

Rozdział I. Zagadnienia ogólne

§ 1. Uwagi wprowadzające

Na tle zakresu przedmiotowego niniejszej monografii dwa pojęcia są absolutnie kluczowe. Po pierwsze, „kontrola”, a ponadto „zamówienia publiczne”, skoro to one mają być przedmiotem owej kontroli. Jednocześnie terminy te wykazują ścisły związek. Dzieje się tak dlatego, że zamówienia publiczne to obszar styku elementu publicznego – jakim jest wydatkowanie środków budżetowych – z elementem prywatnym¹ i stąd powinny być przedmiotem uważnej, racjonalnej i systematycznej kontroli². W rezultacie z funkcjonowaniem systemu zamówień publicznych nieodłącznie wiąże się kontrola działań podmiotów uczestniczących w tym procesie. Podstawową rolą, jaką pełnią instytucje kontrolne, jest zapewnienie przestrzegania przepisów prawa oraz prawidłowego gospodarowania środkami finansowymi. Generalnie sprawny system kontroli wpływa na zwiększenie efektywności zamówień publicznych, m.in. przez identyfikację i eliminację w przyszłości nieprawidłowości w prowadzeniu postępowania i udzieleniu zamówienia publicznego, w tym także celowości udzielenia zamówienia³. Natomiast kontrole prowadzone w sposób nieracjonalny i nierzetelny, są czynnikiem zmniejszającym efektywność systemu zamówień publicznych⁴. Konieczne jest więc zbalansowanie, wyważenie kontroli, baczenie na jej proporcjonalność i urzeczywistnianie atrybutów jej prawidłowości.

¹ Zob.: *K. Horubski*, Publiczno- i prywatnoprawne elementy zamówień publicznych, PiP 2009, Nr 7, s. 72–84.

² *P. Szustakiewicz*, Czy istnieje system kontroli zamówień publicznych, w: *T. Kocowski, J. Sadowy* (red.), Kontrola zamówień publicznych. VI Konferencja naukowa 17–18 czerwca 2013 r., Wrocław, Wrocław–Warszawa 2013, s. 39.

³ Koncepcja NPZP, s. 92.

⁴ *P. Nowicki*, Kontrola zamówień publicznych udzielanych w ramach projektów współfinansowanych ze środków Unii Europejskiej, w: *T. Kocowski, J. Sadowy* (red.), Kontrola zamówień publicznych. VI Konferencja naukowa 17–18 czerwca 2013 r., Wrocław, Wrocław–Warszawa 2013, s. 398.

Wskazać należy zatem na możliwość do wyróżnienia efektywność udzielania zamówień publicznych (i tutaj komponentem realizacji tegoż jest kontrola), ale także i efektywność samej kontroli. Efektywność kontroli w zamówieniach publicznych przełoży się przecież w rezultacie na efektywność zamówień publicznych. To oznacza, że wyniki postępowania kontrolnego służą, jako sprawne narzędzie, nie tylko do oceny rzeczywistości, ale także do jej pożądaney korekty. Na podstawie wyników kontroli można podjąć działania, które zmierzają do zmiany zastanego stanu rzeczy we właściwy sposób⁵. A zatem wstępnie odpowiedzieć należy na pytanie, jaką kontrolę określić będzie można mianem efektywnej. *D. Wacinkiewicz* wskazuje, że będzie to, po pierwsze, kontrola, która wykonuje wszystkie wskazane zadania i realizuje założone cele (co akcentuje techniczny aspekt realizacji funkcji kontroli). Po drugie, mianem efektywnej, określić będzie można kontrolę, której skutkiem będzie wyeliminowanie dysfunkcji w działaniach podmiotu kontrolowanego (a to w znacznej części uzależnione jest od wykorzystania wyników kontroli zwłaszcza przez organy nadzoru)⁶. Kontrola nie posiada bowiem komponentu władczego, gdyż wysunięte przez organ kontrolujący wnioski stanowią płaszczyznę do podjęcia działania korygującego, jednakże działanie to leży już poza zasięgiem wpływu kontrolującego⁷. Dopiero nadzór (jako zakresowo szerszy) charakteryzuje możliwość skutecznego kształtowania działalności podmiotów nadzorowanych przy użyciu środków prawnie określonych. A zatem – jak wskazuje *B. Dolnicki* – w sensie kategorii ontologiczno-prawnych pojęcia „kontrola” i „nadzór” są pojęciami rozłącznymi. Czynności kontrolne są czynnościami faktycznymi, niewywołującymi bezpośrednio skutków prawnych. Poprzez przeprowadzenie kontroli nie dochodzi jeszcze do ingerencji. Co więcej, nie wiadomo czy (w przypadku oceny pozytywnej po kontroli) środki nadzorcze w ogóle będą stosowane⁸. Natomiast pojęcie nadzoru używane jest do określenia sytuacji, kiedy organ nadzorczy jest wyposażony w środki oddziaływania na podmioty nadzorowane (bez wyręczania ich w działalności). Uprawnienia nadzorcze dają tym samym prawo do kontroli wraz z możliwością wiążącego wpływania na podmioty nadzorowane⁹. Jednocześnie samo zestawienie pojęć „kon-

⁵ *P. Szustakiewicz*, Kontrola zamówień publicznych. Zagadnienia praktyczne, Warszawa 2011, s. 3.

⁶ Por.: *D. Wacinkiewicz*, Kontrola i nadzór w prawie komunalnym, Warszawa 2007, s. 156.

⁷ *B. Dolnicki*, Nadzór nad samorządem terytorialnym, Katowice 1993, s. 58.

⁸ Tamże, s. 58–59.

⁹ Możliwość władczego oddziaływania przez organ nadzorujący na podmioty nadzorowane uwarunkowana jest przyznaniem stosownych uprawnień (środków nadzoru) – przez przepisy

trola” i „nadzór” jest niewystarczające dla uchwycenia całej złożonej architektury relacji możliwych do wskazania w analizowanym obszarze. Organ nadzorujący musi być wyposażony w uprawnienia do kontroli, a niekiedy również i uprawnienia koordynacyjne. Z tego powodu przywołać należy takie terminy, jak „koordynacja” – oznaczająca określenie uprawnień wykonywanych przez organ w stosunku do podmiotów, które nie są mu organizacyjnie i służbowo podporządkowane¹⁰ i „kierownictwo”, które z organizacyjnego punktu widzenia obejmuje nadzór, kontrolę i koordynację działań jednostek kierowanych¹¹. Wszystkie powyższe terminy (kontrola, nadzór, jak i koordynacja i kierownictwo) zaczerpnięte są z terminologii nauk o organizacji i zarządzaniu. Powyższe pojęcia są podstawowymi, które mogą występować samodzielnie, ale ustawodawca czasem łączy je, by w ten sposób zapewnić jeszcze większą skuteczność w działaniach organów, do których się odnoszą¹².

Jeśli chodzi o **kontrolę** – jest to pojęcie używane do określenia funkcji organu polegającej wyłącznie na sprawdzaniu działalności innych jednostek, bez stałych możliwości wpływania na działalność jednostek kontrolowanych (poprzez wydawanie im nakazów, poleceń)¹³.

W warstwie językowej, poszukując etymologii słowa kontrola, sięgnąć należy zarówno do tradycji brytyjskiej, jak i francuskiej, gdyż w języku polskim lingwistycznie słowo „kontrola” odzwierciedla obie te tradycje¹⁴. Określenie „kontrola” nawiązuje do francuskiego słowa *la contrôle*, gdzie urzędnik przy przyjmowaniu podatku sporządzał dokument w dwóch jednobrzmiących kolumnach, a następnie przerywał go na dwie części. Jedną – najczęściej zwijaną, *le rôle* – wręczał podatnikowi na dowód, że ten spełnił swój obowiązek. Natomiast na Wyspach Brytyjskich postawiono znak równości pomiędzy kontrolowaniem a wykonywaniem władzy publicznej. Jak wskazuje *J. Filipek*, słownictwo polskie nawiązuje do znaczenia brytyjskiego (z reguły w środkach przekazu), natomiast w zakresie nauki prawa administracyjnego nawiązuje się do znaczenia ukształtowanego we Francji, zmierzając do ustalenia zgodności pew-

prawa. Por.: *M. Wierzbowski, A. Wiktorowska, Nadzór, kontrola, koordynacja, kierownictwo*, w: *M. Wierzbowski* (red.), *Prawo administracyjne* Warszawa 2017, s. 81–82.

¹⁰ Organ koordynujący ma możliwość oddziaływania na podmioty koordynowane przy użyciu legalnych środków w celu zharmonizowania działalności tych jednostek. *A. Wiktorowska*, w: *M. Wierzbowski* (red.), *Prawo administracyjne*, Warszawa 2015, s. 80.

¹¹ *M. Wierzbowski, A. Wiktorowska, Nadzór, kontrola, koordynacja, kierownictwo*, s. 83.

¹² Por.: *M. Kisala, Układy kompetencyjne w samorządzie terytorialnym*, Lublin 2018, s. 378.

¹³ *M. Wierzbowski, A. Wiktorowska, Nadzór, kontrola, koordynacja, kierownictwo*, s. 81.

¹⁴ Por.: *J. Jagielski, Kontrola administracji publicznej*, Warszawa 2018, s. 18.

nego stanu rzeczy, faktycznych zaszczości albo zachowań ludzkich z założonymi wymaganiami; dążąc do odpowiedzi na pytanie jak kształtuje się w badanym zakresie zgodność tego, co jest z powinnościami prawnymi, postulatami nauki, wiedzy technicznej lub doświadczeniami, normami użyteczności lub wymaganiami dobrego administrowania¹⁵, czy też jak to ujęlibyśmy bardziej aktualnie – *good governance*.

§ 2. Pojęcie zamówień publicznych, procedury ich udzielania i zasady ich wykonywania

Na gruncie dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z 26.2.2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE, zamówienia publiczne oznaczają umowy o charakterze odpłatnym zawierane na piśmie, pomiędzy co najmniej jednym wykonawcą a co najmniej jedną instytucją zamawiającą, których przedmiotem jest wykonanie robót budowlanych, dostawa produktów lub świadczenie usług¹⁶.

Natomiast zamówienia publiczne na roboty budowlane to zamówienia, których przedmiotem jest jedno z następujących działań:

- 1) wykonanie albo zarówno zaprojektowanie, jak i wykonanie robót budowlanych związanych z jednym z rodzajów działalności określonych w załączniku II dyrektywy 2014/24;
- 2) wykonanie albo zarówno zaprojektowanie, jak i wykonanie obiektu budowlanego;
- 3) realizacja, za pomocą dowolnych środków, obiektu budowlanego odpowiadającego wymogom określonym przez instytucję zamawiającą mającą decydujący wpływ na rodzaj lub projekt obiektu¹⁷.

Dodatkowo zdefiniowane zostały także zamówienia publiczne na dostawy, jako zamówienia publiczne, których przedmiotem jest zakup, dzierżawa, najem lub leasing, z opcją lub bez opcji zakupu produktów. Zamówienie publiczne na dostawy może obejmować także rozmieszczenie i instalację¹⁸. Natomiast zamówienia publiczne na usługi oznaczają zamówienia publiczne, któ-

¹⁵ Szerzej: J. Filipek, Prawo administracyjne. Instytucje ogólne, cz. II, Kraków 2001, s. 215–216 i przywołana tam literatura.

¹⁶ Dz.Urz. UE L 94, s. 65 ze zm.; art. 2 ust. 1 pkt 5.

¹⁷ Art. 2 ust. 5 pkt 6 dyrektywy 2014/24/UE.

¹⁸ Art. 2 ust. 5 pkt 8 dyrektywy 2014/24/UE.

rych przedmiotem jest świadczenie usług innych niż wskazane w definicji zamówień publicznych na roboty budowlane¹⁹.

Natomiast na poziomie krajowym, według definicji zawartej w PZP, przez zamówienie publiczne należy rozumieć umowę odpłatną zawieraną między zamawiającym a wykonawcą, której przedmiotem jest nabycie przez zamawiającego od wybranego wykonawcy robót budowlanych, dostaw lub usług²⁰. Jak łatwo zauważyć, zamówienie to taka umowa, na mocy, której zamawiający zapewnia sobie niezbędne świadczenie (dostawę, usługę, robotę budowlaną) na cele publiczne, natomiast wykonawca otrzymuje zapłatę (która nie musi być w pieniądzu). W rezultacie wyróżnia się trzy kategorie zamówień: na dostawy, usługi i roboty budowlane. Mówiąc o dostawach należy przez nie rozumieć nabywanie produktów, którymi są rzeczy ruchome, energia, woda oraz prawa majątkowe, jeżeli mogą być przedmiotem obrotu, w szczególności na podstawie umowy sprzedaży, dostawy, najmu, dzierżawy oraz leasingu z opcją lub bez opcji zakupu, które może obejmować dodatkowo rozmieszczenie lub instalację²¹. W przypadku robót budowlanych, należy przez nie rozumieć wykonanie albo zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych, określonych w stosownych załącznikach do dyrektyw 2014/24/UE i 2014/25/UE oraz do rozporządzenia (WE) Nr 2195/2002 Parlamentu Europejskiego i Rady z 5.11.2002 r. w sprawie Wspólnego Słownika Zamówień (CPV)²² lub obiektu budowlanego, a także realizację obiektu budowlanego za pomocą dowolnych środków, zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego²³. Natomiast w odniesieniu do usług, przyjęto w PZP definicję negatywną, skoro pod tym pojęciem należy rozumieć wszelkie świadczenia, które nie są robotami budowlanymi lub dostawami²⁴. Tym samym kategoria usług jest dopełniająca względem pozostałych. Warto zauważyć, że najłagodniejsze wymagania proceduralne istnieją przy dostawach, bardziej wymagające odnoszą się do usług, zaś najbardziej rozbudowane mają miejsce w odniesieniu do robót budowlanych.

Jednocześnie można ujmować zamówienia publiczne jako procedurę według, której podmioty zobowiązane do stosowania PrZamPubl (a od 1.1.2021 r. – PZP), w zakresie zamówień publicznych zmierzają do zawarcia umowy cywilnoprawnej, dotyczącej nabycia towarów lub usług. Czynności te są praw-

¹⁹ Art. 2 ust. 5 pkt 9 dyrektywy 2014/24/UE.

²⁰ Art. 7 pkt 32 PZP.

²¹ Art. 7 pkt 4 PZP.

²² Dz.Urz. WE L 340 z 16.12.2002, s. 1 ze zm.

²³ Art. 7 pkt 21 PZP.

²⁴ Art. 7 pkt 28 PZP.

nie dokładnie określone i nie mogą być dowolne (chyba, że zezwala na to sam ustawodawca). Celem tych czynności jest zawarcie umowy cywilnoprawnej, dzięki której zamawiający (osoba fizyczna, osoba prawna albo jednostka organizacyjna nieposiadająca osobowości prawnej, obowiązana do stosowania PrZamPubl/PZP) nabywa towary i usługi²⁵.

Należy doprecyzować także krąg podmiotów uznawanych za zamawiających.

Zgodnie z PZP należą tutaj:

1. Zamawiający publiczni, którymi są:
 - 1) jednostki sektora finansów publicznych²⁶;
 - 2) inne (niż określone w pkt 1) państwowe jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej (np. Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe);
 - 3) inne (niż określone w pkt 1) osoby prawne, utworzone w szczególnym celu zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym niemających charakteru przemysłowego ani handlowego, jeżeli podmioty, o których mowa tym pkt oraz w pkt 1 i 2, pojedynczo lub wspólnie, bezpośrednio lub pośrednio przez inny podmiot:
 - a) finansują je w ponad 50% lub
 - b) posiadają ponad połowę udziałów albo akcji lub
 - c) sprawują nadzór nad organem zarządzającym lub
 - d) mają prawo do powoływania ponad połowy składu organu nadzorczego lub zarządzającego;
 - 4) związki podmiotów, o których mowa w pkt 1, 2 lub 3. Pojęcie „związki podmiotów” należy rozumieć, jako organizację o cha-

²⁵ P. Szustakiewicz, Czy istnieje system kontroli zamówień publicznych, s. 40.

²⁶ Zgodnie z art. 9 ustawy z 27.9.2009 r. o finansach publicznych (t.j. Dz.U. z 2019 r. poz. 869 ze zm.), sektor finansów publicznych tworzą: 1) organy władzy publicznej, w tym organy administracji rządowej, organy kontroli państwowej i ochrony prawa oraz sądy i trybunały, 2) jednostki samorządu terytorialnego oraz ich związki, 3) związki metropolitalne, 4) jednostki budżetowe, 5) samorządowe zakłady budżetowe, 6) agencje wykonawcze, 7) instytucje gospodarki budżetowej, 8) państwowe fundusze celowe, 9) Zakład Ubezpieczeń Społecznych i zarządzane przez niego fundusze oraz Kasa Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego i fundusze zarządzane przez Prezesa Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego, 10) Narodowy Fundusz Zdrowia, 11) samodzielne publiczne zakłady opieki zdrowotnej, 12) uczelnie publiczne, 13) Polska Akademia Nauk i tworzone przez nią jednostki organizacyjne, 14) państwowe i samorządowe instytucje kultury, 15) inne państwowe lub samorządowe osoby prawne utworzone na podstawie odrębnych ustaw w celu wykonywania zadań publicznych, z wyłączeniem przedsiębiorstw, instytutów badawczych, instytutów działających w ramach Sieci Badawczej Łukasiewicz, banków oraz spółek prawa handlowego.

rakterze członkowskim charakteryzującą się odrębnością organizacyjną oraz posiadającą osobowość prawną²⁷.

2. Zamawiający sektorowi²⁸.
3. Zamawiający subsydiowani²⁹.

Jak widać, istotną grupą w ramach tak wyznaczonego zakresu są jednostki sektora finansów publicznych, wskazane w ramach art. 9 FinPubU. Ma to następujące zasadnicze konsekwencje. Po pierwsze, zgodnie z zasadami dokonywania wydatków ze środków publicznych, jednostki sektora finansów publicznych zawierają umowy, których przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane, na zasadach określonych PrZamPubl (od 1.1.2021 r. będzie to PZP), o ile odrębne przepisy nie stanowią inaczej³⁰. Po drugie, skoro zgodnie z art. 68 FinPubU, kontrolę zarządczą w jednostkach sektora finansów publicznych stanowi ogół działań podejmowanych dla zapewnienia realizacji celów i zadań w sposób zgodny z prawem, efektywny, oszczędny i terminowy – z uwagi na podmioty zamawiające, również i ich działania w obszarze zamówień publicznych poddane są reżimowi kontroli zarządczej, co rozwinięte zostanie w odrębnym rozdziale niniejszej monografii. Generalnie jednak tak dookreślony krąg zamawiających sprawia, że mamy tu do czynienia z podmiotami odpowiedzialnymi za stan spraw publicznych, posiadającymi uprawnienia o charakterze władczym (które są przecież niezbędne właśnie do wykonywania zadań zaspokajania publicznych potrzeb i interesów), od których wymaga się zarówno działania legalnego, jak i m.in. efektywnego – co oznacza, iż nie mogą się one obyć bez kontroli³¹.

Wprowadzenie do polskiego systemu prawa regulacji z zakresu zamówień publicznych, będących jedną z form prawnych działań administracji publicznej, wskazało na potrzebę poddania tej problematyki kontroli³². W ramach poglądów prezentowanych przez przedstawicieli doktryny, starających się uchwycić problematykę zamówień publicznych poprzez pryzmat prawnych form działania administracji, widoczne jest zróżnicowane podejście do

²⁷ I. Skubiszak-Kalinowska, w: I. Skubiszak-Kalinowska, E. Wiktorowska, Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany, Lex/el. 2019, art. 3.

²⁸ Art. 5 PZP.

²⁹ Art. 6 PZP.

³⁰ Art. 44 ust. 4 FinPubU.

³¹ J. Jagielski, Kontrola administracji, s. 12.

³² H. Nowicki, Sądowa kontrola częścią systemu prawnej kontroli zamówień publicznych, w: T. Kocowski, J. Sadowy (red.), Kontrola zamówień publicznych. VI Konferencja naukowa 17–18 czerwca 2013 r., Wrocław, Wrocław-Warszawa 2013, s. 95.

niniejszych zagadnień. Przyczyn tego stanu rzeczy upatrywać można właśnie w występującym w przypadku zamówień publicznych styku regulacji administracyjnoprawnej z regulacją przynależną do prawa cywilnego. Przykładowo, w podręczniku z 2019 r. pod red. *M. Wierzbowskiego* pt. *Prawo administracyjne, Prawo zamówień publicznych* pojawia się jako jedna z prawnych form działania administracji, poprzez wyeksponowanie publicznoprawnego charakteru niniejszej regulacji³³, ale jednocześnie w ramach czynności cywilnoprawnych, jako prawnej formy działania administracji też pojawia się nawiązanie do *PrZamPubl*³⁴, skoro zawieranie umów na usługi, dostawy lub roboty budowlane z podmiotami zewnętrznymi przez organy administracji publicznej tam właśnie znajduje swoje umocowanie. Jeszcze inaczej do niniejszej kwestii podchodzi *E. Ura*, wskazując jako prawną formę działania administracji partnerstwo publiczno-prywatne, wskazując na możliwość wyboru partnera na podstawie *PrZamPubl*³⁵. W kontekście poruszanych zagadnień zgodzić należy się z *R. Szostakiem*, że kwestie niniejsze rozpatrywać należy z perspektywy niewładczych form działania administracji, gdyż chodzi tutaj o stosunki pomiędzy autonomicznymi i formalnie równorzędnymi stronami³⁶.

W przypadku zamówień publicznych istotnym elementem, który wymaga wyeksponowania, jest cel zawieranych umów, które zawierane są dla realizacji interesu publicznego. Tym samym konstrukcja prawna kontroli powinna zapewniać realizację tak właśnie określonego celu³⁷. Realizacja zadań w tak zarysowanym obszarze wymaga wydatkowania środków publicznych lub wykorzystania mienia publicznego, a to wymusza potrzebę określenia i stosowania reguł, zgodnie z którymi powinno to następować³⁸, w tym i należytą kontrolę niniejszych procesów. To właśnie kontrola (jej możliwe formy) zmierza do szeroko pojętej ochrony interesu społecznego, państwowego, ale i jednost-

³³ *A. Celejewska-Rajchert*, *Prawo zamówień publicznych*, w: *J. Jagielski, M. Wierzbowski* (red.), *Prawo administracyjne*, Warszawa 2019, s. 326–330.

³⁴ *M. Wierzbowski, A. Wiktorowska, J. Róg-Dyrda, M. Grzywacz*, *Czynności cywilnoprawne*, w: *J. Jagielski, M. Wierzbowski* (red.) *Prawo administracyjne*, Warszawa 2019, s. 325.

³⁵ *E. Ura*, *Prawo administracyjne*, Warszawa 2015, s. 134.

³⁶ *R. Szostak*, *Przetarg nieograniczony na zamówienie publiczne. Zagadnienia konstrukcyjne*, Kraków 2005, s. 29.

³⁷ *E. Przeszło*, *System zamówień publicznych*, w: *A. Powalowski, E. Przeszło, H. Wolska*, *Instytucje i instrumenty kontroli w systemie zamówień publicznych*, Warszawa 2018, s. 7–8.

³⁸ *M. Kania*, *Zamówienia publiczne. Partnerstwo publiczno-prywatne. Koncesje na roboty budowlane lub usługi w prawie polskim. Instytucje prawne realizacji przedsięwzięć publicznych*, Warszawa 2014, s. 11.

kowego³⁹. W regulowanym normami prawa publicznego życiu publicznym, prawny byt kontroli jest uzasadniony właśnie interesem publicznym⁴⁰. Ponadto celem regulacji PrZamPubl (należy to odnieść oczywiście i do PZP) jest wyeksponowanie interesu publicznego, jak i eliminowanie sytuacji korupcyjnych⁴¹. Jak zatem uchwycić czym ten interes publiczny jest? Zagadnienie niniejsze od dawna nurtuje przedstawicieli doktryny prawa administracyjnego, z uwagi na fakt, że przez administrację publiczną rozumie się zespół działań, czynności i przedsięwzięć organizatorskich i wykonawczych, prowadzonych właśnie na rzecz realizacji interesu publicznego. W odniesieniu do administracji publicznej pojęcie interesu publicznego (tożsamy z dobrem wspólnym) jest bowiem kluczowe, jako wyznaczające pole dopuszczalnej działalności administracji publicznej⁴² i wyraża się m.in. w skutecznym wykonywaniu zadań publicznych⁴³. Jak zauważają *H. Izdebski* i *M. Kulesza*, to właśnie spór o to, co leży w interesie publicznym, nierzadko dzieli społeczeństwo, różnicuje poglądy polityczne, ale i pozwala odróżniać doktryny i epoki. Pozwala to również na ustalenie funkcji administracji publicznej w danym systemie, będąc „pojęciem-narzędziem”, znajdując wyraz w obowiązującym prawie⁴⁴. Przejawem dbałości o interes publiczny, o jego urzeczywistnienie są również niewątpliwie regulacje PrZamPubl. Przykładowo: zgodnie z art. 8, co do zasady, postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne, a zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie. W ust. 4 niniejszego artykułu, właśnie ze względu na interes publiczny, zamawiający może nie ujawniać określonych ustawowo informacji⁴⁵. Podobnie w art. 92 ust. 3 PrZamPubl, zamawiający może nie ujawniać określonych informacji, jeżeli ich ujawnienie byłoby sprzeczne z ważnym interesem publicznym⁴⁶. Również w ogłosze-

³⁹ *L. Zacharko*, Tradycyjne a współczesne pojęcie kontroli i jej zasięg, w: *A. Ziolkowska, A. Gronkiewicz* (red.), *Administracyjne procedury kontrolne. Wybrane zagadnienia* Warszawa 2016, s. 15.

⁴⁰ *I. Niżnik-Dobosz*, Uwarunkowania cywilizacyjne pojęcia kontroli w prawie administracyjnym, w: *J. Zimmermann, P.J. Suwaj* (red.), *Wpływ przemian cywilizacyjnych na prawo administracyjne i administrację publiczną*, Warszawa 2013, s. 717.

⁴¹ Wyr. SN z 13.1.2004 r. V CK 97/03, OSNC 2005, Nr 2, poz. 34.

⁴² *H. Izdebski, M. Kulesza*, *Administracja publiczna. Zagadnienia ogólne*, Warszawa 1999, s. 79–82.

⁴³ Wyr. NSA w Warszawie z 5.3.2013 r., II OSK 135/13, Legalis.

⁴⁴ *H. Izdebski, M. Kulesza*, *Administracja publiczna*, s. 82.

⁴⁵ Art. 8 PrZamPubl.

⁴⁶ Art. 92 ust. 3 PrZamPubl.

niu o udzieleniu zamówienia, zamawiający może nie ujawniać niektórych informacji, jeżeli ich ujawnienie mogłoby utrudnić stosowanie prawa lub byłoby sprzeczne z interesem publicznym, lub mogłoby naruszyć uzasadnione interesy gospodarcze wykonawców, lub mogłoby zakłócić konkurencję pomiędzy nimi⁴⁷. Ograniczenia w zakresie jawności postępowania uzasadniane są sprzecznością z interesem publicznym⁴⁸. Natomiast w przypadku zamówienia z wolnej ręki, zamawiający może go udzielić, jeżeli spełnione są łącznie następujące warunki: umowa ustanawia lub wdraża współpracę między uczestniczącymi zamawiającymi w celu zapewnienia wykonania usług publicznych, które są oni obowiązani wykonać, z myślą o realizacji ich wspólnych celów, a wdrożeniem tej współpracy kierują jedynie względy związane z interesem publicznym, jak i zamawiający realizujący współpracę wykonują na otwartym rynku mniej niż 10% działalności będącej przedmiotem współpracy⁴⁹. Interes publiczny pojawia się również jako jedna z przesłanek unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia⁵⁰. W razie zaistnienia istotnej zmiany okoliczności powodującej, że wykonanie umowy nie leży w interesie publicznym – czego nie można było przewidzieć w chwili zawarcia umowy – lub dalsze wykonywanie umowy może zagrozić istotnemu interesowi bezpieczeństwa państwa lub bezpieczeństwu publicznemu, zamawiający może odstąpić od umowy w terminie 30 dni od dnia powzięcia wiadomości o tych okolicznościach⁵¹. Do zadań Prezesa UZP należy m.in. przekazywanie Komisji Europejskiej wyroków Krajowej Izby Odwoławczej z roku poprzedniego dotyczących odwołań w sprawie postępowań o udzielenie zamówienia, w których nie orzeczono unieważnienia umowy ze względu na ważny interes publiczny, o którym mowa w art. 192 PrZamPubl, wraz z ich uzasadnieniem⁵². Zgodnie z art. 192 PrZamPubl, KIO uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Jednocześnie uwzględniając odwołanie, Izba może m.in. nałożyć karę finansową albo orzec o skróceniu okresu obowiązywania umowy w przypadku stwierdzenia, że utrzymanie umowy w mocy leży w ważnym interesie publicznym, w szczególności w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa. Ustawodawca doprecyzowuje, że ważnego interesu publicznego nie sta-

⁴⁷ Art. 95 ust. 7 PrZamPubl.

⁴⁸ Art. 131v PrZamPubl.

⁴⁹ Art. 67 PrZamPubl.

⁵⁰ Art. 93 ust. 1 pkt 6 PrZamPubl.

⁵¹ Art. 145 PrZamPubl.

⁵² Art. 154 PrZamPubl.

nowi interes gospodarczy związany bezpośrednio z zamówieniem, obejmujący w szczególności konsekwencje poniesienia kosztów wynikających z opóźnienia w wykonaniu zamówienia, wszczęcia nowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, udzielenia zamówienia innemu wykonawcy oraz zobowiązań prawnych związanych z unieważnieniem umowy. Interes gospodarczy w utrzymaniu ważności umowy może być uznany za ważny interes publiczny wyłącznie w przypadku, gdy unieważnienie umowy spowoduje niewspółmierne konsekwencje⁵³. Interesujący z punktu widzenia analizowanych kwestii jest także art. 183 PrZamPubl, zgodnie z którym w przypadku wniesienia odwołania zamawiający nie może zawrzeć umowy do czasu ogłoszenia przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze. Jednak zamawiający może złożyć do Izby wnioski o uchylenie takiego zakazu i Izba może uchylić tenże zakaz, jeżeli nie zawarcie umowy mogłoby spowodować negatywne skutki dla interesu publicznego, w szczególności w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, przewyższające korzyści związane z koniecznością ochrony wszystkich interesów, w odniesieniu do których zachodzi prawdopodobieństwo doznania uszczerbku w wyniku czynności podjętych przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia⁵⁴. Ponadto interes bezpieczeństwa państwa, o którym mowa np. w art. 4 pkt 5 i 5b, art. 4b ust. 1 pkt 2, art. 4c, art. 89 1 pkt 7d PrZamPubl – też jest przecież przejawem/rodzajem interesu publicznego. Dodatkowo należy mieć na uwadze rozporządzenie RM z 12.2.2013 r. w sprawie trybu postępowania w zakresie oceny występowania podstawowego interesu bezpieczeństwa państwa⁵⁵. Przywołane artykuły mają swoje odpowiedniki w PZP. Warto przytoczyć również dodatkowo art. 405 PZP, dotyczący wykonawców wykluczonych z postępowania o udzielenie zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, gdzie pojawia się możliwość zamawiającego, co do odstąpienia od odrzucenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub oferty wykonawcy, w stosunku do którego zachodzą ustawowe podstawy wykluczenia, jeżeli stosowne zastrzeżenie zostało przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu i jest to uzasadnione interesem ogólnym. Należy przyjąć, że sformułowanie „interes ogólny” jest tożsame z pojęciem interesu publicznego⁵⁶. Ponadto warto mieć także na uwadze art. 512 PZP, statujący obowiązki członków KIO w zakresie postępowania

⁵³ Art. 192 PrZamPubl.

⁵⁴ Art. 183 ust. 1–2 PrZamPubl.

⁵⁵ Dz.U. z 2013 r. poz. 233.

⁵⁶ Art. 405 PZP.

odwoławczego, zgodnie z którym członkowie Izby zachowują poufność informacji zawartych w dokumentach przekazanych przez strony i uczestników postępowania odwoławczego oraz przystępujących do postępowania odwoławczego i działają w postępowaniu odwoławczym zgodnie z interesem publicznym, w szczególności w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa⁵⁷.

Interes publiczny można więc postrzegać jako relację między pewnym stanem faktycznym, a jego oceną zawierającą odpowiedź na pytanie, czy ten stan może przynieść jakieś korzyści ogółowi⁵⁸. Pojęcie interesu publicznego jest również silnie uwarunkowane aksjologicznie. *M. Waligórski* stwierdza wręcz, że jest to aksjologiczna podstawa konstrukcji norm prawa administracyjnego⁵⁹. Odnosząc pojęcie interesu publicznego do pojęcia kontroli, należy stwierdzić, że – ujmując niniejszą problematykę szeroko – wszelkie działania podejmowane przez podmioty kontrolujące powinny zmierzać do jak najpełniejszego jego urzeczywistnienia.

Analizując zamówienia publiczne poprzez pryzmat kontroli, należy mieć także na uwadze **zasady na jakich ustawodawca oparł PZP**. Poprawnie wyprofilowana kontrola jest bowiem również nakierowana na zbadanie stopnia natężenia ich realizacji. Poprzez wychycenie ewentualnych uchybień w tym obszarze (a następnie wyeliminowanie ich) możliwe jest zmierzanie do jak najpełniejszego ich urzeczywistnienia. Zasady niniejsze to:

- 1) **zasady przygotowania i przeprowadzania postępowania o udzielenie zamówienia**, czyli: uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, przejrzystości, proporcjonalności⁶⁰;
- 2) **zasady udzielania zamówienia**: jakości (zamawiający udziela zamówienia w sposób zapewniający najlepszą jakość dostaw, usług, oraz robót budowlanych, uzasadnioną charakterem zamówienia, w ramach środków, które zamawiający może przeznaczyć na jego realizację) oraz efektywności (uzyskanie najlepszych efektów zamówienia, w tym efektów społecznych, środowiskowych oraz gospodarczych, o ile którykolwiek z tych efektów jest możliwy do uzyskania w danym zamówieniu, w stosunku do poniesionych nakładów).

Oczywiście na każdym etapie (przygotowania, przeprowadzania, jak i udzielania) istotna jest zasada legalności, stąd zmierzamy do udzielenia za-

⁵⁷ Art. 512 PZP.

⁵⁸ *J. Zimmermann*, Prawo administracyjne, Warszawa 2012, s. 28.

⁵⁹ *M. Waligórski*, Interes publiczny w działalności gospodarczej, w: *D.R. Kijowski, A. Miruć, A. Suławko-Karetko* (red.), Jakość prawa administracyjnego Warszawa 2012, s. 419.

⁶⁰ Art. 16 PZP.

mówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Ponadto należy pamiętać, że czynności związane z przygotowaniem oraz przeprowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia wykonują osoby zapewniające bezstronność i obiektywizm⁶¹. Przywołania wymagają także zasady jawności i pisemności⁶². Istotność zasady pisemności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego podkreśliła m.in. GKO wskazując, że wymóg ten służy zachowaniu zasady jawności postępowania, bez którego właściwe funkcjonowanie pozostałych zasad udzielania zamówień publicznych, a zwłaszcza kontrola ich przestrzegania, nie byłaby możliwa⁶³.

Istotę zamówień publicznych można starać się uchwycić również poprzez przybliżenie regulacji odnoszących się do trybów ich udzielania. Prawo zamówień publicznych z 11.9.2019 r. wprowadza następujący **katalog trybów udzielania zamówień**:

- 1) przetarg nieograniczony,
- 2) przetarg ograniczony,
- 3) negocjacje z ogłoszeniem,
- 4) dialog konkurencyjny,
- 5) partnerstwo innowacyjne,
- 6) negocjacje bez ogłoszenia,
- 7) zamówienia z wolnej ręki.

Zamawiający może udzielić zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego i przetargu ograniczonego, a w pozostałych trybach może udzielić zamówienia w przypadkach określonych w ustawie⁶⁴.

Przetarg nieograniczony to tryb udzielenia zamówienia, w którym w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu, oferty mogą składać wszyscy zainteresowani wykonawcy. Co do zasady, zamawiający zapewnia na stronie internetowej prowadzonego postępowania bezpłatny, pełny, bezpośredni i nieograniczony dostęp do specyfikacji warunków zamówienia, od dnia publikacji ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, nie krócej niż do dnia udzielenia zamówienia. Wykonawca może zwrócić się do zamawiającego z wnioskiem o wyjaśnienie treści SWZ, zaś zamawiający może zwołać zebranie wszystkich wykonawców w celu wyjaśnienia ich treści. W uzasadnionych przypadkach zamawiający może przed upływem terminu składania

⁶¹ Art. 17 PZP.

⁶² Art. 18 i 20 PZP.

⁶³ Orz. GKO z 16.3.2006 r., DF/GKO/Odw.-55/72/2005/487, Lex Nr 1725799.

⁶⁴ Art. 129 PZP.

ofert zmienić treść SWZ. Taką zmianę treści zamawiający udostępnia na stronie internetowej prowadzonego postępowania.

Termin składania ofert nie może być krótszy niż 35 dni od dnia przekazania ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej, choć ustawodawca przewiduje tutaj możliwe, ustawowo wskazane, modyfikacje. Należy również zauważyć, że zamawiający może najpierw dokonać badania i oceny ofert, a następnie dokonać kwalifikacji podmiotowej wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona, w zakresie braku podstaw wykluczenia oraz spełniania warunków udziału w postępowaniu, o ile taka możliwość została przewidziana w SWZ lub w ogłoszeniu o zamówieniu⁶⁵.

Natomiast **przetarg ograniczony** to tryb udzielenia zamówienia, w którym w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu, wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu mogą składać wszyscy zainteresowani wykonawcy, a oferty mogą składać wyłącznie wykonawcy to tego zaproszeni. Również i tutaj zamawiający zapewnia na stronie internetowej prowadzonego postępowania bezpłatny, pełny, bezpośredni i nieograniczony dostęp do SWZ od dnia publikacji ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nie krócej niż do dnia udzielenia zamówienia, jak i stosuje się odpowiednio regulacje odnoszące się do wyjaśnienia i zmiany treści SWZ. Termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu nie może być krótszy niż 30 dni od dnia przekazania ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej. Niemniej, jeżeli zachodzi pilna potrzeba udzielenia zamówienia (należy uzasadniona przez zamawiającego), może on wyznaczyć krótszy termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, jednak nie krótszy niż 15 dni od dnia przekazania ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej. Ustawodawca wprowadził zakaz zapoznania się z treścią wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu przed upływem terminu na ich składanie. Przewidział ponadto ustawowe przesłanki odrzucenia takiego wniosku. O wynikach oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu zamawiający niezwłocznie informuje wykonawców, którzy złożyli takie wnioski, podając w tym zakresie uzasadnienie faktyczne i prawne. Zamawiający może ograniczyć liczbę wykonawców zapraszanych do składania ofert, których wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu nie podlegały odrzuceniu, o ile liczba ta jest wystarczająca, aby zapewnić konkurencję i nie jest mniejsza niż 5. W takim przypadku zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w SWZ kryteria selekcji, które

⁶⁵ Art. 132–139 PZP.

zamierza stosować w celu ograniczenia liczby wykonawców zaproszonych do składania ofert, oraz podaje minimalną liczbę wykonawców, których zaprosi do składania ofert. Zamawiający może także wskazać maksymalną liczbę wykonawców, których zaprosi do składania ofert. Zamawiający zaprasza jednocześnie do składania ofert wykonawców, których wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu nie podlegały odrzuceniu, a w przypadku ustalenia kryteriów selekcji, zaprasza wykonawców, którzy spełniają te kryteria, w liczbie ustalonej przez siebie. Również i tutaj termin składania ofert nie może być krótszy niż 30 dni od dnia przekazania zaproszenia do składania ofert, choć założenia te mogą zostać zmodyfikowane w przypadkach wskazanych przez ustawodawcę⁶⁶.

W przypadku **negocjacji z ogłoszeniem** mamy do czynienia z trybem udzielenia zamówienia, w którym w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu, wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu mogą składać wszyscy zainteresowani wykonawcy. Zamawiający zaprasza wykonawców dopuszczonych do udziału w postępowaniu do składania ofert wstępnych, prowadzi z nimi negocjacje w celu ulepszenia treści ofert wstępnych, ofert składanych na etapie negocjacji, po zakończeniu których zaprasza wykonawców do składania ofert ostatecznych. Jednocześnie zamawiający może udzielić zamówienia na podstawie ofert wstępnych bez negocjacji, o ile wskaże w ogłoszeniu o zamówieniu, że zastrzega sobie taką możliwość. Ustawodawca wskazuje, w jakich przypadkach zamawiający może udzielić zamówienia w trybie negocjacji z ogłoszeniem. W celu ustalenia przez wykonawców charakteru i zakresu zamówienia oraz wymagań formalnych i proceduralnych dotyczących postępowania o udzielenie zamówienia, zamawiający sporządza opis potrzeb i wymagań. Przy wyjaśnieniu i zmianie OPW, odpowiednio stosuje się przepisy dotyczące wyjaśnienia i zmiany przy SWZ. Zamawiający może ograniczyć liczbę wykonawców zapraszanych do składania ofert wstępnych, których wnioski nie podlegały odrzuceniu, o ile liczba ta jest wystarczająca, aby zapewnić konkurencję i nie jest mniejsza niż 3. W takim przypadku zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w OPW kryteria selekcji, które zamierza stosować w celu ograniczenia liczby wykonawców zaproszonych do składania ofert wstępnych podlegających negocjom, oraz podaje minimalną liczbę wykonawców, których zaprosi do składania ofert wstępnych. Zamawiający może także wskazać maksymalną liczbę wykonawców, których zaprosi do składania ofert wstępnych.

⁶⁶ Art. 140–151 PZP.

Negocjacje ofert nie mogą prowadzić do zmiany minimalnych wymagań oraz kryteriów oceny ofert i ich wag, określonych przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w OPW. Co istotne, zgodnie z obowiązkiem równego traktowania wykonawców podczas negocjacji ofert, zamawiający zapewnia równe traktowanie wszystkich wykonawców. Owo równe traktowanie związane jest z przepływem informacji (komunikacją zewnętrzną), gdyż zamawiający nie udziela informacji w sposób, który mógłby zapewnić niektórym wykonawcom przewagę nad innymi wykonawcami. Treść oferty wstępnej, ofert składanych w trakcie negocjacji oraz prowadzone negocjacje mają charakter poufny. Dlatego żadna ze stron nie może bez zgody drugiej strony ujawnić informacji technicznych i handlowych związanych z negocjacjami. Zgoda jest udzielana w odniesieniu do konkretnych informacji i przed ich ujawnieniem. W przypadku, gdy zamawiający zamierza zakończyć negocjacje, informuje o tym równocześnie wszystkich pozostałych w postępowaniu wykonawców oraz wyznacza termin na złożenie ofert ostatecznych. Po zakończeniu negocjacji zamawiający sporządza SWZ, która stanowi doprecyzowanie oraz uzupełnienie informacji zawartych w OPW; wyłącznie w zakresie, w jakim było to przedmiotem negocjacji. Na gruncie niniejszych regulacji widoczne jest znaczenie, jakie ustawodawca przypisuje prawidłowo przebiegającej komunikacji zewnętrznej (patrz szerzej: standardy kontroli zarządczej w rozdz. II). Wreszcie, zamawiający zaprasza do składania ofert ostatecznych wszystkich pozostałych w postępowaniu wykonawców⁶⁷.

Dialog konkurencyjny to tryb udzielenia zamówienia, w którym w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu mogą składać wszyscy zainteresowani wykonawcy. Zamawiający prowadzi dialog z zaproszonymi do udziału wykonawcami w zakresie zaproponowanych przez nich rozwiązań, po zakończeniu którego zaprasza ich do składania ofert. Zamawiający może udzielić zamówienia w trybie dialogu konkurencyjnego, jeżeli zachodzą ustawowo wskazane przesłanki. W celu ustalenia przez wykonawców potrzeb zamawiającego dotyczących charakteru i zakresu zamówienia oraz wymagań formalnych i proceduralnych prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający sporządza OPW. Do wyjaśnień, zmiany treści OPW w zakresie niezbędnym do złożenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu odpowiednio stosuje się przepisy odnoszone do SWZ. Zamawiający może ograniczyć liczbę wykonawców zapraszanych do dialogu, których wnioski nie podlegały odrzuceniu, o ile liczba ta

⁶⁷ Art. 152–168 PZP.