyp. aut.] całkowitą utratę przez podmiot, w stosunku do którego zмова przetargowa została stwierdzona, możliwości ubiegania się kiedykolwiek o jakiegokolwiek zamówienia”⁵³. Abstrahując jednak od niedostatków dowodowych w omawianym przypadku, sformułowana przez Izbę teza wydaje się nie uwzględniać w pełni specyfiki porozumień kartelowych. Są to praktyki, których fundamentalnym założeniem jest możliwie długa współpraca stron. Zatem dowody zmów z przeszłości powinny stanowić silną przesłankę zmowy i stanowić ważny element badania wzorca zachowania się wykonawców w czasie. W drugim z przywołanych orzeczeń, dokonując analizy stanu faktycznego, Izba wsparła się ustaleniami dokonanymi przez nią względem tych samych wykonawców. Uwzględniając zbieżność działań wykonawców poddawanych kontroli w obu badanych sprawach, trafnie przyjęła wcześniejsze ustalenia i stwierdzenie zawarcia zmowy przetargowej za wiarygodną przesłankę zmowy w bieżącej procedurze.

Ograniczenia w badaniu występowania przesłanek zmowy w poprzednich postępowaniach skutkują również zróżnicowaniem standardu dowodowego w sprawach prowadzonych przez oba organy. Prezes UOKiK w prowadzonych analizach sięga do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego sięgających nawet do 5 lat wstecz. Bez znaczenia przy tym pozostaje fakt ujęcia bądź nieujęcia tych procedur w treści zawiadomienia złożonego do organu antymonopolowego. Takie podejście pozwala na podjęcie próby określenia wzorca zachowania się wykonawcy oraz identyfikację przesłanek zmowy przetargowej. Ujawniając nawet jeden element właściwy dla strategii zmowy przetargowej (przykładowo – odstąpienie od zawarcia umowy z zamawiającym), powtarzający się w kolejnych postępowaniach o udzielenie zamówienia i w tym samym gronie wykonawców, uzyskuje się silny argument wspierający domniemanie faktyczne zmowy przetargowej. Nie jest to możliwe w przypadku zastosowania indywidualnego podejścia do konkretnego postępowania.

Zasadne jest również pytanie, czy domniemanie faktyczne zmowy przetargowej może być wiarygodnie uzasadnione przesłankami zmowy zidentyfikowanymi w toku jednej procedury zamówieniowej. Nie można bowiem wykluczyć, że jednokrotne wystąpienie przesłanki (zwłaszcza przesłanki behawioralnej) może być wynikiem działania wykonawcy nieuwikłanego w zmovę z uwagi na zmieniające się uwarunkowania rynkowe, niecelowe błędy w przygotowaniu oferty czy czynniki losowe. Wydaje się, że KIO redukuje ryzyko wydania błędnego rozstrzygnięcia, stawiając wysokie wymagania względem jakości i liczby przesłanek zmowy. Z drugiej zaś strony konieczność zastosowania swoi-

⁵³ Wyrok KIO z 16.3.2016 r., 280/16, 281/16, 295/16.

stego ilościowego podejścia do przesłanek zмовy może jednak w niektórych przypadkach uniemożliwiać uprawdopodobnienie istnienia rzeczywiście działającego kartelu. Należy przy tym zaznaczyć, że ciężar dowodu spoczywa na zamawiającym⁵⁴.

Kolejnym czynnikiem istotnym z punktu widzenia skuteczności dowodzenia istnienia zмовy przetargowej jest wykorzystanie metod statystycznych do ujawniania tego rodzaju strategii.

Zastosowanie metod statystycznych w identyfikacji zмов

Badanie zarówno orzeczeń Izby, jak i decyzji organu ochrony konkurencji wskazuje, że w praktyce organy te rzadko sięgają do metod statystycznych analizy postępowania wykonawcy. Metody te, obejmujące m.in. badanie rozkładów i dynamik cen, wskaźników struktury rynku czy analizy wzorca zachowania się wykonawców, są dobrze rozpoznane zarówno od strony teoretycznej, jak i praktycznej⁵⁵. Ograniczone zastosowanie metod ilościowych z jednej strony uniemożliwia wykorzystanie pełnego wachlarza przesłanek zмовy przetargowej w postępowaniu przed KIO lub organem ochrony konkurencji, z drugiej zaś utrudnia zamawiającym (i wykonawcom) eliminację nieuczciwych wykonawców z rynku. Metody te stanowią bowiem skuteczne narzędzie prewencji zмов przetargowych. Za pomocą wybranych miar i metod analizy statystycznej opracowywane są systemy wskaźników poziomu ryzyka zмовy przetargowej, wspierające zamawiających i innych interesariuszy w ujawnianiu przedmiotowych praktyk⁵⁶. Charakterystyka postępowań prowadzonych przed KIO i Prezesem UOKiK wskazuje, że inicjatywa w zakresie praktycznego zastosowania metod statystycznych do ujawniania zмов przetargowych leży po stronie zamawiających i wykonawców. Nie wydaje się jednocześnie, aby przeszkodą w ich zastosowaniu były kompetencje osób odpowiedzialnych za prowadzenie postępowań o udzielenie zamówienia publicznego.

Powyższa hipoteza została pozytywnie zweryfikowana w odniesieniu do jednostek samorządu terytorialnego na podstawie wyników badania poświęconego problematyce zмов przetargowych⁵⁷. Dzięki odpowiedziom udzielonym przez 2225 respondentów można stwierdzić, że problem zмов jest identyfikowany przez tę grupę zamawiających.

⁵⁴ R. Szostak, Zmowy przetargowe w zamówieniach publicznych, Prawo Zamówień Publicznych, 2014, nr 1, s. 32.

⁵⁵ R.M. Abrantes-Metz, L.M. Froeb, J. Geweke, C.T. Taylor, A variance screen for collusion; M. Fazekas, B. Tóth, Assessing the potential for detecting collusion in Swedish public procurement, Konkurrensverket, Stockholm, 2016; A. Foremny, H. Anysz, The collusion detection in public procurements – selected methods applied for the road construction industry in Poland, MATEC Web of Conferences, 2018, t. 219, nr 04002; D. Imhof, Simple Statistical Screens to Detect Bid Rigging; C. Mena-Labarthe, Mexican Experience in Screens for Bid-Rigging, CPI Antitrust Chronicle, 2012, 2012, March; Ł. Ziarko, Identyfikacja zмов przetargowych – zastosowanie metod statystycznych.

⁵⁶ Ł. Ziarko, Identyfikacja zмов przetargowych – zastosowanie metod statystycznych.

⁵⁷ Badanie przeprowadzone w maju 2021 r. w ramach projektu „Porozumienia przetargowe w perspektywie instytucji zamawiających w polskim systemie zamówień publicznych”, sfinansowanego przez Dziekana Wydziału Ekonomiczno-Socjologicznego UŁ (kod projektu B2111200002252.02).

Oszacowali oni ryzyko występowania zmów przetargowych w Polsce na 3%. W ramach przeciwdziałania znikom przetargowym blisko 40% badanych często, prawie zawsze lub zawsze prowadzi analizę cen z wykorzystaniem metod statystycznych. Wśród popularniejszych metod badania ofert wskazano też porównywanie treści ofert (78% respondentów zadeklarowało, że prowadzi te działania przynajmniej często), porównanie kalkulacji cenowych między ofertami (51%) oraz szczegółowe badanie kalkulacji ceny (67%). Inne działania prewencyjne polegają na weryfikacji wykonawców u innych zamawiających, potwierdzaniu deklarowanego doświadczenia wykonawcy oraz porównaniu ofert do ofert uzyskanych w przeszłych postępowaniach. Z drugiej zaś strony zaledwie 14% badanych w ramach standardowej procedury badania ofert sprawdza, czy wykonawca był uczestnikiem zmowy przetargowej. Aż 70% respondentów wskazało, że w ich ocenie kluczowym narzędziem zapobiegania znikom jest uzyskanie dostępu do platformy umożliwiającej wymianę informacji o wykonawcach – uczestnikach zmowy. Wyniki przeprowadzonego badania dają podstawy do uznania, że osoby odpowiedzialne za realizację zadań z zakresu zamówień publicznych w jednostkach samorządu terytorialnego cechuje świadomość ryzyka związanego ze znikom przetargowymi. Ponadto posiadana wiedza pozwala na korzystanie z szerokiego wachlarza narzędzi wspierających zwalczanie zmów przetargowych.

Skuteczne przygotowanie się do oceny ofert pod kątem istnienia zmowy przetargowej leży w interesie zamawiającego. Podjęcie decyzji o wykluczeniu bądź niewykluczeniu wykonawcy wymaga zbadania przez zamawiającego spełnienia przesłanek zmowy w odniesieniu do konkretnych wykonawców. Jakość zgromadzonych argumentów wspierających tezę zamawiającego będzie decydująca dla wyniku weryfikacji jego decyzji przez KIO. Dodatkowo może również uprościć postępowanie przed Prezesem UOKiK i skrócić czas procedowania sprawy przed tym organem. Kluczowe znaczenie będzie więc miało przygotowanie przez zamawiającego danych i informacji w odniesieniu do działań podejmowanych przez wykonawców, których zachowanie będzie budziło wątpliwości co do zachowania zasad konkurencji.

Propozycja procedury gromadzenia danych o wykonawcach z perspektywy wiarygodnych przesłanek zmowy

W świetle zakresu przesłanek zmowy przetargowej przyjmowanych przez organ antymonopolowy oraz przez KIO proces gromadzenia argumentów wspierających decyzję zamawiającego powinien objąć, co najmniej, trzy elementy. Podstawą analizy powinno być opracowanie modelu konkurencji w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, następnie określenie związków między wykonawcami, którzy złożyli oferty, oraz przeprowadzenie analizy treści złożonych ofert, w tym z zastosowaniem metod statystycznych. Elementy zarysowanej powyżej analizy można powiązać z etapami proce-

dury zamówieniowej. Ich zakres wpisuje się bowiem w zakres działań podejmowanych przez zamawiającego podczas planowania i przygotowania zamówienia, gromadzenia ofert i kwalifikacji oferentów oraz oceny ofert. Poniżej scharakteryzowane zostaną cele i źródła danych właściwe dla przedmiotowej analizy.

Celem pierwszej części analizy jest opracowanie modelu konkurencji o zamówienie, jakiego spodziewa się zamawiający przy założeniu niezakłóconej konkurencji wykonawców. Model ten będzie pomocny w ocenie ryzyka wystąpienia zmowy przetargowej po zakończeniu etapu gromadzenia ofert. Porównanie wyniku postępowania do wyniku modelowego powinno dostarczyć wniosków niezbędnych do ustalenia charakterystyki strategii ewentualnej zmowy. W ramach tej części badania zamawiający powinien określić potencjalnych wykonawców oraz liczbę ofert, jaką spodziewa się otrzymać w odpowiedzi na ogłoszenie, jeżeli jest to możliwe – ustalić również informacje o ofertach składanych w analogicznych postępowaniach zakończonych, w tym u innych zamawiających. Opracowanie może powstać w ramach szacowania wartości zamówienia i opracowywania szczegółów specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Ważne w tym kontekście będą informacje o przedmiocie zamówienia, strukturze rynku i charakterystyce potencjalnych wykonawców lub grona konkretnych podmiotów (przykładowo: wykonawców, którzy ubiegali się o udzielenie analogicznych zamówień). Źródłem niezbędnych informacji mogą być zakończone postępowania zamawiającego lub tożsame, co do przedmiotu, procedury przeprowadzone przez innych zamawiających.

Drugi element badania ukierunkowany jest na ustalenie historii aktywności wykonawcy i jego powiązań z innymi oferentami. Ta część analizy związana jest z procesem gromadzenia ofert. Gromadzenie informacji powinno objąć dane pochodzące ze zbioru postępowań rozstrzygniętych przez zamawiającego, Biuletynu Zamówień Publicznych, biuletynów informacji publicznej innych zamawiających, a także repozytoriów zawierających decyzje Prezesa UOKiK oraz orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej. Zebrane informacje powinny pozwolić na ustalenie wzorca zachowania się wykonawcy i wychwycenie cech charakterystycznych dla strategii zmowy przetargowej. Wskazane jest, aby zestaw danych objął w szczególności postępowania, w których wykonawca brał udział, jego konkurentów, złożone oferty, przypadki wykluczenia wykonawcy, odrzucenia jego oferty lub odstąpienia przez wykonawcę od zawarcia umowy z zamawiającym. Warto również pozyskać informacje obrazujące powiązania między wykonawcami (osobowe, kapitałowe, biznesowe). Komplet wskazanych powyżej danych umożliwi zamawiającemu oszacowanie prawdopodobieństwa wygranej dla każdego z wykonawców.

Celem trzeciego elementu analizy jest weryfikacja tezy o zmowie przetargowej w oparciu o badanie złożonych ofert. Wynik analizy powinien w sposób jednoznaczny określić stopień podobieństwa ofert, ich treści, układu redakcyjnego, zbieżność prezentowanych kalkulacji cenowych czy innych okoliczności związanych ze składaniem ofert (daty, adresy mailowe, zaangażowane osoby). W ramach badania rozkładu cen kluczowe będą wyniki oraz interpretacja miar zróżnicowania i asymetrii, w szczególności w kon-

tekście zakładanego modelu konkurencji w postępowaniu oraz powiązań między wykonawcami. Kompleksową propozycję wskaźników zmowy opierających się na podstawowych miarach statystyki opisowej można znaleźć m.in. w pracy *Fazekasa i Tótha*⁵⁸.

Wyniki analiz przeprowadzonych przez zamawiających zgodnie z powyższym schematem pozwolą na ocenę zaobserwowanych odstępstw od ustalonego wzorca konkurencyjnego dla danego postępowania. Zgromadzone dane i informacje charakteryzujące poziom konkurencji w procedurze zamówieniowej, wykonawców i złożone przez nich oferty powinny stanowić wyczerpujący zbiór wiarygodnych przesłanek zmowy.

Wnioski

Przeprowadzone badanie pozwoliło na usystematyzowanie wiedzy o przesłankach zmowy przetargowej stosowanych przez Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji oraz Krajową Izbę Odwoławczą. Podejście prezentowane przez oba organy w analizowanej kwestii jest zbieżne. Zarówno organ ochrony konkurencji, jak i Izba identyfikują takie same przesłanki oraz główne strategie zmowy przetargowej, niemniej w praktyce orzeczniczej widoczne są różnice w zasięgu czasowym analizy oraz oczekiwanym standardzie dowodowym. Rozważania nad problemem istnienia zmowy przetargowej koncentrują się na ujawnieniu i ocenie natężenia oraz skali związków między wykonawcami, podobieństw w składanych ofertach oraz podejmowania działań i zaniechań właściwych dla podmiotów działających w porozumieniu. W prowadzonych rozważaniach, oba organy koncentrują prowadzone analizy na zachowaniu się wykonawców oraz podobieństwach składanych przez nich ofert. Metody ilościowe, w szczególności metody analizy statystycznej (rozkłady cen, analiza powiązań sieciowych, badanie dynamiki udziałów rynkowych czy wskaźników zmowy), nie znajdują w praktyce szerokiego zastosowania. Zamawiający i inni interesariusze procedur zamówieniowych zmuszeni są do poszukiwania informacji o ujawnionych zмовach w źródłach, które są od siebie niezależne i oferują różny poziom szczegółowości informacji. Obowiązujące obecnie rozwiązania nie dostarczają publicznie dostępnego narzędzia, gromadzącego dane o zмовach przetargowych ujawnionych w postępowaniach przed organem ochrony konkurencji, Krajową Izbą Odwoławczą i sądami powszechnymi.

Zamawiający (oraz wykonawcy) w toku procedury weryfikacji uzasadnienia dla zarzutu zawarcia zmowy przetargowej napotykać problem wynikający z konieczności przedstawienia wiarygodnej przesłanki zmowy. Z uwagi na charakter postępowania problem ten związany jest silnie z procedurą prowadzoną przed Krajową Izbą Odwoławczą. W artykule przedstawiono trzyetapową propozycję analizy ryzyka wystąpienia zmowy przetargowej, korespondującą z fazami procedury udzielenia zamówienia publicznego. Wyniki analizy powinny dostarczyć zamawiającemu (lub wykonawcy) argu-

⁵⁸ M. Fazekas, B. Tóth, Assessing the potential for detecting collusion in Swedish public procurement.

mentów wystarczających do podjęcia decyzji o sformułowaniu zarzutu zawarcia znowy przetargowej przez wykonawców.

Summary:

Excluding a contractor for participating in a collusive bidding process

This paper aims to systematise the prerequisites for collusive tendering, as applied in the case law of the National Appeals Chamber (NAC) and the decisions of the President of the Office of Competition and Consumer Protection (the President of the OCCP). In addition, recommendations are formulated for contracting authorities to collect and analyse data for proceedings involving allegations of tender collusion. The study is based on the content of 102 decisions of the OCCP and 71 judgments of NAC. The analysis of rulings by both authorities allowed three groups of reasons for collusion to be identified (links between contractors, atypical behaviour of contractors in the course of the procurement procedure and similarity in the content of bids), including 19 items in total. The approach of these two bodies to the prerequisites of collusion is convergent. Nevertheless, the standard of proof expected by the NCA seems to be significantly higher than in the case of proceedings before the President of the OCCP. In addition, the decisions of the NCA generally do not include an analysis of the past actions of assessed contractors, which is a standard element of the assessment performed by the President of the OCCP. The conclusions from the study also made it possible to formulate a proposal for a three-stage procedure of collecting and analysing data aimed at estimating the risk of collusion in a public procurement procedure.

Keywords: bidding cartel, identification of bid rigging, competition

Należyte oszacowanie wartości zamówienia

Uwagi wstępne

Rozwiązania prawne dotyczące szacowania wartości zamówienia w nowej ustawie Prawo zamówień publicznych² zawarte zostały zaledwie w dziewięciu jej przepisach. Jeszcze mniej regulacji poświęcono tej tematyce w przepisach poprzedniej ustawy³ (tylko pięć przepisów). Więcej rozwiązań prawnych nie znajdziemy w tym zakresie również w dyrektywach unijnych kształtujących system europejskich zamówień publicznych⁴. W dyrektywie 2014/24/UE będą to wyłącznie generalne, kierunkowe regulacje dotyczące metod obliczania wartości szacunkowej zamówienia, zawarte w art. 5 tej dyrektywy, oraz kilka wytycznych umieszczonych w preambule do dyrektywy klasycznej. Problematyka szacowania przedmiotu zamówienia obejmuje bowiem głównie kwestie ekonomiczno-finansowe, funkcjonujące w znacznej części poza sferą regulacji ustawowej, podporządkowane co najwyżej dobrym obyczajom i zasadom rachunkowości. Tymczasem zarówno samo uzasadnienie powinności oszacowania, związane z bezpieczeństwem transakcji (weryfikacja pokrycia finansowego, ochrona przed wyzyskiem i znową przetargową oraz różne względy proceduralne), jak i wybór odpowiedniej metody obliczeniowej, a także prawidłowe ustalenie kosztów realizacyjnych zamykają się w ogólnej formule „należytego oszacowania”, pod rygorem osobistej odpowiedzialności karno-administracyjnej organu zarządzającego lub jego zastępcy⁵.

Niejednokrotnie na różnego rodzaju szkoleniach, konferencjach czy seminariach dotyczących zagadnień związanych z udzielaniem zamówień publicznych i stosowaniem

¹ Nr ORCID: 0000-0002-6964-9583.

² Ustawa z 11.09.2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.; dalej: PrZamPubl).

³ Ustawa z 29.01.2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.; dalej: ZamPublU).

⁴ Przede wszystkim 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 z 28.03.2014 r., s. 65, ze zm.; dalej: dyrektywa 2014/24/UE).

⁵ Por. art. 17 ust. 1 pkt 2 ustawy z 17.12.2021 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz.U. z 2021 r., poz. 289).

przepisów Prawa zamówień publicznych wskazuje się na problemy praktyczne związane z obliczaniem wartości zamówienia publicznego. Często też kontrole zamówień publicznych różnego rodzaju i szczebla z tego tytułu stawiają zamawiającym zarzuty naruszenia przepisów ustawowych. Tak działo się w oparciu o przepisy dotychczasowej ustawy (Zam-PublU z 2004 r.), obecnie również sytuacja w tym obszarze znacząco się nie poprawiła. Przykładowo można tylko wskazać, że jeszcze na bazie obowiązywania starej ustawy, tuż przed wprowadzeniem nowego Prawa zamówień publicznych, obszar związany z szacowaniem wartości zamówienia polscy zamawiający wskazywali jako jeden z ważniejszych obszarów wymagający poprawy w sferze legislacyjnej⁶.

Na pewne niedoskonałości rozwiązań legislacyjnych w poprzedniej ustawie w zakresie tematyki szacowania wartości przedmiotu zamówienia wskazywała także „Koncepcja nowego Prawa Zamówień Publicznych”⁷, diagnozując i specyfikując problemy związane z tym zagadnieniem, a jednocześnie wskazując na pewne kierunkowe propozycje rozwiązań legislacyjnych, które miały być wdrożone w tym zakresie w nowej ustawie. Zaledwie jedną z tych propozycji, mającą zasadniczo legislacyjny i porządkujący charakter, a dotyczącą umiejscowienia wszystkich regulacji dotyczących szacowania wartości zamówienia w jednym miejscu ustawy, udało się wdrożyć w PrZamPubl z 2019 r.

Czy biorąc powyższe pod uwagę można postawić tezę, że praktyka szacowania wartości zamówień publicznych jest przyczyną wszystkich problemów w zamówieniach publicznych? Wydaje się, że teza ta w naturalny sposób jest przesadzona i jej udowodnienie z pewnością nie byłoby możliwe. Niemniej jednak, łagodząc nieco to twierdzenie, można byłoby z całą pewnością spróbować udowodnić tezę, iż szacowanie wartości zamówienia stoi u podstaw wielu problemów zamówień publicznych.

Niniejszy artykuł stanowi próbę wykazania, jak wiele problemów związanych z udzieleniem zamówień publicznych, w szczególności w kontekście zarzutów kontroli, ma swoje źródło właśnie w jednym, aczkolwiek niezwykle istotnym, elemencie procesu przygotowania zamówienia publicznego, jakim jest oszacowanie wartości zamówienia. Oprócz identyfikacji problemów związanych z szacowaniem czy – bardziej poprawnie – obliczaniem wartości zamówienia artykuł ma za zadanie wskazać i rozważyć zasadność kierunkowych propozycji różnych rozwiązań, które mogłyby być zastosowane w tym temacie. Przywołanie argumentów za poszczególnymi rozwiązaniami i przeciw nim będzie kształtowało swoiste postulaty *de lege ferenda* odnośnie do tematu obliczania wartości zamówienia publicznego.

⁶ Por. M. Falkowska, Raport z oceny funkcjonowania systemu zamówień publicznych, Warszawa 2018, s. 33.

⁷ Dokument koncepcyjny wskazujący kierunki planowanych i proponowanych rozwiązań w zakresie nowego Prawa zamówień publicznych, stworzony wspólnie przez Urząd Zamówień Publicznych i Ministerstwo Przedsiębiorczości i Technologii w czerwcu 2018 r., źródło: <https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/prawo-zamowien-publicznych-regulacje/prawo-krajowe/koncepcja-nowego-pzp>.

Podstawowe dyspozycje dotyczące obliczenia wartości zamówienia

Podstawą ustalenia wartości zamówienia jest całkowite szacunkowe wynagrodzenie wykonawcy bez podatku od towarów i usług, ustalone z należytą starannością. Tak stanowi art. 28 PrZamPubl. Przepis ten wyznacza generalny i podstawowy kierunek obliczania wartości każdego zamówienia publicznego. W tym przepisie ukryte są trzy istotne wytyczne: a) szacunek, b) wartość netto, c) zachowanie należytej staranności przy wyborze metody i związanych z nią obliczeń.

Odnosząc się do pierwszej z wytycznych, należy wskazać, że podstawą obliczania wartości zamówienia jest pewien szacunek obliczenia tej wartości. Określenie „szacunkowy” według internetowego słownika języka polskiego oznacza: „przybliżone określenie wartości, wielkości lub ilości czegoś”⁸. Odniesienie się wprost do literalnego brzmienia tego określenia w oparciu o przywołaną definicję słownikową wskazuje, że przy obliczeniu i ustaleniu szacunkowej wartości zamówienia nie musimy podawać konkretnej wartości zamówienia. Oczywiście, o ile jest to możliwe, nie ma przeszkód, aby szacunek był dokładny. Wystarczające jednak jest, jeżeli wartość zamówienia określimy w sposób szacunkowy jako przybliżoną wycenę konkretnego przedmiotu zamówienia, ustaloną w określonych warunkach rynkowych.

Drugim istotnym elementem definiującym szacowanie wartości zamówienia jest wskazanie na wartość netto, tj. bez podatku od towarów i usług. Tym samym zatem ustawodawca unijny dla celów porównywalności i ujednolicenia tej kwestii w odniesieniu do wszystkich rodzajów zamówień, różnych zamawiających i wykonawców oraz różnych systemów podatkowych funkcjonujących w państwach członkowskich Unii Europejskiej określił, że wartość zamówienia ustalana przed wszczęciem postępowania i mająca znaczenie dla ustalenia, jakiego rodzaju procedury powinien zamawiający co do danego zamówienia publicznego zastosować, ma być wartością netto. Powyższe odróżnia szacowanie wartości zamówienia od budżetu zamawiającego, jaki może przeznaczyć na sfinansowanie danego zamówienia, w szczególności jeśli chodzi o wskazywanie tuż przed otwarciem ofert kwoty na sfinansowanie zamówienia czy też bezpośrednio już określenie kwoty umownej wartości zamówienia zlecanego do realizacji konkretnemu wykonawcy. Te kwoty będą zawsze kwotami brutto, uwzględniającymi należne podatki, które będą odprowadzane z tytułu wykonania określonych publicznych dostaw, usług czy robót budowlanych, w odróżnieniu od wartości szacunkowej przedmiotu zamówienia.

Ostatnim praktycznie doniosłym wyznacznikiem obliczenia wartości zamówienia jest należyta staranność. Należyta staranność to staranność wymagana w stosunkach danego rodzaju. Tak przynajmniej wynika z art. 355 Kodeksu cywilnego⁹, który odnosi się do

⁸ Sjp.pwn.pl/słowniki/szacunkowy.html.

⁹ Ustawa z 23.04.1964 r. (Dz.U. z 2021 r. poz. 1509 ze zm.; dalej: KC).

tego pojęcia. Do pojęcia należytej staranności odnosimy się w polskim systemie prawnym w wielu aspektach legislacyjnych. Wielokrotnie też próby zdefiniowania go podejmowano w orzecznictwie. Przywołać należy choćby jedno orzeczenie – postanowienie Sądu Najwyższego¹⁰, w którym sąd ten, odnosząc się do pojęcia należytej staranności, wskazał m.in., że „staranność to: dokładność, pilność, sumiennność, dbałość o szczegóły, natomiast rzetelność to: uczciwość, solidność, obowiązkowość, konkretność, odpowiedzialność za słowo”. Sąd Najwyższy odwołał się też do literatury, gdzie wyróżnia się pięciostopniowy podział rodzajów staranności. Wskazał na następujące po sobie stopnie staranności:

- minimalna (w granicach najniższego życiowego lub zawodowego doświadczenia), po której następuje:
- niezbędna (polegająca na wykonywaniu podstawowych czynności pracowniczych i zawodowych na podstawie wiedzy i umiejętności niezbędnych w konkretnym zawodzie),
- należyta, będąca przedmiotem naszego zainteresowania (polegająca na dokonaniu wszystkich typowych czynności zgodnie z wyższymi umiejętnościami i kwalifikacjami),
- szczególna (mająca charakter kwalifikowany, zasadzająca się na dokonywaniu wszystkich możliwych czynności zgodnie z wysokimi kwalifikacjami) i
- najwyższa (możliwa do realizacji przy bardzo wysokich kwalifikacjach).

Sąd Najwyższy wskazał, że na gruncie prawa cywilnego, w art. 355 § 1 KC, sformułowano obowiązek należytej staranności, stanowiąc, iż jest to staranność ogólnie wymagana w stosunkach danego rodzaju.

Sąd Najwyższy odwołał się również do poglądów doktryny, która przez należytą staranność rozumie z kolei „staranność ogólnie wymaganą”. To kryterium „ogólnych wymagań” nie zostanie spełnione w wypadku ograniczenia się tylko do staranności wystarczającej i minimalnej. Staranność ogólnie wymagana natomiast to staranność normalna, przeciętna¹¹.

Przenosząc powyższe teoretyczne rozwiązania na grunt pojęcia należytej staranności przy obliczaniu wartości zamówienia, należy mieć na uwadze, że jest to pewnego rodzaju sumiennność i skrupulatność, polegająca na dokonaniu wszystkich typowych czynności, ale popartych umiejętnościami i kwalifikacjami o wyższym poziomie oczekiwań, niezbędnych do ustalenia rzeczywistej, rynkowej wartości danego zamówienia. Wartość ta ustalana jest zatem przy uwzględnieniu dostępnej wiedzy, umiejętności i kwalifikacji, które są niezbędne na stanowisku pracy osoby dokonującej tych czynności, przed wszczęciem postępowania.

Omawiane generalne wytyczne dotyczące obliczania wartości zamówienia zawarte zostały w art. 28 PrZamPubl. Nie wskazują one zasadniczo – poza zamówieniami na

¹⁰ Postanowienie z 17.10.2002 r., IV KKN 634/99.

¹¹ Por. P. Wiśniewski, Komentarz do kodeksu cywilnego. Księga trzecia. Zobowiązania, t. 1, Warszawa 1996, s. 22–23.

roboty budowlane – na obowiązek stosowania konkretnej metody obliczenia wartości zamówienia. Wyłącznie przy robotach budowlanych ustawodawca powołuje się na obliczanie wartości zamówienia przede wszystkim metodą kosztorysu inwestorskiego, do którego sporządzania również mogą być stosowane różne metody. Oprócz kosztorysu inwestorskiego, jeżeli mamy do czynienia z zamówieniem realizowanym w formule „zaprojektuj i wybuduj”, obliczanie wartości odbywa się przy użyciu planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych, określonych w programie funkcjonalno-użytkowym¹².

W przypadku zaś większości zamówień, tj. zamówień na usługi i dostawy, ustawodawca nie określił metody, w oparciu o którą miałyby być obliczona wartość zamówienia. Powyższe z jednej strony nie ogranicza w żaden sposób zamawiających, z drugiej zaś często budzi konsternację po stronie osób zajmujących się zamówieniami publicznymi. Zawsze też może stanowić podstawę do próby formułowania przez kontrolerów zamówień publicznych zarzutów co do niezachowania należytej staranności przy obliczaniu wartości zamówienia poprzez zastosowanie określonej metody, która skutkowałą ustaleniem nierynkowej i nieaktualnej wyceny przedmiotu zamówienia.

Uwzględniając powyższe, częstym mankamentem procedur przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w zakresie obliczenia wartości zamówienia jest też nieumiejętne poszukiwanie właściwego wyznacznika wyceny dostaw czy usług, np. poprzez skierowanie do jednego potencjalnego wykonawcy prośby o wycenę przedmiotu zamówienia. Taka wycena, *de facto* arbitralna i jednostronna, częstokroć stanowi podstawę do ustalenia wartości szacunkowej zamówienia. Oczywiście jest, że tego rodzaju wycena, przy braku szerszego rozpoznania rynkowego wyceny przedmiotu zamówienia, nie będzie wyceną dokonaną z należyłą starannością.

Brak określenia ustawowo metody szacowania wartości zamówienia na dostawy lub usługi nie byłby mankamentem, gdyby w tym zakresie powstały jasne wytyczne, najlepiej właściwego organu, tj. Prezesa UZP, wskazujące przykładowe metody szacowania takich zamówień, jak: rozeznanie cenowe przeprowadzone na rynku dostaw i usługodawców świadczących usługi i dostawy objęte przedmiotem zamówienia poprzez tzw. zapytania cenowe, weryfikacja informacji na różnego rodzaju portalach i stronach internetowych, rozpoznanie rynku właściwego poprzez skorzystanie z wiedzy profesjonalnego podmiotu zajmującego się wyceną różnego rodzaju usług czy dostawy urządzeń i produktów, wycena przedmiotu zamówienia w oparciu o dotychczas dostarczane produkty czy świadczone usługi, z uwzględnieniem zmian rynkowych dotyczących wskaźnika cen towarów i usług konsumpcyjnych (tzw. wskaźnik inflacyjny) czy też inne, bardziej skomplikowane metody. Choć pewne wytyczne w tym zakresie pojawiają się na stronie internetowej

¹² Por. rozporządzenie Ministra Rozwoju i Technologii z 20.12.2021 r. w sprawie określenia metod i podstaw sporządzania kosztorysu inwestorskiego, obliczania planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym (Dz.U. z 2021 r., poz. 2458).

UZP¹³, to wciąż jest zbyt mało, przede wszystkim usystematyzowanej, informacji odnoszącej się do tego tematu.

Źródła trudności praktycznych

Brak wiedzy zamawiających w zakresie znajomości podstawowych metod szacowania wartości zamówienia, a także obowiązków z tym związanych (jak choćby obowiązek dokumentacyjny szacowania wartości zamówienia wynikający z przepisów rozporządzenia w sprawie protokołu¹⁴) to niejedyne problemy wiążące się z tym tematem.

Biorąc pod uwagę swoje doświadczenie zawodowe, w tym w szczególności analizę wyników kontroli Prezesa UZP¹⁵ oraz analizę orzecznictwa dotyczącego dyscypliny finansów publicznych z czynów odnoszących się do naruszeń przepisów PZP w zakresie obliczania wartości zamówienia¹⁶, zidentyfikowałam trzy grupy głównych problemów, które pojawiają się w związku z obliczaniem wartości zamówienia. Będą to sytuacje:

1) szacunku wartości zamówienia przez przyzmat:

- planu finansowego jednostki,
- planu postępowań o udzielenie zamówienia publicznego,
- kwoty na sfinansowanie zamówienia,

¹³ Por. opinie UZP dotyczące ZamPublU z 2004 r., które jednak w dalszym ciągu pozostają aktualne: Dopuszczalność zwracania się do wykonawców o przedstawienie cen zamawianych usług jako podstawa sposobu szacowania wartości zamówienia – <https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/interpretacja-przepisow/opinie-archiwalne/opinie-dotyczace-ustawy-pzp/przygotowanie,-wszczecie-i-przebieg-postepowania-o-udzielenie-zamowienia-publicznego/dopuszczalnosc-zwracania-sie-do-wykonawcow-o-przedstawienie-cen-zamawianych-uslug-jako-podstawa-sposobu-szacowania-wartosci-zamowienia>; Opis i szacowanie przedmiotu zamówienia na roboty budowlane – <https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/interpretacja-przepisow/opinie-archiwalne/opinie-dotyczace-ustawy-pzp/przygotowanie,-wszczecie-i-przebieg-postepowania-o-udzielenie-zamowienia-publicznego/opis-i-szacowanie-przedmiotu-zamowienia-na-roboty-budowlane>; Szacowanie wartości i udzielanie zamówień, w tym zamówień objętych projektem współfinansowanym ze środków Unii Europejskiej – <https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/interpretacja-przepisow/opinie-archiwalne/opinie-dotyczace-ustawy-pzp/przygotowanie,-wszczecie-i-przebieg-postepowania-o-udzielenie-zamowienia-publicznego/szacowanie-wartosci-i-udzielanie-zamowien,-w-tym-zamowien-objetych-projektem-wspolfinansowanym-ze-srodkow-unii-europejskiej>; też jedna z ostatnich opinii dotycząca zakupu żywności: Zasady szacowania wartości zamówienia na zakup produktów spożywczych – <https://www.uzp.gov.pl/nowe-pzp/interpretacje/opinie/zasady-szacowania-wartosci-zamowienia-na-zakup-produktow-spozywczych>; czy też opinia podsumowująca dotychczas prezentowane stanowiska UZP w zakresie szacowania wartości zamówienia na potrzeby zakupów organizowanych przez uczelnie wyższe: Opinie Prezesa UZP dotyczące zagadnień związanych z zamówieniami organizowanymi przez szkoły wyższe – https://www.uzp.gov.pl/_data/assets/pdf_file/0024/54258/OPINIE-PREZESA-UZP-DOTYCZACE-ZAGADNIEN-ZWIAZANYCH-Z-ZAMOWIENIAMI-ORGANIZOWANYMI-PRZEZ-SZKOLY-WYzsZE.pdf

¹⁴ Rozporządzenie Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z 18.12.2020 r. w sprawie protokołu postępowania oraz dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (Dz.U. z 2020 r. poz. 2434).

¹⁵ <https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/kontrolne-prowadzone-przez-uzp>

¹⁶ Aktualnie jest to zasadniczo jeden czyn wynikający z art. 17 ust. 1 pkt 2 ustawy z 17.12.2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz.U. z 2021 r. poz. 289), zgodnie z którym naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest ustalenie wartości zamówienia publicznego lub jego części lub konkursu, jeżeli miało to wpływ na obowiązek stosowania przepisów o zamówieniach publicznych albo na zastosowanie przepisów dotyczących zamówienia publicznego o niższej wartości.

- 2) **braku rozróżnienia i wiedzy, czy szacujemy wartość:**
- zamówienia czy
 - postępowania o udzielenie zamówienia publicznego,
- 3) **problemu z identyfikacją momentu szacowania wartości w stosunku do innej ważnej czynności przygotowującej postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, czyli co najpierw:**
- szacunek wartości czy
 - opis przedmiotu zamówienia.

Pierwszy z wymienionych przypadków to bardzo często pojawiający się błąd przy szacowaniu wartości zamówienia, gdzie wartość ta jest utożsamiana nie z wyceną rynkową, lecz w efekcie ze środkami, które zamawiający przeznacza na sfinansowanie zamówienia. I nie jest tutaj istotne, czy tę kwotę zamawiający weźmie ze swojego planu finansowego (budżetu), czyli jaką kwotę na sfinansowanie konkretnego zamówienia przeznaczy, czy z planu postępowań, gdzie określił wprost – w oparciu o swoje potrzeby ograniczone planem finansowym – orientacyjną wartość zamówienia. Zawsze w takim przypadku zamawiający ogranicza się przy tej czynności jedynie do swoich środków finansowych (budżetowych), nie weryfikując cen rynkowych. Ta sytuacja z kolei często prowadzi do tego, że składane w postępowaniu oferty nie mieszczą się w kwocie, którą zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia. Tak dokonana wycena z pewnością nie jest zrealizowana z należytą starannością. Zamawiający upraszczają szacowane wartości zamówienia do weryfikacji informacji zawartych w określonych podziałkach budżetowych. A budżet to nie szacunek wartości zamówienia. Stąd też w takich przypadkach mamy daleko idące uproszczenie przy szacowaniu wartości zamówienia i poważny mankament tej procedury.

Istotą problemów związanych z szacowaniem wartości zamówienia jest częsty brak rozróżnienia na szacowanie wartości zamówienia i postępowania o udzielenie zamówienia, jak również brak właściwego zdefiniowania pojęcia zamówienia publicznego dla potrzeb oszacowania wartości. W tym aspekcie należy pamiętać, że przepisy odnoszące się do obliczania wartości w zamówieniach publicznych dotyczą oszacowania wartości zamówienia publicznego, a nie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, czyli konkretnej procedury. Trzeba bowiem pamiętać, że w ramach realizacji jednego zamówienia zamawiający może przeprowadzić kilka procedur (postępowań o udzielenie zamówienia publicznego), natomiast szacunek wówczas będzie się odnosił nie do postępowania (tych może być kilka), lecz do zamówienia (będzie jedno i będzie identyfikowało całościową wycenę przedmiotu zamówienia)¹⁷.

Zamówienie publiczne zostało w PrZamPubl zdefiniowane poprzez pojęcie odpłatnej umowy zawartej pomiędzy wykonawcą a zamawiającym na wykonanie określonego ro-

¹⁷ Por. art. 30 ust. 1 PrZam Publ.

dzaju dostaw, usług czy robót budowlanych¹⁸. Definicja ta w żaden sposób nie jest pomocna dla zamawiających z perspektywy identyfikacji, czym jest konkretne zamówienie publiczne i jaki jest jego zakres w kontekście obliczenia we właściwy sposób i z należytą starannością jego wartości. Braki w tym zakresie obserwuję już od wielu lat, i to wśród osób stale i zawodowo zajmujących się udzielaniem zamówień po stronie zamawiających, jak również po stronie kontrolerów, weryfikujących poprawność udzielania zamówień publicznych. Próba rozwiązania tego problemu wydaje się niezbędna choćby po to, aby uniknąć wielu zarzutów stawianych w takich sytuacjach, często w sposób nadmierny, przez kontrolerów, co ma szczególne znaczenie wobec zbliżającego się powoli wydatkowania środków unijnych z nowej perspektywy finansowej 2021–2027, w ramach zatwierzonego polskiego Krajowego Planu Odbudowy. Zdefiniowanie w tym kontekście zamówienia publicznego z pewnością nie jest sprawą prostą, niemniej wydaje się, że taka próba powinna być podjęta, czy to poprzez zmianę prawa powszechnie obowiązującego w ramach zapowiadanej ewaluacji nowej ustawy, czy też w drodze wdrożenia dobrych praktyk w zakresie szacowania wartości zamówienia (tzw. miękkie prawo), których, w odniesieniu do omawianej tematyki, nieustająco brakuje¹⁹.

Odnosząc się do ostatniego zidentyfikowanego problemu z szacowaniem wartości zamówienia, należy zwrócić uwagę na częsty również błąd popełniany na etapie przygotowania zamówienia przez zamawiających. Chodzi o kolejność podejmowanych przez zamawiających działań, tj. najpierw oszacowanie wartości zamówienia (najczęściej poprzez – jak wskazano powyżej – zidentyfikowanie tej wartości w przyjętym planie finansowym), a dopiero w drugim etapie opisanie przedmiotu zamówienia. Taka kolejność czynności związanych z przygotowaniem postępowania prowadzi do stworzenia dwóch całkowicie autonomicznych ustaleń, mających znaczenie dla prawidłowości całej procedury udzielenia zamówienia publicznego, a w efekcie jego późniejszej realizacji. Te dwa istotne ustalenia powinny być ze sobą spójne i od siebie zależne. Z jednej strony będzie to identyfikacja tego, co zamawiający chce w ramach publicznej procedury zakupić – jaki będzie to przedmiot zamówienia, jaki będzie jego zakres, z jakich rozwiązań dostępnych w tym zakresie na rynku zamawiający chciałby skorzystać, przy uwzględnieniu jego uzasadnionych potrzeb zakupowych itd. – z drugiej zaś strony zidentyfikowane potrzeby zakupowe powinny być odniesione do wyceny rynkowej. Czy wybierając ścieżkę: najpierw dokonują pobieżnej wyceny generalnego zakupu, bez określenia jego szczególnych cech, a następnie opisują przedmiot zamówienia z uwzględnieniem swoich potrzeb, w tym także szczegółowych aspektów jakościowych, faktycznie mamy do czynienia ze spójnością wszystkich elementów zamówienia, jego przedmiotu i wyceny? Można mieć poważne wątpliwości, gdyż dla dokonania właściwej wyceny konkretnego zakupu, wyceny

¹⁸ Por. art. 7 pkt 32 PrZamPubl.

¹⁹ Niewielka propozycja, która pojawiła się w ostatnim czasie na stronie internetowej UZP: Zasady szacowania wartości zamówienia na zakup produktów spożywczych [w:] Informator Urzędu Zamówień Publicznych, nr 4/2021, s. 27–29, źródło: <https://www.uzp.gov.pl>, jest wyłącznie opinią prawną UZP i stanowi kroplę w morzu potrzeb.

z należytą starannością, w pierw niezbędne są szczegółowe określenie i szczegółowa identyfikacja tego zakupu, a więc opisanie przedmiotu zamówienia.

Wskazanej korelacji niejednokrotnie brakuje, co pokutuje zakupem tzw. ponad stan (brak środków na sfinansowanie zamówienia i nieefektywność procedury, często ze skutkiem niweczącym w postaci unieważnienia postępowania) albo byle jakim, nieuwzględniającym istotnych cech jakościowych przedmiotu zamówienia. W tym zakresie pokuszę się o niepopularną tezę, że stosowanie kryteriów pozacenowych czy też – jak to nowe PZP aktualnie słusznie określa – kryteriów jakościowych²⁰ ma mniejsze, o ile nie niewielkie, znaczenie dla podniesienia jakości zakupów publicznych w kontekście prawidłowo dokonanego opisu przedmiotu zamówienia i właściwej jego wyceny. Jakość opisana w kryteriach oceny ofert, nawet najlepiej, nie musi być przez wykonawców w ogóle zaoferowana (ocena: punktowana), zaś dobrze opisany, z aspektami jakościowymi, przedmiot zamówienia i dobrze wyceniony przed wszczęciem postępowania poprzez należyty szacunek zakupu – zawsze daje szanse (ocena: spełnia/nie spełnia) na lepszy jakościowo publiczny zakup.

Niektóre aspekty szacowania wartości zamówienia

Wśród praktycznych problemów związanych z szacowaniem wartości zamówienia, które często przysparzają polskim zamawiającym zarzuty w kontroli udzielania zamówień publicznych, poczesne miejsce zajmuje tzw. sumowanie zamówień, w szczególności w związku z zakupami dotyczącymi tzw. podobnych dostaw.

O ile nowa ustawa nie nakłada w tym zakresie szczególnych rygorów, jeśli chodzi zarówno o roboty budowlane (tak było również przy ZamPublU z 2004 r.), jak i usługi (tutaj nowa ustawa wiele formalnie ułatwiła, choć nie jest to zauważalne wśród samych zamawiających, a i instytucje właściwe w tym zakresie nie epatują zbytnio tą wiedzą i informacją), to niewątpliwie problem tzw. sumowania dotyka zamówień na dostawy. Sumowanie zamówień na dostawy, normatywnie wyrażone w art. 30 ust. 2 PrZamPubl, wprowadza konieczność łącznego ujmowania zakupów produktów, urządzeń i innych przedmiotów w ramach nie tylko tożsamy przedmiotów zamówienia na dostawy, ale również zamówień podobnych.

Czym są podobne dostawy? Pojęcie to w pewnym sensie definiuje dyrektywa 2014/24/UE. Z motywu 19 tej dyrektywy wynika, że podobne dostawy to dostawy na produkty o identycznym lub podobnym przeznaczeniu, np. dostawy różnych rodzajów żywności lub różnych mebli biurowych. Ustawodawca unijny sprecyzował, że o podobieństwie produktu świadczy to, że dane produkty podlegałyby zakupowi od jednego rodzaju wykonawcy. Oznacza to, że zazwyczaj wykonawca działający w danym sektorze byłby zainteresowany dostawą takich artykułów jako części swojego normalnego asortymentu. Chodzi zatem o normalny, standardowy obrót i sprofilowaną działalność wykonawców, a nie o wy-

²⁰ Por. art. 239 ust. 2 PrZamPubl, art. 242 ust. 1 pkt 1 PrZamPubl, art. 242 ust. 2 PrZamPubl.

konawców, którzy *de facto*, choćby z uwagi na zasadę swobody działalności gospodarczej, mogą zajmować się wszystkim. Pewne sprofilowanie działalności wykonawców można wywieść z tzw. teorii supermarketu, obrazowo ukazującej z jednej strony zasady identyfikacji odrębnego zamówienia publicznego, z drugiej zaś konieczność sumowania zakupów dla określenia jednego, łącznego zamówienia. Wedle tej teorii za zamówienie jednego rodzaju (podobne) będzie uznawany zakup produktu, który moglibyśmy zakupić nie w całym supermarkecie, lecz w jego wyodrębnionym dziale. I tak będziemy mogli kupić odrębnie artykuły żywnościowe takie jak warzywa i odrębnie artykuły żywnościowe takie jak mięsa czy pieczywo. Wszystkie te produkty stanowią żywność, ale nie powinno się ich łączyć jako jedno zamówienie, wziąwszy pod uwagę inny profil działalności podmiotów, które standardowo na rynku zajmują się dostawami takich produktów żywnościowych.

Takie podejście do oceny zamówienia podobnego to w dalszym ciągu nowość i niejednokrotnie swoistego rodzaju „wiedza tajemna”, nie tylko z perspektywy wielu zamawiających, lecz również kontrolerów.

Warto przy tej okazji zwrócić uwagę na jeszcze jeden kierunek interpretacyjny dotyczący sumowania wartości zamówień podobnych, a jednocześnie pewne wytyczne do identyfikacji, czym jest właśnie odrębne zamówienie, które wyodrębniamy, a następnie obliczamy jego wartość. Kierunek ten, na potrzeby szacowania wartości zamówienia, wytyczony został w jednej ze starych opinii UZP, pozostającej w dalszym ciągu aktualną, a odnoszącej się do tzw. trzech tożsamości:

- tożsamości przedmiotowej,
- tożsamości czasowej,
- tożsamości podmiotowej²¹.

Podobieństwo przedmiotowe i funkcjonalne przedmiotu zamówienia potwierdza tożsamość przedmiotową zakupów, możliwość udzielenia zamówień w tym samym czasie, wytycza tożsamość czasową i możliwość wykonania zamówienia potencjalnie przez jednego wykonawcę, biorąc pod uwagę jego sprofilowaną, standardową działalność, wskazuje na tożsamość podmiotową. Łącznie spełnienie wszystkich wskazanych przesłanek identyfikuje jedno zamówienie publiczne. Te trzy tożsamości wytyczają i definiują zamówienie publiczne, które nawet jeżeli będzie formalnie rozdzielone na zakupy w odrębnych procedurach (zamówienie udzielane w częściach²²), to będzie stanowiło swoistą całość. Zamówienie takie będzie podlegało wycenieniu szacunkowej jako jedno zamówienie.

²¹ Opinia UZP: Szacowanie wartości i udzielanie zamówień, w tym zamówień objętych projektem współfinansowanym ze środków Unii Europejskiej – <https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/interpretacja-przepisow/opinie-archiwalne/opinie-dotyczace-ustawy-pzp/przygotowanie,-wszczecie-i-przebieg-postepowania-o-udzielenie-zamowienia-publicznego/szacowanie-wartosci-i-udzielanie-zamowien,-w-tym-zamowien-objetych-projektem-wspolfinansowanym-ze-srodkow-unii-europejskiej>.

²² Por. art. 30 ust. 1 PrZamPubl.

Identyfikacja najważniejszych problemów

Przedstawiając powyższe rozważania, należałoby zidentyfikować przynajmniej kilka, najczęściej powtarzających się w praktyce udzielania i kontroli zamówień publicznych, trudności wykonawczych.

Sumowanie wszystkich zamówień w skali całego roku w całej jednostce. Z taką sytuacją spotykamy się najczęściej przy kontrolach zamówień, gdzie w pewnym uproszczeniu kontroler, z perspektywy czasowej (*post factum*), patrzy na miniony już rok, w którym dokonywaliśmy zakupów publicznych. Kontroler taki patrzy na wykonanie budżetu jednostki np. z pozycji zakup komputerów²³ i dokonuje prostego zsumowania zakupów u danego zamawiającego w tej pozycji w skali roku, twierdząc, że jest to jedno zamówienie udzielane w częściach, do którego – biorąc pod uwagę skalę rocznych zakupów – należałoby stosować właściwą dla całości tych zakupów procedurę. Taki sposób myślenia jest swoistą nadinterpretacją i daleko posuniętym uproszczeniem. Aby zabezpieczyć się przed taką nieuprawnioną praktyką kontrolerów, zamawiający udzielający pojedynczych zakupów na przykładowe komputery, nie sumując ich wartości z pozostałymi, powinien zamieścić i sformułować w dokumentacji postępowania uzasadnienie do zaistnienia w danym przypadku tzw. zamówienia odrębnego, co do którego nie zostały wypełnione wszystkie trzy ww. tożsamości.

Sumowanie zamówień finansowanych z budżetu (planu) krajowego oraz z projektów UE. Zamawiający, zwłaszcza jednostki rozbudowane w swojej strukturze organizacyjnej, często rozdzielają zakupy i nie stosują tzw. sumowania dla zamówień finansowanych standardowo ze swojego budżetu i odrębnie, z jakichś innych, zewnętrznych źródeł, w szczególności projektów unijnych czy naukowych. Na taki podział zamówienia, o ile oczywiście wszystkie trzy ww. tożsamości znajdują wypełnienie, nie pozwalają przepisy krajowe ani unijne. Nie jest ważne, skąd przykładowe środki finansowe na zakup komputerów pochodzą, istotne jest, że takich tożsamych (czy nawet podobnych) zakupów dokonuje ten sam zamawiający w tym samym czasie – wówczas mamy do czynienia z jednym zamówieniem.

Sumowanie wartości wstecz, problem zamówień udzielanych w częściach. Obliczenie wartości zamówienia powinno się odbywać przed wszczęciem postępowania, a jeżeli zamówienie jest udzielane w częściach – przed wszczęciem pierwszego postępowania dotyczącego udzielenia zamówienia w kilku częściach i w kilku procedurach. To w tym momencie powinna być określona wartość całego zamówienia udzielanego w częściach i wartość tej jednej części. Częstokroć natomiast obserwowana jest praktyka zamawiających, którzy *post factum*, niejako z ostrożności procesowej, doliczają wstecznie wartość małego zamówienia do wcześniej udzielanych zamówień, tłumacząc, że jest to część

²³ Warto zwrócić uwagę na ten szczególny rodzaj zakupów charakterystyczny dla większości zamawiających. Częściowo tę tematykę poruszał F. Łapecki, Z problematyki ustalania wartości zamówienia publicznego – nadużycia godzące w interes publiczny w dostawach i usługach informatycznych [w:] *Zamówienia publiczne jako instrument sprawnego wykorzystania środków unijnych*, red. E. Adamowicz, J. Sadowy, wyd. 2 rozszerzone, Sopot 2012.

wcześniej udzielonego zamówienia. Taki sposób postępowania świadczy o braku dochowania zasad należytej staranności wymaganej przy szacowaniu wartości zamówienia jeszcze przed wszczęciem procedury jego udzielenia.

Utożsamianie wartości szacunkowej zamówienia ze środkami z planu finansowego. Na ten aspekt zwracałam już wcześniej uwagę, identyfikując taki sposób szacowania wartości zamówienia jako niedopełnienie zasad należytej staranności. Proste przełożenie kwoty z budżetu jako podstawy wyceny szacunkowej przedmiotu zamówienia nie oznacza wyceny prawdziwie rynkowej, dokonywanej w oparciu o obiektywne okoliczności. Można nawet stwierdzić, że w takim przypadku w ogóle nie miało miejsca ustalenie szacunkowo wartości zamówienia z należytą starannością.

Wielość pojęć: „szacunkowa wartość”, „orientacyjna wartość”, „wartość zamówienia”, „kwota na sfinansowanie zamówienia”. Ustawodawca nie ułatwia nam zadania w zrozumieniu i pogłębieniu tematyki należytego szacowania wartości zamówienia. Używa bowiem w PrZamPubl kilku określeń, które mogą wprowadzać w błąd. „Szacunkowa wartość”, „orientacyjna wartość”, „wartość zamówienia”, „kwota na sfinansowanie zamówienia” to pojęcia, które – każde z nich – dotyczą zapełnienia innego elementu wyceny i różnej perspektywy czasowej na weryfikację tych wartości. Nas z punktu widzenia tematu artykułu interesuje wyłącznie pierwsze z pojęć (szacunkowa wartość). Orientacyjna wartość zamówienia, a więc wartość mniej dociekliwie i starannie ustalona, będzie miała odniesienie do planowania postępowań o udzielenie zamówienia publicznego w oparciu o dyspozycję art. 23 PrZamPubl²⁴. Wartość zamówienia w różnych aspektach będzie się pojawiała w PrZamPubl, ale najczęściej będzie utożsamiana z już udzielonym zamówieniem. Kwota na sfinansowanie zamówienia to odrębna wartość, która powinna się mieścić w realnym zabezpieczeniu finansowym na dane zamówienie, zatem najczęściej pochodzi z budżetu zamawiającego. Pojęcia te często są mylone i wydaje się, że ich wielość oraz różne rozumienie można byłoby nieco uporządkować w regulacjach prawnych, co niewątpliwie dałoby im większą przejrzystość.

Brak jednolitej metody szacowania wartości zamówienia dla dostaw i usług. Jak już wcześniej wskazano, brak wytycznych w tym zakresie, przy dodatkowych, wskazywanych problemach z szacowaniem wartości zamówienia, przyczynia się do rozbieżności interpretacyjnych oraz różnych praktyk związanych z szacowaniem wartości zamówienia.

Propozycje rozwiązań

O jakich rozwiązaniach problemów praktycznych związanych z szacowaniem wartości zamówienia można sensownie mówić?

²⁴ Por. również rozporządzenie Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z 18.12.2020 r. w sprawie wzoru planu postępowań o udzielenie zamówień (Dz.U. z 2020 r. poz. 2362).

Wieloletnie doświadczenia praktyczne udzielania zamówień publicznych pokazują, że niewątpliwie regulacje dotyczące szacowania wartości zamówienia powinny zostać zmodernizowane tak, aby dać odpowiednie wytyczne do właściwego postępowania dla zamawiających, ale również uwzględnić aspekt kontroli udzielania zamówień publicznych i stawiania zamawiającym zarzutów tym zakresie, zwłaszcza w ramach wydatkowania środków unijnych.

Poniżej wskazuję cztery możliwe, nasuwające się od razu, rozwiązania problemów dotyczących należytego szacowania wartości zamówienia. Nie są one z pewnością idealne, a niektóre wręcz szkodliwe. Niemniej dla porządku warto je przywołać z jednoczesną próbą ich oceny, nie zamykając się jednocześnie na inne, jeszcze niezidentyfikowane, remedia na właściwe szacowanie wartości zamówienia.

Pierwszym, najprostszym pomysłem byłaby nowelizacja przepisów PZP i wprowadzenie bardziej kazuistycznych rozwiązań prawnych w zakresie szacowania wartości zamówienia. Osobiście jednak jestem przeciwna takim rozwiązaniom, które niepotrzebnie formalizują procedurę przygotowania i udzielenia zamówienia publicznego. Uważam je za szkodliwe systemowo dla ustawy. Poza tym z pewnością w ramach takich regulacji prawnych nie byłibyśmy w stanie określić wszystkich możliwych sytuacji faktycznych regulujących ten temat. W związku z tym za jakiś czas znów okazałoby się, że ustanowione przepisy nie są wystarczające.

Drugi sposób to również zmiana legislacyjna, która sprowadzałaby się do zdefiniowania pojęcia zamówienia publicznego na potrzeby szacowania wartości zamówienia, o czym wspominałam wcześniej. Powyższe może być jednak nieco problematyczne z uwagi na inny rodzaj zdefiniowania zamówienia publicznego wprowadzony do PrZam-Publ i potrzeby identyfikacji zamówienia publicznego w modelu umowy cywilnoprawnej.

Trzeci sposób rozwiązania problemów z szacowaniem wartości zamówienia to znów zmiana legislacyjna, ale w szerszym wymiarze. Zmiana ta sprowadzałaby się do wprowadzenia do PZP ustawowej metody obliczania wartości zamówienia, która była już znana w praktyce stosowania polskich zamówień publicznych zaraz po wejściu w życie ZamPublU z 2004 r. Chodzi tu o metodę szacowania (sumowania) wartości zamówienia w oparciu o określony poziom grupowania towarów i usług według przeznaczenia (w ujęciu asortymentowym), co wynika zresztą z samych dyrektyw (por. np. preambułę do dyrektywy 2014/24). Najbardziej odpowiednie do posiłkowego uwzględnienia (w razie nieusuwalnych wątpliwości) są urzędowe dyspozycje zawarte w Polskiej Klasyfikacji Wyrobów i Usług. Natomiast roboty budowlane powinno się ujmować i szacować według ich rezultatów, czyli według poszczególnych obiektów budowlanych. To samo wynika z nowego rozporządzenia o metodach kosztorysowania budowlanego²⁵.

²⁵ Por. rozporządzenie Ministra Rozwoju i Technologii z 20.12.2021 r. w sprawie określenia metod i podstaw sporządzania kosztorysu inwestorskiego, obliczania planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym (Dz.U. z 2021 r., poz. 2458).

Ostatni postulat to stworzenie wytycznych Prezesa UZP dotyczących szacowania wartości zamówienia na dostawy i usługi (dobre praktyki stanowiące tzw. miękkie prawo). Musiałyby to być kompleksowe i praktyczne wytyczne dotyczące różnych aspektów obliczania wartości zamówienia, ze szczególnym uwzględnieniem zamówień na dostawy i usługi, z którymi mamy największy problem. Wytyczne te powinny się odnosić do sygnalizowanych wcześniej w artykule tematów, w tym w szczególności do: sumowania wartości zamówienia, identyfikacji zamówień odrębnych, definiowania zamówień podobnych czy też zdefiniowania pojęcia zamówienia publicznego na potrzeby szacowania wartości zamówień. Zwolenników tego typu rozwiązań nie brakuje pośród ekspertów i urzędników obsługujących zamówienia publiczne. Powinny się one najlepiej sprawdzić w praktyce i przynieść oczekiwane przez rynek zamówień publicznych rezultaty, a nawet dodatkowy, niemniej istotny skutek w postaci lepszego i bardziej efektywnego wykorzystania środków unijnych z nowej perspektywy finansowej.

Summary

Proper estimation of contract value

The article discusses issues related to calculating the value of the subject of a public contract. This topic is important mainly from a practical point of view, but has not yet been properly researched. Meanwhile, issues relating to the commonly referred to process of „estimating the value of the contract” will tend to affect every public procurement procedure, including in the context of various types of control bodies carrying out verifications of the proceedings.

The article points out serious problems and issues related to this topic, concerning statutory regulations, the interpretation of the law and the way in which solutions are applied in practice. Regardless of the identification and analysis of these problematic issues, the article points to proposals for specific organisational and legal solutions that would allow, in the future, the awarding of public contracts to be better organised based on the provisions of the Public Procurement Law of 2019.

Keywords: Public procurement, procurement contract value, estimation, due diligence, budget, financial plan.

Z problematyki efektywności gospodarczej zamówień publicznych

1. Uwagi ogólne

Efektywność gospodarcza (ekonomiczna) stanowi przedmiot wieloletnich badań zarówno w obrębie nauk ścisłych, jak i humanistycznych. Pełni bowiem ważną funkcję w koncepcji zarządzania ekonomicznego ukierunkowanego na długotrwałe i stabilne funkcjonowanie badanego podmiotu oraz jego równowagę materialną². W ujęciu nauk ekonomicznych efektywność ekonomiczna rozumiana jest jako osiąganie określonych korzyści w wyniku podejmowania wyznaczonych działań. Uznaje się, że jest to relacja efektu, czyli osiągniętego wyniku materialnego, do nakładu, czyli wszystkich wykorzystanych czynników i środków³. Kluczowym elementem jest zatem rezultat, który poprzedzany jest szeregiem ówczesznie podjętych czynności. W ramach oceny efektywności bierze się pod uwagę zakres decyzyjny wynikający z właściwego gospodarowania majątkiem na skutek planowania, monitorowania, nadzoru, kontroli i oceny podjętych działań. Analizie podlegają wszystkie wykorzystane nakłady⁴ materialne, niematerialne, finansowe, a także osobowe, w tym pracownicze. Skutkiem przeprowadzonego badania będzie efekt, przybierający charakter wymierny, który w porównaniu z założonym celem wykazuje zysk lub stratę.

Badanie efektywności ekonomicznej ma największą skuteczność, gdy uwzględnia się wielowymiarowe warunki gospodarcze. Kompleksowa ocena funkcjonowania danego podmiotu wyrażona wyłącznie w postaci wyniku finansowego może być niewystarczająca. Oprócz rachunku zysków i strat należy uwzględnić także pozaekonomiczne czyn-

¹ Nr ORCID: 0000-0003-0818-197X.

² L. Krzyżanowski, *Podstawy nauk o organizacji i zarządzaniu*, Warszawa 1992, s. 33.

³ A. Cwiągala-Małys, *Pomiar efektywności procesu kształcenia w publicznym szkolnictwie akademickim*, Wrocław 2010, s. 79; E. Głodziński, *Efektywność ekonomiczna – dylematy definiowania i pomiaru*, „Zeszyty Naukowe Politechniki Śląskiej” 2014, nr 1919, s. 157.

⁴ K. Kowalska, *Efektywność procesów logistycznych [w:] Sprawność i efektywność zarządzania łańcuchem dostaw*, red. K. Kowalska, S. Markusik, Dąbrowa Górnicza 2011, s. 238.

niki, takie jak organizacja działań, wykorzystanie innowacyjnych technologii, aspekty środowiskowe, marketingowe oraz prawne. Elementy te podlegają kwantyfikacji, nadaje się im bowiem wymiar ilościowy, dzięki któremu następnie można je wycenić jako konkretną wartość na wyznaczonej skali⁵. Skutkiem takiego podejścia jest wprowadzenie elementów jakościowych związanych ze sprawnym funkcjonowaniem podmiotu. Nie zmienia to jednak faktu, że podstawowymi miernikami efektywności ekonomicznej są zysk, płynność finansowa, wypłacalność i notowania rynkowe. W obecnym stanie nauki stosuje się również wskaźniki pozafinansowe, takie jak liczba projektów dotyczących zrównoważonego rozwoju, liczba partnerów, inicjatywy społeczne na szczeblu krajowym i lokalnym czy też relacje z lokalną społecznością⁶.

Efektywność ekonomiczną na gruncie nauk prawnych należy rozpatrywać w kontekście definicji wywodzonej z nauk ekonomicznych⁷. Przenosząc powyższe rozważania na obszar ustawodawstwa, przyjąć należy, że prawo powinno być formułowane przez pryzmat aktualnego stanu wiedzy, wzięwszy pod uwagę dotychczasowy dorobek naukowy, z uwzględnieniem aspektów społecznych⁸ oraz środowiskowych.

2. Efektywność zamówień publicznych

Jednym z narzędzi przeznaczonych do osiągnięcia efektów ekonomicznych i pozaekonomicznych za pomocą odpowiedniej alokacji zasobów finansowych są zamówienia publiczne⁹. Obecnie obowiązujący system prawa ukierunkowany jest na maksymalną efektywność i przejrzystość zamówień. Pełnią ważną funkcję w procesie wsparcia małych i średnich przedsiębiorstw, ale także za ich pośrednictwem można wdrażać innowacyjne produkty i usługi¹⁰. Za pomocą odpowiedniego stosowania norm prawnych dotyczących zamówień uzyskać można efekty w postaci rozdzielania zasobów publicznych przy jednoczesnej maksymalizacji korzyści wynikających z ich wykorzystania. W związku z tym w ramach najważniejszych założeń obecnie obowiązującego prawa dotyczącego zamówień publicznych jest implementowanie zasady best value for money. Kładzie ona bowiem nacisk na wykorzystywanie środków publicznych skutkujący jak największymi ko-

⁵ E. Głodziński, Efektywność ekonomiczna – dylematy definiowania i pomiaru, „Zeszyty Naukowe Politechniki Śląskiej” 2014, nr 1919, s. 164.

⁶ M. Ciesielska, Pomiar strategii CSR w przedsiębiorstwie [w:] Kształtowanie efektywności przedsiębiorstw – determinanty, pomiar, narzędzia, red. K. Lobos i B. Goranczewski, „Zeszyty Naukowe Wyższej Szkoły Bankowej we Wrocławiu” 2011, nr 27/2011, s. 201.

⁷ T. Famulski, Efektywność ekonomiczna w ekonomicznej analizie prawa [w:] Finanse i Prawo Finansowe, red. I.D. Czechowska, Łódź 2017, s. 27.

⁸ K. Balcunas, Prawo – sprawiedliwe czy efektywne ekonomicznie?, „Studenckie Prace Prawnicze, Administratywistyczne i Ekonomiczne” 2016, nr 19, s. 33.

⁹ P. Nowicki, Zamówienia publiczne jako instrument kształtowania gospodarki przez państwo, „Prace Naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego we Wrocławiu” 2017, nr 497, s. 115.

¹⁰ Uzasadnienie projektu ustawy z dnia 11.9.2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. 2021 r. poz. 464), Sejm VIII kadencji 2019, druk nr 3624, s. 1.

rzyściami ekonomicznymi i społecznymi. W praktyce oznaczać to będzie najlepszą jakość usług lub produktów przy jednoczesnym oszczędnym wydatkowaniu środków publicznych¹¹.

Rozwiązanie przewidziane w ustawie – Prawo zamówień publicznych z 2019 r.¹² zakłada, że efektem zamówienia będzie produkt lub usługa łącząca w sobie odpowiednią cenę z wysoką jakością¹³, które w ramach realizacji zadań publicznych będą jednocześnie zapewniały najlepsze efekty ekonomiczne, społeczne, środowiskowe oraz gospodarcze¹⁴. W celu realizacji tej zasady ustawodawca przewiduje szereg narzędzi i instrumentów prawnych możliwych do wykorzystania przez instytucję zamawiającą. Procedura w tym zakresie przewiduje również szereg obowiązków zamawiającego w ramach planowania zamówienia, wyboru najkorzystniejszej oferty czy przeprowadzania analizy potrzeb i wymagań, których celem jest wdrażanie postępowań o wysokim poziomie efektywności. Zamówienia publiczne stanowią bowiem ważny element służący trwałemu i sukcesywnemu rozwojowi gospodarstwu, przy założeniu, że są one wykorzystywane w taki sposób, aby łączyć dbałość o środowisko z troską o sprawy społeczeństwa.

Skuteczny proces zakupowy oddziałujący na sferę publiczną nazywany jest efektywnością społeczną. Polega ona na wprowadzaniu inwestycji użytecznych dla ogółu, takich jak mosty, szkoły czy szpitale publiczne oraz inne obiekty, które służą całemu społeczeństwu, w tym przedsiębiorcom. W jej ramach wdraża się także zamówienia uwzględniające między innymi kwestie zatrudnienia osób niepełnosprawnych, zgodności z prawem pracy oraz ludzką godnością, równych szans dla kobiet i mężczyzn, a także zagadnienia dotyczące etyki handlowej i biznesowej¹⁵. Wdrożenie strategii obejmującej aspekty społeczne w głównej mierze zależy od instytucji zamawiającej. Wszak już na etapie przygotowania postępowania – kierując się potrzebami ogółu – zastrzec może ona odpowiednie wymogi dotyczące wykonawców w ogłoszeniu o zamówienie, ograniczając krąg oferentów do podmiotów, których celem działalności jest społeczna integracja osób marginalizowanych¹⁶.

Dodatkowo prawo zamówień publicznych pozwala zamawiającemu uwzględniać potrzeby zbiorowe w warunkach realizacji zamówienia, a w szczególności w opisie przedmiotu zamówienia. W ten sposób proces zakupowy może zostać optymalnie ukierunkowany na cele społeczne. Zobowiązuje bowiem potencjalnych wykonawców do uwzględnienia warunków ustalonych w opisie i podjęcia określonych w nim działań¹⁷, ta-

¹¹ P. Nowicki, *Efektywne zamówienia publiczne jako rezultat stosowania nowego podejścia do zamówień publicznych*, Warszawa 2013, s. 10.

¹² Ustawa z 11.9.2019 r. – Prawo zamówień publicznych, (t.j.: Dz.U. 2021 r. poz. 464).

¹³ <https://www.gov.pl/web/rozwój-technologie/prawo-zamowien-publicznych> (dostęp: 23.12.2021 r.).

¹⁴ Art. 17 ust. 1 ustawy z dnia 11.9.2019 r. – Prawo zamówień publicznych, (Dz.U. 2021 r. poz. 464).

¹⁵ K. Wińska-Rużewicz, M. Zaborowski, *Spoleczne zamówienia publiczne*, „Optimim. Economic Studies” 2018, nr 1(91), s. 53.

¹⁶ Art. 94 PrZamPubl.

¹⁷ K. Oldak-Bulanowska, *Departament Unii Europejskiej i Współpracy Międzynarodowej Urzędu Zamówień Publicznych, Aspekty społeczne w zamówieniach publicznych*, Warszawa 2014, s. 56.

kich jak obowiązek zatrudnienia przez wykonawcę albo podwykonawcę osób wykonujących określone przez instytucję zamawiającą czynności w oparciu o umowę o pracę, jeżeli stanowią one rodzaj działań objętych Kodeksem pracy¹⁸. Opis przedmiotu zamówienia uwzględniać może również aspekty społeczne, w szczególności gdy efekt zamówienia służy do użytku przez osoby fizyczne. Niezbędne jest określenie warunków zamówienia w taki sposób, aby spełniony był wymóg dostępności i przeznaczenia dla wszystkich użytkowników, w tym osób niepełnosprawnych. Wziąwszy pod uwagę omówione możliwości, wyciągnąć należy wniosek, że zamawiający wpływać może na trafne i dostateczne zaspokajanie potrzeb publicznych, które bezpośrednio oddziałuje na rozwój społeczny. W celu weryfikacji efektywności zamówienia w wymiarze społecznym należy dokonać oceny wpływu konkretnego procesu zakupowego na dany region oraz zamieszkującą go społeczność lokalną, uwzględniając aktualne potrzeby publiczne oraz związane z nimi koszty¹⁹.

Wraz z aspektami gospodarczymi oraz społecznymi efektywne zamówienia publiczne również w wymiarze środowiskowym powinny uzyskiwać najlepsze efekty w stosunku do nakładów. Proces ten polegać może na minimalizacji szkód dla środowiska poprzez utrzymanie produktów i materiałów w łańcuchu dostaw przez dłuższy czas w odniesieniu do całego cyklu ich życia – od projektowania po utylizację. Efekt ten uzyskać można również za pomocą odzyskiwania surowców w celu ich ponownego wykorzystania po zakończeniu użytkowania produktów. Zwracając uwagę na cykl życia towarów, dokonać można pomiaru ilości wydzielanych gazów cieplarnianych, a także ocenić wpływ na bioróżnorodność środowiskową²⁰ czy poziom zużycia zasobów (np. wody) w procesie produkcji danego produktu.

Osiągnięcie efektów sprzyjających ochronie środowiska nastąpić może poprzez wdrożenie przez zamawiającego narzędzi prawnych w tym zakresie. Może on w szczególności uwzględnić aspekty zamówienia publicznego w analizie potrzeb i wymagań, opisie przedmiotu zamówienia, kryteriach oceny ofert oraz wymaganiach związanych z realizacją zamówienia. Zakładać on może przykładowo, że przy produkcji danych towarów nie wykorzystuje się toksycznych chemikaliów²¹. Zamawiający może również tworzyć dwustronne kanały komunikacji z dostawcami w celu nawiązywania partnerstwa nad innowacyjnymi rozwiązaniami, a także monitorowania efektywności aspektów środowiskowych (np. obliczanie śladu węglowego)²².

¹⁸ Ustawa z 26.6.1974 r. – Kodeks pracy (t.j.: Dz.U. z 2022 r. poz. 655 ze zm.).

¹⁹ D. Puciato, A. Gawlik, W. Puciato, Obszary efektywności i jej pomiar na rynku zamówień publicznych, „Prace Naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego we Wrocławiu” 2018, nr 540, s. 24.

²⁰ N. Ćwik, Wspólna odpowiedzialność. Rola dostaw i zakupów, 2011, s. 9, https://odpowiedzialnybiznes.pl/wp-content/uploads/2014/01/Wspolna-odpowiedzialnosc_rola_dostaw_i_zakupow.pdf (dostęp: 13.6.2022 r.).

²¹ Wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z 10.5.2012 r., C-368/10, *Komisja Europejska przeciwko Królestwu Niderlandów*, pkt 112 (ECLI:EU:C:2012:284).

²² N. Ćwik, Wspólna odpowiedzialność. Rola dostaw i zakupów, s. 10.

3. Sposoby badania efektywności kontraktów publicznych

Zasadę efektywności ekonomicznej zasadniczo można analizować w dwóch wymiarach. Pierwszym jest szerokie ujęcie efektywności w zakresie realizacji celów strategicznych państwa. Wśród nich wymienia się przede wszystkim zwiększanie liczby zamówień zrównoważonych oraz innowacyjnych, wzrost liczby zamówień chroniących środowisko, prospołecznych i prozdrowotnych, a także większe wsparcie mikro-, małych i średnich przedsiębiorstw²³. Jednym ze sposobów badania wydolności systemu zamówień publicznych w tym zakresie jest całościowa ocena efektywności realizacji zadań publicznych przez organy publiczne²⁴. Badanie to oprócz można na analizie zasobów administracyjnych, poziomu umiejętności personelu zamawiającego czy kierunku zmian administracyjnych kształtujących narzędzia poszerzające zakres możliwości zaspokajania potrzeb publicznych w wyniku przeprowadzenia badania ankietowego, pogłębionych wywiadów indywidualnych czy analizy danych kadrowych organów wydających środki publiczne w drodze postępowań o zamówienia publiczne. Dla usprawnienia realizacji zadań publicznych posłużyć się można instrumentem prawnym, jakim jest outsourcing. Polega on bowiem na korzystaniu z usług podmiotów zewnętrznych²⁵, czego efektem jest zawężenie zadań przeznaczonych do osobistego wykonania w ramach przekazania ich wyspecjalizowanemu podmiotowi zewnętrznemu. W rezultacie powoduje to redukcję nakładów finansowych z tytułu nieponoszenia kosztów utworzenia stanowiska pracy, zatrudnienia i utrzymania pracownika, ale także podniesienie jakości pracy. W ten sposób pozyskać można najnowsze technologie, wykorzystywane przez doświadczonych fachowców, którzy zobowiązani są do wykonania powierzonych zadań w ramach własnego czasu pracy²⁶. Podmioty publiczne bezpośrednio korzystają z dóbr sektora prywatnego, często gwarantując lepsze, szybsze i tańsze zaspokojenie potrzeb społecznych. Kompleksowe badanie działalności administracji publicznej pozwala ocenić poziom efektywności ekonomicznej, uwzględniając całość systemu zamówień publicznych.

Drugim obszarem obok całościowej oceny realizacji celów strategicznych państwa w zakresie wdrażania efektywności ekonomicznej zamówień publicznych jest optymalizacja

²³ <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKewjQvpO1zYj1AhX3CRAIHZDPAo8QFn0ECAIQAQ&url=https%3A%2F%2Fwww.gov.pl%2Fattachment%2Fbfc0c5fd-8133-438d-b87a-76c228431cb8&usq=AOvVaw1zAuEj1CmTlxrpz-dQ5fsw> (dostęp: 29.12.2021 r.).

²⁴ O. Lissowski, Efektywność zamówień publicznych, „Zarządzanie Publiczne” 2007, nr 1, s. 178-180.

²⁵ I. Matejun, M. Matejun, Zakres wykorzystania outsourcingu w sektorze administracji publicznej na przykładzie Izby Skarbowej w Łodzi [w:] Partnerstwo przedsiębiorstw jako czynnik ograniczania ryzyka działalności gospodarczej, red. H. Brdulak, E. Dulinić, T. Gołębowski, Warszawa 2009, s. 431-440.

²⁶ A. Borowiec, Outsourcing jako instrument poprawy konkurencyjności małych i średnich przedsiębiorstw biorących udział w zamówieniach publicznych w Polsce, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Szczecińskiego” 2009, nr 540, s. 252; K. Duda, Outsourcing usług ochrony oraz utrzymania czystości w instytucjach publicznych: wpływ publicznego dyktatu najniższej ceny usług na warunki zatrudniania pracowników przez podmioty prywatne, Wrocław 2016, s. 15.

zacja celów zakupowych zamawiającego. Następuje to poprzez wyznaczenie odpowiedniego stosunku ceny do jakości zamówienia²⁷. W praktyce sposobem pomiaru tego rodzaju efektywności jest badanie właściwego doboru kryteriów oceny ofert poszczególnych wykonawców. W długoterminowym wymiarze czasowym bowiem najefektywniejszą, a zarazem najkorzystniejszą okazać się może oferta, która nie zawsze będzie tą najtańszą. Korzyść ekonomiczna bowiem obejmuje zarówno kryteria ilościowe, jak i jakościowe. Zatem rozsądny wykonawca, dokładnie szacujący ryzyko, może się zabezpieczyć poprzez wystawienie droższej oferty, jednak w zamian za to wykazuje się odpowiedzialnością.

Zasada efektywności ekonomicznej, odpowiadająca ekonomicznej zasadzie racjonalnego działania²⁸, powinna znajdować zastosowanie na każdym etapie postępowania o zamówienie publiczne. Podstawowym elementem podlegającym badaniu nad poziomem efektywności jest wybór najkorzystniejszej oferty. Zamawiający publiczny zobowiązany jest do równoważenia bilansu jakości do środków przeznaczonych na dane zamówienie publiczne²⁹. W praktyce oznacza to, że instytucja zamawiająca opiera swój wybór zarówno na cenie oferty, jak i na kryteriach jakościowych³⁰. Literalna wykładnia norm prawych regulujących tę kwestię w przypadku podmiotów wydatkujących środki publiczne wyklucza możliwość wyboru najkorzystniejszej oferty wyłącznie na podstawie ceny lub kosztu. Mogą one ograniczać tę kwestię w zakresie cen do 60%³¹, natomiast w pozostałej decydować powinny kryteria jakościowe³². Ograniczenie to nie dotyczy innego rodzaju zamawiających, którzy mogą się kierować najniższą ceną lub kosztem. Można zatem wyciągnąć wniosek, że ustawodawca w ramach wydatkowania środków publicznych zastrzega dbałość o jakość oferty wykonawcy realizującego zamówienie publiczne.

Prawidłowy przebieg wyboru najkorzystniejszej oferty opiera się w szczególności na doborze i zdefiniowaniu właściwych kryteriów oceny ofert. Konsekwencją ich stosowania jest możliwość porównania poziomu jakości ofert, ale także ograniczenie swobody wyboru zamawiającego³³. W praktyce zamawiający może ustalić podkryteria, które będą dokładnie przedstawiały warunki oceniania³⁴. Ich opis i skala wagi powinny być jednoznacznie i wyraźnie określone w dokumentach zamówienia. W ramach kryteriów jakościowych odnieść się można do wyznaczonych parametrów technicznych, wartości estetycznych, funkcjonalności, walorów środowiskowych, społecznych czy gospodarczych.

²⁷ O. Lissowski, *Efektywność zamówień*, s. 175.

²⁸ M. Smaga, „Równość” zamawiającego i wykonawcy w zamówieniach publicznych, 2012, Lex.

²⁹ M. Kania, Zasada efektywności w nowym Prawie zamówień publicznych, „Kwartalnik PZP” 2020, nr 1(64)/2020, s. 14.

³⁰ Art. 204 ust. 1 PrZamPubl.

³¹ Art. 246 PrZamPubl.

³² J. Kola, *Wprowadzenie do nowego prawa zamówień publicznych* [w:] *Nowe Prawo zamówień publicznych – podręcznik dla małych i średnich przedsiębiorców*, red. P. Sikorski, J. Kola, Warszawa 2020, s. 30-32.

³³ Art. 240 ust. 2 PrZamPubl.

³⁴ D. Grześkowiak-Stojek, *Komentarz do art. 240* [w:] *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, red. M. Jaworska, 2021, Legalis.

W ramach badania efektywności zamówień publicznych dokonać można zatem ogólnej oceny wydajności alokacji zasobów, poziomu rozwoju gospodarczego, ale także szczegółowej, odnoszącej się na przykład do sukcesywności zapobiegania bezrobociu poprzez tworzenie nowych miejsc pracy³⁵. Połączenie kryteriów cenowych z jakościowymi, pozytywnie oddziałujących na sfery pozaekonomiczne, w pewnym stopniu zapewnia najlepszą jakość usług lub produktów przy jednoczesnym oszczędnym wydatkowaniu środków publicznych. W postępowaniach o zamówienie opierających się na bilansie kosztu do kryteriów pozacenowych rozumiane są jako efektywne ekonomicznie³⁶.

4. Gwarancje efektywnego wykonania zamówienia

Efektywna realizacja zamówienia publicznego nierozzerwalnie wiąże się z należyтым wykonaniem umowy. W związku z tym ustawodawca nadał instytucji zamawiającej uprawnienie wynikające z art. 449 PrZamPubl, upoważniające do zastrzeżenia obowiązku wniesienia zabezpieczenia w zakresie właściwego spełnienia jej postanowień. Służy ono pokryciu roszczeń z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania zawartej między stronami umowy i może przyjąć postać pieniędzy, poręczenia bankowego lub poręczenia spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, gwarancji bankowej lub ubezpieczeniowej, a także poręczenia udzielonego na podstawie przepisów ustaw szczególnych³⁷. Formę, w której wnoszone jest zabezpieczenie, wybiera wykonawca, który w razie potrzeby jest uprawniony do jej zmiany, przy zachowaniu warunku ciągłości zabezpieczenia i niezmienności wysokości jego wartości.

Instytucja zabezpieczenia stanowi gwarancję efektywnego wykonania zamówienia, pozwalającą na pokrycie roszczeń o zapłatę z pominięciem drogi sądowej. Wysokość takiego zabezpieczenia nie powinna jednak przekroczyć 5% ceny całkowitej podanej w ofercie albo maksymalnej wartości nominalnej zobowiązania zamawiającego zawartego w treści umowy³⁸, zaś po realizacji zamówienia, pod warunkiem należytego wykonania umowy, kwota ta jest zwracana podmiotowi, który ją wniósł. Jeżeli zaś instytucja zamawiająca uzna to za stosowne, uprawniona jest do zachowania części wartości zabezpieczenia na poczet występujących w przyszłości rękojmi i gwarancji. Kwota ta nie może przewyższać wartości 30% wysokości zabezpieczenia i zwracana jest nie później niż 15. dnia po upływie okresu rękojmi za wady lub gwarancji³⁹. Z kolei biorąc pod uwagę fakt, że jest to czynność o charakterze fakultatywnym, zamawiający może żądać od wy-

³⁵ B. Wiczerzyńska, Efektywność zamówień publicznych w wymiarze prawnym, ekonomicznym i społecznym, „Rocznik Administracji Publicznej” 2016, nr 2016(2), s. 558.

³⁶ O. Lissowski, Efektywność zamówień, s. 176.

³⁷ Art. 450 ust. 1 PrZamPubl.

³⁸ Art. 452 ust. 2 PrZamPubl.

³⁹ J. Bieluk, K. Zadykowicz-Sokół, Rękojmia i gwarancja w robotach budowlanych. Komentarz praktyczny z orzecnictwem. Przykłady klauzul umownych. Wzory pism, 2020, Legalis.

konawcy wniesienia zabezpieczenia niezależnie od wartości przedmiotu zamówienia⁴⁰. Musi jednak uwzględnić to założenie podczas przygotowywania dokumentów zamówienia i umieścić je w treści specyfikacji warunków zamówienia. Wykonawca musi się zapoznać z wymogami i odpowiednio ocenić ryzyko, co wpływać może na zmniejszenie kręgu zainteresowanych postępowaniem. Zamawiający, wdrażając to narzędzie prawne, może jednak zaspokajać roszczenia w kwestii nienależytego wykonania umowy oraz skutecznie egzekwować realizację zamówienia.

Efektywne wykonanie zamówienia w głównej mierze opiera się na przestrzeganiu zasad i norm prawnych zawartych w ustawie – Prawo zamówień publicznych, jednak biorąc pod uwagę fakt, że umowa zawierana między instytucją zamawiającą a wykonawcą, którego oferta została wybrana, stanowi odpłatną umowę cywilnoprawną, stosowane są do niej normy prawne wynikające z Kodeksu cywilnego⁴¹. Szczególnemu uwzględnieniu podlega zaś zasada realnego wykonania zamówienia oraz zasada *pacta sunt servanda*. Pierwsza z wymienionych nakłada na obie strony umowy obowiązek współdziałania przy realizacji jej postanowień. Analogicznie na gruncie prawa zamówień publicznych wykonawca i zamawiający powinni działać w zgodzie z celem społeczno-gospodarczym danego zobowiązania oraz zasadami współżycia społecznego⁴². Oznacza to, że instytucja zamawiająca nie może żądać realizacji zamówienia w dowolny sposób. Powinna ona przebiegać zgodnie z postanowieniami umowy, czego skutkiem jest ochrona szeroko pojętego interesu publicznego, przejawiającego się jako realne dążenie do efektywnego wykonania zamówienia. Powinność ta bezpośrednio łączy się z wspomnianą zasadą stanowiącą, że umów należy dotrzymywać. Nie zmienia to jednak faktu, że warunki umowy podlegać mogą stosownym renegotiacjom czy uzupełnieniom, które pierwotnie nie były uwzględnione. Zatem w związku z cywilnoprawnym charakterem porozumienia między stronami w kwestii egzekwowania wykonania jego postanowień stosowane są sankcje o charakterze cywilnoprawnym, takim jak roszczenia odszkodowawcze z tytułu kar umownych lub rękojmi⁴³. Uznać zatem należy, że instytucja zamawiająca posiada instrumenty prawne służące wyegzekwowaniu należytego wykonania zamówienia.

5. Zapewnienie efektywności zamówienia w praktyce

Obecnie system prawa zamówień publicznych przewiduje szereg narzędzi służących realizacji zasady efektywności ekonomicznej. Pierwszym z nich, poprzedzającym wszczęcie postępowania, jest planowanie zamówienia publicznego. Sporządzenie planu

⁴⁰ M. Jaworska, Komentarz do art. 449 [w:] Prawo zamówień publicznych. Komentarz, red. M. Jaworska, 2021, Legalis.

⁴¹ Ustawa z 23.4.1964 r. – Kodeks cywilny (t.j.: Dz.U. z 2021 r. poz. 1509, 2459 ze zm.).

⁴² G. Klich, Obowiązek współdziałania stron przy realizacji zamówienia publicznego, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2021, z. 1, s. 215.

⁴³ R. Szostak, Umowy o zamówienia publiczne w zarysie, Warszawa 2018, s. 121.

postępowań o udzielenie zamówień stanowić powinno podstawowy element każdej procedury. Czynność ta stanowi wyjątkowo istotny instrument prawny dla jednostek finansowanych ze środków publicznych⁴⁴, jednak ustawodawca zdecydował się na wprowadzenie takiego obowiązku jedynie wobec instytucji zamawiającej będącej podmiotem publicznym. Planowanie pozwala na generowanie oszczędności finansowych w drodze świadomego podejmowania decyzji poprzedzonych weryfikacją potrzeb, ustaleniem priorytetów oraz opracowaniem odpowiedniej strategii działania. Oszczędności te mogą w przyszłości zostać przeznaczone na inne cele społeczne finansowane ze środków publicznych⁴⁵. Sporządzenie planu postępowań przynosić może pozytywny efekt w postaci analizy mocnych i słabych stron zamawiającego, który podejmując racjonalne decyzje zakupowe⁴⁶, przyczynia się do realizacji efektywności ekonomicznej zamówienia publicznego.

Poprawnie przeprowadzone planowanie rozpoczyna się od badania rynku w celu nabycia odpowiedniej wiedzy. Zgodnie z założeniami efektywności ekonomicznej działania powinny prowadzić do jak najlepszych efektów społecznych, środowiskowych i gospodarczych. W związku z tym badanie rynku polegać powinno przede wszystkim na analizie dostępu do wyspecjalizowanych fachowców i nowoczesnych technologii możliwych do wykorzystania podczas realizacji zamówienia. Opierać się powinno również na określeniu panujących standardów społecznych i potrzeb związanych z życiem publicznym, a także na ocenie stanu środowiska i dostępnych możliwości przewidzianych dla wsparcia tego sektora. Na bazie pozyskanych informacji zamawiający określa przedmiot zakupu, umieszcza go w ramach jednej kategorii jako roboty budowlane, usługi lub dostawy, wybiera tryb zamówienia, szacuje wartość zamówienia i termin wszczęcia postępowania⁴⁷. W taki sposób uniknąć można błędów i braków ujawniających się w późniejszym czasie. Planowanie postępowań stanowi instrument prawny pozwalający skupić uwagę na realizacji zamówień o wysokiej jakości przy niższych kosztach.

Praktycznym narzędziem wykorzystywanym dla zapewnienia efektywności ekonomicznej wspierającej planowanie jest także analiza potrzeb i wymagań zamawiającego⁴⁸. Instrument ten stosowany jest przy zamówieniach przekraczających progi unijne. Do jej przeprowadzenia zobowiązane są te same podmioty, których dotyczy obowiązek skonstruowania planu postępowania o zamówienie publiczne. Celem analizy potrzeb i wymagań jest przygotowanie instytucji zamawiającej od strony technicznej, finansowej i administracyjnej. W ten sposób przed przystąpieniem do procedury zamówienia można dokładnie przeanalizować sytuację, zweryfikować zasadność wszczęcia procedury, dosto-

⁴⁴ A.E. Hajduk, Planowanie zamówień jako narzędzie do efektywnego wydatkowania środków publicznych, „Przeгляд Prawno-Ekonomiczny” 2021, nr 1, s. 109, <https://doi.org/10.31743/ppe.10658>.

⁴⁵ T. Schimanek, Aspekty społeczne w nowym Prawie zamówień publicznych, Warszawa 2019, s. 3.

⁴⁶ I. Penc-Pietrzak, Planowanie strategiczne w nowoczesnej firmie, Warszawa 2010, s. 13.

⁴⁷ Art. 23 ust. 3 PrZamPubl.

⁴⁸ Art. 83 PrZamPubl.

sować zamówienie do warunków rynkowych i podjąć decyzję co do formy oraz trybu zamówienia⁴⁹. Za jej pomocą przewidzieć można również ograniczenia względem liczby wykonawców⁵⁰. Wynikiem zastosowania efektywności ekonomicznej jest fakt, że przy pomocy analizy kosztów i wymagań możliwe jest zbadanie alternatywnych rozwiązań i sposobów zaspokojenia zidentyfikowanych potrzeb zamawiającego. Wynikiem takiego badania będzie opracowanie optymalnych wariantów działania⁵¹, ukierunkowanych na zbilansowanie stosunku jakości i ceny.

Kolejnym powszechnie stosowanym instrumentem prawnym wdrażającym zasadę efektywności ekonomicznej są wstępne konsultacje rynkowe⁵². Personel instytucji zamawiającej powinien się wykazywać umiejętnością rozeznania rynku. Właściwe przygotowanie się do zamówienia zwiększa szanse jego powodzenia i minimalizuje występujące w jego trakcie przeszkody. Pozwala bowiem przewidzieć potencjalne trudności i zawniczasu przygotować rozwiązanie. Wstępne konsultacje rynkowe stanowią fakultatywne narzędzie prawne poprzedzające wszczęcie postępowania o zamówienie publiczne. Polegają one na współpracy z wykonawcami w zakresie rozeznania rynku, występujących na nim technologii, dostępu do fachowców, a także niezaspokojonych do tej pory potrzeb społecznych. Efekty wykorzystania tego instrumentu przekładać się będą bezpośrednio na jakość, dokładność, poprawność i zasadność opisu przedmiotu zamówienia, specyfikacji warunków zamówienia i warunków umowy o zamówienie publiczne⁵³. Wszystkie te elementy mogą bezpośrednio wpływać na większą efektywność zamówienia publicznego.

Materializację zasady efektywności ekonomicznej zapewnia proces elektronicznej zamawiania zamówień publicznych. Swobodny i powszechny dostęp do Internetu umożliwił informatyzację zamówień publicznych⁵⁴. Nowelizacja ustawy – Prawo zamówień publicznych wprowadziła obowiązek prowadzenia postępowania i komunikowania się z wykonawcami za pośrednictwem środków komunikacji elektronicznej. W ten sposób znacząco skrócił się czas obiegu informacji, ale także doszło do minimalizacji kosztów związanych z drukowaniem, wysyłaniem oraz późniejszym przechowywaniem dokumentacji w formie papierowej. W konsekwencji zamawiający generuje oszczędności finansowe, które mogą zostać przeznaczone na inne cele o charakterze publicznym. Dostarczanie informacji w formie cyfrowej oraz dostęp do danych dotyczących zamówienia w dowolnym czasie wpływać może również na zwiększenie liczby zainteresowanych wykonawców, czyli wzrost konkurencji. Wiąże się to również ze skutecznym zarządzaniem zamówieniem, bowiem umożli-

⁴⁹ https://www.uzp.gov.pl/__data/assets/pdf_file/0023/45374/Wskazowki-w-przedmiocie-analizy-potrzeb-i-wymagan.pdf (dostęp: 30.12.2021 r.).

⁵⁰ Uzasadnienie projektu ustawy z 11.9.2019 r. – Prawo zamówień publicznych, s. 17.

⁵¹ M. Stepaniuk, Nowa ustawa – Prawo zamówień publicznych. Praktyczna analiza zmian, Warszawa 2021, s. 15.

⁵² Art. 84 PrZamPubl.

⁵³ A.E. Hajduk, Planowanie zamówień, s. 107, <https://doi.org/10.31743/ppe.10658>.

⁵⁴ M. Żurawski, Administracyjnoprawne zagadnienia elektronicznych zamówień publicznych w świetle informatyzacji administracji publicznej, Toruń 2021, s. 9.

liwia racjonalizację procedury i jej obsługi⁵⁵. Elektroniczacja usprawnia prowadzenie zamówień publicznych, czym przyczynia się do zwiększenia ich efektywności.

Wielowymiarowość efektywności ekonomicznej zamówień publicznych pozwala na prowadzenie postępowania o zamówienie publiczne w oparciu o jednoczesne uwzględnienie potrzeb gospodarczych, społecznych oraz środowiskowych. Efektywny proces zakupowy finansowany ze środków publicznych służy bowiem trwałemu i sukcesywnemu rozwojowi gospodarstwu państwa oraz społeczeństwa. W związku z tym zamawiający powinien świadomie korzystać z możliwości związanych z narzędziami efektywności zamówień publicznych. Powyższa analiza instrumentów prawnych dostępnych dla instytucji zamawiającej pokazuje, że są one ze sobą ściśle powiązane. Pozwalają na zwiększenie efektywności ekonomicznej zamówień publicznych. Zamawiający powinien podejmować świadome decyzje w oparciu o konsekwencje w wymiarze społecznym, ekonomicznym, środowiskowym i prawnym. Przyczyniać się bowiem może do podnoszenia standardu życia społeczeństwa, ogólnego rozwoju społeczno-gospodarczego⁵⁶, ale także do pogłębiania zaufania do podmiotów pełniących władzę publiczną dysponującą środkami publicznymi⁵⁷.

Summary

Economic efficiency of public procurement

The article examines the principle of economic efficiency, which originates from economic sciences, in the context of public procurement and the tools that allow contracting authorities to implement them in practice. The key issues related to the evaluation of the effectiveness of public procurement were explained. Two dimensions of evaluating the level of efficiency have been discussed, one in a broad and one in a narrow research perspective. The discussed issue aims to explain how the legal instruments used in public procurement can influence their effectiveness.

Keywords: public procurement, economic efficiency, economy.

⁵⁵ P. Nowicki, Efektywne zamówienia publiczne, s. 72.

⁵⁶ P. Nowicki, Aksjologia prawa zamówień publicznych. Pomiedzy efektywnością ekonomiczną a instrumentalizacją, Toruń 2019, s. 273.

⁵⁷ B. Wiczerzyńska, Efektywność zamówień publicznych, s. 559.

Obligatoryjne elementy ogłoszenia w postępowaniu, którego celem jest zawarcie umowy ramowej Glosa do wyroku Trybunału Sprawiedliwości z 17.6.2021 r., C-23/20

Przedmiotem tego orzeczenia była przede wszystkim odpowiedź na pytanie, czy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w wyniku którego dochodzi do zawarcia umowy ramowej, zamawiający, mając na uwadze zasadę równego traktowania wykonawców i przejrzystości, zobowiązany jest do wskazania w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentacji postępowania, maksymalnej ilości lub maksymalnej wartości produktów.

Zarys stanu faktycznego

W kwietniu 2019 r. dwa regiony (Jutlandii Północnej i Danii Południowej, dalej: Zamawiający) ogłosiły przetarg w trybie procedury otwartej w celu zawarcia pomiędzy wykonawcą a regionem Jutlandii Północnej umowy ramowej na zakup zestawów do karmienia przez sondę pacjentów przebywających w domach i zakładach opieki. W ogłoszeniu zawarto informację, że region Danii Południowej będzie uczestniczył w zamówieniu jako zamawiający z prawem opcji. Zgodnie z treścią ogłoszenia potencjalni wykonawcy byli zobowiązani do złożenia jednej oferty co do wszystkich pozycji zamówienia. Ogłoszenie o zamówieniu nie zawierało szczegółowych informacji na temat szacunkowej wartości zamówienia w odniesieniu do umowy ramowej regionu Jutlandii Północnej ani też co do prawa opcji dla Danii Południowej. Zamawiający nie wskazał też informacji na temat maksymalnej wartości umów ramowych lub szacunkowej ilości produktów, których zakup miał być zrealizowany w oparciu o postanowienia umowy ramowej.

¹ Nr ORCID: 0000-0003-4102-6226.

Według Zamawiającego załącznik nr 3 do ogłoszenia zawiera zastrzeżenie, zgodnie z którym „wskazane szacunki i spodziewane wielkości zużycia są jedynie wyrazem prognoz instytucji zamawiającej dotyczących korzystania z dostaw będących przedmiotem zamówienia. Jak wynika z treści dokumentu, instytucja zamawiająca nie jest zobowiązana do zamówienia określonej ilości dostaw, wskazanej liczby produktów lub spożytkowania określonej kwoty. Mając na uwadze te okoliczności, Zamawiający swobodnie może podejmować decyzje, w jakim zakresie zrealizuje zamówienia (większym lub mniejszym aniżeli to wynika z pierwotnych szacunków). Umowa ramowa zgodnie ze stanowiskiem Zamawiającego nie jest też umową na wyłączność, co skutkuje tym, że Zamawiający może nabywać przedmiot zamówienia od innych podmiotów – nie ma obowiązku zaciągania zobowiązania u wykonawcy, z którym zawarł umowę ramową.

Simonsen & Weel (dalej: Wykonawca) wniósł skargę do Klagenævnet for Udbud (Komisja Odwoławcza ds. Zamówień Publicznych w Danii, dalej: organ odwoławczy), żądając stwierdzenia nieważności decyzji wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu prowadzonym w trybie otwartym poprzedzającym zawarcie umowy ramowej. Zgodnie z przepisami lokalnymi wniesienie skargi na decyzję Zamawiającego nie stanowi automatycznej podstawy do zawieszenia postępowania i nie nakłada na Zamawiającego obowiązku wstrzymania się z zawarciem umowy o zamówienie publiczne, ze względu na fakt, że organ odwoławczy nie nadał skardze skutku zawieszającego, Zamawiający zawarł z wybranym wykonawcą umowę ramową.

Wykonawca zarzucił Zamawiającemu brak jednoznacznego wskazania zakresu świadczenia – maksymalnych ilości produktów, które mogą zostać nabyte w ramach wykonania umowy ramowej, lub maksymalnej całkowitej wartości. Skarżący na poparcie swojej tezy wskazywał, że nieujęcie w ogłoszeniu o zamówieniu szacunkowej ilości lub wartości produktów, które mają zostać dostarczone na podstawie umowy ramowej, narusza w szczególności treść art. 49 dyrektywy 2014/24/UE, a także zasady równego traktowania i przejrzystości. Skarżący wskazał także, że Zamawiający powinien wskazać maksymalne ilości produktów, które mogą zostać nabyte w wyniku wykonania umowy ramowej, lub jej maksymalną całkowitą wartość, gdyż w przeciwnym razie Zamawiający mógłby sztucznie dzielić umowę ramową w okresie jej obowiązywania.

Zamawiający w odpowiedzi na skargę wskazał, że nie ma obowiązku wskazania w ogłoszeniu o zamówieniu szacunkowej ilości lub wartości zamówienia przy umowie ramowej, na co wskazuje literalna treść art. 33 ust. 1 dyrektywy 2014/24/UE². W ocenie Zamawiającego istotne w przedmiotowym stanie faktycznym jest również to, że część przedmiotu zamówienia miała być realizowana na rachunek innego zamawiającego. Zamawiający wskazywał także, że przetarg został rozpisany na zawarcie umowy ramowej, która nie była umową wzajemną ani też umową na wyłączność, co więcej – Zamawiający

² Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z 26.2.2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE; dalej: dyrektywa 2014/24/UE.

na etapie postępowania nie znał zakresu zapotrzebowania ani poziomu cen dla poszczególnych zamówień. Dlatego też Zamawiający nie był w stanie oszacować wartości umowy ramowej.

Organ odwoławczy powziął wątpliwość, czy w przedmiotowym stanie faktycznym może mieć zastosowanie przez analogie wyrok wydany przez Trybunał w sprawie *Autonoma Grabte della Concorrenza e del Mercato* (wyrok z 19.12.2018 r., sprawa C-216/17). Wątpliwości organu odwoławczego dotyczą w szczególności tego, czy w umowie ramowej powinien zostać określony maksymalny limit: maksymalna liczba, a także maksymalna wartość produktów, które mogą zostać zakupione na podstawie umowy ramowej, oraz czy taka górna granica powinna zostać ustalona niejako z góry, czyli w ogłoszeniu o zamówieniu.

Organ orzekający ze względu na swoje wątpliwości postanowił zawiesić postępowanie i zwrócić się do Trybunału z następującymi pytaniami prejudycjalnymi:

- 1) Czy zasady równego traktowania i przejrzystości określone w art. 18 ust. 1 [dyrektywy 2014/24/UE] i w art. 49 [dyrektywy 2014/24/UE] w związku z pkt 7 i pkt 10 lit. a znajdującymi się w części C załącznika V do dyrektywy 2014/24/UE należy interpretować w ten sposób, że w takim przypadku jak niniejsze ogłoszenie o zamówieniu musi zawierać informację o szacunkowej ilości bądź szacunkowej wartości dostaw na podstawie umowy ramowej, której dotyczy przetarg?
 - a) W wypadku udzielenia odpowiedzi twierdzącej na niniejsze pytanie wnosi się do Trybunału o wypowiedzenie się w kwestii tego, czy powyższe przepisy należy interpretować w ten sposób, że informacja ta musi zostać podana w odniesieniu do umowy ramowej a) jako całości czy b) w odniesieniu do pierwotnej instytucji zamawiającej, która potwierdziła wolę zawarcia umowy na podstawie złożonej oferty (w niniejszym przypadku: region Jutlandii Północnej), czy też c) w odniesieniu do pierwotnej instytucji zamawiającej, która jedynie potwierdziła, że uczestniczy w jednej opcji [zamówienia] (w niniejszym przypadku: region Danii Południowej).
- 2) Czy zasady równego traktowania i przejrzystości określone w art. 18 ust. 1 [dyrektywy 2014/24/UE] oraz w art. 33 i 49 [dyrektywy 2014/24/UE] w związku z pkt 7 i pkt 10 lit. a znajdującymi się w części C załącznika V do dyrektywy 2014/24/UE należy interpretować w ten sposób, że ogłoszenie o zamówieniu bądź specyfikacja warunków zamówienia muszą określać maksymalną ilość bądź maksymalną wartość dostaw na podstawie umowy ramowej, której dotyczy przetarg, a gdy limit ten zostanie osiągnięty, rzeczona umowa przestanie wywoływać skutki prawne?
 - a) W wypadku udzielenia odpowiedzi twierdzącej na niniejsze pytanie wnosi się do Trybunału o wypowiedzenie się w kwestii tego, czy te przepisy należy interpretować w ten sposób, że powyższy maksymalny limit musi zostać wskazany w odniesieniu do umowy ramowej a) jako całości czy b) w odniesieniu do pierwotnej instytucji zamawiającej, która potwierdziła wolę zawarcia umowy na podstawie złożonej oferty (w niniejszym przypadku: region Jutlandii Północnej), czy też c)

w odniesieniu do pierwotnej instytucji zamawiającej, która jedynie potwierdziła, że uczestniczy w jednej opcji [zamówienia] (w niniejszym przypadku: region Danii Południowej).

- 3) W wypadku udzielenia odpowiedzi twierdzącej na pytani[a] pierwsze i drugie wnosi się do Trybunału – w zakresie mającym znaczenie dla treści tych odpowiedzi – o udzielenie odpowiedzi na następujące pytanie: Czy art. 2d ust. 1 lit. a [dyrektywy 92/13] w związku z art. 33 i 49 [dyrektywy 2014/24/UE] oraz w związku z pkt 7 i pkt 10 lit. a znajdującymi się w części C załącznika V do tej dyrektywy należy interpretować w ten sposób, że przesłanka „podmiot zamawiający udzielił zamówienia bez uprzedniej publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej” obejmuje swoim zakresem przypadek taki jak niniejszy, w którym instytucja zamawiająca opublikowała ogłoszenie o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej dotyczące przewidywanej umowy ramowej, jednakże a) ogłoszenie o zamówieniu nie spełnia wymogu wskazania szacunkowej ilości lub szacunkowej wartości dostaw na podstawie umowy ramowej, której dotyczy przetarg, gdyż szacunkowa ilość bądź szacunkowa wartość zostały określone w specyfikacji warunków zamówienia, oraz b) instytucja zamawiająca uchybiła wymogowi określenia w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji warunków zamówienia maksymalnej ilości lub maksymalnej wartości dostaw na podstawie umowy ramowej?

Stanowisko Trybunału

Zdaniem Trybunału organ odwoławczy w pytaniu pierwszym dąży do ustalenia, czy art. 49 dyrektywy 2014/24, pkt 7 i 8 oraz pkt 10 lit. a części C załącznika V do tej dyrektywy w związku z art. 33 dyrektywy 2014/24/UE oraz zasadami równego traktowania i przejrzystości należy interpretować w ten sposób, że w ogłoszeniu o zamówieniu należy podać szacunkową ilość lub wartość zamówienia, które mają zostać dostarczone na podstawie umowy ramowej, a po wykorzystaniu limitu umowa przestaje obowiązywać. Ustalono, że zgodnie z art. 33 ust. 1 akapit 2 dyrektywy 2014/24/UE umowa ramowa oznacza umowę zawartą pomiędzy co najmniej jedną instytucją zamawiającą a co najmniej jednym wykonawcą, a jej celem jest określenie warunków dotyczących zamówień, które zostaną udzielone w danym okresie, w szczególności w odniesieniu do ceny oraz, w stosownych przypadkach, przewidywanych ilości. Analiza załącznika numer V do dyrektywy 2014/24/UE nie jest również wystraszająca do udzielenia odpowiedzi na pytanie, czy zamawiający są zobowiązani do wskazywania ilości lub wartości produktów będących przedmiotem zamówienia.

Podczas analizy nie można pomijać zasad prawa zamówień publicznych, tj. równego traktowania i przejrzystości, które zostały zawarte w art. 18 ust. 1 dyrektywy 2014/24/UE, ani też ogólnej systematyki dyrektywy. Analiza treści art. 33 ust. 1 akapit 2 dyrektywy

2014/24/UE w związku z treścią art. 18 ust. 1 dyrektywy 2014/24/UE prowadzi w ocenie Trybunału do wniosku, że instytucja zamawiająca nie może zaniechać wskazania w ogłoszeniu o zamówieniu maksymalnej wartości produktów, które mają zostać dostarczone na mocy umowy ramowej. Twierdzenie to potwierdza także pkt 8 części C załącznika V do dyrektywy 2014/24/UE, zgodnie z którym instytucja zamawiająca powinna określić całkowity szacunkowy rząd wielkości zamówienia (zamówień), a w sytuacji gdy zamówienie jest podzielone na części, informację tę podaje się dla każdej z nich. W ocenie Trybunału odniesienie do zwykłego „rzędu wielkości” zamiast dokładnie określonej wartości wskazuje na to, że od instytucji zamawiającej wymaga się wskazania przybliżonej wyceny.

Według Trybunału analiza innych przepisów dyrektywy 2014/24 prowadzi do wniosku, że instytucja zamawiająca powinna określić treść umowy ramowej, którą planuje zawrzeć. Do tych przepisów należy art. 5 dyrektywy 2014/24/UE, zgodnie z którym instytucja zamawiająca ma obowiązek obliczyć szacunkową wartość zamówień, które planuje udzielić w całym okresie trwania umowy ramowej. W konsekwencji, jeżeli istnieje taki obowiązek po stronie instytucji zamawiającej, to nie ma żadnych przeszkód, aby podać maksymalną szacunkową wartość zamówienia potencjalnym wykonawcom. Trybunał wskazał także na dotychczasowe orzecznictwo w tym zakresie, z którego wynika, że choć instytucja zamawiająca będąca pierwotnie stroną umowy ramowej podlega jedynie zobowiązaniu do starannego działania, jeżeli chodzi o wskazanie wartości i częstotliwości każdego z późniejszych zamówień, to jednak musi ona koniecznie określać ogólną wielkość – a więc maksymalną ilość lub wartość, w której mają się mieścić późniejsze zamówienia³.

Instytucja zamawiająca ma obowiązek opisać przedmiot zamówienia, co sprowadza się w szczególności do wskazania ilości lub wartości dostaw, a co za tym idzie – nie można zastosować się do tego obowiązku bez wskazania przynajmniej maksymalnej ilości lub wielkości tych dostaw. Trybunał podkreślił również, że podstawowe zasady prawa Unii, takie jak zasada równego traktowania i zasada przejrzystości, mają zastosowanie podczas zawierania umów ramowych. Zasada równego traktowania i zasada niedyskryminacji, a także zasada przejrzystości, która z nich wynika, potwierdzają, że wszystkie warunki i zasady postępowania o udzielenie zamówienia publicznego powinny być określone w sposób jasny, precyzyjny, jednoznaczny i niedyskryminacyjny w ogłoszeniu o zamówieniu albo dokumentacji postępowania. Ma to przede wszystkim na celu poinformowanie wszystkich wykonawców, którzy planują ubiegać się o dane zamówienie, o zakresie danego zamówienia z jednej strony, z drugiej zaś ma dać instytucji zamawiającej możliwość weryfikacji, czy zakres oferty odpowiada przedmiotowi zamówienia.

Jednocześnie Trybunał wskazał, że gdyby szacunkowa maksymalna wartość lub ilość, której dotyczy taka umowa, nie została wskazana lub gdyby taka informacja nie miała prawnie wiążącego charakteru, instytucja zamawiająca mogłaby nie zastosować się do tej

³ Wyrok TSUE z 19.12.2018 r., C-216/17.

maksymalnej ilości. W związku z tym można by dochodzić odpowiedzialności umownej wybranego oferenta za niewykonanie umowy ramowej, gdyby nie był on w stanie dostarczyć żądanych przez instytucję zamawiającą ilości, chociaż przekraczałyby one maksymalną ilość zawartą w ogłoszeniu o zamówieniu. Tymczasem taka sytuacja byłaby sprzeczna z zasadą przejrzystości ustanowioną w art. 18 ust. 1 dyrektywy 2014/24/UE.

Należy ponadto zwrócić uwagę na możliwość zmiany umowy ramowej po jej zawarciu. Trybunał wskazał, że szeroka wykładnia obowiązku określenia maksymalnej szacunkowej wartości lub ilości objętej umową ramową mogłaby również, po pierwsze, pozbawić skuteczności (*effet utile*) zasadę ustanowioną w art. 33 ust. 2 akapit trzeci dyrektywy 2014/24/UE, zgodnie z którą zamówienia oparte na umowie ramowej nie mogą w żadnym wypadku prowadzić do istotnych zmian warunków określonych w umowie ramowej, a po drugie, zostać wykorzystana w sposób stanowiący nadużycie lub uniemożliwiający, ograniczający lub zakłócający konkurencję, o którym mowa w motywie 61 dyrektywy.

Trybunał jednoznacznie przesądził, że w tych okolicznościach odpowiedź na pytanie pierwsze lit. a i pytanie drugie lit. a powinna brzmieć następująco: art. 49 dyrektywy 2014/24/UE, pkt 7 i 8 oraz pkt 10 lit. a części C załącznika V do tej dyrektywy w związku z art. 33 tej dyrektywy oraz zasadami równego traktowania i przejrzystości, o których mowa w jej art. 18 ust. 1, należy interpretować w ten sposób, że w ogłoszeniu o zamówieniu należy podać szacunkową ilość lub wartość, jak również maksymalną ilość lub wartość produktów, które mają zostać dostarczone na podstawie umowy ramowej, a po osiągnięciu wskazanego limitu skutki umowy ramowej ustają.

Trybunał, odpowiadając na drugie pytanie prejudycjalne, zwrócił uwagę na jeszcze jedno istotne zagadnienie. Ponieważ, jak wynika z odpowiedzi udzielonej na pytanie pierwsze lit. a i pytanie drugie lit. a, w ogłoszeniu o zamówieniu należy podać szacunkową ilość lub wartość, jak również maksymalną ilość lub wartość produktów, które mają zostać dostarczone na podstawie umowy ramowej, zasady przejrzystości i równego traktowania, o których mowa w art. 18 ust. 1 dyrektywy 2014/24/UE, stoją na przeszkodzie temu, by instytucja zamawiająca ograniczyła się do podania częściowych informacji na temat przedmiotu i zamierzonego pod względem ilościowym lub finansowym zakresu umowy ramowej. Informacje te mogą zostać ujęte całościowo w ogłoszeniu o zamówieniu, gdyż takie ich wskazanie jest wystarczające dla zapewnienia poszanowania zasad przejrzystości i równego traktowania, o których mowa w art. 18 ust. 1 tej dyrektywy. Niemniej jednak nic nie stoi na przeszkodzie temu, aby instytucja zamawiająca, w celu dostarczenia oferentom wyczerpujących informacji i ułatwienia im dokonania oceny, czy powinni złożyć ofertę, określiła również dalsze wymagania oraz rozbiła ujętą całościowo szacunkową ilość lub wartość towarów, które mają zostać dostarczone na podstawie umowy ramowej, aby szczegółowo określić potrzeby pierwotnej instytucji zamawiającej, która zamierza zawrzeć umowę ramową, oraz potrzeby pierwotnych instytucji zamawiających, które wyraziły chęć udziału w umowie ramowej w sposób opcjonalny.

Podobnie instytucja zamawiająca może wyodrębnić w ogłoszeniu o zamówieniu szacunkową ilość lub wartość, a także maksymalną ilość lub wartość produktów, które mają zostać dostarczone na podstawie umowy ramowej dla każdej z instytucji zamawiających, niezależnie od tego, czy mają one zamiar zawrzeć umowę ramową, czy też przysługuje im opcja. Może tak być w szczególności w przypadku, gdy w świetle warunków realizacji późniejszych zamówień wykonawcy są zapraszani do składania ofert w odniesieniu do wszystkich części zamówienia lub wszystkich pozycji wskazanych w ogłoszeniu o zamówieniu lub gdy późniejsze zamówienia muszą być realizowane w odległych lokalizacjach.

W tych okolicznościach odpowiedź na pytanie pierwsze lit. b i pytanie drugie lit. b powinna brzmieć następująco: art. 49 dyrektywy 2014/24/UE oraz pkt 7 i pkt 10 lit. a części C załącznika V do tej dyrektywy w związku z art. 33 tej dyrektywy oraz zasadami równego traktowania i przejrzystości, o których mowa w jej art. 18 ust. 1, należy interpretować w ten sposób, że szacunkową ilość lub wartość, jak również maksymalną ilość lub wartość produktów, które mają zostać dostarczone na podstawie umowy ramowej, należy podać w ogłoszeniu o zamówieniu w ujęciu całościowym, natomiast można w nim określić dodatkowe wymagania, które instytucja zamawiająca postanowi dodać.

Pytanie trzecie dotyczyło krajowych procedur odwoławczych, w związku z czym zostanie ono pominięte jako wykraczające poza zakres opracowania.

Komentarz

W świetle powyższego nie tylko w oparciu o przepisy dyrektywy 2014/24/UE, ale również na gruncie przepisów ustawy z 11.9.2019 r. – Prawo zamówień publicznych⁴ należy zgodzić się ze stanowiskiem Trybunału. Zagadnienie zawarcia umowy ramowej jest wieloaspektowe i skomplikowane. Przede wszystkim z tego powodu, że zawarcie samej umowy ramowej nie tworzy pomiędzy zamawiającym a wykonawcą węzła obligacyjnego, zobowiązującego strony tej umowy do wykonania przedmiotu określonego w umowie ramowej⁵. Strony umowy ramowej zobowiązują się jedynie do zawierania w przyszłości umów, które będą określały szczegółowe obowiązki stron do realizacji umów cząstkowych mających na celu realizację świadczeń składających się na umowę ramową. Przedmiotem umowy ramowej jest przede wszystkim określenie warunków, na jakich będą realizowane zamówienia cząstkowe w ramach umowy ramowej, co wprost wynika z definicji pojęcia umowy ramowej.

Pojęcie umowy ramowej zostało zdefiniowane w art. 7 pkt 26 PrZamPubl (stanowi on powielenie definicji zawartej w art. 33 ust. 1 zd. 2 dyrektywy 2014/24/UE), zgodnie z którym przez umowę ramową należy rozumieć umowę zawartą między zamawiającym

⁴ Ustawa z 11.9.2019 r. – Prawo zamówień publicznych, Dz.U. z 2021 r. poz.1129; dalej: PrZamPubl.

⁵ J. Jerzykowski [w:] W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, M. Kittel, M. Stachowiak, J. Jerzykowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2021, art. 311.

a jednym lub większą liczbą wykonawców, której celem jest ustalenie warunków dotyczących zamówień, jakie mogą zostać udzielone w danym okresie, w szczególności cen i, jeżeli zachodzi taka potrzeba, przewidywanych ilości.

Jak wynika z literalnego brzmienia definicji umowy ramowej, celem umowy ramowej jest ustalenie warunków dotyczących zamówień, jakie mogą zostać udzielone w okresie jej obowiązywania, czyli warunków udzielania przyszłych zamówień częściowych objętych zakresem umowy ramowej.

Definicja umowy ramowej odwołuje się do pojęcia warunków zamówienia, które zostały zdefiniowane w art. 7 pkt 29 PrZamPubl. Przez warunki zamówienia należy rozumieć warunki, które dotyczą zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia wynikające w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Jednym z elementów warunków zamówienia jest opis przedmiotu zamówienia, którego zasady przygotowania zostały określone w art. 99 PrZamPubl i następujących. W konsekwencji opis przedmiotu zamówienia również w przypadku umowy ramowej powinien zostać dokonany w sposób jednoznaczny i wyczerpujący. Elementem przedmiotowo istotnym w przypadku opisu przedmiotu zamówienia jest określenie ilości, wielkości lub wartości przedmiotu zamówienia. W konsekwencji, w ocenie autora, za stanowiskiem Trybunału przyjąć należy, że obowiązkiem zamawiającego jest wskazanie maksymalnego zakresu świadczenia stron umowy ramowej.

Analiza definicji umowy ramowej budzi jedną podstawową wątpliwość – w jaki sposób należy rozumieć zwrot: „jeżeli zachodzi taka potrzeba, przewidywane ilości”. Czy ilość należy odnieść do zakresu opisu przedmiotu zamówienia (szacunkową ilość lub wartość zamówienia), czy ilości zamówień, które zostaną udzielone podczas obowiązywania umowy ramowej (określenie sposobu spełniania zamówień częściowych jako świadczenia podzielnego w rozumieniu art. 456 ustawy z 23.4.1964 r. – Kodeks cywilny⁶).

Szczegółowa analiza definicji umowy ramowej w związku z przepisami art. 16 pkt 1 PrZamPubl, art. 99 PrZamPubl, art. 311–315 PrZamPubl prowadzi do wniosku, że zwrot: „jeżeli zachodzi taka potrzeba, przewidywane ilości”, należy odnieść do liczby i zakresu zamówień częściowych w ramach umowy ramowej.

Za taką interpretacją przepisu przemawia w szczególności obowiązek zamawiającego opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, z uwzględnieniem wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty (art. 99 ust. 1 PrZamPubl) w związku z art. 16 PrZamPubl, który nakazuje zamawiającemu przeprowadzić postępowanie w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz prowadzenie postępowania w sposób przejrzysty i proporcjonalny.

⁶ Ustawa z 23.4.1964 r. – Kodeks cywilny; dalej: KC.

Wykonawcy, składając ofertę w postępowaniu, w wyniku którego ma dojść do zawarcia umowy ramowej, powinni znać zakres przedmiotu zamówienia, a co za tym idzie – nie tylko jego przedmiot (dostawa, usługa czy robota budowlana) oraz szczegółowy opis (zakres, np. dostawa komputerów), ale także ilość, wielkość lub wartość zamówienia. Zrozumiałe jest, że w przypadku umowy ramowej zamawiający może wskazać przybliżony zakres zamówienia z uwzględnieniem pewnego marginesu błędu, jednak powinien on bezwzględnie wskazać wielkość lub wartość zamówienia. Brak tej informacji może prowadzić do sytuacji, w której wykonawcy nie będą mogli określić, czy są w stanie zrealizować dane zamówienia ani też czy warunki udziału w postępowaniu są proporcjonalne do przedmiotu zamówienia.

Potwierdzeniem takiego stanowiska jest również przepis art. 433 pkt 4 PrZamPubl (zgodnie z treścią art. 311 ust. 2 PrZamPubl ma on zastosowanie do umów ramowych), który stanowi, że projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać możliwości ograniczenia zakresu zamówienia przez zamawiającego bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron.

Dlatego zamawiający w przypadku umowy ramowej ma bezwzględny obowiązek określić ilość, wielkość lub wartość przedmiotu zamówienia, który zostanie udzielony w oparciu o umowę ramową. Ustawodawca pozostawił zamawiającym swobodę w dookreśleniu poszczególnych części zamówienia, które mają być udzielone w oparciu o umowę ramową. Przepis art. 7 pkt 26 PrZamPubl stanowi w tym przypadku *lex specialis* wobec treści art. 456 KC, zgodnie z którym: „jeżeli strony zastrzegły w umowie, że spełnienie świadczenia następować będzie częściami w ciągu określonego czasu, ale nie ustaliły wielkości poszczególnych świadczeń częściowych albo terminów, w których ma nastąpić spełnienie każdego z tych świadczeń, wierzyciel może przez oświadczenie, złożone dłużnikowi w czasie właściwym, ustalić zarówno wielkość poszczególnych świadczeń częściowych, jak i termin spełnienia każdego z nich, jednakże powinien uwzględnić możliwości dłużnika oraz sposób spełnienia świadczenia”.

Zamawiający działający z należytą starannością powinien wskazać, w jaki sposób realizowane będą poszczególne zamówienia cząstkowe, w ramach umowy ramowej, aby wykonawcy ubiegający się o zamówienie publiczne mogli przygotować się do jego spełnienia, a także w celu uniknięcia konieczności zastosowania się do dyspozycji art. 456 KC, tj. uwzględniania podczas realizacji zamówienia możliwości dłużnika do spełnienia świadczenia w danym momencie.

Trybunał również wskazał na takie rozumienie definicji umowy ramowej – w wyroku podkreślono, że systemowa wykładania przepisu art. 33 ust. 1 dyrektywy 2014/24/UE prowadzi do wniosku, że zakres świadczenia w ramach umowy ramowej musi być określony. Mając na uwadze fakt, że definicja umowy ramowej na gruncie przepisów dyrektywy 2014/24 oraz PrZamPubl jest identyczna, uzasadnione jest uznanie, że zwrot: „jeżeli zachodzi taka potrzeba, przewidywane ilości”, użyty w tej definicji, nie odnosi się do określenia zakresu przedmiotu umowy ramowej, a jedynie do sposobu wykonania po-

szczególnych zamówień w ramach umowy ramowej, a co za tym idzie – bezwzględnym obowiązkiem zamawiających jest opisanie przedmiotu umowy ramowej w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, tj. powinien on określić ilość, wielkość lub wartość zamówień, jakie mają zostać udzielone w oparciu o umowę ramową.

Bez znaczenia dla tego obowiązku jest okoliczność, że umowa ramowa nie stanowi wiążącego zobowiązania dla stron, jednak ze względu na obowiązek zachowania przejrzystości w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, realizację zasad prawa zamówień publicznych – uzasadnione jest określenie przedmiotu przyszłego świadczenia przynajmniej w przybliżeniu.

Summary

Obligatory form of an announcement on proceedings to conclude a framework agreement **Commentary to the judgment of the Court of Justice of 17 June 2021, C-23/20**

The Court pointed to this understanding of the definition of a framework agreement, the judgment emphasising that a systemic interpretation of the provision of Article 33(1) of Directive 2014/24 leads to the conclusion that the scope of performance under a framework agreement must be defined. Bearing in mind that the definition of a framework agreement under the provisions of Directive 2014/24 and the PPL is identical, it is reasonable to conclude that the phrase, „if necessary, the quantities envisaged” used in that definition does not refer to determining the scope of the subject matter of the framework agreement, but only to the performance of individual contracts under the framework agreement. Consequently, it is the absolute obligation of the contracting authorities to describe the subject of the framework agreement in a clear and exhaustive manner, i.e. it should specify the quantity, size or value of the contracts to be awarded under the framework agreement.

Keywords: Framework agreement, contract, framework agreement, description of the subject of the contract, subject of the contract, definition of the scope

Sprawozdanie z IX Ogólnopolskiej Konferencji PZP „Nowe prawo zamówień publicznych – konsekwencje i trudności wdrożeniowe”

W dniu 14.3.2022 r. odbyła się IX Ogólnopolska Konferencja PZP „Nowe prawo zamówień publicznych – konsekwencje i trudności wdrożeniowe”, zorganizowana przez Katedrę Prawa Konstytucyjnego, Administracyjnego i Zamówień Publicznych Uniwersytetu Ekonomicznego w Krakowie we współpracy z Wydawnictwem C.H. Beck. Podczas konferencji zaprezentowane zostały stanowiska przedstawicieli nauki i ekspertów dotyczące trudności praktycznych związanych ze stosowaniem ustawy z 11.9.2019 r. – Prawo zamówień publicznych (dalej: PrZamPubl). Prelegenci podzielili się swoimi spostrzeżeniami dotyczącymi wątpliwości interpretacyjnych powstałych w ciągu pierwszych kilkunastu miesięcy stosowania PrZamPubl. Konferencja spotkała się z dużym zainteresowaniem naukowców, ekspertów, reprezentantów organów orzekających, członków palestry, urzędników i prawników zajmujących się prowadzeniem postępowań o udzielenie zamówień publicznych.

Podczas obrad analizowano i dyskutowano problemy związane w szczególności z:

- wdrażaniem urzędowej platformy cyfrowej e-Zamówienia,
- polityką zakupową państwa i jej znaczeniem dla zamówień publicznych,
- konfliktem interesów w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego,
- wymaganiami podmiotowymi przy wspólnym ubieganiu się o zamówienie publiczne,
- klauzulami abuzywnymi w warunkach zamówienia,
- podstawami odrzucenia oferty przetargowej,
- prawem opcji w zamówieniach publicznych,
- nadzwyczajną zmianą okoliczności w czasie realizacji zamówienia publicznego,
- nadzorem nad realizacją zamówienia publicznego.

Konferencja została podzielona na cztery sesje: a) zagadnienia ogólne, b) podstawy wykluczeń z ubiegania się o zamówienie publiczne, c) spory przedumowne, d) umowy o zamówienie publiczne na gruncie nowej regulacji prawnej.

Obrady otworzył prof. dr hab. *Ryszard Szostak*, który powitał zgromadzonych gości, grono profesorskie i uczestników oraz prelegentów. Wyraził nadzieję, że poruszane podczas konferencji zagadnienia będą impulsem do ożywionej dyskusji oraz początkiem rozważań nad koniecznością wprowadzenia zmian w PrZamPubl w celu usunięcia wątpliwości, które pojawiły się podczas pierwszych kilkunastu miesięcy stosowania przepisów. Potem prof. *R. Szostak* rozpoczął sesję dotyczącą zagadnień ogólnych, oddając głos przedstawicielom Urzędu Zamówień Publicznych: panu *Sebastianowi Szaladzińskiemu* (dyrektor generalny Urzędu Zamówień Publicznych) oraz panu *Krzysztofowi Fijołkowi* (dyrektor Biura Organizacyjno-Finansowego Urzędu Zamówień Publicznych), którzy omówili proces wdrażania urzędowej platformy cyfrowej e-Zamówienia. Przedstawiony został status prac nad platformą e-Zamówienia oraz funkcjonalności, jakie zostały lub zostaną udostępnione użytkownikom urzędowej platformy cyfrowej. Prelegenci wskazali, że platforma e-Zamówienia ma zapewnić kompletność i spójność informacji o funkcjonowaniu rynku zamówień publicznych. Ma ona ułatwiać użytkownikom realizację obowiązków związanych z elektroniczną zamówień publicznych oraz skrócić przebieg czynności podejmowanych w ramach postępowań o udzielenie zamówień publicznych. Platforma e-Zamówienia ma zapewniać uczestnikom rynku możliwość komunikowania się i wymiany informacji w postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych, składania ofert, a zamawiającym kompleksowe prowadzenie postępowań. Ponadto posiada ona funkcje związane z obowiązkami sprawozdawczymi, w szczególności komponent dotyczący sprawozdań z udzielanych zamówień publicznych. Wdrożenie urzędowej platformy ma zapewnić szereg korzyści, do których należą w szczególności: zwiększenie zaawansowania elektronicznej zamówień publicznych w Polsce, ograniczenie czasu potrzebnego na przygotowanie ogłoszeń i dokumentów zamówienia oraz ich aktualizację, wyeliminowanie błędów o charakterze formalnym, zapewnienie kompletności wymaganych danych, zgodność dokumentów z aktualnym stanem prawnym, ponowne wykorzystanie raz już wprowadzonych danych, zmniejszenie obciążeń po stronie zamawiających związanych z wypełnianiem ustawowych obowiązków dotyczących elektronicznej. Końcowy odbiór platformy ma się odbyć w czwartym kwartale 2022 r. Kolejny referat, pt. „Zasada jawności postępowania na tle nowej regulacji prawnej”, wygłosił mec. *Jarosław Jerzykowski*. Zasada jawności postępowania jest naczelną zasadą prawa zamówień publicznych. Została ona sformułowana w art. 18 ust. 1 PrZamPubl, który stanowi, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest jawne. Jawność postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pozwala na urzeczywistnienie zasad uczciwej konkurencji i równości traktowania wykonawców. Jawność postępowania może zostać ograniczona tylko w przypadkach określonych w PrZamPubl; do tych przypadków należy

zaliczyć zastrzeżenie przez wykonawcę pewnych informacji jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Drugim przypadkiem są informacje o poufnym charakterze, czyli mające szczególne znaczenie dla zamawiającego. Mogą to być informacje, które należy chronić w oparciu o przepisy ustawy o ochronie informacji niejawnych. Zasada jawności postępowania podlega także innym ograniczeniom, w szczególności podczas prowadzenia postępowań o udzielenie zamówienia w trybach negocjacji bez ogłoszenia, dialogu konkurencyjnego, negocjacji z ogłoszeniem czy partnerstwa innowacyjnego. Profesor dr hab. *Henryk Nowicki* wypowiedział się na temat „Nowe ujęcie kontroli w prawie zamówień publicznych”. Zagadnienie kontroli zamówień publicznych jest trudne i wielowątkowe. Do przepisów PrZamPubl wprowadzone zostały regulacje, które w sposób szerszy odnoszą się do tego zagadnienia. Z kolei wystąpienie o polityce zakupowej państwa i jej znaczeniu dla zamówień publicznych wygłosił prof. dr hab. *Andrzej Panasiuk*, którego zdaniem polityka ta koncentruje się na działaniach podejmowanych przez administrację publiczną w celu osiągnięcia określonych przez nią celów w przyszłości. Polityka zakupowa jest elementem polityki publicznej państwa jako swoistego narzędzia zarządzania publicznego. Należy także zwrócić uwagę, że rolą sektora publicznego jest zapewnienie i gwarancja podstawowych funkcji państwa – co w aspekcie praktycznym oznacza realizację zadań publicznych niezbędnych do funkcjonowania społeczeństwa. W ocenie referenta wprowadzenie do polskiego prawa zamówień publicznych obowiązku opracowywania polityki zakupowej państwa należy uznać za kolejny krok zmierzający w kierunku racjonalnego wykorzystywania zamówień publicznych zgodnie z aktualnymi potrzebami państwa.

Następnie prof. *Szostak* przekazał głos pani mec. *Małgorzacie Stręciwilk*, która wygłosiła referat nt. „Należyte oszacowanie wartości zamówienia”. Czynność szacowania wartości zamówienia w ocenie referenta jest bardzo ważnym elementem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Szacowanie wartości zamówienia ma na celu przede wszystkim określenie właściwych trybów postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tj. czy należy zastosować przepisy właściwe dla zamówień unijnych¹, czy krajowych. Ponadto pozwala zamawiającym na odpowiednie zabezpieczenie środków w ich budżecie na realizację zamówienia. Przepisy PrZamPubl nie zmieniły się w tym zakresie w stosunku do przepisów ustawy z 2004 r. Ostatni referat w pierwszej sesji, pt. „O potrzebie zmian w zasadach sporządzania kosztorysu inwestorskiego”, wygłosił prof. dr hab. *Andrzej Borowicz*. W ocenie pana profesora nowa ustawa PrZamPubl nie uwzględniła w wystarczającym stopniu specyfiki zamówień publicznych na roboty budowlane, przepis art. 34 PrZamPubl stanowi praktycznie powtórzenie dotychczasowej regulacji w tym zakresie, wprowadzono do niego niewielkie zmiany, przede wszystkim redakcyjne. W styczniu 2022 r. weszło w życie rozporządzenie Ministra Rozwoju i Technologii z 20.12.2021 r. w sprawie określenia metod i podstaw sporządzania kosztorysu

¹ Zamówienia powyżej progu określonego w art. 3 ustawy z 11.9.2019 r. – Prawo zamówień publicznych, dalej: PrZamPubl.

inwestorskiego, obliczania planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym. Wciąż pozostają aktualne postulaty sformułowane na gruncie poprzedniego rozporządzenia, w szczególności dotyczące zmiany deficyjnego pojęcia „założenia wyjściowe do kosztorysowania”, obowiązku załączania do kosztorysu analiz indywidualnych nakładów rzeczowych. Wskazać należy, że podczas przygotowania nowego rozporządzenia nie podjęto próby pogłębionej refleksji nad rozwiązaniami, które będą adekwatne do specyfiki robót budowlanych. Na zakończenie odbyła się krótka dyskusja.

Sesję drugą pt. „Podstawy wykluczenia wykonawcy z ubiegania się o zamówienie publiczne” moderował prof. dr hab. *Andrzej Borowicz*. Pierwszy referat, pt. „Konflikt interesów w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego”, został przedstawiony przez dr *Andrzełę Gawrońską-Baran*. W referacie wskazano, że w polskim systemie prawa pojęcie konfliktu interesów nie zostało zdefiniowane, w związku z czym należy je interpretować zgodnie z jego znaczeniem językowym. Przez konflikt interesów należy rozumieć sytuację, w której istnieje obawa negatywnego wpływu określonych okoliczności na bezstronne i bezinteresowne wykonywanie obowiązków służbowych. Konflikt interesów może dotyczyć każdego, jednak w referacie poruszono wyłącznie zagadnienie związane z konfliktem interesów po stronie zamawiających. Konflikt interesów po stronie zamawiającego może zaistnieć po stronie kierownika zamawiającego, członków komisji przetargowej, innych osób wykonujących czynności w postępowaniu lub osób, które mogą mieć wpływ na wynik postępowania. Każda z osób wskazanych w zdaniu poprzedzającym powinna złożyć właściwe oświadczenie w trybie art. 56 ust. 2 i 3 PrZamPubl. Referent przedstawił też zakres sytuacji objętych dyspozycją art. 56 PrZamPubl. Wskazano na regulację PrZamPubl. określającą termin, w jakim należy złożyć właściwe oświadczenie o braku konfliktu interesów, a także skutki, jakie wywołuje niezłożenie właściwego oświadczenia. Następny referat w tym panelu, pt. „Nienależyte wykonanie zamówienia podstawą wykluczenia z ubiegania się o kolejne zamówienie publiczne”, przedstawiła mec. *Magdalena Grabarczyk*. W praktyce zamówień publicznych duże znaczenie należy przywiązywać do wiarygodności kontrahenta, w szczególności ze względu na charakter zadań, jakie są realizowane przez zamawiających. W przypadku zamówień publicznych swoboda doboru kontrahenta jest ograniczona, a co za tym idzie – podmiot wybrany do realizacji zamówienia powinien dawać rękojmię należytego wykonania zamówienia. W tych okolicznościach istotne jest, aby poddać ocenie rzetelność wykonawcy, który ma zrealizować zamówienie publiczne. Jednym z narzędzi, które pozwalają na dokonanie oceny rzetelności wykonawcy, jest przesłanka wykluczenia z postępowania zawarta w art. 109 ust. 1 pkt 7 PrZamPubl. Dla jej zastosowania wystarczające jest, aby w przeszłości doszło do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy z danym wykonawcą z przyczyn od niego zależnych, czyli jednostronne oświadczenie zamawiającego. Naraża to wykonawców na ryzyko subiektywnej oceny zamawiających. Orzecznictwo odnotowuje

takie sytuacje zwłaszcza przy umowach o skomplikowanym przedmiocie, których realizacja napotyka trudności. Bywa, że zamawiający wypowiada umowę wcześniej wypowiedzianą przez wykonawcę lub zagrożony taką sytuacją pierwszy składa takie oświadczenie. Zgodnie z przepisem wykluczenie z postępowania może mieć miejsce w sytuacji, gdy podstawą odstąpienia od umowy były okoliczności leżące po stronie wykonawcy, a co za tym idzie – zamawiający zobowiązani są do dokonania oceny tych okoliczności. Referat pt. „Wprowadzenie zamawiającego w błąd przy ubieganiu się o zamówienie publiczne” wygłosił dr *Maciej Lubiszewski*. Podjął on próbę wyjaśnienia różnic pomiędzy dwiema podstawami wykluczenia z postępowania, które związane są z podaniem nieprawdziwych informacji, tj. podstawą wskazaną w art. 109 ust. 1 pkt 8 i pkt 10 PrZamPubl. Referent wskazał, że przepisy polskiego prawa w tym zakresie nie zawierają znaczących różnic. Co więcej, nie można w nich zauważyć różnic zawartych w przepisach UE. Referent wskazał, że pierwsza z przesłanek cechuje się ogólnością i dotyczy wszystkich postępowań o udzielenie zamówień publicznych w określonym okresie, druga z nich dotyczy zaś sytuacji, w których wykonawca wprowadził w błąd zamawiającego w konkretnym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Kolejny referat, pt. „Kwalifikowany personel warunkiem zachowania dobrej jakości świadczenia”, przedstawiła dr *Agnieszka Piwowarczyk*. Zdaniem referującej wysoka jakość wykonania umowy o zamówienie publiczne w znaczącej części przypadków uzależniona jest od kwalifikacji personelu odpowiedzialnego za jego realizację. Narzędziami mogącymi umożliwić zamawiającym wybór wykonawców, którzy dysponują właściwymi kompetencjami, są warunki udziału w postępowaniu oraz kryteria oceny ofert. W przypadku gdy zamawiający korzysta z tych narzędzi prawidłowo, tj. zgodnie z przepisami prawa, a także w sposób świadomy – może on doprowadzić do wyboru wykonawcy, który posiada niezbędne kompetencje i potencjał osobowy (wysoko wykwalifikowaną kadre), pozwalające na wykonanie zamówienia w dobrej jakości. Niestety zamawiający często ustanawiają warunki udziału w postępowaniu oraz kryteria oceny ofert w sposób nieprawidłowy, a wręcz oderwany od realiów zamówienia. W ocenie referenta może to wynikać z braku rzetelnej wiedzy po stronie zamawiających oraz udziału w postępowaniach osób niewykwalifikowanych. Dlatego też bardzo ważne jest, aby kadry zajmujące się zamówieniami publicznymi były wykwalifikowane, w szczególności aby posiadały wiedzę pozwalającą na prawidłowe stosowanie rozwiązań zawartych w PrZamPubl. Wymagania podmiotowe przy wspólnym ubieganiu się o zamówienie publiczne stanowiły przedmiot wystąpienia dr *Ewerysta Kowalczyka*, który wskazał, że problematyka wymagań podmiotowych przy wspólnym ubieganiu się o zamówienie łączy się z szerszym zagadnieniem dostępu do zamówień publicznych. W jego ocenie podstawowym celem regulacji zawartej w art. 117 ust. 2 PrZamPubl jest zapewnienie równego traktowania wykonawców. Zamawiający może określić szczególny, obiektywnie uzasadniony sposób spełniania warunków udziału w postępowaniu przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie. Zamawiający przy zachowaniu tożsamości warunków udziału w postępowaniu może skorzystać z kompetencji do określenia szczegól-

nego sposobu spełniania warunków przez grupę wykonawców, o ile łączenie przez nich potencjałów i zdolności okazuje się nieadekwatne z punktu widzenia oceny ich zdolności do wykonania przedmiotu zamówienia. Referent wskazał, że w tym zakresie należy rozróżnić dwa zagadnienia, tj. sytuacje, w których niedopuszczalne jest sumowanie potencjałów podmiotów wspólnie ubiegających się o zamówienie w ramach jednego warunku podmiotowego, oraz takie, w których sumowanie potencjałów miałyby się przejawiać w kumulowaniu potencjałów i zdolności odpowiadających różnym warunkom podmiotowym. Problematyka przedmiotowych środków dowodowych objęta została wystąpieniem *Justyny Starek*, według której zamawiający w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego może żądać podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie braku podstaw do wykluczenia lub na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu. Katalog podmiotowych środków dowodowych został określony w rozporządzeniu Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23.12.2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawców. W referacie przedstawiono katalog środków dowodowych oraz formy, w jakich wykonawcy powinni je złożyć w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Na zakończenie odbyła się krótka dyskusja.

Sesję trzecią, poświęconą problematyce „Spory przedumowne”, poprowadził prof. dr hab. *Henryk Nowicki*. Pierwszy referat, pt. „Prawo do sądu w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego”, wygłosiła dr *Aleksandra Sołtysińska-Łaszczyca*. Referent wskazał, że prawo dostępu do sądu chroni prawa osób fizycznych i prawnych oraz jednostek organizacyjnych, które zamierzają uzyskać lub wykonują zamówienie. Prawo do sądu nie może być rozumiane tylko formalnie, jako dostęp do drogi sądowej, ale także materialnie, jako możliwość skutecznego wyegzekwowania i dochodzenia ochrony praw w wyniku postępowania sądowego. Podczas wystąpienia zwrócono uwagę na takie zagadnienia, jak zasada przejrzystości, środki tymczasowe, legitymacja procesowa, odszkodowania oraz sankcja unieważnienia umowy o zamówienie publiczne. O zasadzie prawdy obiektywnej i jej znaczeniu dla jakości orzekania w postępowaniu odwoławczym mówiła dr *Joanna May*. Interesujący referat pt. „Zwalczanie klauzul abuzywnych w warunkach zamówienia” wygłosił prof. dr hab. *Krzysztof Horubski*. Przepis art. 433 PrZamPubl zawiera katalog niedozwolonych postanowień umowy o zamówienie publiczne, do których należą w szczególności postanowienia przewidujące: a) odpowiedzialność wykonawcy za opóźnienie, za wyjątkiem przypadków, które są uzasadnione okolicznościami, b) naliczania kar umownych za zachowania wykonawcy niezwiązane bezpośrednio lub pośrednio z przedmiotem umowy lub jej prawidłowym wykonaniem, c) odpowiedzialność wykonawcy za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi zamawiający, d) możliwość ograniczenia zakresu zamówienia przez zamawiającego bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron. Wykonawcy mogą zwalczać niedozwolone klauzule umowne w drodze odwołania do Krajowej Izby Odwoławczej, na

co pozwala art. 523 pkt 1 PrZamPubl. Ostatnie wystąpienie w sesji, poświęcone podstawom odrzucenia oferty przetargowej na tle zmienionej regulacji prawnej, zaprezentowała dr *Agnieszka Trojanowska*. Podstawy odrzucenia oferty wykonawcy zostały zawarte w art. 226 ust. 1 PrZamPubl. Przepis art. 226 PrZamPubl reguluje kompleksowo przesłanki odrzucenia oferty. Stanowią one katalog zamknięty. W przypadku gdy ziści się którakolwiek z przesłanek określonych w przepisie, zamawiający ma obowiązek odrzucić ofertę wykonawcy. Przesłanki odrzucenia oferty są tożsame dla wszystkich zamówień, które są udzielane w oparciu o przepisy PrZamPubl. Na zakończenie sesji doszło do krótkiej dyskusji.

Ostatniej sesji, pt. „Umowy o zamówienia publiczne na gruncie nowej regulacji prawnej”, przewodniczył dr hab. *Michał Kania*. Profesor dr hab. *Ryszard Szostak* wygłosił referat pt. „Prawo opcji w zamówieniach publicznych”. Przepisy PrZamPubl ani też dyrektyw unijnych w sprawie zamówień publicznych nie przewidują definicji prawa opcji. Do PrZamPubl wprowadzono przepis art. 441, który określa przesłanki pozwalające zamawiającemu na skorzystanie z prawa opcji. Zgodnie z tym przepisem zamawiający może skorzystać z prawa opcji, jeżeli zostanie ono przewidziane w dokumentach zamówienia lub ogłoszeniu o zamówieniu w postaci jasnych, precyzyjnych i jednoznacznych postanowień. Postanowienia zawarte w umowie powinny spełniać trzy warunki: a) określać rodzaj i maksymalną wartość opcji, b) określać okoliczności skorzystania z opcji oraz c) nie mogą modyfikować ogólnego charakteru umowy o zamówienie publiczne. Prawo opcji ma służyć zamawiającemu jako prawo do jednostronnej zmiany warunków realizacji zamówienia, zwłaszcza z zakresu zamówionego świadczenia. Opiera się na konstrukcji warunku (zawieszającego) połączonej z jednostronnym oświadczeniem woli zamawiającego, ponieważ skorzystanie z prawa opcji nie stanowi automatycznej zmiany zamówienia publicznego – następuje wprawdzie po ziszczeniu się warunku, lecz dopiero wskutek wykonania przez zamawiającego prawa kształtującego. Interesujący referat pt. „Postanowienia obligatoryjne w umowach o roboty budowlane” wygłosiła dr *Ewa Zielińska*. Odniosła się ona niemal do wszystkich przypadków klauzul ustawowo obligatoryjnych. Problematyka nadzwyczajnej zmiany okoliczności w czasie realizacji zamówienia publicznego stanowiła przedmiot wystąpienia prof. UŁ dr. hab. *Wojciecha Robaczyńskiego*, z uwzględnieniem przypadków szczególnych zachodzących w okresie pandemii COVID-19. Zdaniem profesora, aby można było sensownie stosować art. 357¹ Kodeksu cywilnego, musi wystąpić nadzwyczajna zmiana stosunków, która jest rozumiana jako nadzwyczajne zdarzenie, najczęściej o powszechnym charakterze, przybierające postać katastrofy żywiołowej, gwałtownych zaburzeń życia społecznego (w tym strajki, blokady czy wojna). Kolejny referat, pt. „Nadzór nad realizacją zamówienia publicznego – raport o uchybieniach”, przedstawił dr *Mariusz Filipek*, który odniósł się zwłaszcza do nowych rozwiązań ustawowych. Ostatni referat, pt. „Wykonywanie serwisu z tytułu rękojmi za wady świadczenia”, przedstawiła dr *Jolanta Loranc-Borkowska*, według której podstawą

do podjęcia przez wykonawcę czynności serwisowych w ramach umowy o zamówienie publiczne jest stwierdzenie wady fizycznej przez zamawiającego oraz złożenie właściwego zgłoszenia reklamacyjnego. W ramach rękojmi za wady przysługuje zamawiającemu wybór pomiędzy prawem do odstąpienia od umowy a obniżeniem wynagrodzenia w relacji do roszczenia o usunięcie wady lub wymiany świadczenia na wolne od wad, które mają obecnie znaczenie drugoplanowe. Ostatecznie wybór uprawnienia będzie zależał od rodzaju umowy zawartej w ramach zamówień publicznych. Inne uprawnienia są aktualne przy umowie sprzedaży, a inne przy umowie o dzieło i roboty budowlane. Właśnie przy tych ostatnich umowach istotne znaczenie ma serwis naprawczy, zorientowany na przywrócenie przedmiotu świadczenia do stanu zgodnego z umową, wraz z zapewnieniem właściwej funkcjonalności. Zazwyczaj polega to na usuwaniu wady fizycznej przez wykonawcę, a sposób jej usunięcia będzie zależał od rodzaju świadczenia, a także charakteru stwierdzonej wady.

Na zakończenie konferencji organizatorzy podziękowali prelegentom, uczestnikom dyskusji oraz pozostałym osobom za czynny udział w obradach, a Wydawnictwu C.H. Beck za wsparcie w przygotowaniu i realizacji tego wydarzenia.

Opracowanie: *Żaneta Urbaniak*