



**Ewa Przeszło**

*Uniwersytet Śląski*

## KONTROLA W SFERZE UMÓW ODPLATNYCH W SPRAWIE ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH JAKO INSTRUMENT OCHRONY KONKURENCJI

### 1. Zamówienia publiczne jako umowy odpłatne

Zamówienia publiczne stanowią obecnie ważny instrument polityki państwa w sferze wydatkowania środków publicznych. Pojęcie normatywne zamówień publicznych, stanowiące odzwierciedlenie rozwiązań przyjętych w Unii Europejskiej, zawiera art. 2 pkt 13 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych [dalej: p.z.p]<sup>1</sup>, zgodnie z którym zamówienia to „umowy odpłatne zawierane między zamawiającym a wykonawcą, których przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane”. Zawarta umowa jest pozakodeksowym (k.c.) typem umowy nazwanej<sup>2</sup>. Umowa dochodzi do zawarcia z wykonawcą, który złożył najkorzystniejszą ofertę w ramach procedur udzielania zamówień na zasadach i w terminie przewidzianym w ustawie<sup>3</sup>.

Z punktu widzenia cywilistyki mamy tu do czynienia z umową dwustronnie zobowiązującą, w której jeden z podmiotów (dłużnik) jest zobowiązany do spełnienia świadczenia, a drugi podmiot (wierzyciel) do otrzymania świadczenia. Jak wynika z prawodawstwa unijnego orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, przedmiotem umowy jest ekwiwalentna wymiana świadczenia pieniężnego zamawiającego za realizację zamówienia przez wykonawcę. Zarówno zamawiający jak i wykonawca uzyskują określone przysporzenie, którego brak powoduje, że nie można wskazywać na obowiązek stosowania przepisów dotyczących prawa zamówień publicznych. Tak więc, cechą umowy jest jej charakter odpłatny<sup>4</sup>, co pozwala uznać taką umowę za umowę w sprawie zamówień

<sup>1</sup> Tekst jedn. Dz. z 2015 r., poz. 264.

<sup>2</sup> Zob. P. Granecki, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2009, s. 28 i przedstawione wątpliwości dotyczące umowy przedwstępnej na gruncie zamówień publicznych.

<sup>3</sup> Zob. też: E. Przeszło, R. Blicharz, *Zawarcie umowy w trybie przetargowym*, „Edukacja Prawnicza” 2004, nr 1, s. 27–30.

<sup>4</sup> Zob. wyrok TSUE z dnia 12 lipca 2001 r. w sprawie C-399/98 *Ordine degli Architetti della Provincia di*

publicznych, nawet gdyby umowa była zawarta na rzecz osoby trzeciej. Korzyść majątkową otrzymuje zarówno zamawiający, jak i wykonawca poprzez zapłatę w innej postaci, której wartość może zostać przedstawiona w pieniądzu<sup>5</sup>.

Ocena charakteru odpłatnego umowy powinna być dokonywana zgodnie z art. 139 ust. 1 p.z.p. („Do umów w sprawach zamówień publicznych, zwanych dalej „umowami”, stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej”), tj. z zachowaniem reguł właściwych dla umów prawa cywilnego<sup>6</sup>.

Umowa w sprawie zamówień publicznych ma charakter umowy adhezyjnej, a stosunki prawne stron nie charakteryzują się równością i pełną zasadą swobody zawierania umów<sup>7</sup>. Są to więc umowy zawierane na warunkach określonych przez zamawiającego, co wynika z uprawnień ustawowych i faktu działania zamawiającego w interesie publicznym<sup>8</sup>. Zgodnie ze stanowiskiem Krajowej Izby Odwoławczej (KIO), umowy w sprawie zamówienia publicznego mają szczególny charakter, a pewna nierówność stron wiąże się z faktem, że zamawiający jest stroną, która dysponuje środkami publicznymi, działa w interesie publicznym i na rzecz szerszej zbiorowości<sup>9</sup>.

Zagadnienia dotyczące powyższych umów stanowią przedmiot wielu problemów, zarówno dogmatycznych jak i praktycznych, będąc tym samym źródłem ciągłych sporów i nieporozumień.

Już sama definicja rodzi wiele sporów zarówno co do charakteru zamówień, jak i ich miejsca w systemie prawa polskiego. Od początku funkcjonowania prawodawstwa w gospodarce wolnorynkowej pojawił się problem związany z przynależnością zamówień do określonej dziedziny prawa. Spór ten, jak się wydaje, jest wynikiem zawartych w ustawie norm zarówno o charakterze ustrojowym, materialnym i proceduralnym, a ponadto przepisów podlegających zarówno reżimowi prawa cywilnego jak i publicznego. Nie bez znaczenia jest także fakt, że przyjęty w nauce prawa dychotomiczny podział prawa (na prawo prywatne i publiczne) determinuje potrzebę określenia przynależności zamówień publicznych do konkretnej gałęzi prawa. W literaturze w ostatnich latach pojawia się stanowisko, że przepisy przedmiotowej ustawy występują na gruncie dwóch gałęzi

---

*Milano e Lodi i inni v. Comune di Milano*, ECR 2001, s. I-5409, pkt 77, wyrok KIO z dnia 26 lipca 2011 r., sygn. akt KIO 1470/11, LEX nr 896134.

<sup>5</sup> A. Bazan, J.E. Nowicki, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, System Informacji Prawnej LEX Omega, dostępny na stronie internetowej.

<sup>6</sup> Zob. wyrok KIO z dnia 8 grudnia 2011 r. sygn. akt KIO 2542/11, LEX nr 1099254.

<sup>7</sup> Zob. wyrok KIO z dnia 20 czerwca 2012 r. sygn. akt KIO 1183/12, LEX nr 1211620; wyrok KIO z dnia 20 czerwca 2012 r. sygn. akt KIO 1183/12, LEX nr 1211620.

<sup>8</sup> Zob. wyrok KIO z dnia 20 października 2011 r. sygn. akt KIO 2111/11; KIO 2130/11; KIO 2131/11, LEX nr 988182.

<sup>9</sup> Zob. wyrok KIO z dnia 16 września 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 1905/10; KIO/UZP 1921/10, LEX nr 686946.

prawa, tj. prawa cywilnego i prawa administracyjnego<sup>10</sup>, oraz argumenty jakoby miejsce prawa zamówień publicznych było wśród norm prawa publicznego<sup>11</sup>.

Uwzględniając poglądy doktryny, stanowcze argumenty przemawiające za jedną z opcji owego podziału, należy przyjąć, że zamówienia publiczne są dziedziną interdyscyplinarną leżącą na „styku” prawa prywatnego i prawa publicznego. Zamówienia publiczne nie oznaczają przynależności zamówień do prawa cywilnego. Ustawa – prawo zamówień publicznych stanowi *lex specialis* w stosunku do kodeksu cywilnego, jednak należy pamiętać o ścisłych związkach m.in. z regulacjami ustawy o finansach publicznych, prawa budowlanego, ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, kodeksu postępowania administracyjnego i innych.

Zamówienia publiczne stanowią niewątpliwie część polityki finansowej i administracyjnej państwa, co także podkreśla ścisły związek zamówień publicznych z prawem publicznym, gdzie wykorzystywanie instrumentów prawnych przez państwo traktowane jest jako forma interwencjonizmu państwa i co wskazuje na umowę w sprawie zamówienia jako formę działania administracji publicznej, realizującą swoje zadania nie tylko przez akty administracyjne<sup>12</sup>.

Zamówienia publiczne, których celem jest ekonomiczny wybór najkorzystniejszej oferty, mogą efektywnie funkcjonować tylko w gospodarce wolnorynkowej, działającej w oparciu o zasadę wolności gospodarczej<sup>13</sup> oraz zasadę równości, które w warunkach konkurencji mogą wyzwać prawidłowe mechanizmy rynkowe.

## 2. Znaczenie i cele ochrony konkurencji

Klasyki ekonomii (A. Smith, J.S. Mill) potraktowali konkurencję jako mechanizm korygujący i porządkujący działania nieskoordynowane poszczególnych podmiotów na rynku ekonomicznym. Wolna konkurencja uważana była za konkurencję doskonałą, jako stan idealny, którego zaprzeczeniem miał być monopol, traktowany jako przejaw niedoskonałości. Konkurencja opierać się miała na roz-

<sup>10</sup> Zob. A. Panasiuk, A. Mikołajczyk, T. Siedlecki, *Prawo zamówień publicznych z komentarzem*, Bydgoszcz – Warszawa 2004, s. 12.; E. Norek, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2005, s. 9–10.

<sup>11</sup> S. Fundowicz, *Miejsce prawa o zamówieniach publicznych w prawie administracyjnym*, [w:] *XV-lecie systemu zamówień publicznych w Polsce. Ogólnopolska konferencja naukowa 22–23 czerwca 2009 w Toruniu*, red. H. Nowicki, J. Sadowy, s. 36; K. Horubski, *Publiczno- i prywatnoprawne elementy zamówień publicznych*, „Państwo i Prawo” 2009, nr 7, s. 83–84.

<sup>12</sup> H. Nowicki, *Prawo zamówień publicznych – pojęcie i zakres regulacji*, [w:] *XV-lecie systemu zamówień publicznych. Ogólnopolska konferencja naukowa 22–23 czerwca 2009 r. w Toruniu*, red. H. Nowicki, J. Sadowy, Toruń–Warszawa 2009, s. 91 – 92

<sup>13</sup> C. Kosikowski, *Publiczne prawo gospodarcze Polski i Unii Europejskiej*, Warszawa 2010, s. 60–72; K. Strzyczkowski, *Prawo gospodarcze publiczne*, Warszawa 2011 r., s. 98–108; C. Banasiński, [w:] *Prawo gospodarcze. Zagadnienia administracyjnoprawne*, red. H. Gronkiewicz-Waltz, M. Wierzbowski, Warszawa 2015 r., s. 64–71.

proszeniu popytu i podaży, jednorodności dóbr stanowiących przedmiot transakcji<sup>14</sup>.

Powyższe określenie konkurencji, jak i inne przymioty, które wyróżniano na przestrzeni lat w nauce ekonomii, nadal pozostają aktualne. Obecnie jednak postrzega się konkurencję biorąc pod uwagę pełnione przez nią funkcje, a mianowicie: sterowniczą, sprowadzającą się do sterowania podziałem oraz przepływem towarów, dostosowawczą, co oznacza dostosowywanie produktów i zdolności wytwórczych do zmieniającej się struktury popytu, alokacyjną, polegającą na sprzyjaniu optymalizacji alokacji zasobów, regulacyjną, rozumianą jako podział dochodów między uczestnikami rynku według kryterium wydajności oraz funkcję innowacyjną, ujmującą konkurencję jako czynnik przyspieszający proces wprowadzania oraz upowszechniania innowacji<sup>15</sup>.

Konkurencja jest wolna, gdy każdy przedsiębiorca ma możliwość zawierania transakcji handlowych z partnerami rynkowymi. Wolność konkurencji w obrocie gospodarczym ma przy tym dwa aspekty: po pierwsze, każdy przedsiębiorca – jako nowy kontrahent – musi być w stanie wejść na konkretny rynek, który jest otwarty dla potencjalnych sprzedających lub kupujących, po drugie, każdy uczestnik rynku musi mieć prawo do swobodnego podejmowania decyzji, które może wprowadzić w życie. Poza tym, wolność działania w obrocie gospodarczym zawiera także prawo do nie czynienia użytku z owej wolności. Nie ma więc przymusu działalności gospodarczej i udziału w konkurencji.

Za właściwe wydaje się ustalenie, że wolność konkurowania wiąże się nadto z wolnością (swobodą) umów. Swoboda umowy zakłada istnienie konkurencji, z drugiej zaś strony efektem konkurencji jest dążenie do zawierania umów z dowolnie (swobodnie) wybranymi partnerami (konkurentami). Rolą prawa powinna zatem być zarówno dbałość o dostateczną stabilność konkurencji, jak i o system umów. W ramach takiej zależności może jednak niejednokrotnie dochodzić do ograniczenia swobody kontraktowania np. przez przepisy prawa antymonopolowego, których celem jest ochrona interesu publicznego. Ograniczenie swobody umów pozwala wówczas w szczególności na zachowanie równowagi na rynku i równorzędności podmiotów działalności gospodarczej. Takie ograniczenie kontraktowania może także być środkiem zapobiegającym powstawaniu monopoli, a tym samym sprzyjającym wolnej (swobodnej) konkurencji. Tym samym konkurencja pozwala na funkcjonowanie wolnego rynku, na którym jest realizowana swoboda umów, przy czym również swoboda kontraktowania lub jej ograniczenia mają wpływ na stan konkurencji<sup>16</sup>.

<sup>14</sup> Zob. E. Gelhorn, *Antitrust law and economics*, St. Paul, Minn 1981, s. 51–57; C. Kosikowski, T. Ławicki, *Ochrona prawna konkurencji i zwalczanie praktyk monopolistycznych*, Warszawa 1994, s. 12–19; W. Wilczyński, *Podstawowe kierunki współczesnej teorii konkurencji*, Poznań 1960, s. 17–18; W. Szpringer, *Teoria i polityka konkurencji – przegląd zagadnień*, „*Ekonomista*” 1992, nr 4, s. 55.

<sup>15</sup> S. Gronowski, *Ustawa antymonopolowa, Komentarz*, Warszawa 1999, s. 7.

<sup>16</sup> E. Wojtaszek, *Ochrona konkurencji a swoboda kontraktowania w umowach franchisingu*, „*Państwo i Prawo*” 1996, nr 10, s. 27.

Podstawowym celem konkurencji jest osiągnięcie określonych korzyści ekonomicznych występujących w znacznej mierze pod postacią zysku, będącego najbardziej widocznym efektem działalności gospodarczej potwierdzającym swą wielkością (stopą) skuteczność tej działalności. Oprócz zysku celem konkurencji może stać się także osiągnięcie pewnej, obiektywnie lub subiektywnie wysokiej albo szczególnej pozycji przez danego przedsiębiorcę w stosunku do innych przedsiębiorców w ramach gospodarki. Należy zaznaczyć, że uzyskanie sukcesów ekonomicznych nie zawsze i nie w pełni przekłada się na zysk przedsiębiorcy. Chodzić może np. o opanowanie rynku zaopatrzenia w surowce, energię, półprodukty, pozyskanie siły roboczej, nowych technologii, pieniądza w postaci kredytu, dotacji lub subwencji, uzyskanie ulgi lub zwolnienia podatkowego, a także o przekonanie nabywców (w tym konsumentów) o walorach oferowanych towarów lub usług.

### 3. Konkurencja w zamówieniach publicznych

Wolna konkurencja jest logiczną i konieczną konsekwencją wolności gospodarczej, która jest przesłanką i podstawą rywalizacji samodzielnych i niezależnych przedsiębiorców dążących do zawierania umów z nabywcami towarów lub usług<sup>17</sup>. Konkurencja wolna powinna jednak, co wynika z regulacji z zakresu prawa zamówień publicznych, być konkurencją uczciwą oraz zapewniającą równość rywalizujących podmiotów w działalności gospodarczej.

Konkurencja w sferze zamówień publicznych jest zjawiskiem pożądanym i niezbędnym, ponieważ pozwala na dokonywanie zakupów, w ramach których można dokonać wyboru towarów i usług o optymalnej cenie i zarazem jakości. Konkurencja umożliwia realizację celów ustawowych, tj. efektywnego i gospodarnego dysponowania środkami publicznymi oraz zapewnienia dostępu do zamówień wszystkim podmiotom zdolnym do ich wykonania<sup>18</sup>.

Zasada uczciwej konkurencji – wynikająca z art. 7 ust.1 ustawy p.z.p. – wyznacza granice wolnej (swobodnej) konkurencji. Każda konkurencja powinna być uczciwa, przy czym o uczciwości zachowań decyduje ustrój i porządek gospodarczy wprowadzony w Polsce i określające ten ustrój i porządek ustawodawstwo. Jego istotnym w tym zakresie elementem jest ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji<sup>19</sup>, na tle której istotnym problemem jest wyznaczenie linii demarkacyjnej między działaniem uczciwym a nieuczciwym. W kontekście przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji – konkurencja uczciwa to zaprzeczenie konkurencji nieuczciwej, podlegającej zwalczaniu w drodze

<sup>17</sup> R. Skubisz, *Polskie prawo o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (z perspektywy prawa Unii Europejskiej)*, „Państwo i Prawo” 1996, nr 4–5, s. 88.

<sup>18</sup> Zob. na ten temat: W. Dzierżanowski, *Ochrona konkurencji w zamówieniach publicznych*, Warszawa 2012.

<sup>19</sup> Ustawa z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tekst jedn. Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 z późn. zm.).

stosowanych sankcji. Konkurencja uczciwa w sferze zamówień publicznych sprowadza się do stosowania uczciwych reguł gry związanej z udzielaniem zamówień, w tym m.in. wydatkowaniem środków publicznych, formułowaniem ofert, sporządzaniem specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wyborem najkorzystniejszej oferty i całym szeregiem innych czynności podejmowanych w związku z zawarciem umowy o zamówienie publiczne.

Wydaje się przy tym, że zasada uczciwej konkurencji w prawie zamówień publicznych nie może być oceniana jedynie z perspektywy ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Należy chociażby wziąć pod uwagę okoliczność, że w przedmiotowej ustawie czyni nieuczciwej konkurencji definiuje się poprzez zastosowanie kryterium ich sprzeczności z prawem. Co istotne, prawem tym są również normy zawarte w pozostałych częściach (ustawach) składających się na prawo ochrony konkurencji (*sensu largo*). W tym miejscu można wskazać np. na sprzeczności działań poszczególnych podmiotów prawa, w tym uczestniczących w zamówieniach publicznych, z przepisami zawartymi w szczególności w ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów<sup>20</sup>. Przepisy te wprawdzie nie odwołują się do kryterium uczciwości, ale wskazują na kategorie zachowań przedsiębiorców, które są traktowane jako nielegalne z uwagi na naruszanie nie tyle uczciwości, co reguł wolnej, równej i skutecznej konkurencji na poszczególnych rynkach. Konkurencja – w oparciu o przepisy ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów – jest chroniona w interesie publicznym i w celu zapewnienia równowagi na rynkach właściwych w skali całej gospodarki. Trudno byłoby przyjąć, że ustawa – prawo zamówień publicznych, wyrażając zasadę uczciwej konkurencji, pomija obowiązek respektowania przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, gdyż ustawa ta odnosi się właśnie do przedsiębiorców – podmiotów gry rynkowej, a zarazem uczestników postępowania o udzielanie zamówień publicznych. Także nie sposób uznać, że zasada uczciwej konkurencji zakłada obowiązek przestrzegania wyłącznie reguł uczciwości w obszarze konkurencji uznawanej jako wolnej (swobodnej), skutecznej czy związanej z równością przedsiębiorców. Byłoby zatem lepiej, gdyby w ustawie – prawo zamówień publicznych została sformułowana zasada będąca podstawą i przesłanką ochrony konkurencji w zamówieniach publicznych, konkurencji nieopisanej wyłącznie mianem „uczciwej”.

Obszar zamówień publicznych jest sferą szczególnie narażoną na korupcję, przekupstwo, nieuczciwość, nieobiektywność i tym podobne patologie. Do takiej oceny skłonni są przede wszystkim wykonawcy zamówień oczekujący na wybór najkorzystniejszej oferty. Wykonawcy niewątpliwie mają prawo spodziewać się, że zamawiający dochowają reguł uczciwej konkurencji w tym względzie, ale również i zamawiający powinien zakładać, że po stronie wykonawców nie dojdzie do realizacji zachowań nieuczciwych.

<sup>20</sup> Ustawa z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (tekst jedn. Dz. U. z 2015 r., poz. 184 z późn. zm.).

Obowiązek przestrzegania zasady uczciwej konkurencji przez zamawiającego zarówno na etapie przygotowania, jak i prowadzenia postępowania znajduje swój wyraz w wielu przepisach odnoszących się do poszczególnych instytucji i rozwiązań ustawowych z zakresu ustawy – prawo zamówień publicznych. W szczególności warto zwrócić uwagę na regulacje odnoszące się do opisu przedmiotu zamówienia<sup>21</sup> i warunków stawianych wykonawcom ubiegającym się o udzielenie zamówienia. Na etapie ich określania przez zamawiającego może dojść do próby ograniczenia konkurencji w drodze zawężenia kręgu wykonawców i zlekceważenia wymogu zapewnienia, by zamówienie było wykonywane przez wykonawcę wiarygodnego i zdolnego do jego realizacji<sup>22</sup>. Tymczasem na zamawiającym ciąży obowiązek przygotowania i przeprowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, a więc taki, który nie będzie eliminować z udziału w postępowaniu określonej grupy wykonawców bądź nie będzie stwarzać określonej grupie wykonawców uprzywilejowanej pozycji<sup>23</sup>. W zakresie przedmiotu zamówienia takie ograniczenie może polegać na wskazaniu wąskiej grupy lub nawet tylko jednego towaru lub usługi<sup>24</sup>.

Zachowaniu uczciwej konkurencji służy wiele rozwiązań umożliwiających dotarcie z informacją o wszczynanym postępowaniu do wykonawców mogących wykonać konkretne zamówienie, takich jak publikacja ogłoszeń o zamówieniu, zaproszenie do złożenia wniosku do udziału w postępowaniu w sprawie zamówienia publicznego, a w przypadku dopuszczalnego ograniczenia konkurencji poprzez zastosowanie konkretnych trybów nieprzetargowych – określenie minimalnej liczby wykonawców, których zamawiający powinien zaprosić do postępowania.

Zasada uczciwej konkurencji oznacza również, że zamawiający jest obowiązany eliminować z postępowania wykonawców dopuszczających się względem siebie czynów nieuczciwej konkurencji poprzez odrzucanie złożonych przez nich ofert<sup>25</sup>, w tym również wykonawców, którzy np. złożyli oferty zawierające rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, czy też dopuścili się zmywy przetargowej<sup>26</sup>.

<sup>21</sup> Do stwierdzenia faktu nieprawidłowości w opisie przedmiotu zamówienia wystarczy jedynie zaistnienie możliwości utrudniania uczciwej konkurencji poprzez zastosowanie określonych zapisów w specyfikacji, niekoniecznie zaś realnego uniemożliwienia takiej konkurencji; tak M. Filipek, *Opis przedmiotu zamówienia a efektywność energetyczna*, „Zamówienia Publiczne. Doradca” 2008 r., nr 6, s. 26.

<sup>22</sup> Dotyczy to także ograniczenia kręgu podwykonawców, zob. W. Iwaniec, *Problemy interpretacyjne i projekty zmian*, „Zamówienia Publiczne. Doradca” 2012, nr 8, s. 14.

<sup>23</sup> Zob. J. E. Nowicki, *Komentarz do art. 7 ustawy – Prawo zamówień publicznych*, LEX 2014.

<sup>24</sup> Por. M. Stachowiak, *Komentarz do art. 7 ustawy – Prawo zamówień publicznych*, 2012.

<sup>25</sup> Zob. art. 89 ust. 1 pkt. 4 p.z.p.

<sup>26</sup> Zob. art. 89 ust. 1 pkt. 8 p.z.p. w związku z art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów

#### 4. Rola kontroli w zamówieniach publicznych

Pojęcie kontroli na gruncie ustawy – prawo zamówień publicznych wiąże się głównie ze sferą publiczną prawa. Dotyczy to przede wszystkim działań kontrolnych Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych. Szersze spojrzenie na ustawę, z zachowaniem wykładni celowościowej, pozwala jednak dostrzec zdecydowanie obszerniejszy kontekst kontroli przy udzielaniu zamówień publicznych, która obejmuje swym zakresem także stosunki prywatnoprawne. Potwierdzeniem tego są relacje pomiędzy uczestnikami postępowania w sprawie zamówień publicznych, głównie zaś stosunki prawne między zamawiającym a wykonawcą.

Przedmiotem kontroli, jak wynika z analizy przepisów, jest postępowanie (procedura) udzielania zamówień publicznych, której celem jest zawarcie kontraktu na roboty budowlane, usługi lub dostawy. Postępowanie udzielania zamówień publicznych, bez względu na rodzaj, wartość zamówienia czy też tryb, musi przebiegać zgodnie z zasadami udzielania zamówień publicznych. Naruszenie tych zasad jest podstawą do kontroli zamówień publicznych, stanowi także punkt odniesienia w przypadku wątpliwości interpretacyjnych przy stosowaniu określonych przepisów ustawy, jak i przy samym procesie kontroli udzielania zamówień<sup>27</sup>.

Potwierdzeniem szczególnej roli zasady uczciwej konkurencji i obowiązku jej przestrzegania w trakcie całego postępowania zawiązanego z udzieleniem zamówień jest fakt, że jej naruszenie stanowi podstawową przesłankę uruchomienia procedury kontrolnej w zamówieniach publicznych. Co istotne, należy podkreślić, iż również analiza orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej (KIO) wyraźnie wskazuje, że prawie w każdym przypadku wniesienia odwołania przez wykonawcę, wśród zarzutów stawianych zamawiającemu, występuje naruszenie zasady uczciwej konkurencji<sup>28</sup>.

Działania kontrolne w sferze zamówień publicznych łączą się z kompetencjami i zadaniami organów kontroli, a także – w znaczącej mierze – z orzecznictwem i rozpatrywaniem odwołań i skarg kwestionujących naruszenie przepisów prawa zamówień publicznych (w tym zasady uczciwej konkurencji).

Owa ocena jest w istocie sprawdzaniem prawidłowości realizacji zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego<sup>29</sup>, w tym zasady uczciwej konkurencji. Pozwala to na stwierdzenie, że kontrola, która jest prowadzona w stosunku do konkretnego zamówienia publicznego, jest ważnym instrumentem prawnym chroniącym konkurencję na rynku zamówień publicznych.

Kontrola zamówień publicznych odbywa się w oparciu o kryterium legalności. Kontrola polega na badaniu zgodności działania z normami obowiązującego

<sup>27</sup> M. Guziński, [w:] *Prawo zamówień publicznych*, A. Borkowski, M. Guziński, K. Horubski, K. Kiczka, L. Kieres, T. Kocowski, T. Miemiec, M. Szydło, Wrocław 2012, s. 54.

<sup>28</sup> Tak: A. Panasiuk, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2013, s. 69; R. Szustakiewicz, *Zasady zamówień publicznych*, Warszawa 2007, s. 135.

<sup>29</sup> Tak: K. Horubski, [w:] *Prawo zamówień...*, s. 164.



prawa. Treścią kontroli są wszelkie czynności, których celem jest przeprowadzenie postępowania kontrolnego i ustalenie na jego podstawie określonego stanu faktycznego, porównanie z określonymi wzorcami i wyciągnięcie wniosków z kontroli poprzez wydanie określonych zaleceń co do zachowań podmiotów kontrolowanych (w tym znaczeniu może mówić o funkcjonalnej roli kontroli).

Na treść kontroli składa się zatem szereg działań podejmowanych przez podmiot kontrolujący, które to działania mają doprowadzić do wykazania, że w badanych przypadkach (działaniach lub zaniechaniach) wystąpiły takie nieprawidłowości, które wskazują na rozbieżność pomiędzy tym co istnieje, a stanem oczekiwanym, przewidywanym przez przepisy prawa lub inne wzorce zachowań. Kontrola powinna być wyznaczona przez przepisy prawa, które określają jej granice.

Kontrola jest czynnością niewładczą, jednak może ona w określonym zakresie wywierać wpływ na podmiot kontrolowany, przy czym owej niewładczości kontroli nie należy traktować jako zasady o charakterze bezwzględny<sup>30</sup>. Kontrola o charakterze organizacyjnym jak i funkcjonalnym na gruncie ustawy – prawo zamówień publicznych wzajemnie się przenikają<sup>31</sup>.

W określeniu istoty kontroli istotne znaczenie odgrywają podmioty prowadzące kontrolę. Po analizie ustawy – prawo zamówień publicznych można określić zakres kontroli zamówień publicznych w ujęciu podmiotowym, który będzie obejmował: kontrolę prowadzoną przez Prezesa UZP, kontrolę z elementami władczymi, kontrolę odwoławczą i sądową<sup>32</sup>.

Szersze spojrzenie na prawo zamówień publicznych (wykraczające poza samą ustawę) pozwala także, stosując kryterium źródeł praw, dokonać podziału na kontrolę wewnętrzną i zewnętrzną.

Kontrola wewnętrzna dotyczy działań organów kontroli w zakresie wskazanym w ustawie – prawo zamówień publicznych. Kontrola zewnętrzna jest natomiast realizowana, z zastosowaniem różnych kryteriów, przez działające w oparciu o odrębne regulacje prawne organy kontrolne niepowiązane organizacyjnie z systemem zamówień publicznych (w tym, np.: NIK, RIO, urzędy skarbowe, CBA) oraz przez sądy (sądy powszechne i administracyjne)<sup>33</sup>. Ponieważ kontro-

<sup>30</sup> Zob. D. Wacinkiewicz, *Kontrola i nadzór w prawie komunalnym*, Warszawa 2007, s. 120.

<sup>31</sup> Zob. P. Szustakiewicz, *Kontrola zamówień publicznych. Zagadnienia praktyczne*, Warszawa 2011, s. 2.

<sup>32</sup> W doktrynie wyróżnia się również kontrolę sprawdzającą się do wykonywania „czynności sprawdzających” (określaną też mianem quasi-kontroli, odróżnianej od typowej kontroli w ujęciu prawa publicznego). Charakter „czynności sprawdzających” dotyczy swoistej kontroli między zamawiającym a wykonawcami, pozwalają one na wzajemną weryfikację czynności podejmowanych między tymi podmiotami, a tym samym przyczyniają się do zachowania podstawowych zasad udzielania zamówień, pozwalając na różnych etapach postępowania w sprawie zamówień publicznych dokonać oceny, czy strony zamówień publicznych nie naruszają instytucji stanowiących podstawę poprawnego stosowania przepisów ustawy. „Czynności sprawdzające” na gruncie przepisów prawa zamówień publicznych nie są pojęciem normatywnym; zob. E. Przeszło, *Kontrola udzielania zamówień publicznych*, Poznań 2013, s. 193–217.

<sup>33</sup> M. Wierzbowski, J. Jagielski, J. Lang, M. Szubiakowski, A. Wiktorowska, *Prawo administracyjne*, red. M. Wierzbowski, Warszawa 2011, s. 348–350.

la zewnętrzna dotyczy także zamówień publicznych, można wskazać na system kontroli zamówień publicznych jako ten, który powinien przeciwdziałać zjawiskom patologicznym, pomyłkom i wszelkim niedociągnięciom, a tym samym chronić konkurencję na rynku zamówień publicznych.

## 5. Wpływ kontroli zamówień publicznych na relacje konkurencyjne

Jak już wcześniej zaznaczono, kontrola zamówień publicznych powinna zapewnić realizację dyspozycji art. 7 ust. 1 ustawy – prawo zamówień publicznych, zgodnie z którą zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Kontrola zmierza zatem w tym przypadku do osiągnięcia w relacjach konkurencyjnych stanu „uczciwości” i „równości”, która zarazem powinna przekładać się na pełną akceptację przez zamawiającego tych relacji i – co najważniejsze – uwzględniania ich na etapie przygotowania i przeprowadzania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W obszarze tym występuje najsilniejszy, bo bezpośredni związek kontroli zamówień publicznych ze sferą stosunków konkurencyjnych w gospodarce.

Należy także podkreślić, że kontrola zamówień publicznych, będąc mechanizmem korygującym i porządkującym sferę zamówień, wywiera oczywisty wpływ na stosunki konkurencyjne. Konkurencja jest wprawdzie realizowana w relacjach pomiędzy przedsiębiorcami w rozumieniu art. 4 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, ale to właśnie przede wszystkim przedsiębiorcy zaliczani są do kategorii podmiotów mogących w sferze zamówień uzyskać status wykonawcy zamówienia publicznego.

Poprzez czynności kontrolne w ramach postępowania o zamówienie publiczne dokonywana jest korekta zachowań przedsiębiorców i porządkowanie ich zachowań, w tym przypadku zmierzające do tego, by zachowania te były – z punktu widzenia porządku prawnego – legalne, a w konsekwencji racjonalne i usystematyzowane. Wiąże się to chociażby z zapewnieniem poprzez prowadzoną kontrolę i w jej wyniku do wytworzenia odpowiednich relacji pomiędzy wykonawcami (przedsiębiorcami), opartych na legalności działań oraz korzystaniu z równych praw, jednocześnie relacji, które nie powodują, co do zasady, nadużywania wolności działalności gospodarczej (należy jednak zauważyć, że wolność ta podlega daleko idącej reglamentacji na gruncie norm prawa zamówień publicznych).

Kontrola może i powinna przyczyniać się do oceny korzystania z równych praw przez przedsiębiorców, a zatem pozwalać na ustalenie, czy przedsiębiorcy w równym stopniu mają możliwość składania ofert wykonawczych lub usługowych (jeśli oczywiście spełniają oni wymogi formalne przewidziane prawem zamówień publicznych), czy mają równy „dostęp” do zamówień i czy każdy z nich może być potencjalnym i realnym wykonawcą zamówienia. Oznacza to tym samym, że kontrola zmierza do zapewnienia występowania w gospodarce

prawidłowych relacji pomiędzy przedsiębiorcami, opartych na równości szans i pozycji, a zatem do oparcia tych relacji na analogicznych regułach, jak te, które są przewidziane w przepisach prawa ochrony konkurencji.

Warto zwrócić uwagę również na problem alokacji środków publicznych i ich przepływu od zamawiających do wykonawców. Kontrola powinna zapewnić prawidłowość, racjonalność i legalność tej alokacji. Jest to, jak się wydaje, jedno z podstawowych zadań, a zarazem celów kontroli. Trudno sobie wyobrazić, by w tej kwestii działania kontrolne zmierzały wyłącznie do zapewnienia zaistnienia stanu uczciwej konkurencji stosownie do przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i by stosować należało jedynie te przepisy, z pominięciem konstrukcji prawnych przewidzianych w ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów. Jeśli bowiem, jak już wyżej wskazano, traktujemy o zasadzie konkurencji w zamówieniach publicznych, to z uwzględnieniem całego systemu norm regulujących zagadnienia mechanizmu konkurencji w gospodarce, w tym norm dotyczących zakazu stosowania praktyk ograniczających konkurencję oraz odnoszących się do przeciwdziałania nadmiernej koncentracji. Nie sposób zakładać podejmowania czynności kontrolnych przez odpowiednie organy i instytucje powołane do kontroli zamówień z punktu widzenia przepisów o ochronie konkurencji, w szczególności prawa antymonopolowego, a to dlatego, że organem kontrolnym w tym zakresie jest Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów. Wydaje się jednak, że działania tego organu i wyniki jego ustaleń powinny zostać wykorzystane w obszarze kontroli zamówień publicznych.

**Ewa Przeszło**

#### **CONTROL IN THE SPHERE OF PAID CONTRACTS IN CASE OF PUBLIC PROCUREMENT AS AN INSTRUMENT FOR THE PROTECTION OF COMPETITION**

Public contracts are contracts concluded under the conditions specified by the contracting authority, which is a result of its statutory powers and the fact that the purchaser acts in the public interest. The aim of public procurement is the economical choice of the best offer. This institution can effectively function only in a free market economy operating on the principle of economic freedom and the principle of equality, which in conditions of competition can trigger appropriate market mechanisms. Competition in public procurement is a phenomenon by all means desirable. Above all, it is important that it promotes the optimization of purchasing and allows to make the choice of goods and services with optimal price and quality at the same time. Competition enables the realization of the objectives laid down by law, such as an efficient and thrifty spending of public money. It also provides access to procurement to all interested parties. The control of public procurement should ensure that the disposal of art. 7 par. 1 of the act - Public Procurement Law, accord-

ing to which the contracting authority shall prepare and carry out the procedure for the award of the contract in a way that ensures fair competition and equal treatment of contractors. The aim of the control in this case is to achieve a status of "fairness" and "equality" in competitive relationships, which should also result in a full acceptance of these relations by the contracting authority and taking them into account during the preparation and the conduct of the public procurement. The control measures can also lead to the correction and the organization of entrepreneurs' behaviors, which aims to ensure that these behaviors are legal as well as rational and systematic from the point of view of the legal order. The control of public procurement is associated with the formation of competitive relations and can influence them. That is because competition comes from equal opportunities and the equal legal position of its individual participants.