

Jarosław TESKA¹

ROZWAŻANIA NAD RÓWNOŚCIĄ STRON UMOWY W ZAMÓWIENIACH PUBLICZNYCH

STRESZCZENIE

Ostatnie nowelizacje Pzp z grudnia 2009 i stycznia 2010 roku² inspirują do poszukiwania odpowiedzi na pytanie o zasadność takich zmian, które wprost prowadzą do niebezpiecznych zjawisk w finansach publicznych, stymulowanych przez niewłaściwie rozumianą uprzywilejowaną pozycję zamawiającego w zamówieniach publicznych.

Niniejsze rozważania mają na celu wskazanie na te elementy Pzp, które w opinii autora są wątpliwe w kontekście równości stron umowy jaką jest zamówienie publiczne. Dodatkowo prezentowane stanowisko jest nie tylko wynikiem analizy treści Pzp, dostępnej literatury przedmiotu ale również opinii wyrażanych przez wykonawców, którzy uczestniczą w różnych szkoleniach prowadzonych przez autora. Zatem referat koncentrować się będzie generalnie na omówieniu uchybień, do których mogą prowadzić znowelizowane zapisy działu VI Pzp oraz inne regulacje Pzp dotyczące etapu planowania, organizacji i realizacji zamówienia publicznego w różnych trybach zamówienia publicznego.

Słowa kluczowe: Prawo zamówień publicznych, umowy adhezyjne, wydatki sektora publicznego, środki ochrony prawnej

WSTĘP

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego to uporządkowany, o dużym stopniu sformalizowania, proces zaspokajania potrzeb podmiotów, przede wszystkim dysponujących publicznymi środkami finansowymi. Obszar ten regulowany jest zasadniczo przez ustawę o finansach publicznych

¹ Jarosław TESKA, kmdr dr, Akademia Marynarki Wojennej, Wydział Dowodzenia i Operacji Morskich.

² ustawa z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. Nr 206, poz. 1591); ustawa z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778).

oraz ustawę Prawo zamówień Publicznych (Pzp)³, która przede wszystkim kładzie nacisk na wykorzystanie konkurencyjności rynku⁴. Wewnętrzne prawo krajowe determinowane jest także funkcjonowaniem Polski w europejskiej przestrzeni gospodarczej i prawnej, które również odwołują się do konkurencyjnych metody i sposobów wyboru wykonawcy dostaw, usług i robót budowanych finansowanych ze środków unijnych. Ponadto od początku istnienia systemu zamówień publicznych⁵ podkreślana jest nadrzędność uczciwej konkurencji, obiektywizmu i jawności postępowania. Niestety w ostatnich latach dostrzec można niepokojący dyskurs między generalnymi zasadami zamówień publicznych a szczegółowymi rozwiązaniami wprowadzanymi kolejnymi nowelizacjami Pzp. Zjawiska te dotyczą przede wszystkim wzmocnienia pozycji zamawiającego przy jednoczesnym ograniczeniu możliwości egzekwowania interesu wykonawcy.

ADHEZYJNOŚĆ UMOWY

Kształtowanie treści umowy, zgodnie z Kodeksem cywilnym, należy do stron umowy co wskazuje, że przyjęte zobowiązania przez strony są wynikiem, często długotrwałych negocjacji, konsultacji i uzgodnień. Ustawodawca w Pzp założył, że to do obowiązków zamawiającego należy przygotowanie istotnych postanowień umowy lub ogólne warunki umowy lub wzór umowy⁶. Należy odczytywać taki zapis jako obligatoryjne uregulowanie stosunku umownego jaki wystąpi między zamawiającym a wykonawcą, którego oferta będzie uznana za najkorzystniejszą. Mamy w tym przypadku do czynienia z klasyczną formą umowy adhezyjnej lub inaczej umowy przez przystąpienie⁷. Przy czym w tym miejscu należy wnieść zastrzeżenie, że ustawa Pzp jest aktem prawnym szczególnym, w związku z tym, mimo regulacji obrotu gospodarczego, przepisy Kodeksu Cywilnego mają zastosowanie jedynie wówczas kiedy ustawowe zapisy nie regulują danego zagadnienia inaczej⁸.

³ ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. nr 233 poz. 1655 z późn. zm.)

⁴ Ustawa z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. z 2009 r. nr 157 poz. 1240 z późn. zm.)

⁵ ustawa z dnia 10 czerwca 1994 r. o zamówieniach publicznych (Dz. U. 1994 r. Nr 76 poz. 344)

⁶ art. 36 ust. 1 pkt. 15

⁷ adhezyjna umowa – umowa w której jedna strona narzuca wszystkie istotne warunki w taki sposób, że druga strona może albo w całości je przyjąć, albo zrezygnować z zawarcia umowy. *Słownik wyrazów obcych PWN*, red. E. Sobol, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 2002, s. 8

⁸ **Art. 14. Pzp** Do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964

W przypadku powzięcia wątpliwości przez wykonawcę co do treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ)⁹ może zwrócić się on do zamawiającego z wnioskiem o ich wyjaśnienie. Sposób wniesienia wątpliwości do treści SIWZ oraz reakcję zamawiającego reguluje art. 38 Pzp. Jednak literalne odczytanie art. 38 wskazuje, że uprawnienie wykonawcy dotyczy wyjaśnienia zapisów SIWZ a nie bezpośredniego wpływu na jej modyfikację. Niemniej zamawiający otrzymując taką wątpliwość do SIWZ, po ich uznaniu może dokonać stosownych zmian, a tym samym pośrednio wykonawca można wpłynąć na treść przyszłej umowy.

Niestety nie każdy tryb zamówienia publicznego przewiduje przygotowanie i upublicznienie SIWZ. Przykładem trybu zamówienia publicznego według, którego może być prowadzone postępowanie, a który nie przewiduje SIWZ jest licytacja elektroniczna. Szczegółowy opis warunków udziału w postępowaniu, opis przedmiotu zamówienia ale także zasadnicze elementy umowy znajdują się jedynie w ogłoszeniu o zamówieniu publicznym, które publikowane jest w Biuletynie Zamówień Publicznych, na stronie internetowej i stronie internetowej, na której prowadzona będzie licytacja elektroniczna. Ponadto licytacja elektroniczna jest trybem realizowanym poniżej „progów unijnych”¹⁰, a tym samym Pzp dla takich postępowań przewiduje iluzoryczną możliwość poinformowania zamawiającego o swych wątpliwościach. Iluzoryczność wynika z faktu wyłączenia stosowania art. 38, czyli braku wnoszenia zapytań do treści SIWZ, gdyż w tym trybie nie jest ona stosowana. Ponadto potwierdzeniem iluzoryczności jest możliwość wnoszenia informacji zgodnie z art. 181. ust. 1, jednak jest ona względna z punktu widzenia obligatoryjności reakcji zamawiającego na informację. W związku z tym, jeżeli przy istniejącym poziomie formalizmu Pzp nie zachodzi obowiązek korekty, wówczas istnieje duże prawdopodobieństwo trwania zamawiającego na kwestionowanym stanowisku, a tym samym treść umowy nie ulegnie zmianie. Postępowanie zamawiającego poniżej „progów unijnych” dotyczące kształtowania treści umowy nie podlega większemu, skutecznemu oddziaływaniu ze strony wykonawcy. Jednostronna redakcja zapisów umowy,

r. - Kodeks cywilny (Dz. U. Nr 16, poz. 93, z późn. zm.), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. **Art. 139. ust. 1. Pzp** Do umów w sprawach zamówień publicznych, zwanych dalej „*umowami*”, stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej.

⁹ SIWZ jest zasadniczym dokumentem określającym wszystkie relacje między zamawiającym a wykonawcą w trakcie postępowania, który redagowany jest zgodnie z art. 36 i upubliczniany równocześnie z ogłoszeniem o zamówieniu publicznym.

¹⁰ rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich (Dz. U. Nr 224, poz. 1795); oraz rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów w sprawie średniego kursu złotego w stosunku do euro stanowiącego podstawę przeliczania wartości zamówień publicznych (Dz. U. Nr 224, poz. 1796). Aktualnie kurs € wynosi 3,839 zł a progi odpowiednio ze względu na podmiot zamówienia wynoszą dla dostaw i usług 15 tys. €, 193 tys. € i 387 tys. € a dla robót budowlanych 4.845 tys. €

które określają charakter stosunku materialnoprawnego będzie sprzyjać uprzywilejowaniu strony przygotowującej umowę czyli samego zamawiającego.

Ostatnie zmiany w zapisach ustawy Pzp wyłączyły automatyzm nieważności umowy w okolicznościach jej zawarcia z naruszeniem ustawy, co doprowadziło do zamiany nieważności bezwzględnej umowy na nieważność względną¹¹. Dzisiejszy stan prawny sankcjonuje instytucję unieważnienia umowy, a więc wprowadza konieczność wnioskowego uruchomienia postępowania odwoławczego albo postępowania sądowego, którego celem będzie unieważnienie umowy w całości lub w części. Należy podejrzewać, że może to także być wykorzystywane przez zamawiających w celu utrwalenia swej uprzywilejowanej pozycji w postępowaniu o zamówienie publiczne.

Zastanawiające z związku z ostatnimi zmianami w ustawie Pzp jest nadanie Krajowej Izbie odwoławczej (KIO)¹² uprawnień unieważnienia umowy o zamówienie publiczne w całości lub w części. Dotychczas uprawnienie takie miał jedynie sąd powszechny, a trudno za taki uznać KIO będącą elementem systemu zamówień publicznych, który *de facto* stoi na straży respektowania zapisów ustawy Pzp i finansów publicznych, a więc nie do końca równoprawnego obszaru działalności gospodarczej. Oczywiście nie należy wnosić, że jest to zarzut o stronniczość, jest to jedynie stwierdzenie faktu systemowej roli KIO.

W kontekście powyższych rozważań można zaryzykować stwierdzenie, że umowy w zamówieniach publicznych odzwierciedlają nadrzędność troski o stan finansów publicznych nad swobodą kształtowania treści umowy. Oczywiście z punktu widzenia oceny społecznej takie postępowanie nie może być uznane za naganne jednak w kontekście szczegółowych zapisów ustawy Pzp istnieje duże prawdopodobieństwo nadużywania dominującej pozycji zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Oczywiście z tej oceny należy wyłączyć takie postępowanie pracowników zamawiającego, które nakierowane są na osiągnięcie korzyści indywidualnych gdyż wówczas miałyby to inną kwalifikację.

¹¹ Jedynie art. 139 ust. 2. wskazuje że mamy do czynienia z nieważnością bezwzględną umowy w okolicznościach niezachowania formy pisemnej, chyba że przepisy odrębne wymagają formy szczególnej.

¹² zgodnie z art. 172. ust. 1. w ramach Urzędu Zamówień Publicznych tworzy się Krajową Izbę Odwoławczą, która jest właściwa do rozpoznawania odwołań wnoszonych w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA

Opis przedmiotu zamówienia regulowany jest przez art. 29, 30 i 31 ustawy Pzp, przy czym art. 29 i 30 mają charakter przepisu ogólnego a art. 31 przepisu szczególnego dotyczącego robót budowlanych. Z dotychczasowej praktyki zamówień publicznych wynika, że opis przedmiotu zamówienia jest niewralgicznym etapem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, o czym świadczy liczba postępowań odwoławczych przed Krajową Izbą Odwoławczą (KIO).¹³ Do najczęstszych uchybień wprowadzających wątpliwości co do równości stron w umowach należy:

- używanie niejednoznacznych, niedokładnych i często niezrozumiałych określeń w opisie przedmiotu zamówienia;
- nieuwzględnianie wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na przygotowanie oferty;
- określenie przedmiotu zamówienia w sposób mogący mieć wpływ na uczciwą konkurencję;
- stosowanie, mimo zakazu, znaków towarowych, patentów lub pochodzenia przedmiotu zamówienia;
- unikanie określania kryteriów równoważności w okolicznościach powoływania się na znaki towarowe, patenty lub pochodzenia.

Przytoczone przykłady obszarów opisu przedmiotu zamówienia, które precyzują pracownicy zamawiającego wskazują, że w okolicznościach postępowania celowego, warunkowanego stronniczością, możemy się spotkać zarówno z pogorszeniem sytuacji zamawiającego jak i wykonawcy. Ponadto wskazane postępowanie może wynikać oczywiście także z niezajomości przepisów ustawy, jednak niniejsze rozważania odwołują się do takiego postępowania stron umowy, które nie stanowią przestępstwa lecz są uchybieniem skutkującym nierównością stron umowy o świadczenie dostaw, usług lub robót budowlanych. Przykładem takie postępowania może być wprowadzanie do opisu przedmiotu zamówienia (a często także jako kryterium oceny ofert) wymaganego okresu gwarancji bez określania jej warunków. Konsekwencją tego jest wprowadzenie do umowy postanowień, które niejednoznacznie określają obowiązki stron, a tym samym pozwalają na różną interpretację jej zapisów, co prowadzi dalej do rzeczywistego zróżnicowania uprawnień stron umowy uniemożliwiających egzekwowanie praw jednej strony i unikanie obowiązków strony drugiej.

¹³ W polskim systemie prawnym dotyczącym zamówień publicznych Krajowa Izba Odwoławcza stanowi I instancję w rozstrzyganiu środków ochrony prawnej, natomiast II instancją są sądy okręgowe.

Ostatnia nowelizacja Pzp wprowadziła jednoznaczną definicję postępowania o udzielenie zamówienia¹⁴, przy czym ustawodawca najprawdopodobniej nie przewidział skutków braku ujednoczenia z nową definicją pozostałych zapisów z nią korespondujących. W poruszonym zakresie problemowym doszło zdaniem autora do swoistego zaniedbania. Pracownicy zamawiającego, którzy odpowiedzialni są za opis przedmiotu zamówienia oraz za szacowanie jego wartości, mają zasadniczy wpływ na charakter przyszłych zobowiązań stron umowy. Dotychczasowy stan prawny zakładał wprost odpowiedzialność za treść opisu przedmiotu zamówienia w związku z obowiązkiem sporządzania oświadczenia o braku okoliczności mogących mieć wpływ na obiektywizm pracowników zamawiającego. Wystarczy wspomnieć o odpowiedzialności za składanie nieprawdziwych oświadczeń. Natomiast obowiązująca aktualnie znowelizowana ustawa Pzp obowiązek wspomnianych oświadczeń wynikających z art. 17, nakłada jedynie na tych uczestników postępowania, którzy występują po stronie zamawiającego dopiero od dnia upublicznienia ogłoszenia o zamówieniu. W związku z tym osoby, które faktycznie mogą mieć wpływ na wynik postępowania o zamówieni publiczne nie są odpowiednio dyscyplinowane do wymaganej skrupulatności i obiektywizmu.

Ponadto ostatnia nowelizacja Pzp w obszarze opisu przedmiotu zamówienia wprowadziła dodatkową wątpliwość w związku z umieszczeniem w art. 29 ust. 4 wymagań dotyczących pracowników niepełnosprawnych i młodocianych przy realizacji zamówienia. Przy czym należy podkreślić, że art. 29 dotyczy zasadniczych cech jakie musi spełniać opis przedmiotu zamówienia. Jak widać nowowprowadzony przepis wybitnie odnosi się do obszaru opisu podmiotowego a nie przedmiotowego. Dodatkowo konfrontując nowy zapis z treścią art. 91, który nakazuje stosowanie kryteriów oceny ofert odwołujących się do ceny lub do ceny i innych kryteriów przedmiotowych rodzą się wątpliwości czy cecha podmiotowa umieszczona w części ustawy regulującej obszar przedmiotowy może stać się kryterium oceny ofert czy też nie?. Uwzględniając nawet zasady wykluczenia przepisu ogólnego przepisem szczególnym zastanawiająca jest niefrasobliwość i niedokładność ustawodawcy, który powinien zapis art. 29 ust. 4 umieścić jako fakultatywny warunek uczestnictwa w postępowaniu w art. 22.

Podsumowując niniejszą część artykułu można stwierdzić, że w aktualnym stanie finansów publicznych oraz w okolicznościach minimalizacji nakładów realizacji zamówienia, odwoływanie się jedynie do

¹⁴ postępowanie o udzielenie zamówienia – należy przez to rozumieć postępowanie wszczynane w drodze publicznego ogłoszenia o zamówieniu lub przesłania zaproszenia do składania ofert albo przesłania zaproszenia do negocjacji w celu dokonania wyboru oferty wykonawcy, z którym zostanie zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego, lub – w przypadku trybu zamówienia z wolnej ręki – wynegocjowania postanowień takiej umowy; art. 2 ust. 7a) Pzp

etycznych postaw pracowników zamawiającego w trakcie opisu przedmiotu zamówienia oraz szacowania jego wartości wydaje się mało skuteczne. Niestety dodatkowo brak przesłanki dotyczącej opisu przedmiotu zamówienia jako podstawy wnoszenia odwołania w postępowaniach poniżej „progów unijnych” także nie sprzyja wzmocnieniu zasady uczciwej konkurencji i obiektywizmu postępowania zamawiającego, a tym samym tworzenia warunków do równoprawności pozycji stron umowy.

ŚRODKI OCHRONY PRAWNEJ

Możliwość ochrony interesu prawnego podmiotu gospodarczego, w oparciu o istniejący porządek prawny, w działalności gospodarczej stanowi zasadniczą gwarancję minimalizacji zagrożenia ze strony innych nieuczciwych uczestników rynku. Zaufanie do istniejącego systemu prawnego uznawane jest za okoliczność ograniczającą poziom ryzyka działalności gospodarczej, zwłaszcza tam gdzie mamy do czynienia z transakcjami terminowymi, gdzie zarówno termin dostawy jak i wysokość zapłaty definiowane są w sposób niezmienny w dniu podpisania umowy. Zasadniczo z takimi właśnie rzeczowymi transakcjami terminowymi mamy do czynienia w obszarze regulowanym ustawą Prawo zamówień publicznych. Z charakteru transakcji jakie objęte są postępowaniami o zamówienie publiczne wynika, że przystępujący do postępowania wykonawca planujący przedłożenie oferty na usługi, dostawy lub roboty budowlane stara się oszacować rodzaje i poziomy ryzyka, a w przypadku uznania jego oferty za najkorzystniejszą dokonać realizacji zobowiązania według warunków określonych umową a następnie wystąpić z roszczeniem finansowym po protokołarnym przyjęciu jakościowym i ilościowym przedmiotu zamówienia przez zamawiającego. Zatem z punktu widzenia wykonawcy realizacja zamówienia odbywa się w następujących etapach:

- analiza ogłoszenia o zamówieniu publicznym;
- analiza warunków podmiotowych uczestnictwa w postępowaniu o zamówienie publiczne;
- analiza warunków przedmiotowych uczestnictwa w postępowaniu o zamówienie publiczne;
- określenie własnych możliwości sprostania stawianym warunkom;
- określenie zakresu czynności umożliwiających udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego;
- szacowanie poziomu i rodzaju ryzyka gospodarczego oraz innych;
- szacowanie wartości przedmiotu zamówienia z punktu widzenia ceny ofertowej, w tym uwzględnianie prawdopodobieństwa zmienności

- kursów w przypadku konieczności importu przedmiotu zamówienia lub jego części;
- określanie poziomu zysku;
 - budowanie oferty (gromadzenie wymaganych dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, ostateczne sprecyzowanie oferty cenowej, kompletowanie oferty zgodnie z wymaganiami zamawiającego);
 - złożenie oferty;
 - obserwacja postępowania zamawiającego i innych wykonawców biorących udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia z punktu widzenia legalizmu;
 - reakcja w okolicznościach naruszenia interesu wykonawcy połączonego z powstaniem lub prawdopodobnym powstaniem szkody;
 - podpisanie umowy po uznaniu oferty wykonawcy za najkorzystniejszą;
 - realizacja umowy w części zasadniczej jak i determinowanej warunkami gwarancji.

Łącząc, przytoczony powyżej w sposób ogólny, katalog zasadniczych czynności wykonawcy biorącego udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz dyspozycję art. 179 Pzp można stwierdzić, że do etapów niewralgicznych można zaliczyć te, w których wykonawca jest narażony na faktyczne naruszanie jego interesu i faktyczne lub prawdopodobne poniesienie szkody. Chcąc podkreślić stopień skomplikowania w zakresie wykorzystania jednego z dwóch środków ochrony prawnej przewidzianych ustawą Pzp poniżej wymienione są wymogi formalne wniesienia odwołania, które muszą być spełnione jednocześnie:

- niezgodna z przepisami ustawy czynność lub zaniechanie czynności zamawiającego;
- bezpośredni konflikt z ustawą Pzp;
- czynność bądź beczynność jedynie w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a więc należy przez to rozumieć postępowanie wszczynane w drodze publicznego ogłoszenia o zamówieniu lub przesłania zaproszenia do składania ofert albo przesłania zaproszenia do negocjacji w celu dokonania wyboru oferty wykonawcy, z którym zostanie zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego, lub – w przypadku trybu zamówienia z wolnej ręki – wynegocjowania postanowień takiej umowy¹⁵;

¹⁵ zatem np. zamówienie publiczne prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego trwa od dnia ogłoszenia do dnia podpisania protokołu z wyboru najkorzystniejszej oferty

- okoliczności faktyczne wskazujące na niezgodne z ustawą postępowanie zamawiającego;
- uzasadnienie prawne wynikające z ustawy Pzp;
- istnienie interesu wykonawcy w uzyskaniu danego zamówienia;
- poniesienie lub prawdopodobieństwo poniesienia szkody w wyniku czynności lub bezczynności zamawiającego stojącej w sprzeczności z ustawą Pzp;
- żądanie wykonawcy wobec zamawiającego;
- wniesienie odwołania do Prezesa KIO w formie pisemnej lub elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu z jednoczesnym przesłaniem kopi do zamawiającego.

Ponadto wykonawca, który chce aby jego odwołanie było rozpatrzone przez KIO musi sprostać terminom określonym w art. 182 oraz wnieść stosowny wpis¹⁶.

Z przytoczonych okoliczności wskazujących na przesłanki i warunki wniesienia środka ochrony prawnej w postaci odwołania wynika, że skuteczność jego jest wielce skomplikowana. Zwłaszcza dotyczy to postępowań poniżej „progów unijnych”, w których Ustawodawca ust. 2 art. 180 zawęził możliwość składania odwołań do następujących czynności zamawiającego:

- wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki lub zapytania o cenę;
- opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu;
- wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia;
- odrzucenia oferty odwołującego.

Z analizy przytoczonych czynności można wnosić, że choćby w przypadku warunków udziału w postępowaniu, może dojść do ich dyskryminującego konstrukcji w ogłoszeniu i SIWZ z jednoczesnym poprawnym z ustawą Pzp opisem sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków udziału w postępowaniu. W takich okolicznościach niestety w postępowaniach poniżej „progów unijnych” nie będziemy mieli do czynienia

¹⁶ zgodnie z Rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania wysokość wpisu od odwołania wnoszonego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na dostawy lub usługi, którego wartość jest poniżej „progów unijnych” wynosi 7 500 zł, natomiast powyżej wynosi 15 000 zł. Wysokość wpisu w przypadku robót budowlanych poniżej „progów unijnych” wynosi 10 000 zł, natomiast powyżej wynosi 20 000 zł.

z czynnością zamawiającego, na którą wykonawca będzie mógł wnieść odwołanie.

Być może jest to zbyt daleko posunięte przypuszczenie, jednak biorąc pod uwagę rodzaje i zakres uchybień w zamówieniach publicznych nie trudno sobie wyobrazić taką sytuację, kiedy zamawiający z premedytacją nie dokonuje wykluczenia żadnego wykonawcy z postępowania oraz nie odrzuca żadnej oferty aby uniemożliwić wniesienie odwołania a jednocześnie dążyć do bezwzględnego wyboru oferty i podpisania umowy. Dodatkowo nie trudno sobie wyobrazić możliwość zajścia takich okoliczności jeżeli weźmiemy pod uwagę niskie prawdopodobieństwo sankcji na jakie może się narazić w związku z postępowaniem o naruszenie dyscypliny finansów publicznych, gdyż jedynie tylko takie może być brane pod uwagę oprócz oczywiście długotrwałe rozpatrywanego wniosku do sądu w trybie powszechnym o unieważnienie umowy i/lub odszkodowanie.

Może jest to czarnowidztwo, jednak powszechne stanowisko zamawianych dotyczące nadrzędności realizacji zadania gospodarczego nad jego czystością formalno-prawną, nie wyklucza prawdziwości prezentowanych wniosków. Dodatkowo należy podkreślić, że prezentowane wynaturzenia dotyczyć mogą postępowań poniżej „progów unijnych”. Powyżej „progów unijnych”: natomiast ustawa Pzp nie przewiduje żadnych ograniczeń w zakresie wnoszenia środka ochrony prawnej jakim jest odwołanie, poza oczywiście warunkiem formalnej konstrukcji odwołania przewidzianego art. 179 i 180 oraz warunkiem terminu wniesienia odwołania regulowanego art. 182 oraz wniesienie wpisu zgodnie z art. 187 ust. 1 pkt. 2 i art. 187 ust. 2.

Ustawodawca art. 181 w postępowaniach poniżej „progów unijnych” przewiduje w terminie przewidziany dla wniesienia odwołania możliwość poinformowania zamawiającego o niezgodnej z przepisami ustawy czynności, na które nie przysługuje odwołanie na podstawie art. 180 ust. 2. Jednak należy zdać sobie sprawę, że tylko w okolicznościach uznania zasadności przekazanej informacji dochodzi do faktycznej reakcji zamawiającego polegającej na powtórzeniu czynności wadliwej lub dokonaniu czynności zaniechanej. Uznać należy zatem taki zapis za mniej dyscyplinujący zamawiającego w stosunku do starych zapisów ustawy Pzp, kiedy w sposób werbalny musiał uznać lub odrzucić wniesiony protest. Nawet niewerbalne oddalenie protestu rodziło skutki prawne w postaci możliwości skorzystania przez protestującego wykonawcę z instytucji odwołania.

Należy zatem przypuszczać, że likwidacja instytucji protestu, ograniczenie możliwości wykorzystania odwołania oraz skrócenie terminów w przypadku postępowań poniżej „progów unijnych” znacząco przyspieszy realizację zamówień publicznych ale czy dodatkowo wpłynie na ich jakość prawną oraz możliwości ochrony interesu prawnego wykonawcy pozostaje pytaniem otwartym. Tak samo zastanawiające oraz pozostające bez odpowiedzi jest pytanie o zasadność rozpatrywania odwołań przez KIO

w składzie jednoosobowym, w okolicznościach uzyskania nieprawdopodobnego uprawnienia do unieważnienia umowy w całości lub części oraz skrócenia obowiązywania (utrzymania czasowo w mocy) umowy zawartej z naruszeniem prawa kiedy przemawia za tym interes publiczny.

Pzp w rozdziale 3 działu VI przewiduje możliwość skorzystania przez uczestnika postępowania z drugiej instancji środków ochrony prawnej jaką jest skarga do sądu na orzeczenie KIO wobec odwołania, którego byli stroną¹⁷. Skargę rozpatruje w ciągu miesiąca sąd okręgowy według właściwości siedziby albo miejsca zamieszkania zamawiającego. Przy czym skarżący nie może rozszerzać w skardze żądania podnoszonego w odwołaniu ani występować z nowymi żądaniami, a także Sąd nie może z własnej inicjatywy orzekać co do zarzutów, które nie były przedmiotem odwołania. Sąd wydaje wyrok lub postanowienie wobec, którego nie przysługuje skarga kasacyjna (z wyłączeniem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych).

Przytoczone uwarunkowania skargi do sądu wskazują, że ustawodawca zapisami ustawy przede wszystkim zadbał o płynność postępowania, jego terminowość oraz interes publiczny natomiast pod znakiem zapytania stoi np. możliwość rozszerzenia skargi do sądu o wątki, które wykonawca skonkretyzowała po dniu wniesienia odwołania.

WNIOSKI

Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej określa, że społeczna gospodarka rynkowa oparta na wolności działalności gospodarczej, własności prywatnej oraz solidarności, dialogu i współpracy partnerów społecznych stanowi podstawę ustroju gospodarczego Rzeczypospolitej Polskiej oraz ochronie podlega własność i prawo dziedziczenia natomiast ograniczenie wolności działalności gospodarczej jest dopuszczalne tylko w drodze ustawy i tylko ze względu na ważny interes publiczny co ustawodawca w przypadku ustawy Pzp skrzętnie wykorzystał.

Podejmowane w niniejszym opracowaniu rozważania dotyczą zasadniczo obszaru finansów publicznych, które jak stwierdzono powyżej mają pierwszeństwo jak interes publiczny przed innymi interesami

¹⁷ zgodnie z art. 179 odwołanie przysługuje wykonawcy, uczestnikowi konkursu a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy, a także organizacjom wpisanym na listę, o której mowa w art. 154 pkt 5. Pzp jeśli odwołanie miałyby dotyczyć ogłoszenia o zamówieniu oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Natomiast skarga do sądu przysługuje również zamawiającemu.

uczestników życia gospodarczego. Niemniej zarówno regulacje dyrektywne jak i prawo krajowe dotyczące zamówień publicznych podkreślają konieczność równego i obiektywnego traktowania uczestników postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Ponadto w związku z brakiem prawnej definicji interesu publicznego, należy się zastanowić czy za taki nie należy też uznać ładu gospodarczego, przewidywalności prawa, skuteczności środków odwoławczych a przede wszystkim umożliwienia równoprawnego, a przede wszystkim realnego wpływu na zapisy stosunku umownego jaki będzie efektem zamówienia publicznego.

BIBLIOGRAFIA

1. Informator Urzędu Zamówień Publicznych nr 1, Warszawa 2010
2. Łopieńska U., *Problemowa licytacja*, Przetargi publiczne nr 8, Warszawa 2009
3. *Rozporządzenie Rady Ministrów z 29 lutego 1937 r. o dostawach i robotach na rzecz Skarbu Państwa oraz instytucji prawa publicznego* (Dz. U. nr 13, poz. 92)
4. *Rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania* (Dz. U. 48 poz.231)
5. *Dyrektywa 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. koordynująca procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych*
6. *Dyrektywa 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi*
7. *Dyrektywa 2009/81/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 13 lipca 2009 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania niektórych zamówień na roboty budowlane, dostawy i usługi przez instytucje lub podmioty zamawiające w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa*
8. *Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich* (Dz. U. Nr 224, poz. 1795).
9. Szostak R., *Dynamiczny system zakupów*, Zamówienia publiczne. Doradca nr 9, Warszawa 2009

10. *Ustawa z dnia 10 czerwca 1994 r. o zamówieniach publicznych* (Dz. U. 1994 r. Nr 76 poz. 344)
11. *Ustawa z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji* (Dz. U. z 2003 r., nr 153, poz. 1503 - tekst jednolity, z późn. zm.)
12. *Ustawa z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw* (Dz. U. Nr 223, poz. 1778)
13. *Ustawa z dnia 22 stycznia 1999 r. o ochronie informacji niejawnych* (Dz. U. Nr 11, poz. 95 z późn. zm.)
14. *Ustawa z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych* (Dz. U. z 2009 r. nr 157 poz. 1240 z późn. zm.)
15. *Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych* (Dz. U. z 2007 r. nr 233 poz. 1655 z późn. zm.)
16. *Ustawa z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej* (Dz. U. z 2001 r. Nr 112, poz. 1198 z późn. zm.)

REFLECTIONS ON EQUALITY PARTY AGREEMENT FOR PUBLIC CONTRACTS

ABSTRACT

Conduct a public contract is structured, a du-hat degree of formality, the process of meeting the needs of operators, generally owns public funds. This area is governed by the law-basically the Public Finance Act Procurement Law Public Contract, which primarily emphasizes the use of market competitiveness. Internal domestic law is also determined functioning of Polish European economic space and the law, which also refers to the competitive methods and ways to choose a contractor supplies, services and construction works financed from EU funds. Moreover, since the beginning of the procurement system is stressed the primacy of fair competition, objectivity and transparency of the proceedings. Unfortunately, in recent years can be seen a disturbing discourse between the general public procurement rules and the detailed arrangements to be placed in next version of public procurement law. These effects relate primarily to empower the contracting authority while weakening the principle of fair competition and the enforcement interests of the contractor. Besides the obvious reduction in the last novella of legal protection in section VI of public procurement law, you can also specify other constraints of equality of public procurement proceedings.