

Maciej GNELA*

PRAWO ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH JAKO INSTYTUCJA ZABEZPIECZAJĄCA INTERESY MAJĄTKOWE SKARBU PAŃSTWA

Streszczenie

Zamówienia publiczne stanowią okowę systemu dokonywania wydatków przez jednostki sektora finansów publicznych. Samo zastosowanie procedur o udzielenie zamówienia nie gwarantuje właściwego realizowania zasad efektywnego, celowego i oszczędnego wydatkowania środków publicznych. To powoduje potrzebę należytego wykorzystania dostępnych instrumentów prawnych, przy jednoczesnej intensyfikacji współpracy instytucji zamawiającej z potencjalnymi wykonawcami. Uczestnictwo wykonawców przy przygotowaniu zamówienia publicznego, gwarantuje profesjonalizację zamówienia publicznego na etapie realizacyjnym.

Słowa kluczowe: zamówienia publiczne, governance, wykonawca, dialog techniczny

Wstęp

Wydatkowanie z zasobu finansów publicznych zawsze będzie rodzilo słusze skojarzenia o możliwości niewłaściwego, czy też w skrajnych przypadkach nielegalnego, działania osób będących przedstawicielami interesów Skarbu Państwa i jednostek pokrewnych (np. Lasów Państwowych, jednostek samorządu terytorialnego, administracji aparatu wymiaru sprawiedliwości). Ma to swoje źródło w istocie nadzoru właścicielskiego, który może być uwydatniony tylko i wyłącznie przy samodzielnym działaniu właściciela, albo osób do tego predestynowanych (np. należycie opłaconych pełnomocników lub też osób właściwie zmotywowanych, obciążonych prawnym-majątkową odpowiedzialnością) i należycie umocowanych. Jest oczywistym, że osoba postronna, nie jest w stanie osądzić, co w danej sytuacji będzie najkorzystniejsze z punktu widzenia oczekiwań właściciela.

* Mgr Maciej Gnela, Katedra Gospodarki i Administracji Publicznej, Uniwersytet Ekonomiczny w Krakowie.

W tym miejscu należy doszukiwać się uzasadnienia wdrożenia regulacji szczególnych, w stosunku do trybów zawierania umów cywilnoprawnych, przez reprezentujących interesy majątkowe podmiotów publicznych. Mają one na celu w pierwszej kolejności uczynić transparentnymi wydatki publiczne, unifikując jednocześnie działanie jednostek, których funkcjonowanie jest uzależnione od środków budżetowych. System zamówień publicznych wzmocniony jest także potrzebą zapewnienia równego i uczciwego dostępu do realizacji kontraktów rządowych przez wykonawców, a także realizowania innych, ościennych polityk UE¹, z ochroną środowiska na czele.

1. Zamówienia publiczne na tle krajowym i europejskim

Wprowadzenie regulacji dotyczących zamówień publicznych miało na obszarze kontynentu europejskiego charakter dwutorowy: krajowy i wspólnotowy. Idealnym przykładem jest niemiecki system prawny, którego wewnętrzny porządek jest konstruowany w oparciu o XVII-wieczne zarządzenia, modyfikowane na bazie podniesionych doświadczeń, kształtowanych epokowo². Pomimo faktu, iż niemiecki system zamówień publicznych nie jest zunifikowany, to z pewnością należy przyjąć jego wyczerpujący i precyzyjny charakter prawny, zaklasyfikowany, jako dział prawa budżetowego, wspomaganego regulacjami dotyczącymi zachowania uczciwej konkurencji oraz konstruowania umów o zamówienie publiczne. Taka klasyfikacja zasługuje na naśladowanie, bowiem sytuuje przepływy pieniężne w sektorze publicznym w obrębie prawa budżetowego, przy zastosowaniu instrumentów prawa prywatnego. Akcentuje tym samym ważność samych regulacji, jako fundamentalnych dla całego procesu przepływu środków będących w dyspozycji aparatu państwowego. XX-wieczny system niemieckiego prawa zamówień publicznych dostosowany został do reguł wspólnego rynku UE w niezbędnym zakresie.

Od powyższego należy zdecydowanie wyodrębnić polski porządek normatywny, który jest efektem dogłębnej implementacji prawa pierwotnego i wtórnego UE, przy wykorzystaniu nielicznych instytucji prawa polskiego, jak np. przetargowy tryb zawierania umowy, wadium,

¹ Skrót UE oznacza Unię Europejską.

² G. Wicik, *Zamówienia Publiczne w Niemczech*, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2001, s. 9.

czy też wdrożenie szczególnego trybu zapytania o cenę³. Ze względów dziejowych (rozbiory, wojny światowe XX wieku, czy okres ustroju Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej) nie ukształtowano trwałych regulacji związanych z wydatkami publicznymi. Zanim regulacje nabierały mocy prawnej w zastosowaniu, transformacja ustrojowa początkowała nowe konstrukcje prawne związane z umowami cywilnoprawnymi, z udziałem jednostek publicznych (czy też „uspołecznionych”). Obecnie obowiązujące przepisy są efektem przyjęcia wprost regulacji dawnej dyrektywy klasycznej⁴. Brakuje w nich akcentów, swoistej preambuły, uzasadniającej istnienie regulacji zakupów skarbowych. Pojawienie się nowej dyrektywy klasycznej⁵ i nałożenie na państwa członkowskie UE obowiązku jej implementowania, najpóźniej do dn. 18 kwietnia 2016 r., spowoduje najprawdopodobniej uchwalenie nowych przepisów krajowych. Takie działania UE należy uznać, jako destabilizujące obrót prawny i tworzące potencjalne zakłócenie racjonalności działania przy wydatkowaniu środków publicznych.

Z pewnością polski system zamówień publicznych charakteryzuje się cywilnoprawnym charakterem, co podkreśla Krajowa Izba Odwoławcza w rozlicznych orzeczeniach⁶. Niemniej wyróżnia się publicznoprawny charakter ograniczeń swobody umów, jak również administracyjny nadzór nad prawidłowym funkcjonowaniem procesów zakupowych w praktyce jednostek finansów publicznych⁷.

Zamówienia publiczne nie są jedynym konstruktorem krajowego systemu wydatków skarbowych. Przyjmuje się, że jeżeli przepis szczególny nie stanowi inaczej, zawieranie umów następuje w oparciu o przepisy ustawy z dn. 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień

³ Uchwała KIO z dn. 26 marca 2014 r. (KIO/KD 21/14).

⁴ Dyrektywa 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz. Urz. UE L Nr 134, str. 114).

⁵ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dn. 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE (Dz. Urz. UE L Nr 94, str. 65).

⁶ Wyroki KIO: z dn. 5 lipca 2013 r. (KIO 1406/13); z dn. 29 stycznia 2013 r. (KIO 112/13); z dn. 24 września 2012 r. (KIO 1924/12).

⁷ Obok dedykowanych tylko i wyłącznie dla instytucji zamawiających Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych i Krajowej Izby Odwoławczej, nad prawidłowym funkcjonowaniem systemu czuwają w szczególności: Najwyższa Izba Kontroli, Urząd Kontroli Skarbowej, a w stosunku do jednostek samorządu terytorialnego: wojewodowie oraz regionalne izby obrachunkowe.

publicznych⁸, zwanej dalej „p.z.p.” lub „ustawą p.z.p.”. Do najważniejszych ustaw szczególnych związanych z wydatkowaniem z zasobu środków publicznych należy zaliczyć również:

- ustawę z dn. 21 sierpnia 1997 r. o gospodarce nieruchomościami⁹, w zakresie zbywania mienia nieruchomego Skarbu Państwa i jednostek samorządu terytorialnego,
- ustawę z dn. 27 sierpnia 2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych¹⁰, w zakresie kontraktowania świadczeń medycznych z podmiotami prowadzącymi działalność leczniczą,
- ustawę z dn. 19 grudnia 2008 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym¹¹ oraz ustawę z dn. 9 stycznia 2009 r. o koncesji na roboty budowlane i usługi¹² w zakresie realizowania zamówień publicznych we współdziałaniu z partnerem prywatnoprawnym.

Niezależnie od właściwości normatywnej, lub też istnienia wyłączenia zastosowania regulacji szczególnych, przy zawieraniu umów z udziałem jednostki publicznoprawnej, jej wydatek będzie każdorazowo klasyfikowany jako „zamówienie publiczne”¹³.

2. Zasady udzielania zamówień publicznych

Przytoczone powyżej akty prawne stanowią przykłady ustawowych oboczności, od generalnej zasady wydatkowania środków publicznych w oparciu o regulacje ustawy p.z.p., chyba że ona sama zwalnia z obowiązku jej zastosowania. W takich okolicznościach (np. ustawodawca nie przewiduje zastosowania przepisów p.z.p. przy zamówieniach i konkursach, których wartość szacunkowa zamówienia, bez podatku od towarów i usług VAT, nie przekracza równowartości wyrażonej w złotych 30 000 €) powstaje pytanie: jaką właściwość proceduralną zastosować przy zawieraniu umów cywilnoprawnych, przez jednostkę rozdysponującą środkami publicznymi? Skoro zawieranie

⁸ t. jedn. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.

⁹ t. jedn. Dz. U. z 2014 r., poz. 518 ze zm.

¹⁰ t. jedn. Dz. U. z 2008 r., poz. 164, poz. 1027 ze zm.

¹¹ Dz. U. z 2009 r. Nr 19, poz. 100 ze zm.

¹² Dz. U. z 2009 r. Nr 19, poz. 101 ze zm.

¹³ Wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dn. 23 listopada 2012 r. (V Ca 2497/2012).

umów opiera się o regułę swobody umów, czyli nieskrępowanego uzgadniania treści umów w oparciu, o zgodne i swobodne oświadczenia woli, można błędnie założyć wyłączną właściwość regulacji ustawy z dn. 16 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny¹⁴, zwana dalej „k.c.”, o zawieraniu umowy (art. 66 i nast. k.c.). Jednakże sama zasada swobody umów¹⁵ ma swoje granice, konkretyzowane w drodze np. ustaw szczególnych. W tym miejscu dochodzi się do ogólnej normy wydatkowania z zasobu finansów publicznych, określonej art. 44 ust. 3 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 roku o finansach publicznych¹⁶, zwanej dalej „u.f.p.” Przetaczany przepis konstytuuje zasadę, iż wszystkie przepływy ze strony instytucji sektora finansów publicznych, muszą być dokonywane w sposób celowy i oszczędny. Nie oznacza to wcale obowiązku kierowania się wyłącznie taniością, bowiem ustawodawca wymaga przy tym, aby w drodze rozdysponowania środka publicznego, uzyskiwać możliwie maksymalną efektywność przy jednoczesnej optymalizacji doboru metod i środków służących osiągnięciu założonych celów. Instytucje zamawiające powinny również zadbać o terminową realizację przedmiotu zamówienia przy jednoczesnym uwzględnieniu wcześniej zaciągniętych zobowiązań. To oznacza, że wydatki publiczne powinna cechować skuteczność i efektywność, przy jednoczesnym zapewnieniu legalnego, celowego i racjonalnego działania¹⁷.

Powyższe reguły obowiązują wszelkie formy wydatków publicznych, przy czym dodatkowo jednostka finansów publicznych musi przestrzegać przepisów właściwych określających szczególne procedury zawierania umów, także tych o charakterze wewnętrznym lub resortowym. System zamówień publicznych nie bazuje jedynie na sterowaniu nakazowym przy wydatkowaniu przez jednostki publiczne. Ustawodawca uwzględnia instrumenty gry rynkowej, które przy odpowiednim zastosowaniu, urzeczywistnią wszystkie założenia zakupów skarbowych, tj. oszczędnego, celowego, korzystnego z punktu widzenia interesów Skarbu Państwa lub innych instytucji zamawiających, w szczególności jednostek samorządu terytorialnego, uczelni publicznych, czy też Wojska Polskiego.

¹⁴ t. jedn. Dz. U. z 2014 r., poz. 121.

¹⁵ Art. 353¹ k.c.

¹⁶ t. jedn. Dz. U. z 2013 r., poz. 885 ze zm.

¹⁷ L. Lipiec-Warzecha, *Ustawa o finansach publicznych. Komentarz*, Wyd. ABC, 2011, komentarz do art. 44 u.f.p.

Wdrożenie tych słuszných założeń nie będzie łatwe z tego względu, iż podmiotami odpowiedzialnymi będą najczęściej osoby, które działalność gospodarczą traktują z perspektywy fenomenu społecznego, ale już nie źródła wiedzy przy udzielaniu zamówień publicznych. Innymi słowy prowadzenie procesów zakupowych może być wyjąłowane z profesjonalnej wiedzy nie tylko przedmiotu zainteresowania, ale i reguł panujących na rynkach właściwych. To pozwala na szeroko rozumianą nieuczciwość handlową, zwłaszcza przy zaniżaniu jakości świadczenia na etapie realizacji zamówienia publicznego. Istnienie takiej świadomości powoduje po stronie instytucji zamawiających szeroko rozumiane obawy, których uchylenie ma swoje ujście w nierzadko dławiających warunkach kontraktowych¹⁸, zapisywanych w warunkach stawianych ubiegającym się o udzielenie zamówienia publicznego wykonawcom. W mojej ocenie najczęściej nadużywany instrumentami prawnymi są tutaj kary umowne, terminy realizacji bez uwzględnienia czynników zewnętrznych znajdującymi się poza wolą samego wykonawcy, za które będzie odpowiadał oraz rozszerzone warunki gwarancji i rękojmi, które czynią realizację umowy skarbowej bardzo ryzykowną. To z kolei powoduje wyłanianie wykonawców nieroztropnych, co w dalszym czasie powoduje popadnięcie w organizacyjne i finansowe kłopoty zainteresowanego. Efektem takich działań jest również niewykonanie lub nienależyte wykonanie zamówienia publicznego, co powoduje stratę w mieniu publicznym. W rezultacie neguje się słusznę założenia systemu zamówień publicznych, które zamiast zabezpieczać interesy majątkowe państwa, destabilizuje a także niejako „przy okazji” rujnuje organizm realizatora kontraktu rządowego.

I tu pojawia się główne założenie niniejszego opracowania, iż samo stosowanie regulacji ustawy p.z.p. nie jest wystarczające. Aby wysnuć esencję regulacji prawa zamówień publicznych należy stosować ją należycie, uczciwie, rzetelnie, uwzględniając istotę umowy jako relacji dwustronnej, w której strony mają wzajemne prawa i obowiązki. Naczelnym kierunkiem zmian, musi być stworzenie takich warunków, które zabezpieczą nie tylko słusznę interesy Skarbu Państwa, ale również należyte wykonanie zamówienia, co jest możliwe tylko i wyłącznie, jeżeli wykonawca zostanie odpowiednio uposażony nie tylko finansowo,

¹⁸ Za „dławiające” należy uznać kontrakty, które uprzywilejowują jedną ze stron niewspółmiernie do obowiązków drugiej strony, w drodze jednostronnych narzucanych warunków umownych – patrz: Uchwała SN z dn. 17 września 1992 r. (III CZP 83/92).

ale i również w zakresie jego sytuacji materialno-prawnej. Mowa tu w szczególności o stworzeniu racjonalnych warunków do realizacji kontraktu rządowego, zapewniającego ciągłość funkcjonowania wykonawcy, także po jego ukończeniu. *A contrario* należy eliminować zachowania zamawiających zmierzających do kreowania warunków awykonalnych nie tylko dla wykonawcy, ale i innych uczestników rynków właściwych.

3. Przedkontraktowe mechanizmy prawa zamówień publicznych zabezpieczające interesy majątkowe instytucji zamawiających

Po uwzględnieniu powyższych założeń, należy zaznaczyć wyłączenie kompetencyjną zamawiającego przy projektowaniu warunków zamówienia¹⁹, jak również określenia właściwości proceduralnej samego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Nie oznacza to wcale braku możliwości współuczestniczenia potencjalnych oferentów przy czynnościach przygotowawczych zamówienia publicznego. Za przykład mogą tutaj posłużyć dialog techniczny oraz instytucja biegłego, które można zastosować na etapie przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Dialog techniczny stanowi jedną z najnowszych instytucji prawa zamówień publicznych o charakterze fakultatywnym. Może zostać zastosowany tylko i wyłącznie na podstawie suwerennej decyzji zamawiającego. Nie ma też z drugiej strony żadnych barier przy podjęciu decyzji, co do skorzystania z możliwości współdziałania potencjalnych wykonawców przy sporządzeniu opisu przedmiotu zamówienia publicznego. Jest naturalnym, że jednostka administrująca, co do zasady nie może mieć wiedzy wyspecjalizowanej, w pełnym zakresie zamawianych świadczeń, zwłaszcza w kontekście istnienia różnorodnych przedmiotów zamówienia poczynając od prostych (drobnych) dostaw, poprzez usługi podlegające koncesjonowaniu, na skomplikowanych robotach drogowych kończąc. To przekłada się nierzadko na intuicyjne działanie zamawiającego, które może być zminimalizowane w drodze swoistego audytu przedmiotowego. Oczywiście jest przy tym działanie wykonawcy zmierzające do promowania własnych produktów, toteż ustawodawca nakazuje, aby w czasie dialogu technicznego

¹⁹ S. Babiarz, Z. Czarnik, P. Janda, P. Pełczyński, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, LexisNexis, Warszawa 2010, s. 161 oraz 546.

zapewnić konkurencję oraz inne działania zmierzające do uzyskania efektu transparentności. Nie sposób przecenić tej instytucji, zwłaszcza że w wyniku rywalizacji oferentów, będzie można uzyskać najbardziej efektywny produkt z punktu widzenia interesów zamawiającego. Zastosowanie dialogu technicznego umożliwia także pozyskanie informacji umożliwiających dokonanie ustalenia wartości zamówienia dostaw, usług lub robót budowlanych, ze względu na ich unikatowy, specyficzny charakter lub wysoki postęp technologiczny²⁰. Dialog techniczny ma umożliwić uzyskanie przez zamawiającego odpowiednich informacji, na bazie których wykona wyżej wskazany obowiązek polegający na przygotowaniu opisu przedmiotu zamówienia²¹.

Działając w oderwaniu od rzeczywistości rynkowej, zamawiający powinien zdawać sobie sprawę, że dla wykonawcy nadrzędną wartością będzie uzyskanie kontraktu rządowego. Skoro najpopularniejszym kryterium oceny ofert jest cena²², to wykonawca zmierzając do uzyskania zamówienia publicznego, będzie maksymalnie zubażał merytoryczną wartość, aż do uzyskania absolutnego minimum wymogów stawianych przez zamawiającego. Niestety coraz częściej wykonawcy proponują świadczenia poniżej istniejących na rynku średnich standardów, co stanowi naruszenie normy określonej art. 357 k.c., przy czym ciężar dowodzenia pozostaje na barkach instytucji zamawiającej. Opisując przedmiot zamówienia zamawiający jest związany dyspozycją²³, która zakazuje z jednej strony proponowania określonych rozwiązań, a z drugiej podejmowania czynności dyskryminacyjnych wobec niektórych wykonawców. Przez to wszystko jednostki zobowiązane do stosowania tychże zapisów poprzestają na ogólnikowych parametrach, pozostawiając oferentom przy tym nadmierną nierzadko swobodę. Ocena czy rzecz ma należyłą jakość, może stwarzać w praktyce znaczne trudności. W przypadku sporów często pomocnymi okazują się opinie biegłych²⁴, co stoi niejako w opozycji do stawianych zasad szybkiego,

²⁰ A. Bazan, J. E. Nowicki, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, LEX 2014, komentarz do art. 31a.

²¹ J. Lachner, *Dialog techniczny w zamówieniach publicznych*, „Prawo Zamówień Publicznych”, Nr 3/2012, s. 61.

²² W 2012 roku aż 92% wszystkich zamówień publicznych objętych było ceną jako jedynym kryterium oceny oferty, za: Sprawozdanie Prezesa UZP o funkcjonowaniu zamówień publicznych w 2012 r., Urząd zamówień Publicznych, Warszawa 2013, s. 30.

²³ Art. 29 ust. 2-3 p.z.p.

²⁴ K. Pietrzykowski, *Kodeks cywilny Tom I, art. 1 – 449¹⁰ k.c.*, C.H. Beck, Warszawa 2013, s. 963.

oszczędnego i efektywnego wydatkowania ze środków finansów publicznych²⁵.

Wywołana instytucja biegłego niekoniecznie powinna być utożsamiana z negatywnym aspektem funkcjonowania systemu zamówień publicznych. Przepisy p.z.p. nie umożliwiają wprost powołania eksperta, jednak możliwość taką należy wywieść pośrednio z treści druku ZP-1 stanowiącego załącznik Nr 10 do Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dn. 26 października 2010 r. w sprawie protokołu o udzielenie zamówienia publicznego²⁶, w którym wymieniono katalog osób działających w imieniu zamawiającego. Za biegłego należy uznać osobę posiadającą wiedzę szczegółową z zakresu meritum przedmiotowego projektowanego zamówienia publicznego. Jego działania powinny być dokonywane w interesie zamawiającego, przy czym zobowiązany jest on do obiektywnego i rzetelnego wskazania najistotniejszych aspektów zamówienia publicznego, zapewniających uczciwą i równą konkurencję. Innymi słowy jest nadzwyczajnym zastępcą kierownika zamawiającego przy realizacji zadań nałożonych na niego w drodze przepisów p.z.p. Przewagą osoby biegłego nad ogółem wykonawców, działających w ramach dialogu technicznego będzie większe prawdopodobieństwo zachowania bezstronności, jednakże słabością jest możliwość nieuchwycenia bieżącej sytuacji ofertowej na rynku właściwym.

Na etapie procedury o udzielenie zamówienia publicznego, zamawiający może z powodzeniem zastosować negocjacyjne tryby zamówień publicznych z zachowaniem nieograniczonej konkurencji²⁷. Co prawda do przytoczonych procedur zawierania umowy o zamówienie publiczne, powinny być ziszczone przesłanki ich zastosowania, jednakże nie mają one charakteru absolutnie nadzwyczajnego. Oczywiście zasady ustawy p.z.p. nakazują w pierwszej kolejności stosować tryby przetargowe²⁸, jednak spełnienie dowolnej przesłanki procedury szczególnej wskazanej art. 10 ust. 2 p.z.p., pozwala na odstąpienie od

²⁵ Art. 44 ust. 2-3 u.f.p.

²⁶ Dz. U. z 2010 Nr 223, poz. 1548.

²⁷ Procedury, w których konkurencja jest wyłączona albo ograniczana wolą samego zamawiającego, powinny być stosowane w nadzwyczajnych sytuacjach, z nadzwyczajną rozważą, tylko w razie niemożliwości udzielenia zamówienia w drodze otwartych lub ograniczonych trybów zapewniających powszechną rywalizację pomiędzy wykonawcami.

²⁸ Art. 10 ust. 1 p.z.p.

reguły ogólnej. I znowu podkreślić należy potrzebę uwydatnienia celu negocjacji, a nie samego jego zastosowania. Pożądanym efektem zastosowania negocjacyjnych trybów udzielania zamówień publicznych, jest końcowy opis przedmiotu zamówienia oraz skonkretyzowanie innych warunków umownych, stanowiących wynik dynamicznych interakcji pomiędzy wykonawcami, a instytucją zamawiającą. Niewidoczna przy tym pozostaje najważniejsza składnia budująca owe relacje gospodarcze jakim jest konkurencja, jako stan faktyczny pomiędzy rywalizującymi o zamówienie publiczne wykonawcami. Chcąc uzyskać zamówienie publiczne wykonawca musi mieć świadomość, że rywal może zaproponować korzystniejsze warunki. Dlatego musi przedłożyć obiektywnie najkorzystniejsze warunki, przy zachowaniu prawa do godziwego zarobku. To może prowadzić do zachowań naruszających uczciwą konkurencję, co należy uznać za naturalny objaw każdej rywalizacji o charakterze handlowym. Dlatego zamawiający powinien obok poufności rokowań, zapewnić równą i uczciwą rywalizację pomiędzy oferentami. W tym celu nie może promować określonych rozwiązań, ani faworyzować konkretnych wykonawców. Interakcje w toku pertraktacji mają dać wymierny efekt w postaci rzetelnych, rzeczowych, realnych i nade wszystko niezbędnych parametrów przedmiotowych zamówienia publicznego.

Powyższe propozycje nie przesądzają o obowiązku ich zastosowania, bowiem to zamawiający jest odpowiedzialny za przeprowadzenie postępowania, a także rozliczany za efekty końcowe zamówienia publicznego. Należy wysnuć tezę, iż przedstawiciele zamawiającego wybiorą w pierwszej kolejności działanie samodzielne, nawet jeżeli będzie zagrożone wadą, tylko po to, aby nie narazić się na zarzuty nieuczciwego modelowania warunków zamówienia publicznego. To stanowi niejako zaprzeczenie istoty zamówień publicznych, które mieszczą się w pojęciu umów cywilnoprawnych zakładających równorzędne kreowanie rzeczywistości kontraktowej, a nie przystępowania wykonawcy do wzorca umownego.

Obok instrumentów umożliwiających należytą parametryzację zamówienia publicznego, ustawodawca wprowadził regulację wykluczania wykonawcy. Interesy Państwa mają być w tym miejscu zabezpieczane klauzulą generalną, eliminując każdego wykonawcę, który spełnia chociażby jedną przesłankę określoną art. 24 p.z.p. Do najważniejszej należy tutaj zaliczyć obowiązek wykluczania tych wykonawców, którzy zalegają w uiszczeniu danin publicznoprawnych

lub składek na ubezpieczenia społeczne i zdrowotne. Jest zupełnie uzasadnione uniemożliwienie ubiegania się o kontrakty rządowe, wykonawcom, którzy nie wypełniają kasy państwowej świadczeniami, co do których są zobowiązani z mocy prawa, a sami starają się o wypłatę wynagrodzeń z tytułu zamówienia publicznego, pokrywanych ze środków publicznych.

Pokrewną instytucją w stosunku do wykluczenia wykonawcy, będzie obowiązek odrzucania każdej oferty, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji lub też zawiera rażąco niską cenę. Przytoczone tylko dwie przesłanki eliminujących ofertę z toku zamówień publicznych nie mają charakteru przypadkowego. Sytuacje wprost stanowią o naruszeniu reguł uczciwej gry handlowej, a także niosące jednocześnie zagrożenie dla struktury rynków właściwych, powodując ich destabilizację. Oba zachowania są patogenem, zasługującym tylko i wyłącznie na eliminowanie z procedur zakupowych jednostek publicznych.

Zakończenie

Należy z całą stanowczością przyjąć i założyć, że niestosowanie reguł wyznaczanych przez prawo zamówień publicznych jest szkodliwe dla państwa w szerokim tego słowa znaczeniu. Po pierwsze brak transparentności przy wydatkowaniu, rodzi uzasadnione podejrzenia o braku korzyści i efektywności otrzymanego świadczenia. Po drugie zaniechanie stosowania reguł ustawowych zaburza uczciwą konkurencję, co eliminuje rzetelnych wykonawców pozostawiając wolną drogę dla kumoterstwa i łapownictwa wśród oferentów. Innym przyczynkiem negatywnych zachowań na rynku zamówień publicznych jest potencjalna możliwość destabilizowania systemu finansowego jako takiego, co ma wymiar w osłabieniu wartości złotówki.

Istotne w tym względzie jest usytuowanie instytucji zamawiających, jak strażników interesów majątkowych Skarbu Państwa i jednostek pokrewnych. Wyzwania jakie są stawiane tymże, a raczej ich wszechstronność, nierzadko uniemożliwia sprawowanie należytej pieczy nad wydatkowanymi środkami z zasobu finansów publicznych. Sama jednostka nie jest w stanie zapewnić należytego zamawiania dóbr w drodze umów dostawy i o roboty budowlane, jak również zapewnienia efektywnego realizowania świadczeń w ramach umów o usługę.

Rozwiązaniem problemów nadzoru właścicielskiego Skarbu Państwa, należy upatrywać w koncepcjach *governance*, które zakładają współzarządzanie przy wykonywaniu władzy publicznej. Polega to na solidarnym decydowaniu, co do realizacji zadań publicznych²⁹, zastrzeżonych jak dotąd tylko i wyłącznie na rzecz jednostek publicznych, także w zakresie wydatkowania z zasobu finansów publicznych. Ze względu na brak stosownych regulacji, można to rozważać w chwili obecnej w płaszczyźnie teoretycznej, jednakże pierwszym krokiem byłoby z pewnością otwarcie strumienia informacyjnego ze strony wykonawców w toczących się zamówieniach publicznych na etapie przygotowawczym, jak również i komercyjnym (realizatorskim). Wszystko przy zachowaniu naczelnych zasad zamówień publicznych z uczciwą i równą konkurencją na czele.

Niestety słuszne założenie uelastycznienia współpracy pomiędzy zamawiającym, a potencjalnymi wykonawcami, utrudnia fakt istnienia rozlicznych instytucji kontroli procedur wydatków skarbowych, a konkretniej wystosowywania rozbieżnych interpretacji, co do legalności określonych czynności w ramach realizowania procedur o zamówienie publiczne. Mnogość instytucji nadzorczych stoi w opozycji do słusznych założeń istnienia instytucji kontroli administracyjnej procesu zawierania umów, które dzięki swoim działaniom mają zapewnić celowe i efektywne wydatkowanie środków publicznych³⁰. Stają się przez to mimowolnym destabilizatorem systemu zamówień publicznych.

Literatura

- [1]. Babiarz S., Czarnik Z., Janda P., Pełczyński P., *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, LexisNexis, Warszawa 2010.
- [2]. Bazan A., Nowicki J. E., *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, LEX 2014.
- [3]. Kooiman J. (ed.), *Modern Governance*, Sage, London 1993.

²⁹ R. I. Tricker, *International Corporate Governance*, Englewood Cliffs NJ: 1984 Prentice Hall; Kooiman J. (ed.), *Modern Governance*, Sage, London 1993; R. Wawrzyniec, *Koncepcja governance i jej zastosowanie – od instytucji międzynarodowych do niższych szczebli władzy*, „Acta Universitatis Lodzianis Folia Oeconomica” 245/2010.

³⁰ R. Szostak, *Zakres i struktura prawa zamówień publicznych*, „Prawo Zamówień Publicznych”, Nr 4/2013, s. 4.

- [4]. Lachner J., *Dialog techniczny w zamówieniach publicznych*, „Prawo Zamówień Publicznych”, Nr 3/2012.
- [5]. Lipiec-Warzecha L., *Ustawa o finansach publicznych. Komentarz*, Wyd. ABC, 2011.
- [6]. Pietrzykowski K., *Kodeks cywilny Tom I, art. 1 – 449¹⁰ k.c.*, C.H. Beck, Warszawa 2013.
- [7]. Szostak R., *Zakres i struktura prawa zamówień publicznych*, „Prawo Zamówień Publicznych”, Nr 4/2013.
- [8]. Tricker R. I., *International Corporate Governance*, Englewood Cliffs NJ 1984 Prentice Hall.
- [9]. Wawrzyniec R., *Koncepcja governance i jej zastosowanie – od instytucji międzynarodowych do niższych szczebli władzy*, „Acta Universitatis Lodzianis Folia Oeconomica” 245/2010.
- [10]. Wicik G., *Zamówienia Publiczne w Niemczech*, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2001.

Publikacja powstała w ramach projektu „Konsolidacja teorii współzarządzania publicznego w badaniach nad polityką publiczną. Perspektywa krytyczna, realizowanego przez Uniwersytet Ekonomiczny w Krakowie, Wydział Ekonomii i Stosunków Międzynarodowych oraz sfinansowanego ze środków Narodowego Centrum Nauki przyznanych na podstawie decyzji numer DEC-2012/07/B/HS4/00444”.

PUBLIC PROCUREMENT LAW AS AN AUTHORITY SECURING PROPERTY INTERESTS OF THE TREASURY

Summary

Public procurement accounts for the chains of the system for the expenditure by the public sector entities. The mere application of procedures for the award of the contract does not guarantee the proper implementation of the principles of effective, targeted and cost-effective spending of public funds. This results in the need for proper use of the available legal instruments, while intensifying cooperation of the contracting authority with potential contractors. Participation of contractors in the preparation of a public contract, the contract guarantees the professionalization of the public at the stage of implementation.

Keywords: *public procurement, governance, performer, technical dialogue*