

Opracowanie:

Grzegorz Lang

Współpraca:

Ryszard Kowalski

Nowy system zamówień publicznych – postulaty

Wstęp	2
1. Przyczyny negatywnych zjawisk w zamówieniach publicznych	4
2. Postulowane priorytety systemu zamówień publicznych.	6
1) <i>Służby udzielające zamówień publicznych powinny być rozliczane z wykonania umowy (zadania publicznego).</i>	7
2) <i>Uzasadnione korzystanie z autonomii zamawiających nie powinno być powodem negatywnych ocen organów kontroli i przegranych sporów z wykonawcami.</i>	8
3) <i>Wydatki związane z zamówieniem publicznym muszą być możliwie najbardziej efektywne.</i>	9
4) <i>Postępowanie o udzielenie zamówienia powinny być nakierowane wyłącznie na wybór najkorzystniejszej oferty.</i>	11
5) <i>Harmonogram udzielania zamówień publicznych powinien uwzględniać wielkość i złożoność zamówienia.</i>	11
6) <i>Formalności wymagane w toku postępowania o udzielenie zamówienia powinny być proporcjonalne do celu, któremu służą</i>	12
3. Prawidłowe zasady udzielania zamówień publicznych	12
4. Rozwiązania szczegółowe	13
1) <i>Zasady prowadzenia i cele postępowania o udzielenie zamówienia publicznego</i>	13
2) <i>Dokumenty wzorcowe</i>	15
3) <i>Organizacja postępowania a wykonywanie umowy</i>	17
4) <i>Terminy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego</i>	18
5) <i>Warunki podmiotowe stawiane wykonawcom i prekwalfikacja</i>	18
6) <i>Reżim składania dokumentów</i>	19
7) <i>Zwalczanie patologicznych zachowań części wykonawców (zatrzymanie wadium i wykluczenie z postępowania)</i>	20
8) <i>Kryteria oceny ofert</i>	20
9) <i>Waloryzacja wynagrodzenia w umowach o zamówienie publiczne</i>	21
10) <i>Konsolidacja kontroli prawidłowości udzielania zamówień publicznych.</i>	21
Wnioski.	24

Wstęp

Udzielanie zamówień publicznych to jedna z najważniejszych form uczestnictwa sektora publicznego w życiu gospodarczym kraju. Ogólna kwota udzielonych zamówień oscyluje wokół 140 mld. złotych. Jest to suma ogromna. Nawet, jeżeli zamówienia publiczne nie stanowią największej grupy wydatków budżetu państwa i innych budżetów sektora publicznego, to w przeciwieństwie do innych form wydatkowania środków publicznych, zamówienia publiczne mają niemal natychmiastowy i bezpośredni wpływ na kondycję ważnych gałęzi gospodarki. Sektor publiczny jest też największym inwestorem w kraju, w szczególności w infrastrukturę. Zamówienia publiczne silnie oddziałują na branże zatrudniające wielką liczbę osób, jak budownictwo czy usługi z zakresu utrzymania i eksploatacji nieruchomości. Obok całego, bardzo różnorodnego sektora usług, zamówienia publiczne w dużej mierze decydują o kondycji sektora produkcji przemysłowej. Szczególnym przypadkiem jest budownictwo, bowiem w budownictwie (sektor usług), przytłaczająca większość wyrobów przemysłowych wykorzystywanych do świadczenia usług w budownictwie jest produkowanych w Polsce (materiały budowlane, stal, kruszywa, instalacje elektryczne itd.). Udział polskiej produkcji jest bardzo wysoki zwłaszcza w przypadku materiałów budowlanych.

Podstawowe ramy prawne udzielania zamówień publicznych są zawarte w ustawie z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych.¹ Ustawa budzi wiele zastrzeżeń, część z nich uzasadnionych, część wynikających z obiegowych opinii. To czy (i które) krytyczne opinie są konstruktywne, sam fakt, że ustawa jest źle oceniana, zmusza do jej analizy i poprawy. Dlatego dalsze uwagi i postulaty będą skierowane pod adresem ustawy, a właściwie w pewnej opozycji do obecnych jej rozwiązań.

Kluczowe znaczenie dla kształtowania ram prawnych w zamówieniach publicznych musi mieć poszanowanie regulacji europejskich. Obowiązujące dyrektywy o postępowaniach w sprawie udzielenia zamówień publicznych² w niektórych aspektach są na tyle szczegółowe, że konieczne jest ich bardzo wierne, nieraz wręcz literalne, wdrożenie do polskiego porządku prawnego. Z kolei dyrektywy o procedurach odwoławczych, pozostawiają prawodawcom

¹ Dz. U. 2004 nr 19 poz. 177 ze zm.

² 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 (Dziennik Urzędowy L 134 , 30/04/2004 P. 0114 – 0240), zwana dyrektywą klasyczną,

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 (Dziennik Urzędowy L 134 , 30/04/2004 P. 0001 – 0113), zwana dyrektywą sektorową,

dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/81/WE 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 i zmieniająca dyrektywy 2004/17/WE i 2004/18/WE (Dziennik Urzędowy L 216 , 20/08/2009 P. 0076 – 0136)

krajowym dość znaczną swobodę. Podobnie rzecz będzie przedstawiała się w niedalekiej przyszłości, gdy obowiązujące dyrektywy z 2004 r. zostaną zastąpione nowymi.³

Główną uwagę skupiają przepisy o postępowaniach w sprawie udzielenia zamówień publicznych. Przepisy o środkach ochrony prawnej nie wzbudzają tak negatywnych ocen. Poza ograniczeniem dostępu do środków odwoławczych,⁴ regulacje w dziedzinie środków ochrony prawnej, budzą niezadowolenie w daleko mniejszym stopniu niż orzecznictwo.⁵

Podsumowując, należy podkreślić, że najbardziej uciążliwe praktyki na rynku zamówień publicznych nie są wymuszone postanowieniami prawa unijnego. Mają one niestety swoje źródło w przepisach prawa polskiego. Co gorsze, nasze prawo jest niekiedy interpretowane w zdecydowanie wypaczony sposób, tak przez samych zamawiających, jak i organy kontroli, a nawet Krajową Izbę Odwoławczą. Tymczasem, dominująca wykładnia przepisów o zamówieniach publicznych, zwłaszcza przez KIO, ma kapitalne znaczenie dla kształtu praktyki zamawiających. Interpretując Prawo zamówień publicznych przywiązuje się zbyt duże znaczenie do wykładni gramatycznej, z pominięciem celu normy i zasad naczelnych, jakim ma służyć przepis szczegółowy. Chociaż wykładnie celowościowe i systemowe nie zawsze są możliwe, to jednak powinny one zyskać zdecydowanie większe znaczenie. Nie jest to zresztą bolączka tylko tej dziedziny polskiego prawa.⁶ **Pomijanie celu zamówienia publicznego, jako instrumentu realizacji zadań publicznych jest istotną przyczyną dzisiejszych problemów. Ocena formalna postępowań powinna ustąpić ocenie efektu, jakiemu służy konkretne zamówienie**

W związku z tym odpowiedzialnie formułując postulaty pod adresem ustawodawcy należy w pierwszej kolejności sformułować diagnozę obecnego stanu. Następnie, konieczne jest wskazanie naczelnych zasad, które będą „papierkiem lakmusowym” służącym sprawdzeniu, czy

³ Chodzi tutaj o projekty:

– dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie zamówień publicznych (COM(2011)0896 – C7-0006/2012 – 2011/0438(COD))

– dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie udzielania koncesji (COM(2011) 897 – 2011/0437(COD))

– dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie udzielania koncesji (COM (2011) 897 - 2011/0437(COD))

⁴ zwłaszcza w przypadku tzw. zamówień podprogowych, czyli o wartościach poza zakresem zastosowania dyrektyw Unii Europejskiej. Należy podkreślić, że wcale nie są to zamówienia o bagatelnych wartościach, bo w przypadku robót budowlanych próg wynosi ok. 20 mln. zł, a w przypadku usług 0,5 zł.

⁵ dyrektywa Rady 89/665 z dnia 21 grudnia 1989 r. w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane (Dziennik Urzędowy L 395 , 30/12/1989 P. 0033 – 0035)

dyrektywa Rady 92/13/EWG z dnia 25 lutego 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 (Dziennik Urzędowy L 076 , 23/03/1992 P. 0014 – 0020)

⁶ Por. D. Galligan, M. Matczak, *Strategie orzekania sądowego*. Ernst & Young, Warszawa 2005.

szczegółowe konstrukcje przyszłych przepisów spełniają postawione przed nimi zadanie, oraz - co nie mniej istotne – czy nie kryją w sobie pola do nadużyć lub ryzyka opacznej wykładni. Dopiero mając tak przygotowany grunt, można przystąpić do opracowywania rozwiązań szczegółowych.

Tylko takie podejście, rygorystycznie przestrzegane, pozwoli na opracowanie ram prawnych, które wytrzymają próbę czasu. Oczywiście, nawet najlepiej przygotowane przepisy nie obronią się przed doraźnymi akcjami prawodawcy, który w nadziei na poklask, będzie proponował odpowiedzi na nagłościone, acz pojedyncze przypadki. Przykładów takich szkodliwych, niedojrzałych praktyk było wiele. Bardzo trudno jednak zapobiec takiej praktyce dopóki zamówienia publiczne będą obszarem, w którym poszukuje się sensacyjnych wiadomości., a zarazem używa ich się, jako podglebia do bieżących sporów politycznych

Dlatego nie zważając na te okoliczności należy podjąć się pogłębionej, organicznej pracy na rzecz podniesienia, jakości prawa i praktyki zamówień publicznych.

Dalsze uwagi będą poświęcone głównie zamawiającym, bowiem to oni są gospodarzami postępowań o udzielenie zamówień publicznych. Tylko część uwag adresowana jest do Krajowej Izby Odwoławczej. Skoro Izba jest zobowiązana do badania zgodności postępowań z prawem, odpowiednie zmiany prawa powinny doprowadzić do pożądaných zmian w orzecznictwie. Jeżeli tak się nie stanie, będzie to świadczyć raczej o wadliwym systemie doboru kard orzeczniczych niż złych przepisach. **Szkodliwe praktyki wykonawców, choćby najbardziej wysublimowane, w systemie kierującym się zasadami, a nie kazuistycznymi przepisami - nie będą w stanie rujnować postępowań.**

1. Przyczyny negatywnych zjawisk w zamówieniach publicznych

Tworząc ramy prawne udzielania zamówień publicznych nie wolno zapominać, że najczęściej zamawiającym jest jednostka sektora publicznego. Z tym wiążą się bardzo poważne konsekwencje. Przedstawiciele zamawiającego podlegają nie tylko przepisom o zamówieniach, ale także przepisom o dyscyplinie finansów publicznych.⁷ Racjonalny ustawodawca musi także uwzględniać okoliczności wymykające się chłodnej analizie prawnej, jak choćby sformalizowane warunki awansu zawodowego urzędników, czy polityczny charakter wielu inwestycji. Inwestycje publiczne często służą bowiem celom politycznym, nie tylko związanym z cyklem wyborczym, ale także wizerunkiem sprawnego gospodarza miasta, regionu, a nawet kraju. Ten ostatni motyw ma szczególne znaczenie przy wydatkowaniu funduszy unijnych.

Analiza systemu udzielania zamówień publicznych na poziomie jednostek zamawiających prowadzi do konkluzji, że interes służb udzielających zamówień publicznych nie jest tożsamy z interesem zamawiającego i adresatów zamówienia, czyli społeczeństwa. **O ile przełożeni są**

⁷ Ustawa z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. 2005 nr 14 poz. 114 ze zm.).

w stanie wymusić zabezpieczenie swoich interesów, takich jak wizerunek polityczny, to w procesie udzielania zamówień publicznych interes publiczny nie ma odpowiedniej reprezentacji. Ten interes musi być zatem chroniony przez przepisy prawne.

Nie wolno zapominać o samych wykonawcach. Ich interes polega oczywiście na uzyskaniu zamówienia. Jest to interes w pełni uzasadniony, a nawet wprost chroniony prawem.⁸ Część przedsiębiorców, walcząc o uzyskanie zamówienia, gotowa jest jednak na wykorzystanie luk w prawie, a nawet ewidentne nadużycie przysługujących im uprawnień. Wyjątkowo szkodliwy proceder tzw. handlu referencjami to nic innego jak nieetyczne, bezwzględne wykorzystanie niefortunny sformułowanego przepisu ustawy i braku gotowości strony publicznej do rygorystycznej weryfikacji przedstawionej dokumentacji potwierdzającej spełnianie warunków udziału w postępowaniu. W sukurs tym patologiom przychodzi chybiona, a czasem wręcz kuriozalna,⁹ wykładnia KIO. Podobnie rzecz wygląda z innymi dokumentami przedstawianymi w postępowaniach, zwłaszcza potwierdzającymi parametry techniczne wyrobów. Niektórzy wykonawcy świadomie posuwają się do zachowań wątpliwych etycznie, nie tylko, aby zdobyć zamówienie, ale także, aby storpedować postępowanie i w ten sposób zaszkodzić swoim konkurentom. Taka postawa skłania ustawodawcę do przyjmowania coraz to bardziej rygorystycznych przepisów, które *de facto* uderzają w tych, przedsiębiorców, którzy chcą prowadzić działalność nie tylko etycznie, ale i w zgodzie z literą prawa. **W ten sposób dochodzi do błędnego koła: niefortunne przepisy są wykorzystywane przez nieetycznych przedsiębiorców, w reakcji na te zjawiska dochodzi do zaostrzenia przepisów, zaostrzone przepisy uderzają w pierwszym rzędzie w rzetelną część społeczności gospodarczej, wobec tego ustawodawca poszukuje nowych rozwiązań, aby „przyłapać na krętactwach” itd.**

Tylko pozornie na uboczu tych problemów są partykularne cele innego aktora tego rynku - doradców. Interes doradców polega w pierwszym rzędzie na ochronie reputacji, bowiem reputacja przesądza o zdobyciu klientów. Ponieważ reputacja zależy od sukcesów w postępowaniach spornych, rekomendują oni swoim klientom rozwiązania utrwalone i sprawdzone w orzecznictwie. Doradcy nie są zainteresowani podejmowaniem ryzyka, jakie wiąże się z wprowadzaniem nowych rozwiązań, zwłaszcza podnoszących jakość

⁸ Por. art. 179 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych: “ Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia [...]”.

⁹ Przykładowo, KIO w wyroku z dnia 9 grudnia 2011 r., sygn. 2531/11 orzekła, że „Korzystanie z podmiotu trzeciego w zakresie wiedzy i doświadczenia możliwe jest, oprócz fizycznego wykonania całości bądź części zamówienia, przez doradztwo, przekazanie wiedzy w zakresie technologii, udostępnienie dokumentów itp., co może nastąpić w dowolnym momencie, nie powiązaniem ściśle z wykonaniem zamówienia”. Znaczenie takiej interpretacji jest raczej oczywiste. Upraszczając można powiedzieć tak. Załóżmy, że zamawiamy operację serca (przykład celowy, bo zamawianie świadczeń leczniczych odbywa się zwykle poza systemem zamówień publicznych, w procedurach NFZ). Postępowanie wygrywa lekarz z dwuletnim doświadczeniem po stażu, bowiem powołał się na doświadczenie profesora-ordynatora (posłużył się doświadczeniem podmiotu trzeciego), ale samą operację wykona stażysta (podmiot, któryzy użyzył doświadczenia wcale nie musi być podwykonawcą, wystarczy, że podzielił się wiedzą z wykonawcą). Nasuwa się retoryczne pytanie, czy o to chodziło prawodawcy, gdy uchwałił art. 26 ust. 2b ustawy?

wykonywanego zadania publicznego lub służących jakieś polityce społeczno-gospodarczej (np. przez postawienie w specyfikacji warunków związanych z warunkami zatrudnienia osób u wykonawcy). Takie rozwiązania rodzą bowiem niepewność, co do stanowiska Krajowej Izby Odwoławczej i sądów. To tylko petryfikuje negatywne praktyki w systemie.

Opisane powyżej negatywne zjawiska w systemie zamówień publicznych są tylko potęgowane przez kazuistyczne przepisy i ich wąskie rozumienie, czyli wykładnię gramatyczną.

Te wszystkie uwarunkowania sprawiają, że autonomia zamawiającego jest czysto hipotetyczna. Praktyczne uwarunkowania procesu udzielania zamówień sprawiają, że niemal z całkowitą pewnością można przewidzieć kierunek działań zamawiających, gdy przepisy pozostawiają im jakiś obszar swobody. **Obecny system prawa, nie tylko zamówień publicznych, oznacza, że priorytety zamawiających, a właściwie służb zamawiających odpowiedzialnych za udzielanie zamówień, należących do sektora publicznego, można streścić następująco:**

- 1) wydatki związane z zamówieniem publicznym muszą być możliwie najniższe, zarówno, jeżeli chodzi o koszt przygotowania zamówienia, jak i uzyskane ceny,
- 2) zamówienie publiczne powinno być udzielone możliwie szybko,
- 3) należy zapewnić zwolnienie zamawiającego z wszelkich ryzyk związanych z wykonywaniem zamówienia,
- 4) liczy się poprawność formalna udzielenia zamówienia publicznego,
- 5) należy minimalizować ryzyko sporów z wykonawcami, a w razie powstania sporu, dążyć do oparcia ostatecznej decyzji o orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej lub sądu, a nie podejmować ryzyka samodzielnego naprawienia błędów.

Takie priorytety zamawiających publicznych są główną przyczyną szkodliwych zjawisk w systemie zamówień publicznych w Polsce. Dlatego priorytety udzielających zamówień publicznych powinny być inaczej ustawione.

2. Postulowane priorytety systemu zamówień publicznych.

Niezbędne są właściwe priorytety systemu zamówień publicznych. Główną rolę praktyce udzielania zamówień publicznych powinny odgrywać właśnie priorytety całego systemu zamówień publicznych, które powinny być jednocześnie priorytetami służb zamawiających. Przyjęcie priorytetów systemu zamówień publicznych przez służby odpowiedzialne za prowadzenie postępowań będzie możliwe jedynie, gdy stworzy się ku temu odpowiednie warunki. Ludzie, zwłaszcza umiejscowieni w strukturach silnie zhierchizowanych mają bowiem naturalną tendencję do podejmowania działań najbezpieczniejszych. Bez odpowiedniego otoczenia prawnego i organizacyjnego żadne postulaty nie mają szans na realizację.

1) *Służby udzielające zamówień publicznych powinny być rozliczane z wykonania umowy (zadania publicznego).*

Kluczową rolę w kształtowaniu priorytetów zamawiających i ich służb odgrywa prawo oraz praktyka organów nadzoru i kontroli. Z licznych wypowiedzi przedstawicieli strony zamawiającej wynika, że obecne praktyki są podyktowane obawą przed negatywną oceną organów nadzorczych i kontrolnych.¹⁰ Nie przesądzając, na ile taka obiegowa opinia znajduje potwierdzenie w rzeczywistości, właściwie skonstruowane przepisy pozwolą rozwiązać te obawy.

Nieefektywne, chociaż poprawne formalnie, praktyki zamawiających spowodowane są krótkowzrocznym i powierzchownym pojmowaniem gospodarności i oszczędności. W centrum ich uwagi znajduje się cena ofertowa, chociaż inwestycja w przypadku większych zamówień (roboty budowlane, pojazdy, systemy informatyczne) to ledwie pierwszy, często nie najważniejszy etap w cyklu życia (wykorzystywania) przedmiotu zamówienia. Szerokie, nowoczesne spojrzenie na zamówienia nakazuje postrzegać je, jako instrument służący wykonywaniu zadań publicznych zamawiającego. Dlatego zupełnie chybione jest skupianie całej uwagi na cenach ofertowych. Ten problem można zilustrować przykładami. Oszczędności poczynione na budowie pasa startowego lotniska były wielokrotnie niższe od roszczeń linii lotniczych z tytułu rekompensaty za konieczność zmiany portu lotniczego. Podobnie rzecz się przedstawia w innych dziedzinach. Z reguły niska cena materiałów budowlanych będzie oznaczała wysokie koszty eksploatacji (np. koszty energii cieplnej), niski komfort użytkowników, czy konieczność rychłego remontu obiektu. Z tym z kolei wiąże się nie tylko koszt tego remontu, ale także koszty przestoju pracy obiektu.

Podstawowym kryterium nadzoru i kontroli jest legalność, czyli zgodność z prawem. Aby więc uzyskać zdolność (legalną) do oceny i wymagania długoterminowych efektów przedmiotu zamówienia publicznego, niezbędna jest zmiana przepisów. Nie można wskazać jednej instytucji prawa, której zmiana poprawiłaby nastawienie uczestników systemu zamówień publicznych. Bez wątpliwości jednak zaangażowanie zespołów zamawiających (obecnie: komisji przetargowej) w etap wykonywania umowy o zamówienie publiczne będzie dobrym pierwszym krokiem do zmiany perspektywy zamawiających na bardziej dalekowzroczną.

Jeżeli chodzi o inne kryteria kontroli, w szczególności oszczędność i gospodarność¹¹, to zmianę postaw zamawiających, organów nadzoru i kontroli można przeprowadzić wprowadzając podejście zadaniowe do systemu wydatkowania środków publicznych. Przy takim podejściu kontrola udzielania zamówień publicznych powinna zawsze być tylko częścią kontroli

¹⁰ Zob. np. anonimowe wypowiedzi zamawiających. Puls Biznesu, 30.04.2013.

¹¹ Zob. np. art. 5 ust. 1 ustawy z dnia 23 grudnia 1994 r. o Najwyższej Izbie Kontroli (Dz.U. 1995 nr 13 poz. 59 ze zm.).

wykonywania określonego zadania publicznego. Przykładowo, trudno sensownie ocenić prawidłowość i gospodarność udzielenia zamówienia publicznego na usługi gastronomiczne, jeżeli równocześnie nie bada się, jakości żywienia w dłuższym okresie. Kontrola abstrahująca od tego, może, co najwyżej, wypaczyć obraz sytuacji. Podobnie ocena zamówienia na usługi informatyczne może być sensownie przeprowadzona dopiero, gdy wiemy jak wybrany oferent wywiązuje się ze swoich obowiązków.

2) *Uzasadnione korzystanie z autonomii zamawiających nie powinno być powodem negatywnych ocen organów kontroli i przegranych sporów z wykonawcami.*

Niemal przy każdej okazji można usłyszeć, że przepisy ustawy - Prawo zamówień publicznych dają zamawiającym na tyle dużą swobodę¹², że mogą przeprowadzać postępowania sprawnie i zamawiać usługi, dostawy i roboty budowlane odpowiedniej jakości i od wiarygodnych, rzetelnych wykonawców. Teoretycznie tak jest.

W praktyce jednak, służby zamawiających muszą się liczyć z wieloma czynnikami, które negatywnie wpływają tak na postępowania, jak i na obraz ich dorobku zawodowego. Zamawiający sygnalizują także sztywne niekiedy stanowisko organów kontroli. W warunkach silnej konkurencji, wykonawcy z kolei korzystają z każdej możliwości kwestionowania decyzji zamawiającego. Także, samo orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej nie zawsze jest jednoznaczne.¹³

Tymczasem, nie wszystko da się wymierzyć i sprowadzić do całkowicie zobiektywizowanej formuły. Stąd w przepisach Prawa zamówień publicznych, jak i dyrektyw, przewidziano liczne klauzule generalne.¹⁴ Obecny stan pokazuje jednak, że te postanowienia przepisów są

¹² Por. wyrok KIO z 15 lipca 2010, sygn. 1327/10 :”Izba nie kwestionuje prawa Zamawiającego do ustalenia takich kryteriów oceny ofert, które są niezbędne do dokonania wyboru oferty w największym stopniu spełniającej jego oczekiwania. Takie uprawnienie Zamawiającego wynika z art. 91 ust. 2 ustawy Pzp, który – nie określając zamkniętego katalogu kryteriów, jakimi można się kierować przy wyborze oferty – zezwala na ich dowolne ustalenie, pod warunkiem, że dotyczyć będą przedmiotu zamówienia oraz z ograniczeniem dotyczącym kryteriów podmiotowych (art. 92 ust. 3 ustawy Pzp)”

¹³ Tytułem przykładu można przytoczyć wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 lutego 2012 r., sygn. KIO 162./12. w którym uznaje, że „zamawiający jest uprawniony do tego, aby opisując sposób wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu dokonał również opisu wymagań w odniesieniu do udowodnienia dysponowania przez wykonawcę zasobami innego podmiotu, przykładowo wykazania przewidywanych zasad współpracy – sposobu wykonywania zobowiązania, zakresu zobowiązania udzielanego wsparcia”, chociaż wyżej w tym samym wyroku jednoznacznie stwierdziła, że „Art. 26 ust. 2b Pzp statuuje otwarty katalog środków dowodowych. Wykonawca może przedstawić przykładowo, w zależności od rodzaju zasobu podlegającego udostępnieniu i relacji istniejących między wykonawcą i podmiotem trzecim umowę stypizowaną w przepisach kodeksu cywilnego (umowę nazwaną), umowę nienazwaną lub oświadczenie podmiotu. Skoro przepis podaje przykładowo pisemne zobowiązanie podmiotów do oddania wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres 7 korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia, to za wystarczające, na etapie składania oferty może być uznane samo oświadczenie złożone przez podmiot udostępniający zasób.”

¹⁴ Por. art. 29 ust. 3 : „Przedmiotu zamówienia nie można opisywać przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, chyba że jest to *uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia i zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń*, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy „lub równoważny” (podkreślenie autorów).

błędnie interpretowane, bo w sposób zbyt powierzchowny i uproszczony. Takie postępowanie jest zdecydowanie mniej ryzykowne i pozwala oszczędzać czas. W efekcie dochodzi do zubożenia praktyki udzielania zamówień, a nawet pewnej jej „wulgaryzacji”. Jedynie sporadycznie korzysta się z pełnych możliwości, jakie dają klauzule generalne, bowiem wymaga to dogłębnych i śmiałych decyzji wspartych uzasadnieniem odnoszącym się do konkretnego przypadku (*ad casu*)..

Dlatego należy postulować wprowadzenie do systemu mechanizmów, które pozwolą na korzystanie z deklarowanej w przepisach autonomii, oczywiście w takich granicach, aby nie zakłócić konkurencji między wykonawcami. Problemy z granicą autonomii najdogodniej prześledzić na tle poszczególnych, głównych etapów każdego postępowania. Zostaną one omówione w części szczegółowej niniejszego opracowania.

3) *Wydatki związane z zamówieniem publicznym muszą być możliwie najbardziej efektywne.*

Kwestia kosztów udzielenia i uzyskanych cen zamówień publicznych jest niewątpliwie najważniejszym problemem obecnego systemu. Nacisk na obniżenie wydatków budżetowych powoduje, że zaniedbuje się jakość przygotowania postępowania. W samych postępowaniach nadużywana jest cena oraz formuła wynagrodzenia ryczałtowego, a pomija się koszt cyklu życia przedmiotu zamówienia, koszty społeczne, a także - co niezmiernie ważne - koszty alternatywnych rozwiązań. Dostępne są bowiem rozwiązania, wprawdzie w momencie nabycia droższe, to jednak umożliwiające uniknięcia istotnych kosztów (marnotrawstwa) w przyszłości.

Poważnym problemem jest zbyt uproszczone rozumienie interesu finansowego jednostki sektora finansów publicznych. Przepisy o finansach publicznych nakazują zabezpieczanie możliwie wszystkich wpływów do budżetów, nawet, gdy w dłuższej perspektywie jest to niekorzystne. Efektem takiego podejścia jest nadużywanie kryterium najniższej ceny przy ocenie ofert. Zamawiający w ostatnich latach niemal zrezygnowali z innych kryteriów oceny ofert, nawet tak oczywistych jak parametry techniczne. Najczęściej zamawiający określają jakieś minimalne parametry, a następnie wybierają ofertę najtańszą. W ocenie ofert niemal całkowicie pomijany jest tzw. koszt w całym cyklu życia przedmiotu zamówienia.¹⁵

Bezpośrednim efektem takiej praktyki jest nie tylko niska jakość nabywanych usług, robót budowlanych i dostaw, ale także niepotrzebne wydatki na eksploatację urządzeń i obiektów. Efektem pośrednim, aczkolwiek nie mniej ważnym z punktu widzenia gospodarki, jest promowanie ofert niewiarygodnych i niskiej jakości. Przedsiębiorcy starający się przedstawiać ofertę rzetelną i pożądaną jakości stawiani są na przegranej pozycji.

¹⁵ Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) Nr 305/2011 z dnia 9 marca 2011r.

Innym przykładem braku efektywności w zarządzaniu zamówieniami publicznymi są niewystarczające nakłady na przygotowanie postępowań. Początkowe oszczędności prowadzą do wielokrotnie większych wydatków na przywrócenie właściwego stanu obiektu lub jego utrzymanie. Strona publiczna zdaje się zupełnie tracić z pola widzenia te koszty związane z przedmiotem zamówienia, które powstają po zrealizowaniu zamówienia, a niekiedy nawet w trakcie realizacji. Jest to bardzo nieefektywne podejście do zarządzania środkami publicznymi.

Dobrze przygotowane postępowanie wymaga zaangażowania odpowiednio wykwalifikowanych kadr. Jeżeli zamówienia są przygotowywane bez właściwego zaplecza fachowego, służbom zamawiających trudno jest tak sformułować warunki techniczne w specyfikacjach istotnych warunków zamówienia, aby równocześnie zapewnić ich niedyskryminacyjny charakter i skierować zaproszenie do oferentów dysponujących rozwiązaniami nowoczesnymi i wysokiej jakości. Specyfikacje istotnych warunków zamówienia publicznego przygotowane przez osoby niedysponujące odpowiednią wiedzą specjalistyczną robią wrażenie przygotowanych niedbale i słusznie są przedmiotem krytyki. Oczywiście zaangażowanie specjalistów bezpośrednio u każdego zamawiającego byłoby nieuzasadnione i skrajnie nieefektywne. Nie ma bowiem uzasadnienia, aby na stałe zatrudniać specjalistów od zamawiania np. obiektów mostowych, skoro w danej gminie most jest budowany raz na pokolenie.

Powyżej wskazane problemy można rozwiązać zasadniczo na dwa sposoby. Po pierwsze, można zcentralizować udzielanie zamówień wymagających wiedzy specjalistycznej. Po drugie, możliwe jest opracowanie zbioru dokumentów określających w sposób niedyskryminacyjny takie warunki techniczne zamówienia, aby oferty niskiej jakości i abstrahujące od późniejszych kosztów nie były w stanie im sprostać. Dla poszczególnych asortymentów zamówień właściwe może być jedno, lub drugie rozwiązanie. W tych przypadkach, w których zamawiający są rozproszeni, jak np. w przypadku robót budowlanych, celowe jest opracowanie wzorcowych specyfikacji technicznych. Nie ma bowiem sensu centralizowanie zamówień na budowę szkół. Konieczne jest jednak wyposażenie gmin i powiatów w dokumenty, które umożliwią wybór odpowiedniej jakości systemów ociepleniowych, pap czy okien.

W przypadku zamówień udzielanych stale lub okresowo w dużych grupach jednostek powiązanych organizacyjnie, sensownym rozwiązaniem jest centralizacja udzielania zamówień. Takie rozwiązanie jest przewidziane w ustawie - Prawo zamówień publicznych.¹⁶ Skorzystanie z centralnego zamawiającego nie tylko prowadzi do obniżenia cen ofertowych - o czym wielokrotnie już mówiono i pisano¹⁷ - a właśnie pozwala na wykorzystanie wiedzy specjalistycznej po rozsądnych kosztach. Ewentualnym utrudnieniem w dostępie dla małych i

¹⁶ Art. 15a ustawy - Prawo zamówień publicznych.

¹⁷ Zob. np., Jeden wielki przetarg zamiast setek drobnych”, Gazeta Wyborcza 2.03.2006.

średnich oferentów można zapobiec dopuszczając - także przewidziane prawem - składanie ofert częściowych.¹⁸

4) *Postępowanie o udzielenie zamówienia powinny być nakierowane wyłącznie na wybór najkorzystniejszej oferty.*

Celem postępowania o udzielenie zamówienie publiczne jest wybór najkorzystniejszej oferty, a następnie zawarcie umowy. Instytucje prawa zamówień publicznych, które bezpośrednio nie służą temu celowi powinny być ograniczone do minimum. W związku z tym zasadne jest przyjęcie założenia, że przepisy o postępowaniu powinny regulować trzy obszary zagadnień:

- sprawy administracyjne (porządek i płynność postępowania),
- wybór oferty i oferenta,
- zabezpieczenie podstawowych interesów zamawiającego i wykonawców

Z tak sformułowanych założeń wynikają daleko idące ograniczenia dla ustawodawcy. Przede wszystkim instytucje prawa zamówień publicznych nie powinny zawierać elementów, które nie służą realizacji tych założeń.

Priorytetem postępowania powinien być wybór oferty i oferenta. Wykonawcy i oferty, które zostały ostatecznie wyeliminowane z postępowania nie powinny być przedmiotem regulacji, a zwłaszcza sankcji. Przykładowo, zatrzymanie wadium, jako środek zabezpieczający interesy zamawiającego może być zatrzymywane, ale tylko w przypadku wykonawców, którzy nadal uczestniczą w postępowaniu, tj. nie zostali wykluczeni, zostali zaproszeni do składania ofert lub ich oferta została wybrana.

5) *Harmonogram udzielania zamówień publicznych powinien uwzględniać wielkość i złożoność zamówienia.*

Służby odpowiedzialne za zamówienia publiczne działają pod ogromną presją czasu. Zwykle presja ma swoje źródło poza systemem udzielania zamówień publicznych. Stąd, tak często zamawiający wyznaczają minimalne terminy, jakie dopuszcza ustawa – Prawo zamówień publicznych. Zdecydowanie zbyt rzadko dostosują terminy do przedmiotu i stopnia złożoności zamówienia. Presja czasu ma związek głównie z trzema kwestiami:

- polityką, zwłaszcza w okresie przedwyborczym,
- rocznym budżetem, który powoduje, że pojawia się presja związana z tzw. wydatkami wygasającymi,
- harmonogramami wydatkowania środków unijnych.

¹⁸ Art. 32 ust. 2 pkt 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Dążenie zamawiających do skrócenia czasu poświęconego na przygotowanie do postępowania odbija się na jakości prowadzonych postępowań. Presja czasu skłania zamawiających do stosowania najprostszych mechanizmów wyboru oferty, takich jak przetarg nieograniczony i kryterium ceny jako jedyne kryterium w ocenie ofert. W ocenie uczestników rynku wiele do życzenia pozostawiają specyfikacje istotnych warunków zamówienia. Nie mniej ważny jest negatywny wpływ bardzo krótkich terminów w postępowaniach na możliwości przygotowania ofert. W szczególności krótkie terminy na zadawanie pytań do specyfikacji postrzegane są jako istotna przeszkoda w rzetelnym przygotowaniu ofert.

6) *Formalności wymagane w toku postępowania o udzielenie zamówienia powinny być proporcjonalne do celu, któremu służą*

Niewątpliwie wiele bolączek związanych z nadmiernym zbiurokratyzowaniem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zostało wyeliminowanych z przepisów ustawy. Te, które nadal są utrapieniem zamawiających i wykonawców mają już charakter systemowy. Zwłaszcza, gdy chodzi o tryb i zakres składania dokumentów, jakich żąda zamawiający, potrzebna jest gruntowna reforma. Problemem jest np. uzyskanie dokumentu o odpowiedniej treści i potwierdzającego określony fakt na inny dzień, niż dzień wydania. Źródłem tych problemów są inne przepisy. Z tym reżimem składania dokumentów związany jest poważny problem zatrzymywania wadium.

Wszystkie te kwestie powinny zostać uporządkowane. Nie ma wątpliwości, że pewne obowiązki formalne muszą być utrzymane, bowiem dają gwarancję przejrzystości i równości traktowania wykonawców. Każda instytucja postępowania powinna jednak być skonstruowana tak, aby obowiązki formalne były możliwie najmniej uciążliwe, czyli – posługując się terminologią europejską i konstytucyjną – proporcjonalne. Proporcjonalność polega na dobieraniu środków służących określonemu celowi, ale w sposób najmniej obciążający adresatów normy prawnej. Przykładem skrajnie nieracjonalnego rozwiązania jest obowiązek składania listy wszystkich podmiotów należących do grupy kapitałowej. Przygotowanie takiej aktualnej listy w przypadku przedsiębiorstw międzynarodowych jest częstokroć po prostu niemożliwe. Ten sam cel, czyli zapobieżenie składaniu wielu ofert przez ten sam „podmiot gospodarczy” można osiągnąć znacznie łatwiej – przez złożenie oświadczenia.

3. Prawidłowe zasady udzielania zamówień publicznych

Prawidłowo skonstruowane Prawo zamówień publicznych musi kierować się spójnym zespołem zasad naczelnych. Te zasady wyznaczają priorytety, jakim kierować się powinni zamawiający. Podobnie jak w rozdziale 3 obowiązującej ustawy, niektóre zasady powinny być wprost wyrażone w przepisach. Nie wystarczy jednak zadeklarowanie zasad w przepisach

ogólnych. Konieczne jest takie kształtowanie poszczególnych instytucji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, aby przestrzeganie tych zasad było nie tylko możliwe, ale stanowiło typowy sposób organizacji zamówień publicznych. **Innymi słowy, przepisy prawa zamówień publicznych powinny nakierowywać zamawiających na zachowania zgodne z zasadami naczelnymi.** Taka konstatacja jest wynikiem wieloletnich doświadczeń ze stosowaniem przepisów o zamówieniach publicznych. Regulacja zamówień publicznych wymaga szczególnego podejścia, odmiennego od przepisów należących jednoznacznie do prawa administracyjnego czy prawa cywilnego. Nie ma bowiem powodu, aby nadmiernie ograniczać zamawiających i poddawać ich ścisłemu reżimowi prawa administracyjnego. Równie niewłaściwe jest przypisywanie zamówień publicznych wyłącznie do sfery prawa cywilnego. Nie wolno bowiem zapominać, że zamówienie publiczne służy interesowi publicznemu, a zatem szeroka swoboda właściwa stosunkom cywilnoprawnym też nie jest właściwym modelem regulacji. Potrzebny jest model hybrydowy, a więc „złoty środek”.

4. Rozwiązania szczegółowe

1) *Zasady prowadzenia i cele postępowania o udzielenie zamówienia publicznego*

Obecne zasady polskiego prawa zamówień publicznych i zasady prawa UE są niezbędnym i koniecznym elementem ram prawnych. Nie wyczerpują one jednak katalogu wszystkich zasad, które są potrzebne do budowy efektywnego systemu zamówień publicznych. W związku z tym katalog zasad prawa zamówień publicznych należy uzupełnić. Z drugiej strony, umiejscowienie prawa zamówień publicznych w obszarze oddziaływania prawa cywilnego¹⁹ skutkuje objęciem zamówień publicznych między innymi zasadą swobody umów. Chociaż generalnie stosowanie cywilnoprawnej metody regulacji sprawdza się w praktyce, w obszarze zamówień publicznych miewa nieoczekiwane, nie zawsze korzystne skutki.

Ustanowiona w art. 7 ust. 1 ustawy – Prawo zamówień publicznych, zasada uczciwej konkurencji w postępowaniu odnosi się głównie do konkurencji między wykonawcami. Rolą zamawiającego jest czuwanie, aby nie dopuścić naruszenia nieuczciwej konkurencji w postępowaniu, zwłaszcza aby wykonawcy nie dopuszczali się takich czynów. W mniejszym stopniu zasada uczciwej konkurencji ma zastosowanie do postępowania samego zamawiającego.²⁰ O ile zamawiający nie naruszy zasady równego traktowania wykonawców, przysługuje mu znaczna swoboda. Ta swoboda jest częstokroć nadużywana. Zamawiający formułując umowy zastrzegają na swoją rzecz rażąco niewspółmierne korzyści w stosunku do praktyki handlowej. W szczególności dotyczy to przerzucania na zamawiających ryzyk za

¹⁹ Art. 14 ustawy – Prawo zamówień publicznych: „Do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz. U. Nr 16, poz. 93, ze zm.), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. „

²⁰ Art. 7. 1. Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

wystąpienie okoliczności na które wykonawcy nie mają żadnego wpływu, a nawet takich, które pozostają pod kontrolą zamawiającego.

Stąd uzasadniony jest pogląd, że zamawiający przewidują w specyfikacjach rozwiązania, które można ocenić jako naruszające dobre obyczaje handlowe, a w każdym razie odbiegające od dobrej praktyki rynkowej. Wobec dominacji trybów przetargowych, tzn. bez negocjacji, wykonawcy właściwie skazani są na akceptowanie każdych warunków. Jest to szczególnie dotkliwie w branżach, w których rynek prywatny zamówień nie istnieje, albo jest marginalny (np. budownictwo drogowe czy sprzęt medyczny).

Zamawiający zwykle nie są na tyle potężni, aby formułowane przez nich specyfikacje istotnych warunków zamówienia uznać za praktykę anty-konkurencyjną i postawić im zarzut nadużycia pozycji dominującej.²¹ To zamyka drogę do podważania rażąco niekorzystnych i niesprawiedliwionych postawień specyfikacji na drodze postępowania przed Urzędem Ochrony Konkurencji i Konsumentów oraz Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów.

Nawet rażąco nierównoważone umowy o zamówienie publiczne są bardzo trudne do podważenia, w szczególności bezskuteczne są próby ich podważania w postępowaniu odwoławczym. Orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej w istocie wyłącza je z zakresu ochrony prawnej („Wobec kontradiktoryjności postępowania odwoławczego, stanowisko Izby było wypadkową oceny dowodów oraz argumentacji stron. Sprowadzało się do ustaleń, że opis przedmiotu zamówienia był pełny, a wymagania wynikają z uzasadnionych potrzeb zamawiającego i nie naruszają równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Natomiast rozpatrzenie pełnego zrównoważenia interesów stron, pozostaje poza kognicją, Izby, bowiem Izba nie pełni funkcji mediacyjnej”).²² Co więcej, Krajowa Izba Odwoławcza w ogóle odmawia oceny takiego postępowania zamawiających powołując się na swobodę umów. Dobrym streszczeniem takiego stanowiska Izby jest następujący cytat: *„Co do zasady jednak, to wciąż zamawiający będzie decydował o swoim przedmiocie zamówienia (warunkach jego realizacji) oraz o sposobie wyłonienia wykonawcy zamówienia (kryteriach oceny ofert). Natomiast swoboda umów ze strony wykonawcy w zamówieniach publicznych sprowadza się do dwóch zasadniczych aspektów: możliwości nie przystąpienia do tak opisanego stosunku umownego oraz dowolnego ukształtowania ceny swojej oferty (przynajmniej w zakresie jej górnego pułapu)”*.²³ W konsekwencji takiego stanowiska, zamawiający projektują umowy nierównoważne, w których zastrzegają sobie prawa znacznie wykraczające poza praktykę rynkową.

Obecny stan prawny oraz orzecznictwo KIO są wysoce niezadowolające. Zamawiający bowiem mogą w praktyce dowolnie kształtować umowy, korzystając z trybów przetargowych. W związku z tym należy wprowadzić nową zasadę do prawa zamówień

²¹ Zob. art. 9 ust. 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. 2007 Nr 50 poz. 331 ze zm.).

²² Wyrok KIO z dnia 25 lipca 2012, sygn. akt: KIO 1476/12 i KIO 1475/12.

²³ Wyrok KIO z dnia 20 stycznia 2011 r., sygn. akt KIO/28/11.

publicznych. Ponieważ zamówienia publiczne należą do sfery wykonywania zadań publicznych, zamawiający powinni uwzględniać uzasadnione interesy wykonawców. Do katalogu zasad naczelnych prawa zamówień publicznych należy wprowadzić nową zasadę, która ograniczyłaby praktykę stosowania rażąco nierównoprawnych umów. Doświadczenia wielu lat skłaniają do wprowadzenie do prawa zamówień publicznych zasady, że zamawiający powinien prowadzić postępowanie i kształtować warunki specyfikacji w sposób, generalnie rzecz ujmując, lojalny wobec wykonawców.

Uznając, że zamówienia publiczne służą wykonywaniu zadań publicznych, wobec dominujących praktyk zamawiających, trudno bronić tezy, o czysto handlowym ich charakterze. Skoro zamawiający korzystając ze swojej pozycji w postępowaniu nadużywają trybów przetargowych i narzucają bardzo nierównoprawne umowy, nie zajmując jednak pozycji dominującej na rynku w rozumieniu prawa konkurencji, to konieczna jest interwencja legislacyjna. Zabezpieczenie interesu publicznego nie może być utożsamiane z narzucaniem w specyfikacjach istotnych warunków zamówienia uciążliwych warunków umowy.²⁴

Podsumowując, katalog zasad prawa zamówień publicznych należy tak rozszerzyć, aby w szerszym zakresie zobowiązać zamawiających do przestrzegania zasad uczciwej konkurencji (obok obowiązku czuwania nad zachowaniem wykonawców), a nawet ma uwzględniać uzasadnione interesy wykonawców.

2) *Dokumenty wzorcowe*

Jednym z większych niedomagań polskiej praktyki zamówień publicznych są błędy w opisach przedmiotu zamówienia oraz określeniu kryteriów oceny ofert. Szczególnie uciążliwe są wadliwe dokumentacje dotyczące zamówień wymagających zaawansowanej wiedzy fachowej (budowlanej, chemicznej, medycznej, informatycznej itd.). Zamawiający często ratują się wzorując swoją dokumentację na dokumentacjach innych podmiotów. W ten sposób, nieformalnie upowszechniane są różne rozwiązania, niektóre bardzo wadliwe lub niepraktyczne. Aby zapobiec degradacji praktyki udzielania zamówień publicznych konieczna jest interwencja administracji publicznej. Z punktu widzenia ekonomiki postępowania nie ma oczywiście sensu, aby różni zamawiający indywidualnie posiłkowali się doradztwem w poszczególnych zamówieniach. Jak już wyżej wspomniano, wysoki poziom fachowości można zapewnić na dwa sposoby: można scentralizować udzielanie zamówień publicznych lub można scentralizować zasoby wiedzy. Jest racjonalne, bowiem wiele zamówień jest podobnych, a nawet tożsamyh. To drugierozwiązanie, czyli scentralizowanie wiedzy, polega na przygotowywaniu wzorcowej dokumentacji. W zależności od przedmiotu zamówienia i charakteru zamawiającego, najbardziej odpowiedni może być jedno lub drugie rozwiązanie. Być może oba modele mogą funkcjonować równolegle (nic bowiem nie stoi na przeszkodzie,

²⁴ Por. wyrok SOKiK z dnia 26 stycznia 2005, sygn. akt XVII Ama 89/03: „Za uciążliwy warunek umowy uznaje się każdy warunek, stanowiący dla jednej ze stron ciężar większy od powszechnie przyjętych w stosunkach danego rodzaju”.

aby opracować dokumentację, a w poszczególnych strukturach scentralizować udzielanie zamówień).

Dokumentacja wzorcowa powinna zostać przygotowana w toku konsultacji ze środowiskami zainteresowanymi jej przedmiotem. Wzajemna kontrola uczestniczących w konsultacjach konkurentów rynkowych, najczęściej będzie wystarczającą gwarancją neutralności opracowywanej dokumentacji.

Kryteria oceny ofert i opis przedmiotu zamówienia stanowią także ważny instrument realizacji celów, które wykraczają poza „tradycyjne” cele prawa zamówień publicznych. Taką, doniosłą rolę uznał także Trybunał Sprawiedliwości.²⁵ Znacznie łatwiej będzie przyjąć rozwiązania służące celom społecznym i ochrony środowiska, gdy będą opracowywane przez podmiot obdarzony autorytetem w toku konsultacji ze zainteresowanymi.

Z tych względów, w ustawie – Prawo zamówień publicznych powinny się znaleźć dwie podstawy prawne do wydawania dokumentów wzorcowych. Po pierwsze powinna znaleźć się podstawa do wydawania niewiążących wytycznych. Po drugie, powinna znaleźć się podstawa prawna do wydawania rozporządzeń wdrażających do prawa polskiego odpowiednie postanowienia prawa Unii Europejskiego.

W polskim systemie prawnym wytyczne nie stanowią źródła prawa, a więc będą oddziaływały na ukształtowanie pożądanych praktyk i standardów w systemie zamówień publicznych w sposób mało uciążliwy, niemniej będą kształtowały prawidłowe praktyki siłą autorytetu władzy państwowej.

Wydając wytyczne, prezes UZP powinien kierować się zapewnieniem wysokiej jakości dostaw, usług i robót budowlanych oraz osiągnięciami wiedzy, np. technicznej, medycznej, informatycznej, a także uwzględniając koszt nabycia oraz eksploatacji przedmiotu zamówienia w ciągu całego okresu używania. Należy zwrócić uwagę zwłaszcza na końcową część projektowanego przepisu. Uwzględnienie zarówno kosztu nabycia, jak i kosztu eksploatacji przedmiotu zamówienia w ciągu całego okresu używania jest racjonalnością ekonomiczną a zarazem ma na celu promowanie w Polsce sprawdzonego w świecie podejścia kładącego nacisk na tzw. wartość zamówienia (*value for money*).²⁶

Minister właściwy ze względu na przedmiot zamówienia, będzie zobowiązany do zasięgnięcia opinii organizacji zainteresowanych przedmiotem wytycznych, w szczególności organizacji już uczestniczących w systemie zamówień publicznych, tj. organizacji uprawnionych do wnoszenia środków odwoławczych (art. 154 ust. 5 w zw. z art. 179 ust. 2 PZP). Ten fragment

²⁵ Por. np wyrok Trybunału Sprawiedliwości z 17 września 2002 r. w sprawie C-513/99 *Concordia Bus Finland* [2002] ECR I-7213. Uznając zamówienia publiczne za ważne narzędzie w polityce ochrony środowiska przyjęta została nawet dyrektywa 2009/33/WE w sprawie proponowania ekologicznie czystych i energooszczędnych pojazdów transportu drogowego (Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/33/WE z dnia 23 kwietnia 2009 r. w sprawie promowania ekologicznie czystych i energooszczędnych pojazdów transportu drogowego (Dz. Urz. L 120 z 15 maja 2009 r., str. 5).

²⁶ OECD Principles of Integrity in Public Procurement, Paris 2009, m.in. str. 11.

przepisu ma na celu pogłębienie współpracy administracji rządowej ze środowiskami bezpośrednio uczestniczącymi w procesie udzielania zamówień publicznych: zamawiającymi i wykonawcami.

Wytyczne powinny podlegać ogłoszeniu w Dzienniku Urzędowym Rzeczypospolitej Polskiej „Monitor Polski”²⁷, a ze względów czysto praktycznych także w Biuletynie Informacji Publicznej Urzędu Zamówień Publicznych.

3) *Organizacja postępowania a wykonywanie umowy*

Odpowiedzialność za przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego obciąża kierownika zamawiającego. Kierownik zamawiającego może również powołać komisję przetargową (przy zamówieniach powyżej tzw. progów unijnych ma taki obowiązek). W myśl art. 20 ustawy – Prawo zamówień publicznych komisja przetargowa jest zespołem pomocniczym kierownika zamawiającego powoływanym do:

- oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu
- badania i oceny ofert,
- innych czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz czynności związanych z przygotowaniem postępowania, jeżeli kierownik zamawiającego tak postanowi.

Tak wąskie zakreślenie zadań kierownika zamawiającego i komisji przetargowej ma doniosłe konsekwencje praktyczne. W praktyce bowiem komisja przetargowa kończy swoje działanie wraz z wyborem najkorzystniejszej oferty. Przedmiot zamówienia, wraz z umową, trafia następnie do tych komórek organizacyjnych zamawiających, z zadaniami których związane jest zamówienie. O ile prawidłowość samej procedury jest raczej ściśle nadzorowana, choćby przez konieczność podpisywania protokołu postępowania, to odpowiedzialność za wykonywanie konkretnej umowy w komórce „merytorycznej” zależy od kultury pracy u danego zamawiającego. Zwykle odpowiedzialność za wykonanie umowy jest rozmyta, skoro sam wybór wykonawcy następuje przez komisję przetargową. Nawet jeżeli w komisji zasiadają pracownicy komórki merytorycznej, to odpowiedzialność za kształt umowy pozostaje w – nie funkcjonującej już przecież – komisji przetargowej. Ogólna odpowiedzialność kierowników zamawiających za działalność jednostek nie stanowi wystarczająco skutecznego mechanizmu wymuszenia podejścia gospodarczego do udzielanych zamówień.

Komisje przetargowe najczęściej wywiązują się z obowiązku zapewnienia poprawności formalnej postępowania. Niestety, *ex definitione* poza ich zainteresowaniem pozostaje szeroko pojęta efektywność i użyteczność zawieranych umów. Tymczasem, oderwanie

²⁷ Przyjęte w projekcie rozwiązanie jest już stosowane w polskim prawie. Por. np. art. 43 ust. 1 ustawy z dnia 8 września 2006 r. o Państwowym Ratownictwie Medycznym (Dz. U. z 2006 r. Nr 191, poz. 1410 ze zm.).

etapu wyboru oferty i oferenta od etapu wykonania umowy skutkuje nieracjonalnymi decyzjami zamawiających. W rezultacie, nie przywiązuje się wystarczającej wagi do całkowitego kosztu pozyskania dostaw, usług lub robót budowlanych (uwzględniający nie tylko koszt zakupu, ale także koszty napraw i konserwacji, a nawet dalsze koszty w „cyklu życia”). Jedną z przyczyn takiego stanu rzeczy jest rozdzielenie funkcji organizacji przeprowadzenia wyboru oferty, od funkcji zarządzania wykonaniem umową.

Przedstawiona diagnoza obecnego stanu funkcjonowania systemu zamówień publicznych jest zbieżna z wnioskami z kontroli przeprowadzanych przez Najwyższą Izbę Kontroli.²⁸

W związku z powyżej opisaną sytuacją należy wyraźnie rozszerzyć w przepisach rangi ustawowej zadania kierownika jednostki oraz członków komisji przetargowej na nadzór i kontrolę wykonywania umowy w sprawie zamówienia publicznego. Dzięki temu zachowana zostanie tożsamość osób organizujących i przeprowadzających postępowanie w sprawie udzielenia zamówienia publicznego oraz osób odpowiedzialnych za nadzór i kontrolę wykonywania umowy. Tylko powiązanie postępowań w sprawie udzielenia zamówienia publicznego z późniejszym wykonywaniem zamówienia wydatnie zmniejszy, a formalnie nawet wykluczy rozmycie odpowiedzialności za błędne decyzje.

Wprowadzenie podejścia projektowego jest warunkiem *sine qua non* jakościowej zmiany w naszym systemie zamówień publicznych.

4) *Terminy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego*

Jak pokazuje praktyka rynku zamówień publicznych zbyt pospieszne przygotowywanie i prowadzenie postępowań jest bardzo szkodliwe, tak dla zamawiających, jak i przedsiębiorców. Koszty niskiej jakości postępowań obniżają jakość wykonywania zadań publicznych spoczywających na zamawiających.

W związku z tym należy wprowadzić takie zmiany, które zmniejszą presję czasu na zamawiających. Trzeba przy tym uwzględnić przede wszystkim ogólne reguły wydatkowania środków publicznych²⁹ i system wydatkowania środków unijnych. Dopiero gdy tak zmienione otoczenie zamawiających nie przyniesie pożądanego rezultatu, będzie można rozważyć zmiany prawne i wytyczne (lub dokumenty wzorcowe) dotyczące samych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego.

5) *Warunki podmiotowe stawiane wykonawcom i prekwalfikacja*

²⁸ Wskazują na to wyniki kontroli Najwyższej Izby Kontroli, np.: Informacja o wynikach kontroli żywienia i utrzymania czystości w szpitalach publicznych, Nr ewid. 9/2009/P08141/LKR., str. 48; Informacja o wynikach kontroli ochrony brzegów morskich LSZ-410-62-02/2009 Nr ewid. 169/2009/P/09/175/LSZ, str. 15 i n.

²⁹ ustawa z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. Nr 157, poz. 1240).

Jednym z największych wyzwań stojących przed zamawiającymi jest wybór rzetelnego i wiarygodnego wykonawcy. Ponieważ zamawiający muszą posługiwać się obiektywnymi warunkami, a nie subiektywnym odczuciem czy renomą, kluczowe znaczenie ma odpowiedź na pytanie, jakiego wykonawcy poszukuje.

Poprawny system wyłaniania wykonawców powinien być odpowiednio wkomponowany w całe postępowanie. Wydaje się celowe, aby na rynku zamówień publicznych było miejsce dla wykonawców rzetelnych, nie tylko w sensie komercyjnym, ale także rzetelnie wywiązujących się z obowiązków przewidzianych prawem. Temu celowi służą dwie instytucje prawa zamówień publicznych: warunki uczestnictwa w postępowaniu oraz przesłanki wykluczenia.

Wykluczenie wykonawców spowodowane przestępczą przeszłością wykonawcy lub jego zarządzających jest przewidziane w przepisach i nie budzi zasadniczych zastrzeżeń. Dużo bardziej złożona jest ocena wiarygodności handlowej i fachowości wykonawców. Stąd tak ważna jest kwalifikacja wykonawców.

Przepisy ustawy powinny ułatwiać sięganie po te tryby postępowania, w których dokonywana jest kwalifikacja wykonawców, zanim w ogóle dojdzie do składania ofert. Dzięki temu konkurencja o zamówienie będzie się odbywała w gronie wykonawców reprezentujących podobny poziom doświadczenia i potencjału.

Inny sposobem wzmocnienia systemu wyboru wykonawców może być prowadzenie listy kwalifikowanych wykonawców. Oczywiście, obecność na liście powinna być uwarunkowana rygorystyczną, bieżącą kontrolą spełniania warunków odpowiednich dla poszczególnych rodzajów zamówień.

6) *Reżim składania dokumentów*

Reżim składania dokumentów ma podstawowe znaczenie dla realizacji celów postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Prawidłowo skonstruowany reżim składania dokumentów powinien być możliwie najmniej uciążliwy tak dla wykonawców, jak i dla zamawiających. Aspekty czysto formalne powinny być maksymalnie uproszczone. Dobrym rozwiązaniem jest ograniczenie się do żądania tylko oświadczeń w postępowaniach dotyczących zamówień o wartościach poniżej progów unijnych.

Zasadniczo zatem taki reżim powinien być punktem wyjścia do rozwiązań stosowanych w postępowaniach na duże zamówienia. Naturalnie jednak, w przypadku takich zamówień zamawiający powinni mieć prawo żądania dokumentów, a nie poprzestawiania tylko na oświadczeniach. Całkowicie wystarczające byłoby jednak żądanie pełnej dokumentacji tylko od wykonawców, których oferty zdobyły najwyższe oceny.

7) *Zwalczanie patologicznych zachowań części wykonawców (zatrzymanie wadium i wykluczenie z postępowania)*

Udzielanie zamówień publicznych to nie jest zwykła działalność komercyjna sektora publicznego! Punktem wyjścia do zrozumienia roli zamówień publicznych jest zadanie stawiane przed zamawiającym, a nie wyłącznie przypisywanie zamówieniu wyłącznie charakteru transakcji handlowej

Przedsiębiorca ma pełną swobodę w doborze kontrahentów. Tymczasem jednymi narzędziami zamawiających w walce z nagannymi zachowaniami wykonawców są: wykluczenie (wraz z czarną listą) oraz zatrzymanie wadium.

Doniosłość obu instytucji nie budzi sporów. Dużo bardziej kontrowersyjne są obecnie obowiązujące przepisy i ich stosowanie. Dlatego należy sformułować generalne zasady, których ustawodawca powinien przestrzegać przyjmując szczegółowe rozwiązania. Prawidłowy system wykluczeń i zatrzymania wadium powinien spełniać następujące kryteria:

- wykluczenie powinno dotyczyć zachowań nagannych, w szczególności zawinionych lub popełnionych w wyniku rażącego niedbalstwa,
- sankcje nie powinny dotyczyć tych wykonawców, którzy dobrowolnie (bez przymusu państwowego) naprawili szkody i zaniechali swoich nagannych praktyk,
- sankcje powinny dotyczyć tych wykonawców, którzy mają szanse na uzyskanie zamówienia.

W tym miejscu należy podkreślić, że w systemie nie powinny znajdować się rozwiązania, które nadmiernie utrudniają ubieganie się o zamówienia, albo nakładają sankcje na wykonawców, którzy nie dopuścili się nagannych zachowań.

8) *Kryteria oceny ofert*

Nie bez przyczyny uczestnicy rynku zamówień publicznych przywiązują wielką wagę do kryteriów oceny ofert. Kryteria oceny ofert w ogromnym stopniu przesądzają o tym, kto otrzyma zamówienia. Nadużywanie kryterium najniższej ceny i słabe mechanizmy weryfikacji dokumentów podmiotowych, to zapewne dwie główne przyczyny głębokiego niezadowolenia z obecnego stanu zamówień publicznych w Polsce.

Wśród fachowców wyrażane są jednak opinie, że oparcie oceny ofert o kryterium najniższej ceny jest w wielu przypadkach najbardziej celowe. Zwykle jednak kryteria powinny uwzględniać inne aspekty oferty niż cena.

Oprócz stosowania poza-cenowych kryteriów oceny ofert, w polskiej praktyce konieczne jest wzmocnienie oceny technicznej ofert. Dlatego w systemie prawa zamówień publicznych należy przewidzieć możliwość rozdzielenia oceny technicznej od oceny oferty finansowej wykonawców. W pierwszej kolejności powinna być dokonywana ocena techniczna oferty.

Dopiero po przyznaniu punktacji za merytoryczną wartość oferty, powinny być otwierana oferta z ceną. Dzięki temu ocena ofert będzie maksymalnie zobiektywizowana, a służby zamawiających nie będą narażone na pokusę bardziej życzliwej oceny tańszych ofert. Tak zwany „system dwóch kopert” („podwójnej oferty”)³⁰ jest uznaną i powszechnie stosowaną w świecie metodą wyłaniania ofert.

9) *Waloryzacja wynagrodzenia w umowach o zamówienie publiczne*

Jak już wyżej zaznaczono, powszechną praktyką zamawiających jest formułowanie niezrównoważonych umów. Zamawiający zastrzegają sobie prawa, zwalniając się w bardzo szerokim zakresie z odpowiedzialności i ryzyk. Z pewnością mieliby trudności z wynegocjowaniem takich umów. Dobrą ilustracją tego zjawiska jest brak klauzul waloryzacyjnych.

Zmiany kosztów wykonania umowy, zwłaszcza niezależne od wykonawców, powinny być uwzględniane w ustalaniu poziomu ostatecznego wynagrodzenia. W szczególności wynagrodzenie powinno być dostosowywane do zmian w prawie (np. wysokości podatku VAT). Ponieważ zamawiający niemal nie stosują klauzul waloryzacyjnych, należy wprowadzić ustawowe prawo waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy w przypadku zmiany przepisów prawa, które w najbardziej bezpośredni sposób wpływają na koszty wykonania zamówienia i nie są w żaden sposób zależne od wykonawcy. Dzięki waloryzacji wynagrodzenia w zakresie odzwierciedlającym zmiany tych przepisów będzie można zachować umówioną jakość realizacji zamówienia i zapewnić ciągłość zatrudnienia pracowników wykonawcy na niezmiennym poziomie. Zdjęcie z wykonawców ryzyka zmiany niektórych obciążeń publicznoprawnych lub ustalanych w przepisach prawa, pozwoli im także na bardziej precyzyjne szacowanie kosztów wykonania zamówienia. Nie będąc zmuszeni do wkalkulowywania tego ryzyka w cenę ofertową, będą mogli przedstawiać zamawiającym bardziej atrakcyjne warunki.

10) *Konsolidacja kontroli prawidłowości udzielania zamówień publicznych.*

Problemem jest rozbieżność i wielość kontroli postępowań w sprawie udzielania zamówień publicznych. Wielość kontroli skutkuje dwoma negatywnymi zjawiskami. W praktyce uniemożliwia wypracowanie jednolitego wzorca prawidłowej interpretacji przepisów i oceny prowadzonych postępowań. Chociaż kluczowe znaczenie powinno mieć orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, to z punktu widzenia zamawiających, wcale nie mniej ważne jest stanowisko organów kontroli wewnątrzadministracyjnej, Najwyższej Izby Kontroli oraz

³⁰ Ang. *double envelope system* albo *two-envelope system*.

orzecznictwo Regionalnych Izb Obrachunkowych.³¹ Zamawiający muszą lawirować między stanowiskami różnych organów i ciał, co naturalnie rodzi w nich skłonność do poszukiwania rozwiązań, które pozwalają zabezpieczyć ich przed krytyczną oceną, bo tylko takie najpełniej zabezpieczają przez negatywnymi ocenami organów kontroli. Praktyka zamawiających jest kształtowana swoistym „wyścigiem w dół”,³² którego efektem jest stosowanie rozwiązań najprostszych. Priorytetem staje się poprawność formalnoprawna procedury, a nie skuteczne wykonywanie zadania, któremu zamówienie ma służyć. Niewątpliwie opisany tutaj problem przyczynił się do rezygnacji ze stosowania poza-cenowych kryteriów oceny ofert.³³

Sytuacja służb udzielających zamówień jest szczególnie trudna w projektach finansowanych ze środków unijnych. Oprócz typowych organów kontrolnych, w takich projektach niezwykle ważna jest obrona przed zastrzeżeniami ze strony kontrolerów z instytucji zarządzających i samego Ministerstwa Rozwoju Regionalnego. Te ograny również wykazują się dużą inicjatywą w doradzaniu zamawiającym jak mają udzielać zamówień. Kolejnym, nie mniej ważnym utrudnieniem w dostosowywaniu udzielanych zamówień publicznych do faktycznych potrzeb i celów zamawiającego jest możliwość objęcia kontrolą przez Komisję Europejską. W tym przypadku dodatkowym utrudnieniem dla zamawiających jest fakt, że kontrolujący nie są związani polskim prawem zamówień publicznych, i zwykle nie mają wystarczającego doświadczenia w udzielaniu zamówień publicznych oraz rozeznania w realiach funkcjonowania kontrolowanego. W związku z tym ustalenia kontroli Komisji Europejskiej bywają całkowitym zaskoczeniem nie tylko dla samego kontrolowanego, ale także dla polskich organów kontrolnych.

Wielość organów kontrolnych ma też inny, nie mniej szkodliwy aspekt. Pomyślnie przejście jednej kontroli w żaden sposób nie wyklucza negatywnej oceny w innej kontroli.

Oczywiście nie sposób wyłączyć możliwość kontroli przez Najwyższą Izbę Kontroli i Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych. Najwyższa Izba Kontroli jest organem kontroli zewnętrznej, umocowanym wprost w przepisach Konstytucji. Z kolei Prezes UZP jest centralnym organem administracji rządowej właściwym w sprawach zamówień publicznych. Podobnie, niestety nie da się na obecnym etapie ograniczyć kontroli ze strony służb Komisji Europejskiej.

Konieczne jest jednak zharmonizowanie i ujednolicenie kontroli prawidłowości udzielania zamówień publicznych. W istocie chodzi o to, aby zapewnić możliwą jednolitość orzecznictwa organów kontroli i pozwolić zamawiającym na skupienie się na zadaniach, które mają wykonać. Obecna sytuacja doprowadziła do supremacji specjalistów od przeprowadzania procedury udzielania zamówień publicznych nad specjalistami od wykonywania zadań publicznych nałożonych na zamawiającego. Istotniejsze jest poprawne

³¹ Swoje rekomendacje sformułowało również Centralne Biuro Antykorupcyjne: „Rekomendacje postępowania antykorupcyjnych przy stosowaniu procedury udzielania zamówień publicznych”, Warszawa 2010 (http://www.cba.gov.pl/portal/pl/48/480/Rekomendacje_CBA_dot_zamowien_publicznych.html)

³² Ang. *race to the bottom*.

³³ Por. Sprawozdania roczne UZP (www.uzp.gov.pl).

przeprowadzenie procedury niż udzielenie zamówienia spełniającego możliwie najpełniej oczekiwania ich ostatecznych użytkowników, czy to samego zamawiającego, czy mieszkańców, użytkowników dróg, uczniów, itd.

Powyższa diagnoza sytuacji zamawiających jednoznacznie wskazuje na konieczność uporządkowania systemu kontroli przestrzegania Prawa zamówień publicznych. Problemy w systemie zamówień publicznych są tak nabrzmiałe, że nie warto już sięgać po półśrodki i należy podjąć próbę skonstruowania nowego, przejrzystego systemu. Należy bowiem wyjść z założenia, że mnogość kontroli nie jest skutecznym sposobem eliminacji nieprawidłowości, ale niewątpliwie prowadzi do patologizacji systemu i nadmiernego formalistycznego podejścia zamawiających.

Nowy system kontroli zamówień publicznych powinien zrealizować następujące trzy postulaty:

1. kontrole powinny być skupione przede wszystkim w rękach dwóch organów
 - Najwyższej Izby Kontroli, przy czym kontrola NIK powinna zawsze dotyczyć wszystkich aspektów procedury,
 - Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, przy czym Prezes powstrzymać się od przeprowadzenia kontroli, gdy dane postępowanie było już przedmiotem kontroli NIK.
 2. kontrola wewnętrzna w strukturze zamawiającego powinna być przeprowadzana wyłącznie w ramach kontroli kompleksowych obejmujących wykonywanie zadań jednostki (nie powinno być kontroli problemowych dotyczących tylko prawidłowości udzielania zamówień publicznych).
- Jednocześnie, organy zwierzchnie i organy nadzoru należące do administracji rządowej powinny móc zlecać kontrole UZP (co oczywiście oznacza konieczność wzmocnienia UZP pod względem finansowym). Docelowo, taka sama zasada powinna obowiązywać w jednostkach samorządu terytorialnego.
3. uporządkowanie systemu kontroli przestrzegania prawa zamówień publicznych bezwzględnie wymaga odebrania prawa do kontroli:
 - regionalnym izbom obrachunkowym - całkowicie. Regionalne Izby Obrachunkowe powinny skupić swoją uwagę na kwestiach finansowych. Tymczasem, udzielanie zamówień publicznych to specyficzna forma wykonywania zadań publicznych;
 - komisjom orzekającym w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych³⁴. Naruszenia przepisów o zamówieniach publicznych nie powinny być czynem naruszającym dyscyplinę finansów publicznych. Naruszenia prawa

³⁴ Art. 17 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. 2005, 14, poz. 114).

zamówień publicznych powinny być traktowane jako naruszenie skutkujące karami dyscyplinarnymi właściwymi dla danej pragmatyki urzędniczej lub wprost na podstawie Kodeksu pracy. W przypadku osób, do których nie stosuje się przepisów dyscyplinarnych i Kodeksu pracy, należy wypracować mechanizm sankcji i zakazów wykonywania zadań na zlecenie zamawiających;

- Ministerstwu Rozwoju Regionalnego i instytucjom zarządzającym, poza naruszeniami grożącymi unieważnieniem umowy.³⁵ Uwaga tych instytucji powinna być skupiona na sprawach celowości, wykonalności i zgodności projektów ze strategiami i innymi dokumentami rządowymi, a także na sprawach czysto finansowych i księgowych³⁶. Jeżeli zajdzie taka potrzeba, to do takiego ułożenia kompetencji w systemie wydatkowania środków unijnych należy przekonać Komisję Europejską;
- innym organom i służbom - całkowicie odebrać. Inne instytucje powinny zlecać lub wnioskować o kontrole do NIK lub Prezesa UZP.

Zupełnie odrębnym, wykraczającym poza niniejsze opracowanie, problem jest zaangażowanie w system zamówień publicznych organów ścigania: Policji, CBA i prokuratury. Te organy kontrolują postępowania przy okazji postępowań karnych. Dlatego w stosunku do nich nie zostaną sformułowane żadne postulaty,

Wnioski.

Zarysowane powyżej propozycje zmian w szeroko rozumianym systemie zamówień publicznych wynikają z obserwacji praktyki i diagnozy stanu obecnego. Należy zakończyć etap częstych nowelizacji ram prawnych. Niestabilność prawa zamówień publicznych i wprowadzanie zmian podyktowanych doraźnymi potrzebami doprowadziło do wielu zjawisk patologicznych. Koszty nieefektywności systemu zamówień publicznych obciążają wszystkich interesariuszy, w szczególności skutkują obniżeniem jakości usług publicznych i administracji.

Sformułowanie założeń systemowych daje nadzieje na większą stabilność prawa i praktyki na rynku. Klarownie sformułowane założenia systemu zamówień publicznych, których wyjściowe propozycje są sformułowane w niniejszym opracowaniu, pozwolą na ocenę, czy przyszłe rozwiązania są celowe i powinny być wdrażane.

³⁵ Art. 146 ustawy - Prawo zamówień publicznych. Te naruszenia są najpoważniejsze i są wskazane wprost przez prawo unijne.

³⁶ Być może te dziedziny też wymagają uporządkowania.