

UNIWERSYTET ŚLĄSKI W KATOWICACH
WYDZIAŁ PRAWA I ADMINISTRACJI

Mgr Aleksandra Hajduk

CELE STRATEGICZNE ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH
W POLSCE W UJĘCIU EWOLUCYJNYM

Rozprawa doktorska
przygotowana pod kierunkiem
prof. UŚ dr hab. Michała Kani

KATOWICE 2021

Przegląd treści

Wstęp	5
1. Struktura i treść pracy	9
2. Metodologia	11
Rozdział 1. Pojęcie celu i inne zagadnienia teoretycznoprawne.....	15
1. Wstęp	15
2. Cel – definicja	18
3. „Środek” do realizacji celu.....	20
4. Instrument prawny.....	22
5. Zdanie a ocena.....	23
6. Oceny instrumentalne	26
7. Zasady – definicja, funkcje	30
8. Teleologiczny system prawa.....	34
9. Miejsce i struktura zamówień publicznych w systemie prawa	36
10. Określanie celów polityki państwa.....	43
11. Wykładnia celowościowa	48
12. Podsumowanie	52
Rozdział 2. Ewolucja celów zamówień publicznych	54
1. „Cele” zamówień publicznych w świetle porozumień międzynarodowych.....	55
2. Rozwój zamówień publicznych w UE.....	63
3. Od konkurencyjności do zrównoważonych zamówień publicznych	74
4. Wpływ orzecznictwa TSUE na ustalenie celów zamówień publicznych.....	78
5. Strategia na rzecz inteligentnego i zrównoważonego rozwoju sprzyjającego włączeniu społecznemu.....	84
6. Rozwój i rola partnerstwa publiczno-prywatnego dla zamówień publicznych.....	91
7. Innowacje w zamówieniach publicznych	94
8. Zamówienia prośrodowiskowe	98
9. Zamówienia prospołeczne.....	104
10. Inne cele	109
11. Kolizja celów	110
12. Dobre praktyki w realizacji celów strategicznych na podstawie przykładowych rozwiązań Finlandii, Wielkiej Brytanii, Niderlandów i Szwecji.....	114
12.1 Finlandia	115
12.2 Wielka Brytania	116
12.3 Niderlandy	118
12.4 Szwecja	119

13.	Podsumowanie	123
Rozdział 3. Zasady zamówień publicznych		126
1.	Wstęp	126
2.	Zasada efektywności	128
3.	Zasada równości i niedyskryminacji	136
4.	Zasada konkurencyjności (uczciwej konkurencji).....	141
5.	Zasada proporcjonalności.....	144
6.	Przejrzystość postępowania i zasada jawności	147
7.	Zasada bezstronności i obiektywizmu	151
8.	Zasada elektronicznych środków komunikacji	153
9.	Zasada pisemności.....	156
10.	Wybór trybu udzielania zamówień.....	157
11.	Podsumowanie	159
Rozdział 4. Cele zamówień publicznych w Polsce		162
1.	Wstęp	162
2.	Początki zamówień w Polsce	162
3.	Okres międzywojenny	163
4.	Okres PRL.....	166
5.	Okres III RP	168
6.	Zamówienia zielone w Polsce.....	172
7.	Spółecznie odpowiedzialne zamówienia publiczne w Polsce	176
8.	Innowacyjność w Polsce na tle poszczególnych krajów UE (poza systemem zamówień publicznych).....	178
9.	Podsumowanie	181
Rozdział 5. Instrumenty zamówień publicznych a realizacja celów strategicznych w świetle nowej ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 11 września 2019 roku		184
1.	Wstęp	184
2.	Przygotowanie postępowania	185
2.1	Planowanie zamówień.....	187
2.2	Analiza potrzeb zamawiającego	188
2.3	Opis przedmiotu zamówienia.....	190
2.4	Podział zamówienia na części.....	192
2.5	Polityka zakupowa państwa	193
3.	Kwalifikacja wykonawców	195
3.1	Wykluczenie wykonawcy z postępowania	195
3.2	Warunki udziału w zamówieniu	197

3.3	Poleganie na doświadczeniu podmiotów trzecich	199
3.4	Kryteria oceny ofert.....	202
4.	Tryby udzielania zamówień publicznych	205
4.1	Partnerstwo innowacyjne.....	207
4.2	Dialog konkurencyjny	209
4.3	Tryb podstawowy Nowej ustawy PZP	210
5.	Środki ochrony prawnej	213
6.	Wykonanie umowy.....	215
7.	Podsumowanie	218
	Zakończenie	219
	Bibliografia.....	225
1.	Literatura	225
2.	Akty prawne – prawo międzynarodowe	232
3.	Akty prawne – prawo krajowe	235
4.	Orzeczenia TSUE	237
5.	Orzeczenia KIO.....	239
6.	Orzeczenia polskich sądów.....	239
7.	Dokumenty elektroniczne	240
	Spis tabel	246
	Spis diagramów	246

Wykaz skrótów:

Dyrektywa klasyczna	Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE (Tekst mający znaczenie dla EOG) Dz. UE L 94/65
KIO	Krajowa Izba Odwoławcza
Nowa ustawa PZP	Ustawa z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019, z 2020 r. poz. 288.)
OECD	Organizacja Współpracy Gospodarczej i Rozwoju
ONZ	Organizacja Narodów Zjednoczonych
PZP z 2004 r.	Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2004 Nr 19 poz. 177, t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 oraz z 2020 r. poz. 288)
SWZ	Specyfikacja Warunków Zamówienia
TFUE	Traktat o Unii Europejskiej i Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (Dziennik Urzędowy C 326 , 26/10/2012 P. 0001 – 0390)
TSUE	Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej
TUE	Traktat o Unii Europejskiej (Dziennik Urzędowy C 326 , 26/10/2012 P. 0001 – 0390)
UE	Unia Europejska
UZP	Urząd Zamówień Publicznych

Wstęp

Zamówienia publiczne w różnym kształcie funkcjonują w Polsce od dawna. Pierwszych zamówień można dopatrywać się pod koniec istnienia I Rzeczypospolitej. Okres zaborów, a także później – czasy PRL – w znacznym stopniu wstrzymały prace nad tworzeniem zasad współpracy pomiędzy sektorem publicznym i prywatnym. Dlatego też, pomimo krótkiego, ale bardzo twórczego okresu międzywojennego, nie udało się utworzyć dobrze funkcjonującego systemu zamówień publicznych w Polsce. Dopiero od 1989 r. zamówienia ponownie zaczęły być przedmiotem szerokiego zainteresowania prawodawcy i nauk prawnych.

Ostatnie 30 lat to nieustanny rozwój zamówień publicznych, bez których demokratyczny kraj nie jest w stanie funkcjonować. Od czasu wejścia Polski do Unii Europejskiej prawo europejskie wywiera istotny wpływ na prawo ogólne, w tym na kierunek i rozwój polskiego systemu zamówień publicznych. Czerpiemy z rozwiązań, które rozwijały się w Europie przez kilkadziesiąt lat. Stosowanie prawa zamówień publicznych przysparza jednak w Polsce wiele problemów. Podmioty stosujące prawo bardzo często dokonują interpretacji przepisów w oderwaniu od ich celu. Dla wielu z nich cel nie jest w ogóle znany lub zatracą się w trakcie stosowania prawa. Skutkiem takiego stanu rzeczy jest zmienne orzecznictwo KIO w podobnych sprawach¹ i opieranie argumentów wyłącznie na literalnym brzmieniu – w sytuacji, gdy sam język jest nieprecyzyjny. Prawidłowe określenie celów zamówień publicznych i zobowiązanie uczestników rynku do podejmowania decyzji z uwzględnieniem konieczności realizacji tych celów pozwoliłoby na podejmowanie działań spójnych, skutkujących zwiększeniem efektywności zamówień.

Czym jednak ta efektywność jest? W literaturze można spotkać się z wieloma rozumieniami pojęcia efektywności. W ujęciu ekonomicznym mówimy o efektywności jako relacji pomiędzy rezultatami a nakładami wyrażonymi przez miary, takie jak produktywność, wydajność, rentowność. Według T. Lubińskiej w ekonomii makroekonomicznej efektywność

¹ Przykładem może być problem interpretacyjny związany z ustaleniem, czym jest postać elektroniczna oferty i jak powinna zostać prawidłowo sporządzona, powstały po wejściu w życie przepisów dotyczących elektronicznej oferty w 2018 r. W ciągu sześciu miesięcy zostało wydanych siedem wyroków, gdzie w analogicznym stanie faktycznym KIO trzy razy wskazywało na konieczność odrzucenia oferty, a cztery razy na przyjęcie oferty. Dopiero odwołanie się do celu regulacji pozwoliło na ustalenie jednolitej wykładni. Więcej na ten temat: *Elektroniczna postać oferty*. Źródło: <http://bezwadium.pl/2019/03/22/elektroniczna-postac-oferty/> [dostęp: 20.04.2021].

nakładów publicznych odnosi się do stopnia realizacji celów przy minimalizacji nakładów lub maksymalizacji osiągnięcia celów wobec założonych kosztów².

W ujęciu systemowym natomiast efektywność należy rozumieć jako ocenę stopnia wykorzystania zasobów organizacyjnych oraz tworzenia określanych relacji z otoczeniem. Można również spotkać się z ujęciem celowościowym, które wskazuje, że efektywność stanowi ocenę stopnia realizacji przyjętych celów z uwzględnieniem aspektu ekonomicznego³.

Na gruncie systemu zamówień publicznych efektywność rozumiana jest jako uzyskiwanie najlepszych efektów z zaangażowanych środków tj. *Best Value for Money*⁴. Zgodnie z treścią art. 67 ust. 2 Dyrektywy klasycznej zamawiający zobowiązani są do wybrania w postępowaniu oferty najkorzystniejszej ekonomicznie z uwzględnieniem ceny i kosztów związanych z wyborem danej oferty. Najkorzystniejszą ekonomicznie ofertą nie zawsze jednak będzie oferta proponująca najniższą cenę. Zamawiający może korzystać z podejścia opartego na efektywności kosztowej między innymi z uwzględnieniem:

- oceny cyklu życia (LCA – *Life Cycle Assessment*) – proces oceny potencjalnych wpływów na środowisko wyrobu w okresie cyklu życia;
- zarządzania cyklem życia (LCM – *Life Cycle Management*) – zarządzania i wdrażania strategii, by wyrób w całym cyklu życia realizował założenia zrównoważonego rozwoju;
- kosztów cyklu życia (LCC – *Life Cycle Cost*) – najczęściej stosowana analiza, opierająca się na założeniu, że przy ocenie rzeczywistych kosztów wyrobów konieczne jest wzięcie pod uwagę całkowitych kosztów zakupu, użycia i likwidacji produktu⁵.

Problematyczne jest jednak określenie roli efektywności przy realizowaniu celów strategicznych. Ch. McCrudden zwraca uwagę, że istnieje konflikt pomiędzy osiągnięciem celów strategicznych, związanych ze zrównoważonym rozwojem i wdrażaniem innowacji, a ceną

² T. Lubińska: *Nowe zarządzanie publiczne: skuteczność i efektywność: budżet zadaniowy w Polsce*. Warszawa 2009, s. 57.

³ B. Ziębicki: *Efektywność a jakość w sektorze publicznym*. W: *Społeczne aspekty przeobrażeń organizacyjnych*. Red. A. Potocki. Warszawa 2007, s. 333–334.

⁴ W. Hartung, M. Bagłaj, T. Michalczyk, M. Wojciechowski, J. Krysa, K. Kuźma: *Dyrektywa 2014/24/UE w sprawie zamówień publicznych. Komentarz*. Warszawa 2017, s. 14.

⁵ J. Kulczycka, M. Góralczyk: *Znaczenie i możliwości stosowania oceny cyklu życia (LCA) i kosztów cyklu życia (LCC) w ekologicznych zamówieniach publicznych*. W: *Zielone zamówienia publiczne*. Warszawa 2009, s. 47–49.

składanych w takich postępowaniach ofert. Przyjmuje się, że realizacja celów strategicznych podnosi ceny, przez co w konsekwencji obniża się poziom efektywności zamówień⁶. Nie można jednak pominąć faktu, że zamówienia publiczne różnią się od zakupów sektora prywatnego, a na państwach ciąży obowiązek podejmowania działań w interesie publicznym⁷.

Efektywność stanowi element systemu zamówień publicznych. Nowa ustawa PZP wprost wskazuje na istotną rolę efektywności. Nadaje kierunek zmianom i decyduje o sposobie wydatkowania środków publicznych. Zgodnie z art. 17 ust.1 Nowej ustawy PZP zamawiający udziela zamówienia w sposób zapewniający:

- 1) najlepszą jakość dostaw, usług oraz robót budowlanych, uzasadnioną charakterem zamówienia, w ramach środków, które zamawiający może przeznaczyć na jego realizację, oraz
- 2) 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.

Pomimo że w ustawie z 2004 r. nie została wyrażona zasada efektywności, to zasadę efektywnego wydatkowania środków publicznych wywodzono z art. 44 ust. 3 pkt 1 Ustawy o finansach publicznych⁸. W doktrynie pojawiały się próby przeprowadzenia analizy pojęcia efektywności w zamówieniach, zarówno na gruncie nauk ekonomicznych, jak i prawnych. Nie były to jednak analizy kompleksowe.

Konieczność zapewnienia efektywności zamówień publicznych nie budzi wątpliwości, o czym świadczą działania Unii Europejskiej, w tym postanowienia Strategii na rzecz inteligentnego i zrównoważonego rozwoju sprzyjającego włączeniu społecznemu „Europa 2020”, założenia Dyrektywy klasycznej czy ostatnie zmiany wprowadzone przez prawodawcę. Wątpliwości budzi zagadnienie związane z ustaleniem celów zamówień. Z jednej strony jesteśmy świadkami zwiększenia instrumentalizacji zamówień publicznych – zarówno Unia

⁶ Ch. McCrudden: *Buying Social Justice. Equality, Government Procurement & Legal Change*. Oxford University Press 2007, s. 14. Cyt. za: P. Nowicki: *Aksjologia prawa zamówień publicznych. Pomiędzy efektywnością ekonomiczną a instrumentalizacją*. Toruń 2019, s. 291.

⁷ K. Horubski: *Administracyjnoprawne instrumenty realizacji zamówienia publicznego*. Warszawa 2017, s. 56. Cyt. za: P. Nowicki: *Aksjologia prawa zamówień publicznych...*, s. 293.

⁸ Ustawa z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz.U. 2009 nr 157 poz. 1240).

Europejska, jak i polski prawodawca dostrzegają możliwość wykorzystania zamówień publicznych do kształtowania gospodarki i społeczeństwa. Z drugiej strony, wśród uczestników zamówień publicznych w dalszym ciągu funkcjonuje przeświadczenie, że celem zamówień publicznych jest stosowanie określonych reguł wydatkowania środków publicznych, zapewniających powszechny i równy dostęp do zamówień⁹. Kierowanie się zasadami zamówień publicznych utożsamiane jest z realizacją celów zamówień, co również sugeruje, że pojęcia te są mylone. Natomiast prawidłowe określenie celów jest warunkiem niezbędnym do przeprowadzenia oceny, czy instrumenty prawne stanowią dobre narzędzie do realizacji tych celów. Bez ustalenia celów ocena instrumentów prawnych stanowi wyłącznie opinię osoby, która dokonuje tej oceny. Wskazane wątpliwości stanowiły podstawę rozważań będących przedmiotem niniejszej pracy.

Celem pracy jest ustalenie, jakie są cele zamówień publicznych w Polsce oraz czy Nowa ustawa PZP stanowi dobre narzędzie do realizacji tych celów. Niniejsza praca zakłada, że zamówienia publiczne mogą zapewnić efektywne wydatkowanie środków publicznych przy równoczesnym wspieraniu rozwoju społeczno-gospodarczego państwa, a Nowa ustawa PZP stanowi dobre narzędzie do realizacji tego rozwoju. Zadaniem pracy jest próba zidentyfikowania celów zamówień publicznych poprzez wszechstronną analizę, opartą zarówno na elementach teoretycznoprawnych, ale również empirycznych uwzględniających ewolucję systemu zamówień publicznych w Polsce i UE. Praca powinna pozwolić odpowiedzieć na pytania:

- *Czym jest cel i jak prawidłowo go określić?*
- *Jaka jest rola celów w kształtowaniu systemu zamówień publicznych?*
- *Jakie są cele zamówień publicznych w Polsce?*
- *Jaka jest etymologia celów zamówień publicznych?*
- *Jaka jest funkcja zasad względem celów zamówień publicznych?*
- *Czy konstrukcje prawne określone w Nowej ustawie PZP stanowią dobry środek do realizacji celów strategicznych?*
- *Czy istnieje możliwość rozwiązania problemu kolizji celów i jakie są dyrektywy pozwalające na rozwiązywanie owej kolizji?*

⁹ H. Nowicki: *Wprowadzenie do systemu zamówień publicznych*. W: *System zamówień publicznych w Polsce*. Red. J. Sadowy. Warszawa 2013, s. 21.

Całość rozważań powinna potwierdzić, że cele zamówień publicznych nie ograniczają się wyłącznie do przedmiotu zamówień publicznych, tj. dokonania zakupu dostaw, usług lub robót budowlanych przy zachowaniu warunków uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, lecz stanowią istotne narzędzie do zapewnienia stałego wzrostu gospodarczego kraju, w szczególności poprzez prowadzenie zrównoważonej polityki gospodarczej sprzyjającej zapobieganiu wykluczeniu społecznemu i gospodarczemu.

1. Struktura i treść pracy

Rozprawa składa się z pięciu rozdziałów, które stanowią logiczną konsekwencję podjętych rozważań skierowanych na ustalenie, czy cele zamówień publicznych wykraczają poza przedmiot zamówień i pozwalają realizować długofalową politykę państwa.

Rozdział pierwszy przedstawia teoretyczno-filozoficzne rozważania na temat definicji celu, dobrego celu oraz środków do ich realizacji i instrumentów prawnych. Stanowi on podstawę teoretyczną dla pojęć używanych w pozostałej części pracy. Bardzo istotne dla tej pracy są inspiracje zaczerpnięte z książki *W poszukiwaniu intencji prawodawcy* prof. dra hab. Zygmunta Tabora, stanowiącej podstawę rozważań teoretycznoprawnych na temat roli celu, środka do realizacji celu oraz oceny instrumentalnej. Wyjaśnione zostało w tym miejscu, czym jest ocena instrumentalna oraz w jaki sposób należy dokonywać takiej oceny. Zadaniem tej części pracy jest udzielenie odpowiedzi na postawione pytania badawcze – część ta pozwoli znaleźć odpowiedź na pytanie, czym jest cel i jak prawidłowo go określić, a także jaka jest rola celów w kształtowaniu systemu zamówień publicznych. Rozważania zostaną też uzupełnione o zagadnienia związane z relacją cele – zasady. Pozwoli to przygotować podstawę teoretyczną pod zagadnienia przedstawione w rozdziale dotyczącym zasad zamówień publicznych. Konieczne będzie przeprowadzenie analizy struktury systemu prawa oraz koncepcji związanych z polityką państwa. Całość zamykają rozważania na temat wykładni celowościowej. W ten sposób rozważania na temat celu, jego roli w systemie prawa i funkcjonowaniu państwa będą kompletne i pozwolą na przeprowadzanie dalszej analizy celów już w konkretnym czasie i przestrzeni. Rozdział ten stanowi punkt wyjścia dla dalszych rozważań.

Rozdział drugi – *Ewolucja celów zamówień publicznych* – opisuje rozwój systemu zamówień publicznych na gruncie prawa europejskiego od lat 70. XX wieku. W tym czasie pojawiają się na szczeblu wspólnotowym regulacje związane z systemem zamówień publicznych. Rozdział ten ma kluczowe znaczenie dla niniejszej pracy. Pogłębiona analiza

rozwoju systemu zamówień w UE pozwoli na pokazanie procesu formowania się aktualnych celów oraz spajania ich z zamówieniami publicznymi. Tło historyczne pozwoli zrozumieć kolejne impulsy zmian, by docelowo wskazać, w jakim miejscu UE się znajduje i jakie są dalsze perspektywy jej rozwoju. Mając na uwadze istotność tego rozdziału dla całej pracy oraz konieczność przedstawienia rozważań na wielu płaszczyznach, rozdział ten jest obszerniejszy niż pozostałe. Przedstawia on rozumienie celów zapewnienia zrównoważonego rozwoju opartego na włączeniu społecznym i innowacjach – które razem tworzą cele strategiczne zamówień publicznych. Przedstawione zostaną rozwiązania systemowe i konkretne przykłady zamówień z Finlandii, Wielkiej Brytanii, Niderlandów i Szwecji, ukierunkowanych na realizację powyższych celów. Analiza ta pozwoli pokazać, w jaki sposób możliwe jest zapewnienie realizacji celów strategicznych w oparciu o istniejące w Dyrektywie klasycznej regulacje. Dodatkowo stanowi ona pogłębienie analizy, przeprowadzonej w pierwszej części rozdziału, dotyczącej definicji i ogólnego rozumienia celów strategicznych. Na koniec przedstawiona zostanie propozycja rozwiązywania ewentualnej kolizji celów na gruncie prawa zamówień publicznych. Rozdział ten pokazuje również ewolucję systemu zamówień publicznych, z którym aktualnie mamy styczność, i pozwala wskazać podstawy obowiązywania (uznawania) celów strategicznych i ich roli w systemie.

Pisząc o celach strategicznych, nie sposób pominąć zagadnienia dotyczącego zasad zamówień publicznych, które bardzo często mylone są z celami strategicznymi. Funkcje zasad nie są tożsame z funkcjami celów. Rozdział trzeci – *Zasady zamówień publicznych* – przedstawia rozważania konkretnych zasad zamówień publicznych jako środków do realizacji celów strategicznych, w tym kluczowej zasady efektywności. Rozdział ten pozwoli określić, czym są te zasady, jaka jest ich rola w hierarchii prawa i realizacji celów strategicznych.

Znając strukturę celów i zasad zamówień publicznych, konieczne jest zweryfikowanie, jak Polska, będąca częścią Wspólnoty, odnajduje się w systemie zamówień stworzonym na gruncie UE. Historia polskiego systemu zamówień publicznych przebiegła odmiennie niż krajów Europy Zachodniej, dlatego też rozważania na temat ewolucji zamówień w naszym kraju sięgają czasów wcześniejszych niż XX wiek. Rozdział czwarty obejmuje zatem rozważania na temat rozwoju systemu zamówień publicznych w Polsce od czasu pierwszych zamówień królewskich do dzisiaj, ze szczególnym uwzględnieniem okresu, w którym działania Polski były nastawione na dopasowanie regulacji krajowych do wymogów prawa unijnego. Analiza pozwoli przedstawić ewolucję celów w Polsce i zweryfikować, czy aktualne cele zamówień publicznych w Polsce pokrywają się z celami UE.

Rozdział piąty – *Instrumenty zamówień publicznych a realizacja celów strategicznych* – stanowi pogłębioną analizę instrumentów prawa zamówień publicznych w Polsce pod kątem realizacji przez nie celów strategicznych. Poprzednie rozdziały pozwolą na ustalenie, czym jest cel, jak go zdefiniować, a także jak przeprowadzić prawidłową ocenę. Analiza przeprowadzona w rozdziale piątym oparta zostanie na ocenie tych instrumentów: czy stanowią one *dobry środek* do realizacji celów.

Całość rozważań ma pozwolić potwierdzić, że efektywne wydatkowanie środków publicznych jest nierozzerwalnie związane ze wspieraniem rozwoju społeczno-gospodarczego państwa, uwzględniającego prowadzenie zrównoważonej polityki gospodarczej sprzyjającej zapobieganiu wykluczeniu społecznemu i gospodarczemu.

2. Metodologia

W różnych częściach pracy konieczne będzie zastosowanie różnych metod badawczych, które najlepiej pozwolą przeanalizować przedmiot badań.

W pracy zostanie zastosowana metoda dogmatyczno-prawna. Przedmiotem pracy będzie rozstrzygnięcie problemów związanych z funkcją celu w systemie prawa zamówień publicznych. Jest to o tyle trudne zagadnienie, że zwykle cel nie jest ujawniany bezpośrednio w przepisach prawa, lecz jest określony pośrednio, jako *ratio legis* przepisu. Przeprowadzenie wykładni aktów prawa międzynarodowego i krajowego pozwoli na ustalenie aktualnych celów zamówień publicznych. Przedmiotem rozważań będą przede wszystkim przepisy Dyrektywy klasycznej oraz Nowej ustawy PZP, a także inne akty prawa kształtujące system zamówień publicznych w Polsce. Praca zostanie uzupełniona o analizę umów międzynarodowych, w tym w szczególności: Porozumienia GPA, Porozumienia Paryskiego, Układu Ogólnego w sprawie Taryf Celnych i Handlu czy UNCITRAL Model Law on Public Procurement oraz tzw. *soft law*, na które składają się w szczególności strategie europejskie i krajowe, a które ma istotne znaczenie dla późniejszego kształtowania się ustaw i innych aktów prawa powszechnie obowiązującego¹⁰. Pierwszy etap prac opierał się na gromadzeniu i wstępnej selekcji aktów prawnych prawa krajowego i unijnego, materiałów legislacyjnych dokumentów i informacji statystycznych, orzeczeń, postępowań, a następnie na ustalaniu ich wiarygodności. Końcowy etap polegał na analizowaniu ich treści i opracowywaniu wniosków badawczych. Dopełnieniem przeprowadzanych badań była analiza koncepcji sformułowanych przez doktrynę. Pozwoliła

¹⁰ B. Druzin: *Why does Soft Law have any Power anyway?* W: "Asian Journal of International Law" 2017, nr 7, str. 361–378.

ona na ustalenie znaczenia i funkcji istniejących reguł interpretacji poszczególnych norm, a także na doprecyzowanie ich treści.

Kluczową rolę w niniejszej pracy pełniła metoda socjologiczno-prawna, która co do istoty służy wskazywaniu środków do realizacji określonych celów¹¹. Normy prawne są w pewien sposób zakotwiczone w rzeczywistości, w której mają funkcjonować¹². Nie jest możliwe zweryfikowanie normy, jej funkcjonowania i możliwości wpływania na przyszłość systemu zamówień publicznych w Polsce bez analizy praktyki jej stosowania. Dlatego też niniejsza praca skupia się na analizie rynku zamówień publicznych pod kątem realizacji celów strategicznych, a także pod kątem realizacji instrumentów prawnych, które sprzyjają realizacji tych celów. Zastosowanie tej metodologii pozwoli na ustalenie optymalnych technicznych dyrektyw do osiągnięcia pewnego oczekiwanego stanu rzeczy. Pozwoli również na ustalenie związków pomiędzy podejmowanymi działaniami a określonymi celami. Dlatego praca w przeważającej większości wykorzystuje badania wtórne. Wynika to z faktu, że system zamówień publicznych w Polsce oraz w Europie jest stale monitorowany. Urząd Zamówień Publicznych publikuje informacje o stanie rynku zamówień w Polsce raz do roku. Dodatkowo, przynajmniej dwa razy do roku, publikowany jest informator. Dane opublikowane w tych dokumentach stanowią wystarczającą podstawę do przeprowadzenia oceny systemu zamówień publicznych.

Metoda socjologiczno-prawna uzupełniona zostanie o metodę historyczno-opisową w odniesieniu do aspektów tworzenia się celów zamówień publicznych, co pozwoli na ustalenie, w jaki sposób ukształtowały się cele strategiczne zamówień publicznych – zarówno w Europie, jak i w Polsce. Efektem zastosowania tej metody jest przedstawienie w rozdziale drugim niniejszej pracy ewolucji zamówień publicznych.

W pracy zastosowano również metodę prawno-porównawczą, jednak w ograniczonym zakresie. Praca obejmuje swym zakresem analizę rozwiązań systemowych i konkretnych przykładów zamówień publicznych w Finlandii, Wielkiej Brytanii, Niderlandach oraz Szwecji. Kraje te zostały wybrane z kilku powodów. Po pierwsze, państwa te mają regulacje oparte na prawie UE, co powoduje, że ich systemy oraz system polski oparte zostały na takich samych podstawach. Wszystkie te kraje opierały swoje regulacje na Dyrektywie klasycznej

¹¹ Z. Ziemiński: *Szkice z metodologii szczegółowych nauk prawnych*. Poznań 1983, s. 28

¹² E. Kosieradzka, M. Zdyb: *Zasada państwa prawnego na gruncie prawa administracyjnego w kontekście współczesnych wyzwań*. „*Studia Iuridica Lublinensia*” 2016, nr 1, s. 91.

i pozostałych aktach prawa unijnego. Kierują się również tymi samymi wartościami, określonymi w porozumieniach UE i dokumentach programowych. Analiza rozwiązań opartych na tych samych zasadach pozwala pokazać możliwości wykorzystania istniejących regulacji prawnych do realizacji określonych celów strategicznych w Polsce. W tym zakresie można więc mówić o zastosowaniu metody prawnoporównawczej, w której poznawanie określonych systemów prawnych ma służyć doskonaleniu krajowego systemu¹³. W pracy nie będzie przeprowadzona jednak dogłębna analiza zagranicznych systemów prawa, lecz wybrane zostaną rozwiązania, które na gruncie istniejących w Polsce przepisów mogą zostać wykorzystane w celu usprawnienia systemu prawa. Wybór tej metodologii uzasadniony jest tym, że we wszystkich wybranych systemach normy są w znacznej mierze zunifikowane – w szczególności za sprawą implementacji Dyrektywy klasycznej. Przeprowadzenie dogłębnej analizy porównawczej jednego z wybranych systemów nie przyniosłoby więc wymiernych efektów.

Istotną rolę w tworzeniu niniejszej pracy ma również zastosowanie metody analityczno-prawnej, która stanie się niezbędnym narzędziem do przeprowadzenia analizy kierunków rozwoju celów zamówień publicznych w UE, państwach członkowskich i w Polsce. Poza ustaleniem, jak wygląda aktualnie system zamówień publicznych, konieczne jest ustalenie prawdopodobnego kierunku zmian celów w przyszłości.

Praca obejmuje również analizę i krytykę piśmiennictwa. Istotą tego działania jest zweryfikowanie, czy cele aktualnie uznawane za cele strategiczne zamówień publicznych w rzeczywistości je stanowią. Ponadto, ostatnia część pracy obejmuje analizę instrumentów prawnych jako środków do realizacji celów strategicznych, wcześniej ustalonych. W tym przypadku przeprowadzona zostanie analiza formalna w celu zgrupowania i uporządkowania norm nowej ustawy PZP w taki sposób, by tworzyły spójną całość dotyczącą danej materii. W ten sposób możliwe będzie przeprowadzanie analizy funkcjonalnej opartej na przeprowadzonej ocenie instrumentalnej wyodrębnionych instrumentów pod kątem realizacji przez nie ustalonych wcześniej celów strategicznych. Ocena będzie oparta na prawdopodobieństwie, że dany instrument będzie wykorzystywany (miara realności) oraz na weryfikacji prawdopodobieństwa przyczynienia się danego instrumentu do realizacji ustalonych celów (miara efektywności merytorycznej)¹⁴.

¹³ Z. Ziemiński: *Szkice z metodologii szczegółowych nauk prawnych...*, s. 24.

¹⁴ Tamże, s. 102.

Określenie celów zamówień publicznych w Polsce następuje przez zastosowanie metod porównawczych w zakresie powiązań treści i struktury z dyrektywami UE oraz regulacjami poszczególnych państw członkowskich oraz ich historii (przez weryfikację rozwoju aktów prawa krajowego i międzynarodowego kształtujących system zamówień w Polsce i państwach Wspólnot Europejskich). Zastosowanie ma również metoda funkcjonalna – analiza poszczególnych aktów wydanych przez Unię Europejską oraz umów międzynarodowych, których Polska jest stroną – w celu określenia obiektywnie „dobrych celów” zamówień publicznych. W tym zakresie istotnym elementem jest analiza orzeczeń TSUE, który rozstrzyga o problemach występujących również w państwach członkowskich.

Praca ma charakter interdyscyplinarny. Często opiera się na teoriach i koncepcjach zaczerpniętych z nauk ekonomicznych. Takie rozwiązanie pozwoliło połączyć teorie prawne z zagadnieniami związanymi z efektywnym wydatkowaniem środków publicznych. Tylko w ten sposób można było przeprowadzić całościową analizę funkcjonowania systemu zamówień publicznych w Polsce. Wszystkie zastosowane metodologie pozwoliły na określenie, czym jest cel, w jaki sposób dokonywać jego oceny, ustalić jego podłoże i podstawy funkcjonowania.

Rozdział 1. Pojęcie celu i inne zagadnienia teoretycznoprawne

1. Wstęp

Z definicji zamówień, wyrażonej w art. 7 pkt 32 Nowej ustawy PZP, wynika, że podstawowym celem zamówień publicznych jest dostarczenie instytucji zamawiającej dostaw, usług lub robót budowlanych potrzebnych do realizacji zadań publicznych. Zamówienia takie powinny być przeprowadzane z zachowaniem uczciwej konkurencji, przejrzystości postępowania, otwarcia rynku przez zapewnienie niedyskryminujących warunków. Obserwacja systemu zamówień publicznych w Europie i w Polsce wskazuje na zwiększającą się rolę celów niezwiązanych ściśle z efektywnym wydatkowaniem środków publicznych w kształtowaniu prawa. Aktualne regulacje wskazują na nowe zadania zamówień publicznych, które poza realizacją zadań zakupowych mają realnie wpływać na gospodarkę, społeczeństwo i środowisko Europy. Są to tak zwane „wtórne”, „horyzontalne”¹⁵, „strategiczne”¹⁶ lub „zrównoważone” cele, lub „zielone i społeczne zamówienia publiczne”¹⁷. Konieczne jest więc zastanowienie się, czy tak daleko idąca instrumentalizacja prawa zamówień publicznych jest właściwa. Jak stwierdziła rzecznik generalny TSUE Juliane Kokott w opinii w sprawie C-368/10, „kwestia, czy i w jakim zakresie w procedurze udzielania zamówień publicznych dozwolone jest uwzględnianie aspektów ekologicznych i społecznych [...] jest pytaniem o fundamentalnym znaczeniu dla dalszego rozwoju prawa zamówień publicznych”¹⁸. Przeciwnicy wprowadzania celów niezwiązanych bezpośrednio z zadaniami zamówień publicznych określają cele związane z realizacją aspektów środowiskowych, społecznych i związanych z innowacją jako „die vergabefremde Aspekte”, tj. aspekty obce w stosunku do zamówień publicznych (pojęcie wywodzące się z doktryny niemieckiej)¹⁹. Zwolennicy ekonomii klasycznej oraz leseferyzmu podnosić będą zbyt dużą ingerencję państwa w wolność jednostki, zwracając uwagę na konieczność zapewnienia jak największej wolności podmiotów gospodarczych. Przeciwnicy zwracają uwagę na zagrożenie w realizacji podstawowych zadań

¹⁵ S. Arrowsmith, P. Kunzlik: *Social and Environmental Policies in EC Public Procurement Law* CUP, 2009. Cyt. za: M. Trybus: *Supporting social considerations through public procurement: A legal perspective*. W: *Public Procurement Policy*. Red. G. Piga, T. Tatrai. Routledge 2016.

¹⁶ *Green Paper on the modernisation of EU public procurement policy: Towards a more efficient European Procurement Market*. Brussels 2011. Źródło: http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/docs/2011/public_procurement/synthesis_document_en.pdf [dostęp: 20.04.2021].

¹⁷ R. Caranta, M. Trybus: *The Law of Green and Social Procurement in Europe*. Kopenhaga 2010. Cyt. za: M. Trybus, *Supporting social considerations through public procurement...*

¹⁸ Opinia Rzecznik Generalnej Juliane Kokott z dnia 15 grudnia 2011 r. w sprawie C-368/10 *Komisja Europejska przeciwko Królestwu Niderlandów*, pkt 3 (ECLI:EU:C:2011:810).

¹⁹ P. Nowicki: *Aksjologia prawa zamówień publicznych...*, s. 293.

zamówień publicznych, w tym w szczególności – ich zdaniem – że wprowadzenie aspektów społecznych i środowiskowych może znacząco ograniczyć konkurencję przez wykluczenie podmiotów, które nie spełniają nowych standardów. Dodatkowo wprowadzenie nowych standardów może zniechęcić wykonawców do składania ofert, a realizacja dodatkowych celów może niepotrzebnie skomplikować proces udzielania zamówień, co zwiększy koszty postępowania i ryzyko sporów. Z drugiej jednak strony, zwolennicy wprowadzania do zamówień celów strategicznych wskazują na szczególną rolę państw, które poza wydatkowaniem środków publicznych, zobowiązane są do kształtowania polityki społecznej czy środowiskowej. Usunięcie z zamówień publicznych jakichkolwiek celów społecznych i ekologicznych pozbawiłoby państwo ważnego instrumentu politycznego. Zdaniem ekonomistki M. Mazzucato rynek prywatny nie jest w stanie samodzielnie kształtować gospodarki w taki sposób, by gospodarka ta odzwierciedlała potrzeby i wartości ważne dla społeczeństwa²⁰. Wolny rynek opiera się w głównej mierze na szeroko pojętym zysku – dopóki realizacja celów społecznych lub środowiskowych nie stanie się opłacalna, rynek nie będzie jej zaspakajał. W związku z tym rolą państwa jest korygowanie działań wolnego rynku w celu zapewnienia przynajmniej minimalnych standardów zakupów dbających o wspólne dobro²¹.

Aktualne działania organów Unii Europejskiej, organizacji działających na terenie Unii oraz państw członkowskich pokazują, że instrumentalizacja prawa zamówień publicznych jest niezbędna do zapewnienia rozwoju gospodarczego Unii Europejskiej, przy równoczesnym zmniejszeniu dysproporcji społecznych oraz zapewnieniu ochrony środowiska naturalnego. Wartości wyrażone w dokumentach programowych, traktatach i w dyrektywie klasycznej wskazują, że Unia Europejska stanęła po stronie zwolenników wprowadzania celów środowiskowych, społecznych i związanych z innowacjami do systemu zamówień publicznych.

Zamówienia publiczne w Unii Europejskiej stanowią nie tylko dyscyplinę prawa, ale również politykę wspólnoty europejskiej, bezpośrednio odnoszącą się do podstawowych zasad wspólnego rynku. Zadaniem regulacji zamówień publicznych jest wprowadzenie systemu konkurencyjności na rynkach wewnętrznych i wyeliminowanie wszelkich barier w handlu wewnątrzspółnotowym, które wynikają z preferencyjnych praktyk zakupowych sprzyjających przedsiębiorstwom krajowym, a także stworzenie warunków do powstania

²⁰ M. Mazzucato: *The Entrepreneurial State. Debunking Public vs. Private Sector Myths*. Londyn, 2013.

²¹ *Wiele hałasu o nic? Kilka uwag o instrumentalizacji prawa i roli państwa w gospodarce na przykładzie prawa zamówień publicznych*. W: *Państwo a gospodarka : Interes publiczny w prawie gospodarczym*. Red. H. Nowicki, P. Nowicki, K. Kucharski. Toruń 2018, s. 150.

efektywnego modelu w świadczeniu usług publicznych przez państwo i jego organy. Zamówienia publiczne to narzędzie, które pozwala nabywać przedmioty i usługi niezbędne państwu, uosabia wolność gospodarczą, przedstawia związek stosunków handlowych między podmiotami gospodarczymi a państwem, reprezentuje proces niezbędny do świadczenia usług publicznych, a także demonstrowa strategiczne cele polityki. Zamówienia publiczne jako dyscyplina rozszerzają się z idei wspólnego rynku na wieloaspektowe narzędzie regulacji europejskich obejmujących decyzje polityczne i ujawniają ścisłe powiązanie między scentralizowanymi i krajowymi systemami zarządzania. To właśnie tam skutki prawne przepisów dotyczących zamówień publicznych mogą być najbardziej odczuwalne²².

Widząc daleko idącą instrumentalizację zamówień publicznych, warto zastanowić się nad tym, czym ta instrumentalizacja faktycznie jest. Konieczne jest zarówno spojrzenie na cele pod kątem teoretyczno-prawnym, korzystając z podstaw wykształconych na gruncie teorii i filozofii prawa, jak i przeanalizowanie źródeł prawa zamówień publicznych w kontekście wyznaczania celów zamówień publicznych oraz ich znaczenia.

Wiele osób posługuje się pojęciem celu bez refleksji, czym ten cel jest i jakie ma znaczenie dla systemu prawa. Część badaczy posługuje się pojęciem celu i zasad zamiennie, podczas gdy obie konstrukcje pełnią całkowicie inną funkcję. Aby móc przejść do rozważań nad aktualnym systemem prawnym UE oraz krajowym, konieczne jest określenie, czym jest „cel” oraz jak go prawidłowo określić. Ustalenie, czym jest cel i w jaki sposób można go określić, to tylko jeden element niezbędny do zrozumienia zagadnienia. Cel bez narzędzi do jego realizacji jest bezużyteczny, a im lepsze narzędzia do realizacji celu mamy, tym większe znaczenie samego celu. W niniejszym rozdziale przedstawione zostaną podstawy wyznaczania „dobrego celu” oraz zasady tworzenia właściwego „środka” do realizacji właściwie określonego celu. Mając na uwadze fakt, że w kontekście celu bardzo często pojawiają się zasady prawa, a wręcz często pojęcia te są mylone, konieczne jest również wyjaśnienie pojęcia „zasady” oraz jego relacji do celu w systemie prawa.

Przedmiotowa analiza teoretyczno-prawna umożliwi prawidłowe określenie celów zamówień publicznych, ich funkcji oraz hierarchii w systemie prawa. Posiadając podstawowy aparat pojęciowy, konieczne jest ustalenie, jaka jest rola celów w strukturze systemu prawa. W związku z tym konieczne jest podjęcie rozważań nad budową systemu prawa oraz polityką i strategią państwa. Nie można również pominąć w tej części pracy zagadnienia wykładni

²² Ch. Bovis: *EU Public Procurement Law*. Cheltenham 2007.

celowościowej, która jest ściśle powiązana z celami oraz oceną instrumentalną środków do realizacji celów.

Rozdział ten stanowi podstawę teoretyczną dalszych rozważań przedstawionych w niniejszej pracy i pozwoli odpowiedzieć na dwa postawione w niniejszej pracy pytania badawcze, tj. pozwoli na ustalenie, czym jest cel i jak prawidłowo go określić oraz jaka jest rola celów w kształtowaniu systemu zamówień publicznych.

2. Cel – definicja

Pojęcie „celu” jest używane powszechnie, zarówno w języku naukowym, jak i potocznym. W celu sprecyzowania tego pojęcia konieczne jest sięgnięcie do literatury semantycznej. Zgodnie z definicją S. Szobera „cel to pobudka wewnętrzna, zamiar, dążenie do osiągnięcia jakiegoś przedmiotu bądź stanu lub chęć wykonania jakiejś czynności, słowem, to przyczyna wewnętrzna w przeciwieństwie do wszelakiego rodzaju przyczyn działających od zewnątrz. Jak każda przyczyna, tak i cel pociąga za sobą jakiś skutek. Chęć ziszczenia tego skutku stanowi właśnie tę pobudkę wewnętrzną, którą nazywamy celem”²³. Innym przykładem może być definicja określona przez S. Jodłowskiego, zgodnie z którą celem jest „pewien nieistniejący w danej chwili, lecz tylko przedstawiony stan rzeczy, do którego urzeczywistnienia zmierzamy przez stosowanie odpowiednich środków”²⁴.

Współczesna definicja określona w *Słowniku języka polskiego* PWN jest spójna w szczególności z definicją zaproponowaną przez S. Jodłowskiego i stanowi ona, że „cel” należy rozumieć jako „a) «to, do czego się dąży», b) «to, czemu coś ma służyć», c) «miejsce, do którego się zmierza»”²⁵. Obie definicje wskazują na proces „dochodzenia do czegoś” oraz relację pomiędzy dwoma obiektami. Każdy z tych przykładów pokazuje związek pomiędzy badanym elementem określonym jako „to” a kierunkiem działania, który ma doprowadzić do oczekiwanego rezultatu.

²³ S. Szober: *Jak wyrażamy cel*. „Poradnik językowy” 1936/7, nr 3, s. 51–52. Cyt. za: M. Grochowski: *Pojęcie celu: studia semantyczne*. Wrocław 1980, s. 16.

²⁴ S. Jodłowski: *Rozwój polskich określników celu*. W: *Sprawozdania Towarzystwa Naukowego we Lwowie XIV*. Lwów 1976, s. 31–37. Cyt. za: M. Grochowski, *Pojęcie celu: studia semantyczne...*, s. 16.

²⁵ *Cel*. W: *Słownik Języka Polskiego PWN*. Źródło: <https://sjp.pwn.pl/szukaj/cel.html> [dostęp: 20.04.2021].

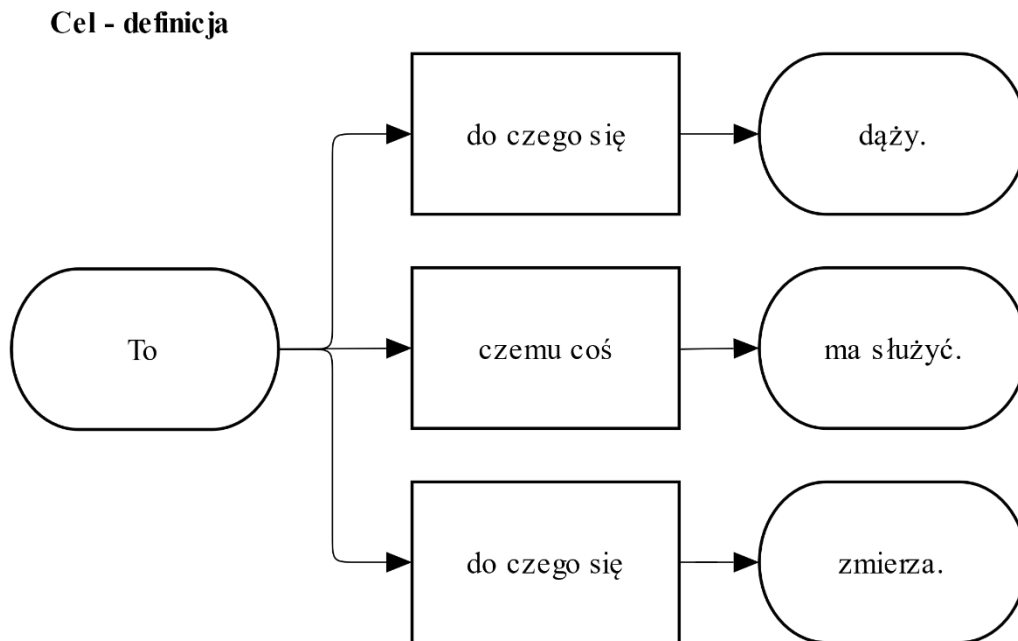


Diagram 1: Definicja celu. Opracowanie własne

Cel jest więc pojęciem dynamicznym, pokazującym proces i zmianę stanu lub sytuacji, zmierzające do osiągnięcia innego, oczekiwanego stanu. W związku z tym cel może być oceniany w szerszym ujęciu – poprzez uwzględnienie przyczyny i efektów. Cel określa kierunek działania. Jeżeli badany element dąży do realizacji określonego celu, możliwe jest badanie celu ze względu na efekty jego zastosowania. W takim przypadku nie jest możliwe pominięcie kwestii związanej z wyjaśnieniem znaczenia zdań celowych. Zdaniem L. Zawadowskiego zdania celowe określają:

- przyczynę działania,
- środek do osiągnięcia celu,
- intencję danego podmiotu, by urzeczywistnić wyrażony cel²⁶.

Przenosząc powyższą definicję na prawodawstwo, pierwszy element zdania celowego będzie określał przyczyny wprowadzenia danego przepisu (środka). O tym, jaka jest ta przyczyna, dowiemy się między innymi z materiałów legislacyjnych, w szczególności z uzasadnienia do projektu danego aktu prawnego oraz z preambuły i motywów wprowadzenia danego aktu znajdujących się w tym akcie. Szukanie intencji danego podmiotu w przypadku prawa należy rozumieć jako podejmowanie interpretacji prawa z uwzględnieniem wszystkich materiałów pozostawionych interpretatorom przez prawodawcę. Oznacza to, że intencji

²⁶ L. Zawadowski: *On the Clauses of Pseudo-Purpose*. "Eos" 1951, nr 44/1, s. 131–152. Cyt. za: M. Grochowski: *Pojęcie celu: studia semantyczne...*, s. 16.

prawodawcy należy poszukiwać zarówno w akcie prawnym (poprzez analizę treści przepisu, całego aktu, umiejscowienia go w systemie prawa, dotychczasowych zmian), a także z materiałów legislacyjnych²⁷. Znając przyczynę – intencję prawodawcy, możliwe jest dokładne określenie celu.

Dla niniejszej pracy istotny jest również drugi element zdania celowego, czyli ustalenie środka do osiągnięcia zamierzonego celu oraz weryfikacja pod kątem zgodności z określonym celem. W tym miejscu konieczne jest rozróżnienie sytuacji, gdy mamy do czynienia z konkretnym podmiotem, który sam wyraża wolę osiągnięcia danego celu, a sytuacją, w której analizujemy przepis czy akt prawny, gdy podmiot nie jest wprost ujawniony. W pierwszym przypadku wola i działanie są ściśle związane z istniejącym podmiotem, który samodzielnie decyduje o własnym działaniu i go kontroluje. W przypadku analizy prawnej w momencie powstania aktu prawnego prawodawca, tj. podmiot abstrakcyjny, niejako odcina się od „działania”. Oznacza to, że prawodawca określa cel i środek, ale przestaje być z nimi bezpośrednio związany, co może utrudniać określenie celu. Nie oznacza to jednak, że nie mamy do czynienia z celem, ponieważ zarówno stan pożądaný, jak i wola została ujawniona. Rolą interpretatora jest rozszyfrowanie tych dwóch elementów przy wykładni przepisu.

3. „Środek” do realizacji celu

Zgodnie z definicją przedstawioną w słowniku języka polskiego PWN „środek” może być rozumiany jako „(1) miejsce jednakowo oddalone od brzegów powierzchni lub przedmiotu; (2) moment dzielący na dwie równe części jakiś okres; (3) wydarzenie lub zjawisko; (4) wewnętrzna część czegoś; (5) coś, co umożliwia lub ułatwia zrobienie czegoś; (6) metoda prowadząca do osiągnięcia celu; (7) substancja chemiczna, preparat itp. stosowane w określonym celu”²⁸. W przedmiotowych rozważaniach istotne dla niniejszej pracy jest rozumienie określone w piątym i szóstym przypadku, czyli rozumienie związane z procesem, dążeniem do określonego stanu w ustalony przez dany podmiot sposób. Należy również zauważyć, że w samej definicji „środka” pojawia się wcześniej omówione pojęcie „celu”. Te dwa wyrażenia są ściśle ze sobą powiązane. Wielu autorów przyjmuje rozumienie „środka” jako działania – na przykład przeczytanie książki jako środek do uzyskania odpowiedzi na zadane pytanie czy przeprowadzenie dowodów jako środek do wydania wyroku. Każdy z tych

²⁷ Z. Tobor: *W poszukiwaniu intencji prawodawcy*. Warszawa 2013, s. 226 i n.

²⁸ *Środek*. W: *Słownik Języka Polskiego PWN*. Źródło: <http://sjp.pwn.pl/szukaj/%C5%9Brodek.html> [dostęp: 20.04.2021].

przykładów zawiera w sobie element zdarzeniowy – czynność. Działanie to można oceniać pod kątem rezultatu lub konsekwencji. Rezultatem przeczytania książki jest to, że książka została przeczytana, natomiast konsekwencją może być uzyskanie oczekiwanej odpowiedzi²⁹.

Pojęcie środka będzie miało istotne znaczenie dla przeprowadzonej analizy w niniejszej pracy. Stanowi on ważny element prowadzący do realizacji celu. Środek i cel stanowią trzon działań, natomiast mogą być analizowane w szerszym kontekście, tj. w kontekście przyczyn podejmowanych działań oraz w kontekście rezultatów i konsekwencji. Schemat zależności przedstawiałyby się w takim przypadku następująco:

Realizacja celu

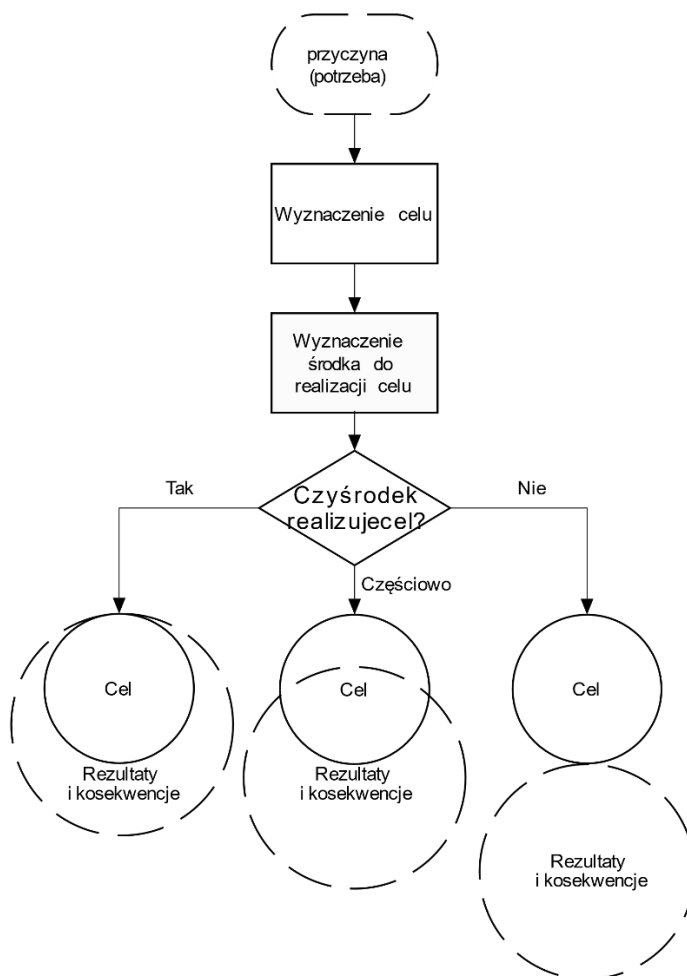


Diagram 2: Proces realizacji celu. opracowanie własne

²⁹ Z. Tobor: *Charakterystyka ocen instrumentalnych i instrumentalne oceny przepisów prawnych*. Katowice 1986, s. 32–52.

Przedstawienie wypowiedzi w ten sposób pozwala ukazać wpływ poszczególnych czynników: wyznaczenia celu i środków do jego realizacji. Nieprawidłowe określenie środków do realizacji celów będzie niosło za sobą rezultaty i konsekwencje, które nie będą skutkowały osiągnięciem założonego celu. Należy również zauważyć, że nawet w sytuacji, gdy cel zostanie osiągnięty, dany środek może powodować inne (większe lub mniejsze) niezamierzone rezultaty i konsekwencje.

Przedmiotem niniejszej pracy jest przeprowadzenie oceny realizacji celów zamówień publicznych. Aby tego dokonać, konieczne jest zbadanie celu – jednak przez pryzmat środków, które do niego prowadzą, oraz konsekwencji i rezultatów, jakie te środki powodują. Przyczyna (potrzeba) jest istotna na etapie wyznaczania celu – staje się motywem wyznaczenia celu. Zwykle przyczyna jest ważna – pozwala ustalić, co motywowało twórcę celu do jego wyznaczenia. W przypadku analizy prawa potrzeba zwykle jest wyrażona w materiałach legislacyjnych. Można ją również odnaleźć w okolicznościach (politycznych, społecznych, gospodarczych), które towarzyszyły powstaniu danego aktu prawnego.

4. Instrument prawny

W doktrynie prawa termin „instrument prawny” utożsamiany jest z pojęciem „środka działania”. Przyjmuje się, że instrumenty prawne w publicznym prawie gospodarczym służą do osiągnięcia celów ingerencji w sferę gospodarki³⁰. K. Strzyczkowski zdefiniował, że instrumenty prawne funkcji wspierania gospodarki „zasadniczo stanowią przewidziane w przepisach prawnych i stosowane przez organy administracji publicznej środki (subwencje, dotacje, ulgi, zwolnienia podatkowe itp.) stosowane w ramach programów pomocowych bądź w ramach pomocy indywidualnej organizujące przedsięwzięcia makroekonomiczne i aktywnie wspierające przedsiębiorców”³¹. W przypadku administracji gospodarczej (tj. administracji związanej z prowadzoną przez przedsiębiorców działalnością gospodarczą) można wskazać podział na „środki (instrumenty) ogólne” – do których należą takie konstrukcje, jak strategie programy, plany – oraz „środki (instrumenty) indywidualne, do których należą między innymi nakazy i zakazy czy środki oddziaływania gospodarczego. Nie istnieje jednak katalog zamknięty instrumentów funkcjonujących w systemie prawa, a wszystkie wcześniej

³⁰ K. Strzyczkowski: *Prawo gospodarcze publiczne*. Warszawa 2011, s. 179–197.

³¹ A. Borkowski, A. Chełmoński, M. Guziński, K. Kiczka, L. Kieres, T. Kocowski, M. Szydło: *Administracyjne prawo gospodarcze*. Warszawa 2003, s. 5.

wymienione instrumenty miały charakter przykładowy³². W doktrynie pojawia się również pogląd, że instrument prawny należy rozumieć jako normę prawną lub zespół norm służących do realizacji określonego celu (charakter teleologiczny norm)³³. W tym ujęciu zgodny jest on również z definicją instytucji prawnej³⁴. W konsekwencji należy uznać, że instrument prawny:

- nie ma z góry określonej struktury – instrumentem może być zarówno pojedynczy przepis, cała konstrukcja prawna, akt lub polityka;
- wyodrębnienie przepisu, grupy przepisów lub aktu następuje pod kątem funkcjonalnym – instrument ma służyć realizacji wyznaczonych celów;
- może być również rozumiany jako środek działania, środek do realizacji celu lub instytucja prawna.

Mając na uwadze wskazaną definicję, możliwe będzie wyodrębnienie poszczególnych instrumentów prawnych na gruncie Nowej ustawy PZP w rozdziale 5. niniejszej pracy.

5. Zdanie a ocena

Dokonanie oceny stosowanego środka wymaga zrozumienia, czym jest ocena. Wypowiadane zdania służą do wyrażania przekonania co do faktów. Pozwalają opisać rzeczywistość w sposób obiektywny. Zdania posiadają wartość logiczną. Oznacza to, że możliwe jest obiektywne ustalenie prawdy lub fałszu danego stwierdzenia. Oceny natomiast wyrażają naszą aprobatę lub dezaprobatę pewnego stanu rzeczy. Gdy mówimy o pewnym wyroku, że został wydany przez KIO, że jego uzasadnienie sformułowano na pięciu stronach oraz że w stosunku do niego strony wniosły środki odwoławcze, to formułujemy zdania. Jeżeli jednak powiemy, że wyrok ten był rażąco niesprawiedliwy, niesłuszny lub nieskuteczny – to dokonujemy oceny.

W języku powszechnie używa się zwrotów takich jak: ocena występowania podstawowego interesu bezpieczeństwa państwa (art. 12 ust. 2 Nowej ustawy PZP), ocena spełnienia warunków udziału w zamówieniu czy ocena ofert (art. 104 Nowej ustawy PZP). W takich zwrotach słowo „ocena” można zastąpić wyrażeniem „stwierdzić obecność” lub „stwierdzić, że A mieści się w zakresie B”. Takie sformułowania nie są przedmiotem rozważań.

³² K. Strzyczkowski: *Prawo gospodarcze publiczne...*, s. 198.

³³ A. Erechemla: *Ochrona wybranych instrumentów prawa ochrony środowiska w zapewnieniu bezpieczeństwa walorów przyrodniczych i turystycznych*. W: *IV Konferencja Naukowo-Techniczna „Błękitny San”*. Nozdrzec 2007, s. 172–173.

³⁴ Z. Ziemiński: *Szkice z metodologii szczegółowych nauk prawnych...*, s. 28.

Pojęcie „ocena” może być rozumiane jako proces lub efekt tego procesu. Najogólniej rzecz ujmując, „ocena” jest zwykle oceną czegoś ze względu na coś. Zawsze zawiera w sobie etap, w którym stajemy za lub przeciw przedmiotowi podlegającemu ocenie. Następnie odwołujemy się do relacji między danym działaniem a konsekwencjami. Proces ten polega więc na ustaleniu, czy przedmiot oceny pozwala nam osiągnąć założone konsekwencje. Przykładem może być następująca wypowiedź: „Odwołanie do KIO zapewnia dobrą ochronę wykonawcy w zamówieniu publicznym”. W tym przypadku podmiot dokonał oceny instytucji środka odwoławczego w konkretnym kontekście, tj. w ramach ochrony wykonawcy. Należy również zauważyć, że takie rozumienie oceny prowadzi do wniosku, że oceny nie są jedynie wyrażeniem naszych emocji, z założenia subiektywnych, lecz zawsze odwołują się do pewnych standardów powszechnie akceptowanych, a wybranych przez rozmówcę. Wracając do powyższego przykładu, co do zasady można zgodzić się z autorem wypowiedzi, że odwołanie umożliwia zapewnienie ochrony wykonawcy. Możliwe jest również przeprowadzenie rozważań, czy konstrukcja ta w pełni zapewnia ochronę, czy tylko częściowo, lub czy jest to najlepsza konstrukcja prawna w celu zapewnienia ochrony wykonawcy. Omawiana wypowiedź jest więc co do zasady akceptowalna. Pomimo że ta wypowiedź nie jest zdaniem logicznym i nie można określić, czy jest prawdą, czy fałszem, w oparciu o utrwalone standardy jesteśmy w stanie określić zgodność wypowiedzi z nimi. Podmiot oceniający sam wybiera standardy swojej oceny, natomiast standardy te również mogą podlegać ocenie.

Wypowiedź wyrażająca postawę „za” lub „przeciw” może być użyta z zamiarem rekomendowania, zalecania, chwalenia, ganienia, skrytykowania itp. ocenianego przedmiotu. Jak już podkreślano, wypowiedź jest prawdziwa (fałszywa), gdy opisuje jakiś stan rzeczy zgodnie (niezgodnie) z rzeczywistością. Jeżeli jakaś wypowiedź niczego nie opisuje, ale wyraża jedynie naszą aprobatę lub dezaprobatę, to kwalifikować jej w kategoriach prawdy lub fałszu nie możemy. Powszechnie uznaje się, że oceny mogą być dwojakiego rodzaju: oparte na wewnętrznej właściwości ocenianego przedmiotu lub oparte na badaniu następstw danej rzeczy. Najłatwiej przedstawić to na przykładzie „dobra”. Coś może być „dobre” samo w sobie – na przykład człowiek, potrawa, komputer; skupiamy się wtedy na wewnętrznych właściwościach danego obiektu – jest to tak zwana ocena właściwa. Inną sytuacją jest ocenianie przedmiotu jako „dobry środek”, czyli „oceny ze względu na skutki”³⁵. Przykładem może być zdanie: „SWZ jest dobry” – jest to ocena właściwości dokumentu, na przykład ze względu na

³⁵ Z. Tobor: *Charakterystyka ocen instrumentalnych i instrumentalne oceny przepisów prawnych...*, s. 14–16.

przejrzystość i styl. Może to jednak być także zdanie: „SWZ jest dobry do uzyskania informacji o przedmiocie zamówienia” – w tej sytuacji omawiany SWZ staje się dobry ze względu na zastosowanie (skutki zastosowania); taka ocena zwana jest oceną utylitarną. Sądy pierwszego rodzaju są subiektywne i intuicyjne. Nie jest możliwe poparcie ich odpowiednimi argumentami. W drugim przypadku oceniamy skutki związku przyczynowego między rzeczą a rezultatem, który naszym zdaniem jest dobrym rezultatem (czyli wracamy do oceny właściwej) lub lepszym od innych³⁶. To właśnie ten rodzaj oceny jest kluczowy dla niniejszej pracy i to ona będzie przedmiotem dalszych rozważań. W takim przypadku ocena nie stanie się wyłącznie subiektywnym poglądem autora, a działaniem obiektywnym i możliwym do weryfikacji.

Według Zygmunta Tobora dotychczasowe rozważania dotyczące ocen można podzielić na cztery grupy. Pierwszą – jako „dobry środek”, czyli ocenę przedmiotu jako dobrego narzędzia (dobrego, tzn. skutecznego lub efektywnego). Drugą – jako „środek do dobrego”, czyli sytuację, w której nie badamy i oceniamy właściwości narzędzia, lecz skutki, jakie ze sobą niesie, jak i to, czy zbliża nas ono do oczekiwanego dobrego rezultatu. Kolejna grupa łączy poprzednie teorie i może być ujęta jako „dobry środek do dobrego”. Ostatnia grupa ujmuje ocenę utylitarną jako ocenę ze względu na skutki.

W teoriach naukowych tradycyjnie występuje podział na oceny zasadnicze (właściwe) i instrumentalne (celowościowe, utylitarne). W ocenach zasadniczych oceniamy dany przedmiot „dla niego samego”, bez względu na jego relację do innych przedmiotów. Oceny instrumentalne to takie, w których oceniamy dany przedmiot jako „dobry środek”, „środek do dobrego”, „dobry środek do dobrego” czy też ze względu na skutki, które powoduje. Rozróżnienie zdań (w sensie logicznym), przepisów (norm) i ocen odgrywa ważną rolę w nauce prawa, gdyż stanowi podstawę wyróżnienia wielu języków związanych z prawem, takich jak język tekstów prawnych, praktyki stosowania i interpretacji prawa, dogmatyki prawa czy też język potocznego dyskursu prawnego.

W tym miejscu należałoby również dokonać rozróżnienia ocen i norm. Ocena orzeka o pewnych obiektach lub ich stanach, że są wartościowe lub nie i dzieli się na:

- Ocenę zasadniczą (właściwą, pierwotną) – ma charakter autonomiczny (nie wymaga odniesienia do rzeczywistości). Oceniamy dany przedmiot jako „godny posiadania dla

³⁶ Tamże, s. 17.

niego samego”³⁷. Jego wartość wynika z samego przedmiotu, a nie z relacji z efektem, np. prawo jest dobre.

- Ocenę użyteczną (celowościową, pochodną) – pewien stan rzeczy jest oceniany ze względu na jego następstwa, np. „Kryteria pozacenowe dobrze wpływają na poprawę jakości zamawianych towarów lub usług”. Ocena użyteczna zawsze podlega uzasadnieniu przez inne oceny użyteczne, aż dojdziemy do oceny właściwej. Ocenę użyteczną możemy rozumieć jako:

1. Dobry jako środek.
2. Środek do dobrego i dobry środek do dobrego – czyli ocena instrumentalna, gdyż dany przedmiot posiada wartość instrumentalną, tzn. obserwujemy przedmiot jako instrument do czegoś. Jego wartość wynika z tego, jakim jest środkiem do realizacji celu.
3. Ocena ze względu na skutki – według doktryny mamy w tym przypadku do czynienia z „ewentualnym związkiem psychologicznym ocen właściwych i użytecznych, gdy pośród przekonań, stanowiących motywy wyznawania pewnych ocen użytecznych, miało się znajdować jako motyw niezbędny przekonanie odpowiadające ocenie właściwej”³⁸. Ocena ta dokonywana jest *post factum*, przy założeniu, że skutki odzwierciedlają motyw działania przyczyniającego się do powstania określonych skutków.

Norma nie stanowi ocen. Zawiera w swojej treści nakazy lub zakazy postępowania, natomiast nie dokonuje oceny tych zachowań. Normy możemy podzielić na normy właściwe oraz instrumentalne. Te pierwsze pokazują cel, a nie środki potrzebne do jego osiągnięcia, np. „Zakaz składania dwóch ofert w postępowaniu”. Drugi typ normy pokazuje cel, jak i drogę niezbędną do jego realizacji, np. „Złóż odwołanie w celu unieważnienia postępowania”. Normy są językiem prawa; stwierdzają, jakie działanie lub zaniechanie jest oczekiwane. Normy mogą być przedmiotem oceny, natomiast nie stanowią oceny same w sobie.

6. Oceny instrumentalne

Oceny instrumentalne to sposób formułowania ocen użytecznych połączony z rozumieniem, jakoby sprowadzały się one do „stwierdzenia przydatności, skuteczności

³⁷ Tamże, s. 102–104.

³⁸ M. Ossowska: *O dwóch rodzajach ocen*. „Kwartalnik filozoficzny” 1946, z. 2–4, s. 289.

czegoś jako środka do danego celu według posiadanej przez nas wiedzy o związkach przyczynowych”³⁹. W tym miejscu należałoby wyróżnić dwa przypadki: „X jest dobry jako K” – jest to przypadek, gdy coś nie jest K, natomiast może być skutecznie zastosowane jako K (np. nóż nie jest śrubokrętem, natomiast sprawdza się przy odkręcaniu śruby płaskiej) i „X jest jako K dobry”, tzn. jest dobry w swoim rodzaju. Aby lepiej zobrazować, co to tak naprawdę oznacza, posłużę się czterema przypadkami:

- 1) „Zamówienie jest szybsze niż inne dlatego jest lepsze”. Ale dlaczego szybsze zamówienie jest lepsze? Odpowiedź: Bo generuje mniej kosztów. W związku z tym istnieją dwie relacje:
 - a. pomiędzy obniżaniem kosztów a szybkością zamówienia – związek przyczynowy;
 - b. pomiędzy obniżaniem kosztów a „dobrocią” zamówienia – związek logiczny.
- 2) „Zamówienie jest lepsze od innych, bo generuje mniej kosztów”. W tej sytuacji pomijamy relację a. i powstaje twierdzenie, że generujące niższe koszty zamówienie jest lepsze;
- 3) „To zamówienie jest lepsze niż inne”. Ów sąd oparty jest na odniesieniu do zamawiającego – i tak dla jednego lepsze będzie zamówienie dłuższe, bo pozwoli lepiej przygotować się do jego realizacji (patrzmy więc na podmiot i do jakich celów danego przedmiotu używa).
- 4) „To zamówienie jest lepsze niż inne, bo ktoś je bardziej preferuje”. Nie jest to jednak sąd dotyczący dobra instrumentalnego.

Jeżeli jakiemuś przedmiotowi przypisujemy dobro instrumentalne, to uznajemy, że to coś jest dobre w swoim rodzaju. W przykładach 1) – 3) słowo „dobry” zastępowało pewne cechy własne przedmiotu (szybszy, generujący mniej kosztów), miało więc funkcję zastępowania, a to oznacza, że dane zdanie można było rozpatrywać w kategoriach prawdy czy fałszu – jest to bowiem związane z pewną opisowością i obiektywnością, dzięki którym można im nadać pewne wartości logiczne. W przypadku 4) słowo „dobry” pełniło funkcję wyrażania i takiego zdanie nie można rozpatrywać jako prawdziwe czy fałszywe⁴⁰.

³⁹ Z. Ziemiński: *Logika praktyczna*. Warszawa 1975, s. 102.

⁴⁰ G.H. von Wright: *The Varieties of Goodness*. Londyn 1964, s. 24–29.

Należy zwrócić uwagę na przypadek, gdy dana rzecz w pewnych okolicznościach staje się użyteczna do pewnych celów, co nie świadczy o jej „dobroci” w swoim rodzaju. Jednakże sformułowanie „szybsze zamówienie” nie jest równoznaczne z twierdzeniem, że dane zamówienie jest dobre⁴¹. Mamy w tej sytuacji do czynienia z tzw. dobrem utylitarnym. Jest ono niezależne od wszelkiej wartości, którą może mieć cel, do którego dany środek prowadzi. Przy dokonywaniu oceny instrumentalnej badamy jedynie związek przyczynowy pomiędzy działaniem a konsekwencjami. Analogicznie, jeżeli mamy do czynienia ze złym środkiem, mamy na myśli działanie, które udaremnia nam osiągnięcie danego celu lub ani nie pomaga, ani nie utrudnia osiągnięcia celu (środek obojętny).

Oceny instrumentalne typu „środek do dobrego” i „dobry środek do dobrego” sprowadzają się do stwierdzenia, że dany obiekt nadaje się do określonego celu i ten cel jest dobry⁴². Oceny te zawierają w sobie wartości instrumentalne – oznacza to, że dany środek może (lecz nie musi) być wartością samą w sobie, a ponadto prowadzi do realizacji słusznego celu. I to właśnie ten cel decyduje o tym, że dany środek jest wartościowy. Dobry cel to taki, który prowadzi do osiągnięcia czegoś wartościowego. Dlatego należy uznać, że jakiś przedmiot może być uznany jako dobry nie dlatego, że urzeczywistnia zamierzony cel, lecz dlatego, że służy osiągnięciu czegoś wartościowego. Mamy więc do czynienia z „dobrem instrumentalnym”, które sprowadza się do dwóch elementów: związku przyczynowego między czymś a czymś oraz wyniku niosącego w sobie jakąś wartość. W tym miejscu należy wskazać, że „jeśli sąd intuicyjny o czymś, że jest dobre, jest sądem prawdziwym, to jest on takim zawsze i wszędzie, posiada walor powszechności”⁴³. Prawodawca powszechnie posługuje się wartościami, które uznał za „godne osiągnięcia”, dlatego też często mamy do czynienia z oceną instrumentalną „środek do dobrego”. Każdy środek prawny zostaje wprowadzony do systemu prawa w celu realizacji zamierzonego przez prawodawcę celu. Są to wartości ogólne, takie jak sprawiedliwość społeczna lub związane z pewnymi dziedzinami działań, na przykład dotyczące statusu jednostki w procesie i ochrony jej praw. Powinniśmy założyć, że jeżeli jakiś przepis prawny przeszedł drogę legislacyjną, to został zweryfikowany pod kątem realizowania założonych celów – wartości instrumentalnych. Dlatego też powszechnie mamy do czynienia z wykładnią celowościową⁴⁴. Oczywiście, ocena celów jest działaniem relatywistycznym.

⁴¹ Tamże, s. 43.

⁴² Z. Tobor: *Charakterystyka ocen instrumentalnych i instrumentalne oceny przepisów prawnych...*, s. 53–76.

⁴³ M. Fritzhand: *Główne zagadnienia i kierunki metaetyki*. Warszawa 1970, s. 121.

⁴⁴ Z. Tobor: *Charakterystyka ocen instrumentalnych i instrumentalne oceny przepisów prawnych...*, s. 53–76.

To, co dla kogoś jest działaniem właściwym, wcale nie musi takie być dla innego. Dlatego też to prawodawca posiada przywilej decydowania o realizowanych celach w granicach uznanych zasad państwa prawa.

Ocena danego „środka do dobrego” może się zmieniać w wyniku nowych okoliczności czy obserwacji. Przykładem może być art. 91 ustawy PZP z 2004 r. Nowelizacją tej ustawy z dnia 29 sierpnia 2014 r.⁴⁵ wprowadzono przepis, w myśl którego przyjęto zasadę, że cena nie może stanowić jedyne kryterium oceny ofert, chyba że zaistnieją określone w ust. 2a szczególne okoliczności. Celem tego przepisu było zwiększenie wpływu kryteriów pozacenowych na wybór oferty. Środek ten został zaaprobowany przez prawodawcę – został więc pozytywnie przez niego oceniony. W wyniku obserwacji ustalono jednak, że wprowadzony przepis nie wpłynął na zwiększenie znaczenia kryteriów pozacenowych (zamawiający przyznawali tym kryterium niską wagę – 1 proc. – 5 proc., co w konsekwencji nie wpływało na ostateczną ocenę ofert w postępowaniu), czyli nie zrealizował zamierzonego celu. W związku z tym została dokonana kolejna zmiana zobowiązująca do stosowania kryterium ceny o wadze maksymalnie 60 proc.⁴⁶ W tej sytuacji mieliśmy do czynienia z ujemną oceną środka ze względu na skutki. Jednakże gdybyśmy w takim przypadku nie odwołali się do zamierzonego celu (pożądanego wartości), jakim było zwalczanie stosowania w postępowaniu wyłącznie kryterium ceny, nie istniałaby podstawa do zmiany wcześniejszego brzmienia art. 91 ust. 2a ustawy PZP z 2004 r., gdyż dany przepis – zakaz stosowania kryterium ceny jako jedyne kryterium – został zrealizowany.

Ocena instrumentalna typu „dobry środek do dobrego” łączy w sobie założenia dwóch ww. typów. Zwraca uwagę na jakość „środka” i wartość wewnętrzną „celu”. Nawet kiepski środek uzyskuje pozytywną ocenę, ponieważ jest środkiem do dobrego. Natomiast konieczne jest szukanie najlepszego możliwego rozwiązania do osiągnięcia danego celu. Konsekwencją takiego poglądu jest ciągła zmienność środków realizacji celów.

Szczególnym typem oceny instrumentalnej jest ocena użyteczna. Ten typ ocen opiera się na założeniu, że oceniamy coś ze względu na jego użytek lub skutki – zarówno wtedy, gdy motywami wygłaszania ocen są przeświadczenia o ich skutkach, jak i w przypadku, gdy te

⁴⁵ Ustawa o zmianie ustawy – *Prawo zamówień publicznych* z dnia 29 sierpnia 2014 r. (Dz.U. z 2014 r. poz. 1232 zm.).

⁴⁶ Ustawa o zmianie ustawy – *Prawo zamówień publicznych* oraz niektórych innych ustaw z dnia 22 czerwca 2016 r. (Dz.U. Z 2016 r. Poz. 1020).

przeświadczenia stanowią rację oceny⁴⁷. Skupiamy się więc na wyobrażeniach o osiągnięciu danego wyniku, które stają się motywem wyrażenia danej oceny użytecznej. Ocenie natomiast podlega jedynie skutek, który przesądza o ocenie środka. Jeżeli X jest środkiem do Y, to wartość Y determinuje X. Ocenę takiej możemy dokonać jedynie w przypadku, gdy X zostanie użyty do Y i tylko w takim przypadku. Jeżeli użyjemy X do Z, to X nie będzie miało już wartości Y, tylko Z. A kiedy działanie X jako środka do Y będzie dobre? W sytuacji, gdy w zbiorze przeanalizowanych sytuacji skutki działania X względem Y zostały uznane przez analizującego za dobre. W praktyce prawa oznacza to, że badając przepis (X) pod kątem realizowania założonych celów (Y) badamy szereg sytuacji i oceniamy, czy w większości przypadków przepis był dobrym środkiem do zrealizowania założonych celów.

7. Zasady – definicja, funkcje

Analizując cele oraz środki, należy również przedstawić pojęcie zasad i ich znaczenie dla całego procesu oceniania środków ze względu na cel. Jest to szczególnie istotne, ponieważ w doktrynie bardzo często pojęcie celu i zasady jest używane bezrefleksyjnie. W konsekwencji trudno jest rozróżnić odbiorcy, co jest celem, co zasadą i jakie są zależności między tymi dwiema konstrukcjami. Skutkiem tego zasady, w szczególności zasada konkurencyjności, dominowały nad celami zamówień publicznych⁴⁸, przez co cele zamówień publicznych nie były realizowane⁴⁹. Właściwe umiejscowienie zasad w systemie prawa ma kluczowe znaczenie dla właściwej interpretacji przepisów.

Termin „zasady prawa” ma swoje źródło w języku powszechnym i zawiera w sobie wieloznaczność. Z zasadami możemy mieć do czynienia w różnych dziedzinach. Istotne

⁴⁷ M. Ossowska: *O dwóch rodzajach ocen...*, s. 282–283.

⁴⁸ Przykładem może być artykuł M. Zaborowskiego, w którym autor wskazuje na główne cele regulacji, które w istocie są zasadami: „Można zatem zauważyć, że głównym celem regulacji systemu zamówień publicznych jest przede wszystkim powszechne stosowanie określonych reguł wydatkowania środków publicznych, ale również powszechny i równy dostęp do zamówień publicznych, czemu ma służyć jawność postępowań, równe traktowanie wykonawców przez zamawiających oraz uczciwa konkurencja, która winna być podstawą przy udzielaniu i realizacji zamówień publicznych” (M. Zaborowski: *Optimum*. „Economic Studies” 2019, nr 3, s. 155).

⁴⁹ O czym świadczy poziom realizacji celów wskazany w *Sprawozdaniu Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych w 2019 r.* (Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2020), gdzie analiza udzielonych zamówień wskazuje, że cele strategiczne są realizowane jedynie w niewielkim zakresie (o czym będzie szerzej w dalszej części pracy).

z punktu widzenia niniejszej pracy jest rozumienie „zasad” jako fundamentu, na którym powinno się coś opierać⁵⁰.

W języku prawnym wyróżniamy *normy zasady*, mające istotne znaczenie przy interpretacji przepisów. Od *norm regul* różnią się sposobem ich zastosowania oraz istotnością i doniosłością.

Normy reguły mogą być spełnione w całości albo wcale. Oznacza to, że analizując pewne zdarzenie, jesteśmy w stanie wskazać, czy dana norma została spełniona, czy nie⁵¹. Jeżeli w dyspozycji przepisu mamy do czynienia z pewnym nakazem lub zakazem postępowania (np. zgodnie z art. 55 ust. 1 Nowej ustawy PZP: „Członków komisji przetargowej powołuje i odwołuje kierownik zamawiającego”), jesteśmy w stanie w danej okoliczności określić, czy zamawiający zastosował przepis, czy nie. W takim przypadku nie możemy mówić o częściowym wykonaniu dyspozycji przepisu (kierownik zamawiający częściowo wykonał obowiązek wynikający z art. 55 ust. 1 ustawy PZP). Reguły mają więc na celu wymuszać konkretne zachowania.

W przypadku zasad mamy do czynienia z pewnymi fundamentami i powinnościami, które powinny być wypełniane w maksymalnym stopniu⁵². Posiadają one również doniosłość wynikającą z wyrażanych wartości. Ma to znaczenie w szczególności w przypadku kolizji zasad. W takiej sytuacji interpretator musi wyważyć analizowane zasady, pod kątem tych wartości i określić w jakim stopniu powinny zostać spełnione⁵³. Prawie w każdym przypadku będziemy mieli do czynienia z kolizją zasad. Dlatego też, zgodnie z tezą Roberta Alexego, w przypadku kolizji zasad musi dojść do ich ważenia i ograniczenia zastosowania⁵⁴.

Zgodnie z poglądem J. Wróblewskiego zasady prawa można podzielić na dwa typy:

- zasady systemu prawa, tj. normy o charakterze zasadniczym, które znajdują oparcie w tekście aktu prawnego;

⁵⁰ S. Tkacz: *O zintegrowanej koncepcji zasad prawa w polskim prawoznawstwie (Od dogmatyki do teorii)*. Toruń 2014, s. 73–78.

⁵¹ M. Dybowski: *Ronald Dworkina koncepcja zasad prawa*. „Ruch prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2001, z. 3, s. 99–115.

⁵² R. Dworkin: *Biorąc prawa poważnie*. Tłum. T. Kowalski. Warszawa 1998, s. 63.

⁵³ M. Dybowski: *Ronald Dworkina koncepcja zasad prawa...*, s. 65.

⁵⁴ G. Maroń: *Formuła ważenia zasad prawa jako mechanizm usuwania ich kolizji na przykładzie koncepcji Roberta Alexego*. „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Rzeszowskiego. Seria prawnicza” 2009, z. 53, s. 86–105.

- tzw. postulaty systemu prawa, tj. idee, które wprawdzie nie zostały wprost wyrażone w akcie prawnym (lub zostały wyrażone jedynie częściowo), lecz którymi powinien kierować się prawodawca⁵⁵.

Przykładem zasad systemu prawa, o których mowa powyżej, są przepisy Nowej ustawy PZP wskazane w Dziale pierwszym, rozdziale II. Prawodawca wprost wskazał, na jakich zasadach powinno być przeprowadzane postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego. W przepisach od art. 16 do 20 Nowej ustawy PZP wskazano takie zasady, jak zasada uczciwej konkurencji, jawności, proporcjonalności i przejrzystości. Występują w tych przepisach również zasady specyficzne dla zamówień publicznych, tj. równego traktowania wykonawców, prymatu trybów konkurencyjnych itp. Wskazane przepisy tworzą pewne reguły działania, którymi powinien kierować się każdy uczestnik zamówień publicznych. Szczegółowe omówienie poszczególnych zasad zostanie przedstawione w rozdziale trzecim niniejszej pracy. Teraz najważniejsze jest ustalenie znaczenia i funkcji zasad.

Zasady prawa rozumiane jako *postulaty systemu prawa* postrzegane są jako pewne reguły niewyrażone wprost w tekście aktu prawnego, lecz które wyprowadza się w oparciu o analizę prawnoporównawczą lub z poglądów wynikających z przekonań danego społeczeństwa (coś jest słuszne lub sprawiedliwe)⁵⁶.

S. Wronkowska, M. Zieliński i Z. Ziemiński w inny sposób dokonali podziału zasad prawa. Ich zdaniem, zasady te można podzielić na dwie kategorie:

- *zasady prawa pojmowanie dyrektywalnie* – stanowią one normy systemu prawnego; oznacza to, że zostały przez prawodawcę wprowadzone do systemu, stanowią normę o szczególnej doniosłości w stosunku do pozostałych obowiązujących norm;
- *zasady prawa pojmowane opisowo*⁵⁷ – zasady te należy rozumieć jako wzorzec ukształtowania określonych instytucji prawnych, który został odtworzony z istniejących norm prawnych⁵⁸; zasady rozumiane w ten sposób, nie są wprost wskazane w przepisie, lecz można ją wyprowadzić z przepisów – w takim przypadku po pierwsze wyprowadzamy normę i po drugie (co równie ważne) określamy istotność danej normy dla systemu prawnego.

⁵⁵ J. Wróblewski: *Zagadnienia teorii wykładni prawa ludowego*. Warszawa 1959, s. 255.

⁵⁶ S. Tkacz: *O zintegrowanej koncepcji zasad prawa w polskim prawodawstwie...*, s. 24–28.

⁵⁷ S. Wronkowska, M. Zieliński i Z. Ziemiński: *Zasady prawa. Zagadnienia podstawowe*. Warszawa 1974, s. 29–50.

⁵⁸ S. Tkacz: *O zintegrowanej koncepcji zasad prawa w polskim prawodawstwie...*, s. 31.

Funkcje zasad

Zasady prawa mogą pełnić różne funkcje. Po pierwsze mogą kształtować dyrektywy kształtujące działalność organów państwowych. Oznacza to, że wyznaczają one relację pomiędzy państwem i obywatelem, zapewniając obywatelowi, że działania będą zgodne z akceptowanymi standardami⁵⁹. Zasady zapewniają więc sprawność działania państwa. Drugą funkcją zasad prawa jest wyznaczenie kierunku działań dla prawodawcy. Pojawiają się w doktrynie stwierdzenia, że zasady prawa wskazują wartości, które powinny zostać uwzględnione przy tworzeniu prawa⁶⁰. Kolejną rolą zasad jest określanie dyrektyw działania dla podmiotów stosujących prawo. W tym rozumieniu zasady prawa stanowią istotny element przy przeprowadzaniu wykładni prawa. Pozwalają zapewnić jednolite stosowanie prawa⁶¹. Każdy podmiot dekodujący normę powinien mieć na uwadze obowiązujące zasady prawa; dzięki temu możliwe jest prawidłowe odtworzenie normy⁶². F. Emmert i M. Morawiecki postrzegają zasady prawa jako narzędzie służące wypełnianiu luk w systemie prawa⁶³. Oznacza to, że z jednej strony pozwalają wypełnić brakujący fragment, przy czym równocześnie zapewniają pewne granice w swobodzie stosowania prawa. Dzięki temu prawo staje się bardziej elastyczne i dopasowane do konkretnej sytuacji. Zasady prawa pełnią również funkcję poznawczą i porządkującą wszystkie przepisy w systemie prawa. Stanowią również podstawę do przeprowadzenia analizy prawno-porównawczej⁶⁴. Wszystkie opisane funkcje zasad prawa wskazują na ich pomocniczy charakter. Stają się użyteczne dopiero w powiązaniu ich z innym działaniem (tworzeniem prawa, stosowaniem prawa czy komparatystyką). Są one wartościami, które powinny być uwzględniane na każdym etapie stosowania prawa, lecz nie stanowią celu same w sobie.

Mając na uwadze wszystkie wyżej opisane poglądy, należy uznać, że zasady stanowią „filtr”, który powinien być wykorzystywany przy tworzeniu, stosowaniu prawa, jak i kontroli jego funkcjonowania. Jeżeli więc przeprowadzana jest analiza danego instrumentu prawnego, przy przeprowadzaniu oceny, czy instrument ten stanowi „dobry środek do celu”, konieczne

⁵⁹ S. Tkacz: *O zintegrowanej koncepcji zasad prawa w polskim prawodawstwie...*, s. 175.

⁶⁰ A. Doliwa: *Prawo cywilne – część ogólna*. Warszawa 2004 r., s. 9.

⁶¹ R. Szostak: *Kilka uwag o roli zasad udzielania zamówień publicznych*. „Zamówienia Publiczne Doradca” 2020, nr 2, s. 40

⁶² G. Łaszczycza, Cz. Martysz, A. Matan: *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*. Warszawa 2010, s.13-18.

⁶³ F. Emmert, M. Morawiecki: *Prawo europejskie*. Warszawa–Wrocław 2002, s. 111 n.; M. Ahlt, M. Szpunar: *Prawo europejskie*. Warszawa 2002, s. 39 n.

⁶⁴ S. Tkacz: *O zintegrowanej koncepcji zasad prawa w polskim prawodawstwie...*, s. 177.

jest zweryfikowanie tego instrumentu przy uwzględnieniu funkcjonujących zasad. Jeżeli więc określone zostały „dobre cele”, możliwe jest przeprowadzenie oceny poszczególnych instrumentów. Skoro prawo zapewnia nam narzędzie w postaci zasad prawa, możliwe jest ustalenie, czy dany instrument stanowi „dobry środek do realizacji dobrego celu”. W konsekwencji instrument prawa:

- jest „dobrym środkiem” – jeżeli jest zgodny z zasadami i realizuje określony cel;
- jest „środkiem” – jeżeli w prawdzie realizuje określony cel, lecz nie jest zgodny z obowiązującymi zasadami prawa;
- nie jest „środkiem” – jeżeli nie prowadzi do realizacji określonego celu; tym przypadkiem nie ma znaczenia, czy jest zgodny z zasadami prawa.

Poniższy rysunek przedstawia proces dokonywania oceny instrumentu, przy założeniu, że cel został już prawidłowo zidentyfikowany.

Ocena instrumentu jako "dobrego środka" do realizacji celu.

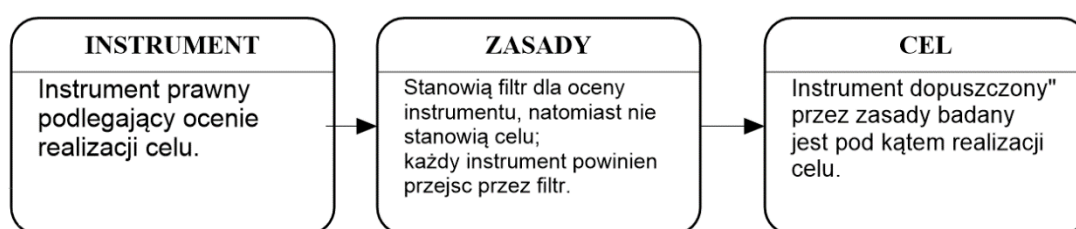


Diagram 3: Ocena instrumentu, jako „dobrego środka” do realizacji celu. Opracowanie własne

Podsumowując, zasady prawa pełnią ważne funkcje przy tworzeniu i stosowaniu prawa. Nie stanowią jednak punktu docelowego, lecz są narzędziem służącym do zapewnienia elastyczności prawa i granic interpretacji. Ich zadaniem jest umożliwienie dokonania oceny, czy badany instrument stanowi „dobry środek” do ustalonego celu. W tym sensie zasady znajdują się w hierarchii systemu prawa poniżej celów.

8. Teleologiczny system prawa

Dotychczasowe rozważania pozwoliły na zidentyfikowanie, czym jest cel, zasada, norma i instrument prawny oraz jakie są funkcje tych elementów. Analiza byłaby niekompletna bez ustalenia zależności pomiędzy tymi elementami. W nauce przyjmuje się, że system prawa w danym kraju powinien tworzyć pewną całość i być opartym na pewnych wartościach zaakceptowanych przez społeczeństwo. Powinien tworzyć konstrukcję służącą mieszkańcom, w której każdy element ma swoje miejsce i wpływa na funkcjonowanie innych elementów. Przy

takim założeniu, wprowadzany kolejny przepis powinien spełnić wymogi wyznaczone dla całego systemu prawa. Każdy element ustawy powinien zostać zbadany pod kątem celowości jego wprowadzenia dla całego systemu. W doktrynie przyjmuje się trzy koncepcje relacji między normą a celem:

- a) System prawa jest ukierunkowany na realizację celu, to znaczy, że norma służy realizacji założonych celów. Taka konstrukcja wymaga zbudowania całego zestawu celów realizowanych przez państw. Nie jest możliwe wyprowadzenie wszystkich norm z jednego celu⁶⁵. W tej koncepcji norma staje się środkiem do realizacji celu, mamy więc do czynienia z wykładnią celowościową. W tym celu mogą nam być pomocne dyrektywy celowościowe, które same w sobie normami nie są, ale mogą stać się podstawą wydania takiej normy.
- b) Poszczególne normy tworzą instrumenty prawne, które tworząc funkcjonalną całość, służą realizacji wyznaczonych celów.
- c) Uzasadnienie normy jest równoznaczne z argumentacją jej celowości. Polega na uzasadnianiu w taki sposób, by wykazywać celowość norm ze względu na przyjęte cele.
- d) Treść normy wyznacza jej cel⁶⁶ – określa ona zadania do zrealizowania celu, a nie działania, które są nakazane lub zabronione⁶⁷.

Jak podkreśla Z. Tobor, stworzenie systemu prawa opartego jedynie na normach teleologicznych jest niemożliwe, gdyż często mamy do czynienia z normami, których nie da się połączyć ogniwnem z innymi, tworząc pewnego rodzaju łańcuch do realizacji celu nadrzędnego. Pierwsza trudność wynika z faktu, że naczelnym celów jest wiele i że często wzajemnie się one wykluczają (np. prawo własności a dobro publiczne). Wydaje się, że nie jest to jednak powód do odrzucenia teleologicznego systemu prawa. Trudno się nie zgodzić z teorią, że nie da się określić celu nadrzędnego, który umożliwiłby wyprowadzenie kolejnych celów podrzędnych, natomiast możliwe jest utworzenie zestawu celów równorzędnych, który jako całość stanowiłby trzon interpretacyjny dla wszystkich wprowadzanych norm. Co więcej, odrzucenie teleologicznej teorii systemu prawa może zaburzyć zarówno proces interpretacyjny, jak i prawotwórczy. Przyjmując, że nie akceptujemy pewnych celów jako nadrzędnych w systemie prawa, generujemy dwa główne problemy. Pierwszy pojawia się na etapie wyprowadzania normy z przepisu prawa. Brak celów nadrzędnych może spowodować

⁶⁵ Z. Tobor: *Charakterystyka ocen instrumentalnych i instrumentalne oceny...*, s. 117-119.

⁶⁶ O. Weinberg: *Philosophische Bemerkungen zur Sollsatzlogik*. Praga 1968, s. 48.

⁶⁷ A. Michalska: *Prawo a normy techniczne w państwie socjalistycznym*. Poznań 1968, s. 24.

niespójność interpretacyjną konkretnych przepisów. Ze względu na istniejącą i niemożliwą do usunięcia ułomność językową, przy wykorzystaniu argumentów opartych na różnych celach można wyprowadzić różne normy zachowania z tego samego przepisu, co wydaje się być niedopuszczalne, gdyż negatywnie wpływa na pewność i jednolitość systemu prawnego. Drugi problem może pojawić się już na etapie prawotwórczym. Brak wyłonienia zestawu celów nadrzędnych daje możliwość wprowadzenia do systemu prawa norm realizujących dowolny cel, przez co może zostać naruszony aksjologiczny charakter prawa jako opartego o założone wartości zaakceptowane przez społeczeństwo. W szczególności zagrożenie te staje się większe w państwach, gdzie istotne znaczenie ma demokracja pośrednia. Dlatego też, w ocenie autora, nierozzerwalną częścią systemu prawa jest jego hierarchiczność, niesprzecznosc i spójność aksjologiczna. Cechy te istotne są w szczególności na etapie stosowania prawa⁶⁸.

9. Miejsce i struktura zamówień publicznych w systemie prawa

Przyjmując teleologiczną budowę systemu prawa, konieczne jest podjęcie próby umiejscowienia w nim prawa zamówień publicznych. P. Szustakiewicz określił prawo zamówień publicznych mianem dziedziny hybrydalnej⁶⁹, natomiast R. Szostak podkreśla, że prawo zamówień publicznych jest syntezą wielu odrębnych regulacji, które łącznie tworzą system zamówień publicznych. Zdaniem tego ostatniego autora, prawo zamówień publicznych skupia wokół siebie przepisy o różnym charakterze, zarówno publicznoprawnym, jak i prywatnoprawnym, łączy inne akty prawne i dopiero w całości mogą one stanowić odrębną gałąź prawa⁷⁰. Mówiąc o hybrydalnym charakterze prawa zamówień publicznych, konieczne jest spojrzenie na aspekt ponadnarodowy oraz krajowy. Polska, jako członek Unii Europejskiej, zobowiązana jest do wprowadzania regulacji zawartych w europejskich aktach prawnych do swojego systemu prawnego. Nie można więc mówić o systemie prawa wyłącznie na szczeblu krajowym.

Podstawowymi aktami prawnymi funkcjonowania Unii Europejskiej, które zarazem stały się podstawą wydania odpowiednich dyrektyw i rozporządzeń, są Traktat ustanawiający Wspólnotę Europejską⁷¹ oraz Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej⁷². To właśnie drugi

⁶⁸ J. Wróblewski: *Zasady tworzenia prawa*. Warszawa 1989, s. 8–10.

⁶⁹ P. Szustakiewicz: *Zamówienia publiczne jako hybrydalna dziedzina prawa*. „Zamówienia Publiczne. Doradca” 2007, nr 5, s. 15.

⁷⁰ R. Szostak: *Zakres i struktura prawa zamówień publicznych*. „Prawo Zamówień Publicznych” 2013, nr 4, s. 3–17.

⁷¹ Dz. Urz. UE 2006 C 321E.

⁷² Dz. Urz. UE 2016 C 202, s. 1.

dokument wskazuje podstawowe kierunki działania Wspólnoty, w szczególności art. 26 (dotyczący rynku właściwego), art. 53, 57 i 63 (w ramach rozdziału dotyczącego usług) oraz art. 114 (dotyczący zbliżenia ustawodawstw). Powyższe traktaty oraz wskazane przepisy stały się podstawą wydania aktów regulujących system zamówień publicznych w Europie. Do najważniejszych dokumentów, które mają znaczenie dla kształtowania się polskiego systemu zamówień publicznych, zalicza się w szczególności:

- Dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającą dyrektywę 2004/18/WE (Dyrektywa klasyczna);
- Dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylającą dyrektywę 2004/17/WE;
- Rozporządzenie Komisji (WE) nr 2151/2003 z dnia 16 grudnia 2003 r. zmieniające rozporządzenie (WE) nr 2195/2002 Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie Wspólnego Słownika Zamówień (CPV);
- Rozporządzenie (WE) nr 2195/2002 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 5 listopada 2002 r. w sprawie Wspólnego Słownika Zamówień (CPV);
- Rozporządzenie wykonawcze Komisji (UE) 2015/1986 z dnia 11 listopada 2015 r. ustanawiające standardowe formularze do publikacji ogłoszeń w dziedzinie zamówień publicznych i uchylające rozporządzenie wykonawcze (UE) nr 842/2011;
- Dyrektywę 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 zmieniającą dyrektywy 2004/17/WE i 2004/18/WE⁷³.

Wymienione akty prawne bezpośrednio wpłynęły na treść prawo zamówień publicznych i bez wątpienia należy je wskazać jako elementy systemu zamówień publicznych w Polsce.

Poza aktami wspólnotowymi istotną rolę pełnią również akty prawa międzynarodowego oraz organizacje międzynarodowe – w szczególności: Ustawa Modelowa ONZ, Instrukcja Banku Światowego oraz Umowa o zamówieniach publicznych WTO⁷⁴. Ze względu jednak na

⁷³ Zob. Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. – *Prawo zamówień publicznych*.

⁷⁴ D. Tyrawa: *Międzynarodowe standardy zamówień publicznych – wybrane aspekty*. „Przegląd Prawno-Ekonomiczny” 2007, nr 1, s. 41–50.

obszerność tego zagadnienia wskazane umowy międzynarodowe nie zostaną omówione w niniejszej pracy.

Brzmienie prawa zamówień publicznych nie jest zależne wyłącznie od ukształtowanego prawa europejskiego. Nie można również mówić o pełnej kompleksowości Nowej ustawy PZP, gdyż z jednej strony ustawa ta zawiera odesłania do innych regulacji i korzysta z rozwiązań już istniejących, z drugiej zaś regulacje Nowej ustawy PZP mają wpływ na inne dziedziny prawa. Największy wpływ na funkcjonowanie zamówień publicznych w Polsce, poza Nową ustawą PZP, mają następujące akty prawne⁷⁵:

- *Kodeks cywilny*⁷⁶ – w szczególności w zakresie regulowania treści umów o udzielenie zamówienia publicznego; ponadto, zgodnie z art. 8 ustawy PZP, przepisy tego kodeksu stosuje się w sytuacji, gdy ustawa PZP nie stanowi inaczej – tak skonstruowany przepis wskazuje na silny wpływ prawa cywilnego na postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego;
- *Kodeks postępowania cywilnego*⁷⁷ – wpływa na przebieg postępowania odwoławczego, które tylko częściowo zostało opisane w ustawie PZP;
- Ustawa o finansach publicznych⁷⁸ oraz Ustawa o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych⁷⁹ – mając na uwadze fakt, że zamówienia publiczne polegają w głównej mierze na dysponowaniu środkami publicznymi, wpływ na zamówienia publiczne będą miały również regulacje dotyczące dysponowaniem środkami publicznymi – pierwsza wymieniona ustawa w szczególności określa, czym są środki finansowe oraz kim są jednostki sektora finansów publicznych, natomiast druga stosowana jest w przypadku wykrycia naruszenia dyscypliny finansów publicznych podczas udzielania zamówienia;
- Ustawa o dostępie do informacji publicznej⁸⁰ – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest jawne, Nowa ustawa PZP określa sytuacje, w których może dojść do ograniczenia tej zasady; należy jednak zauważyć, że regulacja określona w Nowej

⁷⁵ A. Zdebel-Zygmunt, J. Rokicki: *System zamówień publicznych w Polsce*. Warszawa 2014, s. 98–106.

⁷⁶ Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – *Kodeks cywilny* (Dz.U. 1964 nr 16 poz. 93).

⁷⁷ Ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. – *Kodeks postępowania cywilnego* (Dz.U. 1964 nr 43 poz. 296).

⁷⁸ Ustawa z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz.U. 2009 nr 157 poz. 1240).

⁷⁹ Ustawa z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz.U. 2005 nr 14 poz. 114).

⁸⁰ Ustawa z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej (Dz.U. 2001 nr 112 poz. 1198).

ustawie PZP nie jest kompleksowa – zgodnie z ustawą o dostępie do informacji publicznej ustawę tę stosuje się w przypadkach nieuregulowanych przepisem szczegółowym, dlatego też w niektórych przypadkach również regulacje tej ustawy będą miały zastosowanie;

- Ustawa o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi⁸¹ – ustawa ta ma ścisły związek z Nową ustawą PZP i reguluje szczególny rodzaj zamówień, które polegają na wykonaniu robót budowlanych lub świadczeniu usług i zarządzaniu tymi usługami za wynagrodzeniem, co odróżnia je od zamówień określonych Nową ustawą PZP;
- *Prawo budowlane*⁸² – stanowi regulację pomocniczą dla zamawiających do przygotowywania dokumentacji przetargowej w zamówieniach, których przedmiotem są roboty budowlane;
- Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów⁸³ oraz Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji⁸⁴ – mają zastosowanie do wykonawców uczestniczących w postępowaniach o udzielenie zamówienia oraz przy ustalaniu, czym jest tajemnica przedsiębiorstwa (mogąca stanowić element złożonej przez wykonawcę oferty);
- Ustawa o ochronie informacji niejawnych⁸⁵ – zamówienia publiczne mogą wiązać się z koniecznością przekazania informacji niejawnych, natomiast przepisy wskazanej ustawy zapewniają ochronę tych informacji;
- *Kodeks spółek handlowych*⁸⁶ – wykonawcami w postępowaniach o udzielenia zamówienia publicznego są osoby prawne i inne jednostki uregulowane między innymi w *Kodeksie spółek handlowych*; regulacja ta będzie miała zastosowanie do określania podmiotów uprawnionych do reprezentacji wykonawców;
- Ustawa o informowaniu o cenach towarów i usług⁸⁷ – będąca podstawą zdefiniowania ceny, o której mowa w art. 7 pkt 1) Nowej ustawy PZP;

⁸¹ Ustawa z dnia 21 października 2016 r. o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi (Dz.U. 2016 poz. 1920).

⁸² Ustawa z dnia 7 lipca 1994 r. – *Prawo budowlane* (Dz.U. 1994 nr 89 poz. 414).

⁸³ Ustawa z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. 2007 nr 50 poz. 331).

⁸⁴ Ustawa z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. 1993 nr 47 poz. 211).

⁸⁵ Ustawa z dnia 5 sierpnia 2010 r. o ochronie informacji niejawnych (Dz.U. 2010 nr 182 poz. 1228).

⁸⁶ Ustawa z dnia 15 września 2000 r. – *Kodeks spółek handlowych* (Dz.U. 2000 nr 94 poz. 1037).

⁸⁷ Ustawa z dnia 9 maja 2014 r. o informowaniu o cenach towarów i usług (Dz.U. 2014 poz. 915).

- *Kodeks karny*⁸⁸ oraz Ustawa o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych⁸⁹ – przepisy tej ustawy mogą stanowić podstawę do wykluczenia wykonawcy z postępowania;
- *Kodeks postępowania administracyjnego*⁹⁰ oraz ustawa *Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi*⁹¹ – regulacje administracyjne będą miały zastosowanie w szczególności w stosunku do zasad działania Prezesa Urzędu Zamówień publicznych.

Na system zamówień publicznych składać się będzie jeszcze kilkadziesiąt rozporządzeń wykonawczych wydanych na podstawie dyspozycji Nowej ustawy PZP⁹².

Wszystkie wyżej wymienione akty, zarówno na szczeblu ponadkrajowym, jak i szczeblu krajowym, tworzą system zamówień publicznych. Ustawa PZP w tym systemie pełni rolę „zwornika” skupiającego wokół siebie pozostałe regulacje⁹³.

⁸⁸ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – *Kodeks karny* (Dz.U. 1997 nr 88 poz. 553).

⁸⁹ Ustawa z dnia 28 października 2002 r. o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary (Dz.U. 2002 nr 197 poz. 1661).

⁹⁰ Ustawa z dnia 14 czerwca 1960 r. – *Kodeks postępowania administracyjnego* (Dz.U. 1960 nr 30 poz. 168).

⁹¹ Ustawa z dnia 30 sierpnia 2002 r. – *Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi* (Dz.U. 2002 nr 153 poz. 1270).

⁹² Zob. *Akty wykonawcze do ustawy PZP 2014*. Źródło: <https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/prawo-zamowien-publicznych-regulacje/prawo-krajowe/akty-wykonawcze> [dostęp: 20.04.2021].

⁹³ R. Szostak: *Zakres i struktura prawa zamówień publicznych...*, s. 14.

Struktura systemu zamówień publicznych w Polsce

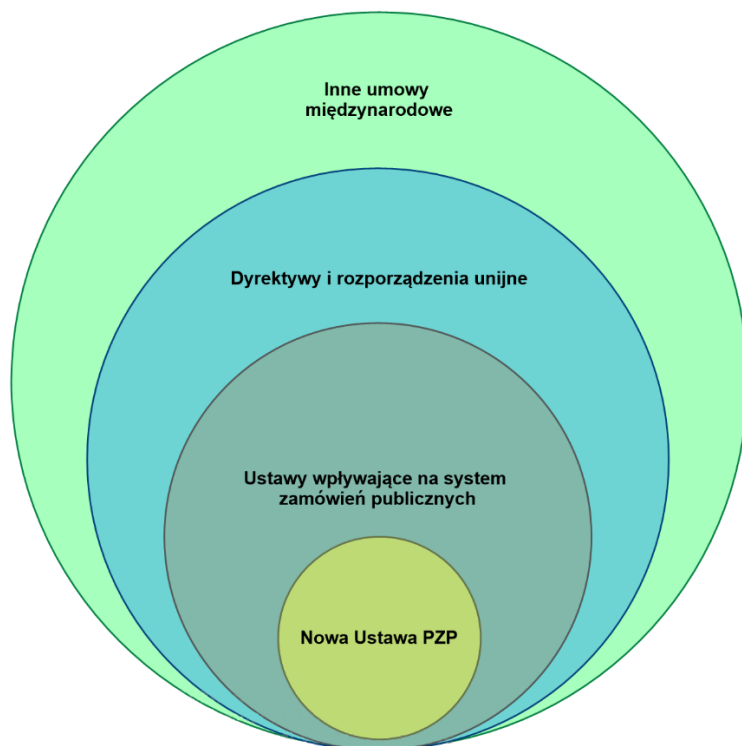


Diagram 4: Struktura systemu zamówień publicznych. Opracowanie własne

Przy omawianiu systemu zamówień publicznych należy również zwrócić uwagę na strukturę prawa zamówień publicznych, które łączy w sobie zarówno normy prawa publicznego, jak i normy prawa prywatnego. Zamówienia publiczne regulują zasady wydatkowania środków publicznych, które w wyniku przeprowadzenia postępowania będą trafiały do przedsiębiorców. W konsekwencji procedury Nowej ustawy PZP będą adresowane do podmiotów prywatnych⁹⁴. Dlatego o hybrydowym charakterze systemu zamówień publicznych nie świadczy wyłącznie ilość aktów prawnych składających się na niego, ale również mieszany charakter norm w nim zawartych.

Podział na prawo publiczne i prawo prywatne został wypracowany już na gruncie prawa rzymskiego, gdzie mianem prawa publicznego określano prawo, które dotyczyło państwa rzymskiego, a prawem prywatnym – prawo dotyczące interesów poszczególnych jednostek⁹⁵. Struktura zamówień publicznych pokazuje, że nie można jednoznacznie przesądzić o publicznoprawnym lub prywatnoprawnym charakterze ustawy PZP. Jeżeli dane przepisy realizują cele publiczne, podmiotami tych przepisów są podmioty publiczne lub prywatne

⁹⁴ D. Tyrawa: *Przedsiębiorca a globalizacja prawa na przykładzie prawa publicznego*. W: *Prawo administracyjne i gospodarcze a sytuacja przedsiębiorcy na rynku polskim*. ed. M. Górską, K. Zapała, Kielce 2014, s. 21–31.

⁹⁵ W. Wołodkiewicz, M. Zabłocka: *Prawo rzymskie. Instytucje*. Warszawa 1996, s. 43.

realizujące zadania publiczne, przedmiot przepisu służy interesowi publicznemu, a przepisy realizują administracyjną metodę regulacji (przynajmniej w części), to przepisy te mają charakter publicznoprawny. Jeżeli natomiast nie spełniają powyższych warunków, należy uznać, że przepisy te mają charakter prywatnoprawny⁹⁶. Podział ten ma istotne znaczenie dla stosowania prawa, ponieważ wyklucza stosowanie przynajmniej niektórych zasad prawa prywatnego w sferze prawa publicznego – i na odwrót: pewne zasady prawa publicznego nie będą miały zastosowania w sferze prywatnej.

W przypadku prawa zamówień publicznych należałoby wejść na wyższy poziom ogólności i uznać, że nie jest możliwe jednoznaczne zakwalifikowanie ustawy PZP do regulacji publicznoprawnych oraz prywatnoprawnych: „Podział na prawo publiczne oraz prawo prywatne w sytuacji odniesienia go do skonkretyzowanego w większym stopniu podziału systemu prawa na gałęzie powinien być uznany za podział *ponadgałęziowy*, a co za tym idzie najogólniejszy”⁹⁷. Dlatego też regulacje systemu zamówień publicznych powinny zapewniać narzędzia, które pozwolą na wyrównanie pozycji sektora prywatnego i publicznego, i będą przeciwdziałać nadużyciom jednej lub drugiej strony.

Przedstawione rozważania pokazują szczególną złożoność i dużą „objętość” systemu zamówień publicznych. Biorąc przy tym pod uwagę wysokość środków wydatkowanych w ramach tego systemu (ponad 202 mld zł zostało wydanych w 2018 r. w zamówieniach przeprowadzanych na podstawie PZP⁹⁸), rola tego systemu jest istotna dla gospodarki i społeczeństwa. W związku z tym to, jakie cele będzie realizowało państwo przy użyciu zamówień publicznych, ma realną możliwość oddziaływania na określone aspekty życia i gospodarki. Dlatego też prawidłowe określenie celów i ich późniejsza realizacja staje się istotnym zagadnieniem.

⁹⁶ M. Szydło: *Prawna koncepcja zamówienia publicznego*. Warszawa 2014, s. 246–247.

⁹⁷ H. Rot: *Jedność i podziały systemu prawa socjalistycznego*. Wrocław 1971, s. 149 i n.; Tenże: *Problemy dychotomii prawa publicznego i prywatnego*. „Przegląd Prawa i Administracji” 1976, nr 307, s. 7 i n.

⁹⁸ *Sprawozdanie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o funkcjonowaniu systemu Zamówień Publicznych w 2018 r.* Warszawa 2019, s. 29. Źródło: <https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/analizy-systemowe/sprawozdania-o-funkcjonowaniu-systemu-zamowien-publicznych> [dostęp: 20.04.2021].

10. Określanie celów polityki państwa

Mając na uwadze ścisły związek pomiędzy zamówieniami publicznymi a gospodarką, konieczne jest również zrozumienie pojęcia celów polityki gospodarczej. Zagadnienie to jest szeroko omawiane na gruncie nauk ekonomicznych. Wskazuje się w niej na trzy podejścia do polityki gospodarczej: normatywne, pozytywne lub deskryptywne⁹⁹.

Najistotniejsze znaczenie dla niniejszej pracy będzie miało podejście normatywne. Podejście to dąży do ustalenia odpowiedzi na pytanie: „Jak powinno być?”. Polega więc na wartościowaniu norm w kontekście realizowanie przez nie celu zamierzonego. Do wartościowania poszczególnych instrumentów używa się następujących sądów:

- sądów ideologicznych – opartych na podstawie subiektywnych opinii;
- sądów normatywnych – opartych na systemach etyczno-światopoglądowych;
- sądów ontologicznych – opartych na właściwościach badanego przedmiotu¹⁰⁰.

Podejście normatywne pozwala na poszukiwanie instrumentów, które w danych warunkach prowadzą do osiągnięcia największego zysku¹⁰¹. Rozumowanie to rozróżnia stan aktualny od pożądanego. W celu zlikwidowania dysonansu pomiędzy tymi dwoma stanami przeprowadza się proces polityczny (racjonalny) składający się z następujących faz:

- planowania – faza ta polega na ustaleniu celów, które mają zostać zrealizowane;
- decydowania – proces ten polega na określeniu zakresu rozbieżności pomiędzy stanem faktycznym, a pożądanym;
- implementacji – faza ta polega na doborze instrumentów, w oparciu o związek przyczynowo-skutkowy oraz wskazuje się podmioty odpowiedzialne za wdrożenie instrumentów;
- kontroli – pozwala na weryfikację, czy wybrane instrumenty pozwoliły na osiągnięcie stanu oczekiwanego¹⁰².

⁹⁹ A. Horodecka: *Cele polityki gospodarczej w różnych podejściach metodologicznych ekonomii*. W: *Gospodarka Narodowa* 2011, t. 7-8, s. 117.

¹⁰⁰ Tamże, s. 119.

¹⁰¹ A. Horodecka: *Ewolucja celów polityki gospodarczej, Rola zmian otoczenia*. Warszawa 2008, s. 17.

¹⁰² Tamże, s. 17 i n.

Podmiot decyzyjny może zastosować instrumenty, które dopasują stan faktyczny do założonych celów, lub zmodyfikować cel w ten sposób, by zmniejszyć rozbieżność pomiędzy tym, co jest, a tym, co ma być.

W podejściu normatywnym cele mają swoje źródło w systemie wartości danego społeczeństwa. Zdaniem A. Horodeckiej nie da się określić celów w sposób ściśle naukowy, gdyż wychodzi się od przekonań, jak powinien wyglądać stan pożądanym¹⁰³. Należy jednak wskazać, że zgodnie z powyższymi rozważaniami dotyczącymi ustalania dobrego środka i dobrego celu wybór celów nie jest całkowicie dowolny i istnieje możliwość zweryfikowania ich prawidłowości.

Podejście pozytywne opiera się na analizie stanu faktycznego i prognozie tego, jak w danych warunkach zmieni się otoczenie. Metoda ta skupia się na ustaleniu „jak jest” poprzez poznanie zjawisk ekonomicznych, bez szukania odpowiedzi na pytanie „jak powinno być”. Cechy polityki gospodarczej, na które zwraca się szczególną uwagę w ujęciu pozytywnym, tj. szukanie uniwersalnych rozwiązań, oparcie analizy gospodarki na kilku wybranych aspektach, sprawiają, że analiza jest uniwersalna, lecz nie pogłębiona, i charakteryzuje się krótkim horyzontem retrospekcji¹⁰⁴. Z punktu widzenia badania celów zamówień publicznych i wykorzystywanych w Nowej ustawie PZP instrumentów, istotne jest ustalenie kierunku działania, czyli odpowiedzenie na pytanie „jak powinno być”. Dlatego też podejście pozytywne nie spełnia potrzeb niniejszej pracy i nie zostało szerzej opisane.

Podejście deskryptywne polega na szczególnym uwzględnieniu zmieniających się czynników mających wpływ na badane środowisko. Podstawą do opisanego obiektu ekonomicznego jest wnikliwa analiza, w której nie dopuszcza się uogólnień. Badanie musi być umiejscowione w czasie i w przestrzeni. Dopiero na tej podstawie możliwe jest stworzenie teorii. Podejście to powinno stanowić podstawę do określenia właściwych celów zamówień publicznych. Należy bowiem analizować stan *in concreto*, tj. w określonym czasie i przestrzeni. W związku z tym, aby właściwie określić aktualne cele zamówień publicznych, konieczne jest empiryczne zbadanie działań polskiego prawodawcy oraz Unii Europejskiej w XXI wieku.

¹⁰³ R. Clement, F. Gogoll, M. Kiy, W. Terlau, W. Veit: *Praxis der Wirtschaftspolitik. Theorie und ihre Anwendung spielend lernen*. München 2001, s. 20. Cyt. za: A. Horodecka: *Cele polityki gospodarczej w różnych podejściach metodologicznych ekonomii...*, s. 117.

¹⁰⁴ J. Kaja: *Metodologiczne zagadnienia teorii polityki gospodarczej*. W: *II Ogólnopolska Konferencja Naukowa Katedr Polityki Gospodarczej pt. „Polityka gospodarcza w teorii i praktyce”*. Warszawa–Miedzeszyn 1996 (materiały konferencyjne).

Natomiast w celu zapewnienia obiektywności konieczne jest przeanalizowanie celów wyrażonych w aktach prawnych, strategiach lub innych dokumentach określających cele zamówień publicznych w Europie i w Polsce.

Przykładem może być tzw. strategia lizbońska¹⁰⁵, która określała nowy cel strategiczny Europy na lata 2000-2010, tj. stworzenie konkurencyjnej i dynamicznej gospodarki opartej „na wiedzy ekonomicznej, zdolną do zrównoważonego wzrostu gospodarczego z większą ilością lepszych miejsc pracy i większą spójnością społeczną”¹⁰⁶; Strategia *Europa 2020*¹⁰⁷ określająca inne cele, tj. rozwój gospodarki zrównoważonej, sprzyjającej włączeniu społecznemu i opartej na rozwiązaniach innowacyjnych; a także *New European Green Deal*¹⁰⁸ czy *A New Industrial Strategy for Europe*¹⁰⁹. Strategie te pokazują rozwój celów w czasie.

W Polsce dotychczas pojawiały się dokumenty strategiczne, takie jak Strategia *Sprawne Państwo 2020*, określająca kierunek działań na lata 2013-2020¹¹⁰, czy również *Strategia na rzecz Odpowiedzialnego Rozwoju do roku 2020 (z perspektywą do 2030 r.)*¹¹¹. Projektowany jest również cały system dokumentów strategicznych dla państwa, który ma zawierać długookresową i średniookresową strategię rozwoju kraju, inne strategie rozwoju, a także strategie rozwoju regionalnego i lokalnego¹¹². Wprowadzony zostanie również dokument określający wyzwania rozwojowe kraju w wymiarze społecznym, gospodarczym i przestrzennym na okres do 30 lat, tj. koncepcja rozwoju kraju¹¹³. Strategia rozwoju kraju powinna zawierać w szczególności: 1) opis sytuacji społeczno-gospodarczej kraju; 2) określenie celów strategicznych polityki rozwoju; 3) określenie działań, jakie powinna podjąć Rada Ministrów, samorzady województwa oraz samorzady powiatowe i gminne,

¹⁰⁵ *Lisbon European council 23 and 24 march 2000 presidency conclusions*. Źródło: http://www.europarl.europa.eu/summits/lis1_en.htm [dostęp: 20.04.2021].

¹⁰⁶ Tamże, pkt 5.

¹⁰⁷ Komunikat Komisji: *Europa 2020 „Strategia na rzecz inteligentnego i zrównoważonego rozwoju sprzyjającego włączeniu społecznemu” z dnia 3 marca 2010 r.* Bruksela 2010.

¹⁰⁸ Komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady Europejskiej, Komitetu Ekonomiczno-Społecznego i Komitetu Regionów: *Europejski Zielony Ład*. Bruksela 2019. COM(2019) 640.

¹⁰⁹ Komunikat Komisji: *Nowa strategia przemysłowa dla Europy z dnia 10 marca 2020 r.* Bruksela 2020. COM(2020) 102.

¹¹⁰ Strategia przyjęta uchwałą nr 17 Rady Ministrów z dnia 12 lutego 2013 r. w sprawie przyjęcia strategii *Sprawne Państwo 2020*.

¹¹¹ Strategia przyjęta uchwałą nr 8 Rady Ministrów z dnia 14 lutego 2017 r. w sprawie przyjęcia *Strategii na rzecz Odpowiedzialnego Rozwoju do roku 2020 (z perspektywą do 2030 r.)*.

¹¹² Art. 9 Ustawy z dnia 6 grudnia 2006 r. o zasadach prowadzenia polityki rozwoju (Dz.U. 2006 Nr 227 poz. 1658).

¹¹³ Art. 5 pkt 4ba Ustawy z dnia 6 grudnia 2006 r. o zasadach prowadzenia polityki rozwoju (Dz.U. 2006 Nr 227 poz. 1658).

służące osiągnięciu celów strategicznych; 4) określenie zasad wspierania określonych celów środkami pochodzącymi z budżetu¹¹⁴. W tym miejscu należy nadmienić, że Nowa ustawa PZP przewiduje konieczność przygotowania polityki zakupowej państwa, która ściśle powiązana jest z polityką przemysłową. Nowa ustawa PZP wprost wskazuje rolę zamówień w kreowaniu podaży i wspieraniu określonych gałęzi przemysłu. Szerzej na ten temat będzie mowa w rozdziale piątym poświęconym instrumentom zamówień publicznych.

Zdaniem A. Horodeckiej, aby możliwe było tworzenie instrumentów prawnych zgodnych z celami, konieczne jest stworzenie siatki celów o różnym znaczeniu dla systemu. W tym rozumieniu w systemie występują cele podrzędne, stanowiące łącznik pomiędzy instrumentem, a celem strategicznym¹¹⁵. W przedstawionym założeniu brakuje jednak jednego elementu. Pominięta została rola zasad, która stanowi przejście pomiędzy instrumentami i celami, które mają osiągnąć. W oparciu o te zasady prawodawca powinien dobrać instrumenty, natomiast nie stanowią one same w sobie celu, który zamierza się osiągnąć. Stanowią one swoisty filtr pozwalający na prawidłową ocenę danego instrumentu.

¹¹⁴ K. Kokocińska: *Instytucjonalno-prawne podstawy współpracy samorządu województwa z rządem w zakresie polityki regionalnej*. W: „Ruch prawniczy, ekonomiczny i socjologiczny” 2008, z. 3, s. 54.

¹¹⁵ A. Horodecka: *Ewolucja celów polityki gospodarczej: Rola zmian otoczenia...*, s. 28–29.

Hierarchia celów i zasad prawa

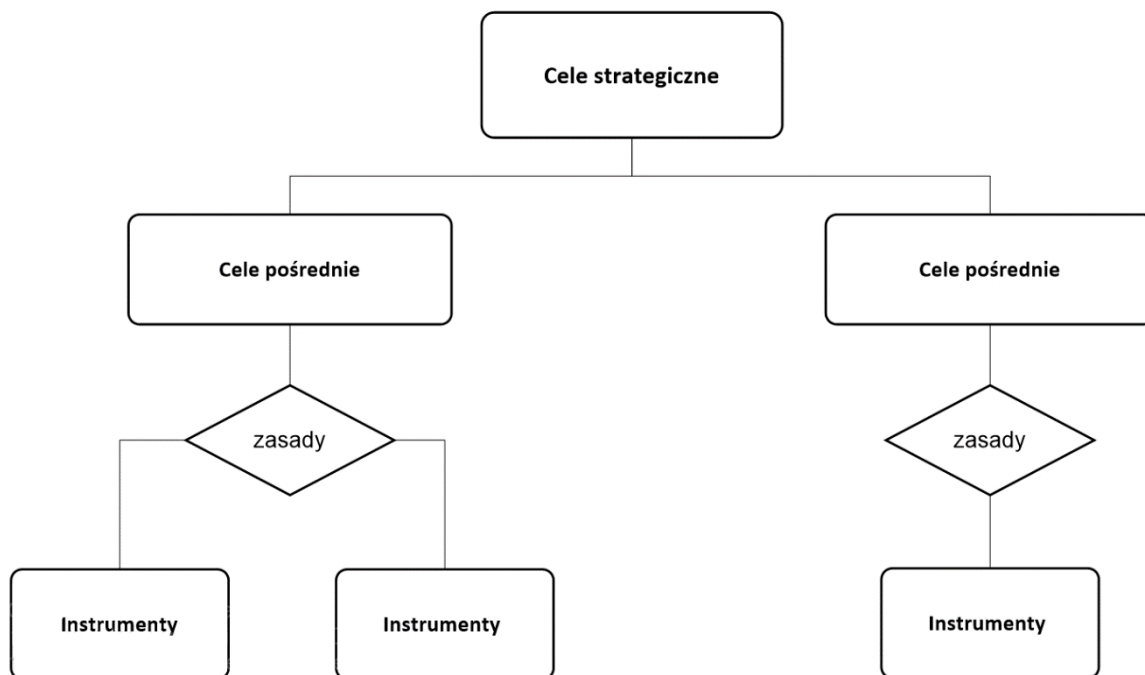


Diagram 5: Hierarchia celów i zasad prawa. Opracowanie własne

Przedmiotem badań niniejszej pracy jest określenie celów prawa zamówień publicznych i ocena instrumentów prawnych określonych w ustawie PZP pod kątem realizacji tych celów. Prawo zamówień publicznych stanowi wyłącznie wycinek całego, o wiele bardziej rozbudowanego, systemu prawa. Cele określone dla prawa zamówień publicznych stanowią cele pośrednie do realizacji celów strategicznych państwa – powinny być im podporządkowane, przy uwzględnieniu specyfiki tej gałęzi prawa. Wynika to z faktu, że uznajemy, iż system prawa powinien być spójny i hierarchiczny, a poszczególne elementy powinny się uzupełniać i współtworzyć jedną całość. Oznacza to, że cele zamówień publicznych muszą być zgodne z realizacją strategii państwa i powinny w jak najpełniejszym stopniu przyczyniać się do realizacji celów umiejscowionych wyżej w hierarchii. Celów strategicznych państwa powinniśmy szukać w dokumentach programowych państwa. To one powinny wyznaczać kierunek dalszych zmian. Zamówienia publiczne stanowią istotne narzędzie kształtujące gospodarkę i społeczeństwo, dlatego też wszelkie podejmowane działania powinny być spójne.

Ważne z punktu widzenia pracy jest również zaznaczenie, że cel, o których mówimy, należy rozumieć zgodnie z powyższymi rozważaniami, a nie jako cel, o którym mowa

w dziedzinie planowania. Metodę S.M.A.R.T.¹¹⁶ wykorzystać można do określania konkretnych działań w krótkiej lub średniookresowej perspektywie czasowej, natomiast nie jest możliwa do wykorzystania w celu wyznaczenia długofalowych zmian. Niniejsza praca skupia się natomiast na wyznaczeniu strategicznych kierunków działania państwa i systemu zamówień publicznych, pozwalających na wyznaczanie kierunku zmian, a nie na działaniach szczegółowych, gdzie określa się narzędzia i miary do określenia stopnia do realizacji celów. Dlatego też narzędzia do planowania czy zarządzania projektem lub przedsiębiorstwem nie mają zastosowania.

Mając na uwadze, że badania objęte niniejszą pracą dotyczą wyłącznie fragmentu systemu prawa – zamówień publicznych, w dalszej części pracy, jeżeli będzie mowa o celach strategicznych, należy rozumieć to jako cele strategiczne zamówień publicznych.

11. Wykładnia celowościowa

Wiedząc, co to jest cel oraz jaka jest jego rola, a także w jaki sposób kształtuje się system prawny i wewnętrzne zależności pomiędzy normami, należy zastanowić się nad tym, w jaki sposób wyznaczone cele wpływają na interpretację poszczególnych przepisów prawa. Wiedząc, że zamówienia publiczne są częścią systemu nastawionego na realizację konkretnych celów wskazanych przez strategie europejskie i krajowe, należałoby zadać sobie pytanie, jak zrealizować założone cele.

Wykładnia celowościowa stanowi istotne narzędzie do przeprowadzania interpretacji tekstu prawnego. Charakteryzuje się ona tym, że interpretacji dokonuje się zgodnie z celem tego aktu. W ujęciu tym przyjmuje się, że prawo stanowi narzędzie do realizacji celów społecznych. Założeniem wykładni celowościowej jest to, że decydującego znaczenia nie ma znaczenie literalne ustawy, lecz zawarte w niej dążenie do celu¹¹⁷. Dotychczasowe rozważania pokazały, że zamówienia publiczne nie funkcjonują w oderwaniu od całego systemu prawa. Zamówienia publiczne są częścią systemu, który posiada swoje cele i politykę działania. Dlatego też wykładnia celowościowa stanowi łącznik pomiędzy tym, co państwo chciało zrealizować, a przepisami, które stają się narzędziami do realizacji tych założeń. Dlatego też

¹¹⁶ W planowaniu powszechnie wykorzystuje się koncepcję „S.M.A.R.T.” od ang. *Specific, Measurable, Achievable, Relevant, Time-bound*.

¹¹⁷ J. Nowacki, Z. Tobor: *Wstęp do prawoznawstwa*. Warszawa 2007, s. 198.

ten rodzaj wykładni powinien być kluczowy dla interpretacji prawa. Sprawia, że podejmowane działania są spójne i ukierunkowane.

Wpierw należy jednak wyjaśnić, czym jest wykładnia celowościowa. Wykładnia ta wymaga przeprowadzenia procesu myślowego opartego na ocenie instrumentalnej. Powinien on przedstawiać się następująco:

- X jest celem analizowanego aktu prawnego i należy go realizować;
- znalezienie takiego znaczenia analizowanego tekstu prawnego, by znaczenie to stanowiło narzędzie do realizacji celu X;
- analizowanemu przepisowi należy przypisać znaczenie zgodne z celem X¹¹⁸.

Istotą wykładni celowościowej jest więc ustalenie celu tekstu prawnego. Zastosowanie wykładni celowościowej pozwala wykluczyć wszystkie te interpretacje, które są sprzeczne z wyznaczonym celem, a także wskazać interpretację, która najpełniej realizuje określony cel.

Cel (celowe działanie) można przypisać tylko takiemu podmiotowi, który wyposażony jest w świadomość i wolę¹¹⁹. W przypadku interpretowania tekstów prawnych podmiotem, któremu możemy przypisać świadomość, jest prawodawca, którego należy rozumieć jako abstrakcyjny podmiot (a nie jako konkretne ugrupowanie lub osoby w sejmie). Z intencją prawodawcy mamy do czynienia w rozumieniu instytucjonalnym, a nie psychologicznym. Taka sama myśl nasuwa się, gdy ktoś powie, że prawodawca uchylił lub zmienił treść aktu prawnego. W takim przypadku nie przychodzi na myśl konkretna grupa osób, a pewien abstrakt¹²⁰.

Poszukiwanie celów jest utrudnione, ponieważ prawodawca bardzo rzadko wprost określa cele, które powinny być realizowane przez dany akt. Poszukując intencji, powinniśmy uwzględnić treść aktu, preambułę, a także materiały legislacyjne, które pozwolą ustalić wolę prawodawcy. Dodatkowo, mając na uwadze fakt, że polski system zamówień publicznych stanowi element systemu europejskiego, możemy posilkować się również aktami powstałymi na szczeblu unijnym. Istotnym źródłem informacji o celach są również orzeczenia sądów i trybunałów, a także działania rządów i porozumienia, które podpisują. Nie można również zapomnieć o ogólnych strategiach określonych przez UE czy prawodawcę krajowego.

¹¹⁸ M. Golding: *Legal Reasoning*. Nowy Jork 1984, s. 55 i n.

¹¹⁹ J. Wróblewski: *Zagadnienia z teorii wykładni prawa ludowego...*, s. 354.

¹²⁰ Z. Tabor: *W poszukiwaniu intencji prawodawcy...*, s. 39–52.

Wszystkie te elementy razem pozwalają na prawidłowe ustalenie celów. Warto w tym miejscu przytoczyć fragment orzeczenia odnoszący się do sposobu ustalania celu przepisu:

„Prowadzenie wykładni celowościowej, mającej na celu ustalenie zamiaru ustawodawcy też nie polega na tym, że a priori przyjmuje się dany zamiar ustawodawcy, a następnie bada czy konkretny przepis służy jego realizacji. Ustalenie celu bądź zamiaru ustawodawcy wymaga wskazania uchwytnych źródeł, które na nie wskazują. To mogą być np.: brzmienie konkretnego przepisu, treść preambuły do aktu prawnego, czy materiały sejmowe z procesu legislacyjnego. Prowadzenie wykładni celowościowej bez tych uchwytnych źródeł obarczone jest ryzykiem przypisania ustawodawcy takiego zamiaru, jaki wyobrażamy sobie sami stawiając się w jego roli. Twierdzenie, że zamiarem ustawodawcy w przypadku art. 22 § 2a Ordynacji podatkowej było wprowadzenie instytucji ograniczania wysokości zaliczek na wszystkie podatki, w tym podatek od towarów i usług nie zostało poparte żadną konkretną podstawą, a pozostaje w sprzeczności z rezultatem wykładni językowej”¹²¹.

Wykładnia celowościowa jest narzędziem stosowanym intuicyjnie przez sądy. W SzukIO¹²² pojęcie wykładni celowościowej pojawia się w 1126 orzeczeniach, co stanowi 2,6 proc. wszystkich orzeczeń dostępnych w bazie. Natomiast pojęcie „celu” pojawia się w 23 301 przypadkach, co oznacza, że w co drugim orzeczeniu pojawia się odesłanie do wykładni językowej. Świadczy to o powszechnym szukaniu ukrytego celu – intencji prawodawcy w przepisie, rzadko jednak organy orzekające wprost nazywają stosowane narzędzie.

Do celu przepisów odnoszą się organy orzekające wszystkich szczebli. TSUE przeprowadza wykładnię celowościową poszczególnych przepisów. Przykładowo:

„Celem dyrektywy 92/50 jest unikanie ryzyka preferowania krajowych oferentów lub podmiotów ubiegających się o udzielenie zamówienia, we wszystkich przypadkach udzielania zamówień przez podmioty zamawiające (por. powoływana powyżej sprawa Mannesmann Anlagenbau Austria, pkt 33)”¹²³.

A także:

„Zgodnie z orzeczeniem Trybunału z dnia 10 lutego 1982 r. w Sprawie 76/81 Transporoute przeciwko Ministrowi Robót Budowlanych ((1982) ECR 417), w związku z art. 29, przepisy

¹²¹ Wyrok WSA w Gliwicach z dnia 1 grudnia 2009 r. o sygn. akt III SA/GI 1173/09.

¹²² Kompleksowa wyszukiwarka orzeczeń KIO, sądów powszechnych i TSUE z zakresu zamówień publicznych: <https://szukio.pl/>.

¹²³ Orzeczenie TSUE z dnia 10 listopada 1998 r., sygn. akt C-360/96.

dyrektywy dotyczące uczestnictwa i ogłaszania mają na celu ochronę oferentów przed arbitralnością decyzji organu udzielającego zamówienia¹²⁴.

Organ ten wskazuje również na cele właściwe dla całego systemu, a nie poszczególnych norm. I tak:

„Specyfikacje techniczne sporządzane przez publicznych nabywców muszą umożliwiać otwarcie zamówień publicznych na konkurencję oraz realizację celów w zakresie zrównoważonego rozwoju. W tym celu należy umożliwić składanie ofert odzwierciedlających różnorodność rozwiązań technicznych, norm i specyfikacji technicznych na rynku, w tym ofert opracowanych na podstawie kryteriów wykonania związanych z cyklem życia procesu produkcji robót budowlanych, dostaw i usług oraz ich zgodności z zasadą zrównoważonego rozwoju¹²⁵.

Na intencję prawodawcy, powołują się również sądy i KIO. Przykładowo:

„Ponadto Krajowa Izba Odwoławcza dostrzegła, że przepis art. 180 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych ma charakter wyjątku od zasady. W przeciwieństwie do postępowań powyżej progów, w przypadku postępowań podprogowych zasadą jest to, że odwołanie nie przysługuje. O intencjach ustawodawcy świadczy świadomie użyte w art. 180 ust. 2 Prawo zamówień publicznych słowo *wyłącznie*, co oznacza, że przesłanki uprawniające do wniesienia odwołania są wymienione enumeratywnie (taksatywnie)¹²⁶.

A także:

„Ponad wszelką wątpliwość intencją prawodawcy wspólnotowego było sankcjonowanie wykonawców, którzy w sposób zawiniony dopuścili poważnego wprowadzenia w błąd w zakresie przekazania lub nie przekazania informacji, wymaganych na mocy sekcji 2 dyrektywy¹²⁷.

Również:

„Intencją prawodawcy jest ukrócenie zjawiska powszechnie określanego mianem *handel referencjami*, polegającym na blankietowym posługiwaniu się przez wykonawców dokumentami wystawianymi przez podmioty trzecie¹²⁸.

Przegląd orzeczeń pokazuje, że wykładnia celowościowa, w tym określenie prawidłowej intencji prawodawcy, stanowi kluczowe narzędzie do ustalania treści norm. Bez prawidłowego określenia celu przepis może zostać zrozumiany w dowolny, prowadzący wręcz

¹²⁴ Orzeczenie TSUE z dnia 20 września 1988 r., sygn. akt 31/87.

¹²⁵ Wyrok TSUE z dnia 25 października 2018 r., sygn. akt C-413/17.

¹²⁶ Wyrok Sądu Okręgowego w Szczecinie z dnia 14 marca 2017 r., sygn. akt II Ca 1626/16.

¹²⁷ Wyrok KIO z dnia 9 stycznia 2014 r. o sygn. akt KIO 2932/13.

¹²⁸ Wyrok KIO z dnia 20 stycznia 2014 r. o sygn. akt KIO 3001/13.

do absurdalnych wniosków, sposób. Dzięki zastosowaniu wykładni celowościowej możliwe jest ustalenie intencji danego przepisu, a następnie przeprowadzenie analizy, czy dane działanie lub stan faktyczny jest zgodny z intencją wyrażoną w danej normie. Zastosowanie tej wykładni pozwala na uniknięcie niewłaściwych interpretacji, wynikających z nieostrości języka lub wieloznaczności użytych w przepisie wyrazów. W takim przypadku wszelkie interpretacje, które językowo mogłyby mieć zastosowanie, natomiast są niezgodne z celem przepisu, zostaną wyeliminowane. Przyczyni się to do zwiększenia jednolitości interpretacji i pozwoli na lepszą realizację założonego celu.

12. Podsumowanie

Cele określone przez prawodawcę określają stan, do którego powinniśmy dążyć przy użyciu odpowiednich środków – jest to więc pewien proces (działanie, zmiana). Każdy przepis wprowadzony do systemu prawnego powinien zbliżać rzeczywistość do stanu pożądanego. Nie oznacza to jednak w każdym przypadku, że przepis ten stanowi dobry środek do osiągnięcia tego celu. O tym, czy jest to środek dobry, będą decydowały oceny instrumentalne, tj. tzw. analiza „dobrego środka do dobrego celu”. Należy pamiętać, że analiza ta jest prawidłowa wyłącznie w określonym stanie – coś, co stanowiło dobry środek do realizacji celu X, może nie mieć takiego przymiotu w przypadku realizacji celu Y.

Zasady prawa mają istotne znaczenie przy interpretacji przepisów. Określają wartości ważne z punktu widzenia prawodawcy, do których należy dążyć. Zadaniem zasad jest możliwość dokonania oceny środków do realizacji określonych celów (nie są celami same w sobie). Dany przepis jest oceniany zarówno pod kątem realizacji celów, jak również zgodności z akceptowanymi wartościami – zasadami. Prawidłowe określenie zasad oraz celów i ich hierarchii w systemie prawa pozwala na przeprowadzenie prawidłowej oceny środka zmierzającego do osiągnięcia celu. W takim przypadku nie można mówić o subiektywnych poglądach, a ocena może uzyskać konkretną wartość logiczną (1 v 0).

Znając podstawy teoretyczne celu i jego wyodrębniania, możliwe jest ujawnienie celów polityki państwa i poszczególnych systemów prawa. Dzięki temu możliwe jest tworzenie instrumentów zgodnych z tymi celami. Taki system prawny staje się uporządkowanym zbiorem przepisów, których rola w systemie jest dokładnie określona. Posiadanie metodologii określania celów i przeprowadzenia ich prawidłowej oceny pozwala ustalić cele zamówień publicznych. Dzięki temu w dalszej części pracy będzie możliwe przeprowadzenie oceny

instrumentalnej poszczególnych konstrukcji prawnych, tj. weryfikacji „środka” ze względu na realizowany cel.

Mając na uwadze powyższe, konieczne jest przeprowadzenie analizy działań organizacji międzynarodowych, Unii Europejskiej i polskiego prawodawcy w zakresie tworzenia systemu zamówień publicznych. Założeniem tych rozważań jest ustalenie celów zamówień publicznych w świetle prawa międzynarodowego, które bezpośrednio i pośrednio oddziałują na działania polskiego prawodawcy.

Rozdział 2. Ewolucja celów zamówień publicznych

„Celem Europejskiej Wspólnoty Węgla i Stali jest, zgodnie z kierunkiem rozwoju całokształtu gospodarki Państw Członkowskich, przyczynienie się do rozwoju gospodarczego [...]”¹²⁹.

Cel pełni istotną rolę przy interpretacji tekstu prawnego. Analiza z rozdziału pierwszego niniejszej pracy pozwoliła ustalić, czym jest cel i w jaki sposób go prawidłowo określić. Bez niego może dojść do nieprawidłowego odtworzenia normy prawnej – nieprawidłowego, bo nieuwzględniającego zawartej w akcie prawnym intencji prawodawcy.

Wyznaczenie celu nie jest działaniem przypadkowym. Zgodnie z dotychczasowymi rozważaniami, prawidłowe określenie celu nie powinno opierać się na subiektywnej ocenie danej osoby, lecz oparte powinno być na dokładnej analizie ewolucji systemu zamówień publicznych. Konieczne jest przeprowadzenie ocen instrumentalnych, a nie kierowanie się wewnętrznym przekonaniem. Tylko w ten sposób możliwe jest uznanie, że wyznaczone cele mają charakter obiektywny. Dzięki temu możliwe jest pokazanie, w jaki sposób cele zyskały na znaczeniu, przy równoczesnym wykluczeniu przypadkowego wyznaczenia aktualnych celów. Dodatkowo, poznając dotychczasowy trend zmian, możliwe jest stworzenie prognozy dalszego rozwoju celów zamówień publicznych.

Jednym z najistotniejszych celów Wspólnot Europejskich było stworzenie wspólnego rynku. Jednym z głównych narzędzi było stworzenie wspólnego rynku zamówień publicznych. Od czasu wejścia w życie Traktatów założycielskich¹³⁰ Wspólnot Europejskich zmieniły się kierunki podejmowanych działań i doszło do przewartościowania celów zamówień publicznych.

Istotą niniejszego rozdziału jest przedstawienie celów i zasad funkcjonowania zamówień publicznych w Europie po II wojnie światowej. Jest to niezbędne do wyjaśnienia ewolucji celów zamówień publicznych w UE, wyjaśnienia przyczyn wprowadzenia tych zmian i pokazania aktualnego kierunku zmian w Europie. Poznanie całego procesu kształtowania się

¹²⁹ Art. 2 Traktatu ustanawiającego Europejską Wspólnotę Węgla i Stali. EUR-Lex: 11951K/TXT.

¹³⁰ Traktat ustanawiający Europejską Wspólnotę Węgla i Stali – podpisany w Paryżu 18 kwietnia 1951 r., Traktat ustanawiający Europejską Wspólnotę Gospodarczą i Traktat ustanawiający Europejską Wspólnotę Energii Atomowej (Traktaty rzymskie) – dwie umowy międzynarodowe z dnia 25 marca 1957 r.

wspólnego rynku zamówień publicznych pozwoli zrozumieć, dlaczego pewne zmiany zostały przez państwa członkowskie zaakceptowane i wdrożone. Analizie zostały poddane zarówno akty prawa wspólnotowego, porozumienia i umowy dotyczące zamówień publicznych, które wpłynęły na rozwój Wspólnot Europejskich, a także sam proces międzynarodowej integracji rynków zamówień publicznych. Druga część rozdziału została poświęcona opisowi ewolucji zamówień w Polsce. Przedstawienie tego procesu umożliwi zweryfikowanie, czy polskie regulacje są aktualne w kontekście zmieniającego się prawa Unii Europejskiej, a jeżeli nie, to jakie są tego przyczyny.

Informacje zawarte w tym rozdziale stanowią podstawę rozważań dotyczących aktualnych celów zamówień publicznych w Polsce i w UE. Pozwolą na zrozumienie kontekstu ekonomicznego i politycznego powstawania celów strategicznych zamówień publicznych.

1. „Cele” zamówień publicznych w świetle porozumień międzynarodowych

Dotychczasowa analiza w zakresie miejsca struktury zamówień publicznych w rozdziale pierwszym pokazała, że źródeł celów zamówień publicznych należy szukać w wielu aktach prawnych. Wpływ na cele określone w ustawie PZP będzie miał polski prawodawca, ale również akty unijne, które zostały przez Polskę implementowane. Dodatkowo wpływ na zamówienia publiczne, a co za tym idzie – na kształtowanie się celów zamówień, mają umowy międzynarodowe ratyfikowane przez Polskę oraz UE. Największe organizacje międzynarodowe zajmują się kwestią zapewnienia podstawowych transgranicznych regulacji¹³¹. Akty te przenikają się wzajemnie, tworząc ponadnarodowy system zamówień publicznych. Poniżej zostały przedstawione najważniejsze ponadnarodowe regulacje określające warunki współpracy państw w zakresie zamówień publicznych, tj. Ustawa Modelowa ONZ, Instrukcja Banku Światowego oraz Umowa o zamówieniach publicznych WTO. Akty te mają istotny wpływ na kształtowanie się systemu zamówień w Unii Europejskiej i w konsekwencji również w Polsce. Analiza tych dokumentów pozwoli dostrzec kierunek rozwoju systemu zamówień publicznych i zobaczyć, czy i jakie cele określone są w umowach międzynarodowych¹³².

¹³¹ D. Tyrawa: *Międzynarodowe standardy zamówień publicznych – wybrane aspekty...*, s. 41–50.

¹³² Rola tych dokumentów jest bardzo istotna. Ze względu na specyfikę dokumentów międzynarodowych, bardzo często nie określają one konkretnych rozwiązań procedur, które można by stosować bezpośrednio. Dokumenty te skupiają się na kierunkach działania, wartościach i celach regulacji.

Zasady i normy wykształcone w ramach Organizacji Współpracy Gospodarczej i Rozwoju

Organizacją zajmującą się tworzeniem dobrych praktyk związanych z udzielaniem zamówień publicznych jest Organizacja Współpracy Gospodarczej i Rozwoju (dalej: OECD), tj. organizacja międzynarodowa o profilu ekonomicznym, utworzona na mocy Konwencji o Organizacji Współpracy Gospodarczej i Rozwoju podpisanej 14 grudnia 1960 r. w Paryżu¹³³. Organizacja ta opracowała wspólne zasady i normy działania dla rynku zamówień publicznych, w szczególności państw zrzeszonych w organizacji. Mając jednak na uwadze fakt, że członkami organizacji są głównie najbardziej rozwinięte państwa świata, regulacje stworzone przez organizację wpływają również na inne państwa – jedynie współpracujące z państwami zrzeszonymi w omawianej organizacji.

Rekomendacje OECD w sprawie zamówień publicznych mają na celu zwiększenie efektywności zamówień publicznych, sprowadzenie zamówień do jednego z istotniejszych narzędzi służących alokacji środków publicznych oraz zmniejszenia ryzyka pojawienia się zachowań korupcyjnych. Same zamówienia publiczne określane są jako „proces identyfikowania potrzeb, tj. określenie, kto jest najlepszą osobą lub organizacją, aby zaspokoić tę potrzebę, a następnie zapewnienie tego, co jest potrzebne, tj. dostarczane we właściwe miejsce, we właściwym czasie, w najlepszej cenie, przy zachowaniu uczciwej konkurencji”¹³⁴. Szczególną uwagę zwrócono na to, by udzielane w ramach OECD zamówienia cechowały: transparentność, integracja rynków działających w ramach OECD, otwarcie rynku również dla małych i średnich podmiotów, przejrzystość dokumentów i postępowania opartego na zasadach proporcjonalnych do zamówienia. Dodatkowo postępowania powinny zostać prowadzone elektronicznie, a państwa powinny dążyć do zminimalizowania zagrożeń, poprzez ustalenie strategii działania od momentu planowania, po całkowitą realizację zamówienia i wykorzystania produktu lub usługi¹³⁵. Rekomendacje OECD wskazują więc podstawowe cechy zamówień publicznych w państwach wysokorozwiniętych. Co istotne, rekomendacje przyjęte przez OECD zajmują się zamówieniami publicznymi od ich planowania do zakończenia eksploatacji dostarczonego produktu lub usługi. Przez tak szerokie spojrzenie na

¹³³ A. Nowak: *Organizacja Współpracy Gospodarczej i Rozwoju*. W: T. Łoś-Nowak: *Organizacje w stosunkach międzynarodowych. Istota – mechanizmy działania – zasięg*. Wrocław 2004, s. 364–365.

¹³⁴ *Recommendation of the Council on Public Procurement*. 2015. Źródło: <http://www.oecd.org/gov/public-procurement/recommendation/> [dostęp: 20.04.2021].

¹³⁵ Tamże.

zamówienia publiczne możliwe jest realizowanie założonych celów, przy równoczesnym zwiększeniu efektywności całego procesu – od pojawienia się potrzeby, do jej pełnego zaspokojenia, a nie tylko jego wycinka związanego z samym udzieleniem zamówienia.

W przypadku tej organizacji widoczny jest silny nacisk na ekonomiczną stronę zamówień publicznych. Wytyczne opierają się na doświadczeniu z zakresu prawa, ale również nauk ekonomicznych. Jest to spojrzenie zdecydowanie bardziej uniwersalne i mające zastosowanie na rynku, w którym uczestniczą podmioty publiczne, ale również mogące funkcjonować pomiędzy przedsiębiorcami. OECD ma istotny wpływ na aktualny kształt zamówień publicznych w UE. Organizacja już w latach 70. ubiegłego wieku wskazywała między innymi na potrzebę ograniczenia zanieczyszczenia środowiska¹³⁶. Również później często podkreślała konieczność tworzenia gospodarki zrównoważonej. Nawet jeżeli w tamtym okresie organizacja ta nie wskazywała na możliwość wykorzystania zamówień publicznych jako narzędzia do walki z zanieczyszczeniem środowiska i wspierania zrównoważonego rozwoju, nie można pominąć roli tej organizacji w kształtowaniu ogólnej świadomości aktualnych problemów współczesnego świata. W dalszym ciągu głównym celem OECD jest wpływanie na polityki społeczno-ekonomiczne krajów członkowskich, w celu pobudzania wzrostu gospodarczego, zatrudnienia i rozwoju społecznego.

Nie tylko zamówienia publiczne stanowią przedmiot badań organizacji. Działania OECD obejmują wiele obszarów związanych między innymi z konkurencją, korupcją, ekonomią, edukacją, zdrowiem, innowacjami, handlem czy podatkami. Dzięki tak szerokiemu zakresowi badań organizacja może szerzej spojrzeć na aktualne problemy społeczne, ekonomiczne i środowiskowe. Organizacja stała się miejscem wymiany poglądów i wspólnego działania państw członkowskich dla poprawy jakości życia, których efektem są wypracowane zasady, dobre praktyki w poszczególnych obszarach.

Najnowsze działania OECD związane z zamówieniami publicznymi skupiają się na wytworzeniu metodologii oceny tych systemów (ang. *Methodology for Assessing Procurement Systems*, w skrócie MAPS). Celem stworzenia tego dokumentu jest zwiększenie efektywności zamówień, ich przejrzystości i stworzenie warunków dla dobrych praktyk. Dokument ten zawiera wskaźniki pozwalające na ocenę poszczególnych filarów zamówień, tj. prawne aspekty

¹³⁶ *The polluter-pays principle OECD analyses and recommendations environment directorate*. Paryż 1992. Źródło: [https://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=OCDE/GD\(92\)81&docLanguage=En](https://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=OCDE/GD(92)81&docLanguage=En) [dostęp: 20.04.2021]

kształtowania systemu zamówień, wraz z określeniem celów i zasad, opis otoczenia instytucjonalnego, przykładów dobrych praktyk oraz instrumentów zapewniających odpowiedzialny, uczciwy i przejrzysty system zamówień¹³⁷. Narzędzie to pozwala na ocenę poszczególnych systemów zamówień publicznych, określenie ich mocnych i słabych stron, jak i dobrych praktyk i ograniczeń.

Ustawa modelowa ONZ

Od 1966 r. przy ONZ funkcjonuje komisja ds. międzynarodowego prawa handlowego (*United Nation Commission on International Trade Law*). Przedmiotem prac tej komisji jest stopniowa harmonizacja i unifikacja handlu międzynarodowego. Szczegółowo zajęła się ona regulacją zamówień publicznych w latach 90., czego rezultatem było wydanie rezolucji 49/54 z dnia 9 grudnia 1994 r. w sprawie zamówień na towary, budownictwo i usługi. Przyjęty dokument określał procedury mające na celu osiągnięcie konkurencji, przejrzystości, uczciwości, ekonomii i wydajności w procesie udzielania zamówień, dzięki czemu przyczynił się do późniejszych reform zamówień w państwach członkowskich ONZ. Zmiany w funkcjonowaniu zamówień publicznych, problemy i możliwości (takie jak możliwość wykorzystania elektronicznych środków komunikacji) przyczyniły się do wydania nowego dokumentu – *Model Law on Public Procurement*¹³⁸ (pol. *Modelowa Ustawa o Zamówieniach Publicznych*; dalej: Ustawa modelowa ONZ) z 2011 r., która zastąpiła tę z 1994 r. Ustawa modelowa ONZ zawiera procedury i zasady mające na celu osiągnięcie opłacalności i uniknięcie nadużyć w procesie udzielania zamówień. Została ona przygotowana z myślą o wspieraniu harmonizacji międzynarodowych standardów w zamówieniach publicznych i uwzględnia postanowienia Porozumienia GPA, dyrektyw Unii Europejskiej, Konwencji ONZ przeciwko Korupcji, wytycznych dotyczących zamówień i wytycznych konsultanta Banku Światowego oraz równoważnych dokumentów innych międzynarodowych instytucji finansowych¹³⁹.

Zgodnie z preambułą Ustawy modelowej ONZ celem wprowadzenia regulacji jest:

- a) maksymalizacja ekonomii i efektywności zamówień;

¹³⁷ *Methodology For Assessing Procurement Systems (MAPS)*. Źródło: <http://www.mapsinitiative.org/methodology/MAPS-methodology-for-assessing-procurement-systems.pdf> [dostęp: 20.04.2021].

¹³⁸ *UNCITRAL Model Law on Public Procurement* (dokument z dnia 1 lipca 2011 r.). A/66/17, annex I.

¹³⁹ *Guide to Enactment of the UNCITRAL Model Law on Public Procurement*. Źródło: https://uncitral.un.org/en/texts/procurement/modellaw/public_procurement/guide [dostęp: 20.04.2021].

- b) wspieranie i zachęcanie do udziału w postępowaniach o udzielenie zamówienia;
- c) zachęcanie dostawców i wykonawców niezależnie od narodowości do udziału w zamówieniach, promując tym samym handel międzynarodowy;
- d) promowanie konkurencji wśród wykonawców;
- e) zapewnienie równego i sprawiedliwego traktowania wszystkich dostawców i wykonawców;
- f) promowanie integralności i uczciwości oraz zaufania publicznego w procesie udzielania zamówień;
- g) osiągnięcie przejrzystości procedur związanych z zamówieniami¹⁴⁰.

Ustawa Modelowa ONZ jest *de facto* ustawą ramową. Określa ona jedynie podstawowe zasady prawne regulujące zamówienia publiczne, które powinny zostać uzupełnione o szczegółowe przepisy. Co istotne z punktu widzenia niniejszej pracy, pomimo dużej ogólności ustawy przewiduje ona konieczność realizacji polityk społeczno-gospodarczych przez zamówienia. Przez takie polityki należy rozumieć „politykę środowiskową, społeczną, gospodarczą i inne polityki tego państwa, dopuszczoną lub wymaganą przez przepisy dotyczące zamówień publicznych lub inne przepisy prawa tego państwa do uwzględnienia przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia”¹⁴¹. Zgodnie z podręcznikiem do Ustawy modelowej ONZ, jeżeli polityki społeczno-ekonomiczne nie zostały zawarte w regulacjach związanych z realizacją zamówień publicznych, przepisy te powinny przynajmniej odsyłać do odpowiednich regulacji i zasad, tak aby podmioty zamawiające były świadome wszelkich obowiązkowych kryteriów społeczno-ekonomicznych, które mają być stosowane¹⁴². Pomimo że Ustawa modelowa ONZ nie przewiduje realizacji zamówień zrównoważonych, to wprost dopuszcza stosowanie instrumentów wspierających realizację celów strategicznych¹⁴³.

GPA – *The Agreement on Government Procurement*

Kolejnym etapem międzynarodowej integracji zamówień publicznych był rozwój porozumienia GPA. W dniu 15 kwietnia 1994 r. w Marrakeszu podpisano nową umowę w sprawie zamówień rządowych, która weszła w życie z dniem 1 stycznia 1996 r. Porozumienie

¹⁴⁰ *UNCITRAL Model Law on Public Procurement* (dokument z dnia 1 lipca 2011 r.). A/66/17, annex I

¹⁴¹ Art. 2 lit. o Ustawy modelowej ONZ.

¹⁴² *Guidance on procurement regulations to be promulgated in accordance with article 4 of the UNCITRAL Model Law on Public Procurement*. Źródło: https://www.uzp.gov.pl/_data/assets/pdf_file/0018/28206/Guidance_on_procurement_regulations.pdf [dostęp: 20.04.2021].

¹⁴³ Np. w art. 25 lit. i Ustawy modelowej ONZ.

w sprawie zamówień publicznych obejmowało następujące kraje: USA, Kanadę, Japonię, kraje EFTA, Singapur, Hongkong i Izrael, i obiecywało znaczną poprawę we wzajemnym dostępie do rynku. Porozumienie w sprawie zamówień publicznych opierało się w głównej mierze na zasadzie traktowania narodowego. Zmierzało do realizacji dwóch zasadniczych celów: integracji międzynarodowego rynku zamówień publicznych oraz promocji konkurencyjności i transparentności zamówień¹⁴⁴. Porozumienie GPA zrzesza aktualnie kilkadziesiąt krajów świata i cały czas poszerza się jego zasięg. Ostatnie rozszerzenie nastąpiło w 5 maja 2019 r., kiedy porozumienie zostało podpisane przez Australię.

Rolą tego dokumentu jest ujednolicenie procedur udzielania zamówień publicznych. Pomimo to nie zawiera on konkretnych rozwiązań – konstrukcji prawnych, a jedynie pożądane efekty i zasady, którymi powinno kierować się państwo – strona porozumienia GPA. Największy nacisk został położony na zapewnienie wzajemnego (w ramach porozumienia) dostępu do rynku zamówień, opartego na zasadach: niedyskryminacji, przejrzystości i dostępności, przynajmniej w zakresie określonym w załączniku I do porozumienia GPA. Porozumienie to obejmuje jedynie ściśle określone zamówienia. Ograniczenia mają charakter zarówno podmiotowy, przedmiotowy, jak i kwotowy. Porozumienie GPA dotyczy wyłącznie zamówień publicznych realizowanych przez podmioty wskazane w załącznikach do porozumienia, których wartość przekracza progi wyrażone w jednostce rozliczeniowej Międzynarodowego Funduszu Walutowego SDR, wynoszące co do zasady 130 000 SDR dla zamówień na dostawy udzielane przez jednostki administracji centralnej, 200 000 SDR dla zamówień na dostawy udzielane przez administrację lokalną i regionalną oraz 5 000 000 SDR¹⁴⁵ dla robót budowlanych zamawianych przez podmioty sektora użyteczności publicznej. Dodatkowo Porozumienie GPA dotyczy zamówień na wyliczone roboty, dostawy i usługi¹⁴⁶.

Główne cele porozumienia GPA zostały wskazane w preambule i zakładają one:

- zwiększenie liberalizacji handlu międzynarodowego oraz jego rozwoju;
- wyeliminowanie dyskryminacji zagranicznych wykonawców przy ubieganiu się o zamówienia publiczne;

¹⁴⁴ R. Anderson, W. Kovacic, A. Müller: *Ensuring Integrity and Competition in Public Procurement Markets: A Dual Challenge for Good Governance*. W: *The WTO Regime on Government Procurement: Recent Developments and Challenges Ahead*. Red. S. Arrowsmith, R. Anderson, Cambridge 2011.

¹⁴⁵ Na dzień 30 kwietnia 2021 cena 1 SDR wynosiła ok. 5,44 zł.

¹⁴⁶ Decyzja Rady z dnia 2 grudnia 2013 r. dotycząca zawarcia Protokołu zmieniającego Porozumienie w sprawie zamówień rządowych, Dz. U. UE L68, tom 57, 7 marca 2014 r.

- zapewnienie przejrzystości praw, przepisów, procedur oraz praktyk przyznawania publicznych kontraktów¹⁴⁷.

Celem porozumienia GPA jest więc ujednoczenie procedur udzielania zamówień publicznych i ujednoczenie postępowań z zapewnieniem przejrzystości oraz dostępu do rynku dla przedsiębiorców z zagranicy. Jednakże pomimo tego że efektywność zamówień publicznych nie została wskazana jako cel sam w sobie, to w preambule Postanowienia GPA możemy znaleźć stwierdzenie, że „integralność i przewidywalność systemów udzielania zamówień rządowych ma kluczowe znaczenie dla skutecznego i efektywnego zarządzania zasobami publicznymi”¹⁴⁸. Zdanie to wskazuje więc, że efektywność jest zjawiskiem pożądanym również dla stron Porozumienia GPA; nigdzie nie zostało jednak zdefiniowane, co należy przez to rozumieć i czy w ramach efektywności należy uwzględnić realizację celów strategicznych.

Porozumienie opiera się na dwóch podstawowych zasadach: traktowania narodowego i niedyskryminacji, które mają zapewnić brak dyskryminacji podmiotów zagranicznych ubiegających się o zamówienie w stosunku do podmiotów krajowych. Dodatkowo wskazuje również na potrzebę wykorzystania środków elektronicznych w postępowaniach¹⁴⁹. Porozumienie GPA odnosi się do przepisów o publikacji ogłoszeń o zamówieniach, czyli dostępie do informacji o przyznawanych kontraktach, definicji procedur udzielania zamówień, określania przedmiotu zamówienia, czyli prawidłowego stosowania specyfikacji technicznych oraz kryteriów wyboru oferty. Reguluje więc podstawowe zagadnienia związane z przeprowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia. Bezpośrednie zastosowanie tych postanowień jest w UE jednak ograniczone. W związku z przystąpieniem Wspólnot Europejskich do GPA dyrektywy związane z zamówieniami publicznymi zostały znowelizowane dyrektywą 97/52/WE. Nowelizacja przystosowała przepisy dyrektyw do założeń GPA, w szczególności do ustalenia warunków dostępu do rynku zamówień publicznych dla wykonawców niebędących członkami Wspólnot Europejskich. Wprowadzono wprost zakaz dyskryminowania poszczególnych wykonawców i zobowiązanie do równego traktowania podmiotów w postępowaniu. Dlatego też w relacjach pomiędzy państwami członkowskimi zastosowanie mają wyłącznie postanowienia dyrektyw. Postanowienia

¹⁴⁷ D. Piasta: *Zamówienia publiczne w świetle procedur Światowej Organizacji Handlu Umowa o zamówieniach publicznych (GPA)*. Warszawa 2001, s. 18–19.

¹⁴⁸ Decyzja Rady z dnia 2 grudnia 2013 r. dotycząca zawarcia Protokołu zmieniającego Porozumienie w sprawie zamówień rządowych, Dz. U. UE L68, tom 57, 7 marca 2014 r.

¹⁴⁹ Art. 4 Porozumienia GPA.

porozumienia GPA będą miały jednak zastosowanie w relacjach z państwami sygnatariuszami GPA, które nie są równocześnie częścią wspólnoty.

Ten etap rozwoju systemu zamówień publicznych zakończył się stworzeniem podziału na zamówienia klasyczne i sektorowe, co umożliwiło stworzenie przepisów bardziej dopasowanych do szczególnych potrzeb różnych postępowań. Porozumienie GPA będzie miało znaczenie w szczególności w relacjach pomiędzy państwami członkowskimi UE a podmiotami spoza wspólnoty, natomiast w samej UE bezpośrednie zastosowanie Porozumienia GPA nie będzie miało miejsca.

Porozumienie GATT¹⁵⁰

Warto również wspomnieć o Porozumieniu GATT w sprawie zamówień rządowych¹⁵¹. Oparte było ono na zasadach niedyskryminacji, przejrzystości i sprawiedliwości proceduralnej. Porozumienie miało na celu zapewnienie niedyskryminacyjnych warunków dla wszystkich podmiotów w odniesieniu do zamówień na dostawy, usługi i roboty budowlane. Porozumienie GATT miało szersze zastosowanie niż postanowienia pierwszych dyrektyw wspólnotowych.

Pierwsze dyrektywy w sprawie zamówień publicznych nie miały zastosowania do produktów pochodzących i dostarczanych przez państwa trzecie. Znaczenie tego ograniczenia polegało na tym, że produkt znajdujący się poza Wspólnotą Europejską, aby podlegać zamówieniu publicznemu regulowanemu przez jedną z dyrektyw, musiał być legalnie dopuszczony do swobodnego obrotu w co najmniej jednym państwie członkowskim. Porozumienie GATT zobowiązywało każdego sygnatariusza do działania z zachowaniem zasady wzajemności. Zagraniczne przedsiębiorstwa, które miały siedzibę w państwach trzecich, ale miały spółki zależne na wspólnym rynku, mogły mieć taki sam dostęp do zamówień na dostawy publiczne, jak przedsiębiorstwa europejskie. Mogły też powoływać się i egzekwować prawo wspólnotowe. Rozszerzenie ram Porozumienia GATT w sprawie zamówień było kontynuowane podczas Rundy Urugwajskiej GATT. Nowy system wprowadził istotne zmiany w stosowaniu Porozumienia GATT w sprawie zamówień rządowych w odniesieniu do rodzajów umów i zakresu obejmującego instytucje zamawiające. Zamówienia na roboty budowlane i usługi zostały objęte zmienionym systemem, a lista instytucji

¹⁵⁰ Układ Ogólny w sprawie Taryf Celnych i Handlu (ang. *General Agreement on Tariffs and Trade*, GATT). Sprawą zamówień publicznych zajmowano się w szczególności w Rundzie Tokijskiej i Urugwajskiej.

¹⁵¹ Porozumienie WTO w sprawie Zamówień Rządowych (GPA), 1994.

zamawiających obejmowała nie tylko departamenty rządu centralnego i ich agencje, ale także władze regionalne i lokalne oraz niektóre instytucje użyteczności publicznej w postaci władz publicznych lub przedsiębiorstw publicznych, co znacząco rozszerzało zakres stosowania porozumienia.

Analiza powyższych aktów prawa międzynarodowego pokazuje, że regulacje te zajmują się głównie określaniem zasad współpracy międzynarodowej i dążą do wyeliminowania zachowań ograniczających dostęp do rynków poszczególnych krajów. Nie skupiają się one przy tym na ustalaniu i precyzowaniu celów współpracy. Pomimo że, zawierając porozumienie, państwa członkowskie tworzą nową wspólnotę państw – stron umowy, współpraca między tymi państwami nie jest na tyle silna, by pozwalała na określenie wspólnych i jednolitych kierunków działania. Pomimo tego akty te mają istotną rolę w systemie zamówień publicznych, jednakże nie stanowią one źródeł celów będących przedmiotem niniejszej pracy. Co jednak ważne, powyższe dokumenty nie stoją w sprzeczności z określonymi celami systemu zamówień publicznych w UE i w Polsce.

2. Rozwój zamówień publicznych w UE

Zamówienia publiczne w samej Europie do lat 70. były regulowane na szczeblu krajowym. W dużej mierze było to spowodowane znacznymi różnicami w regulacjach poszczególnych państw członkowskich, jak i względami politycznymi i ekonomicznymi. Wspólnota europejska nie była jeszcze gotowa na pełną integrację w tym zakresie.

Ch. Bovis¹⁵² przedstawił ewolucję zamówień publicznych w Europie w oparciu o podział na cztery generacje. Podział ten dobrze obrazuje zmiany zachodzące wraz z integracją państw członkowskich Wspólnot Europejskich. Pierwszy etap współpracy zobowiązywał państwa do zapewnienia odpowiednich zasad postępowania, w tym w szczególności wprowadzenie zakazu faworyzowania podmiotów lub produktów krajowych, w celu umożliwienia podmiotom zagranicznym uczestniczenia w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego.

Drugi etap zacieśniania współpracy w zakresie zamówień publicznych to w głównej mierze prace nad zapewnieniem jak najszerszego stosowania dyrektyw regulujących zasady udzielania zamówień w państwach Wspólnot Europejskich. Pojawiły się pierwsze regulacje, które obejmowały swym zakresem tzw. zamówienia sektorowe, tj. zamówienia o szczególnym

¹⁵² Ch. Bovis: *EU Public Procurement Law...*

znaczeniu dla państwa. W tym czasie zawarto pierwsze porozumienia o charakterze globalnym, wprowadzające zasadę wzajemności. Oznacza to, że podmioty tego porozumienia przyznały sobie i swoim obywatelom takie same przywileje i prawa w udziale w zamówieniach publicznych. Kolejnym etapem była konsolidacja wytworzonych przez państwa regulacji w zakresie dostaw, usług i robót budowlanych, przy równoczesnym poszerzaniu zasięgu stosowania nowych regulacji. W dalszym ciągu Europa kieruje swoją uwagę w głównej mierze na zapewnienie konkurencyjności zamówień i równości podmiotów w nich uczestniczących. Czwarty etap współpracy zmienił kierunek dalszego rozwoju zamówień publicznych. Istotnie rozwinęła się idea zawierania partnerstw publiczno-prywatnych, zacieśniających współpracę pomiędzy zamawiającym a wykonawcą. Pojawiła się więc konieczność określenia zasad wyłaniania partnera prywatnego oraz realizowania takiego projektu. Rozwój tej instytucji wpłynął jednocześnie na postrzeganie zamówień publicznych.

Istotnym czynnikiem, który wpłynął na postrzeganie zamówień publicznych, był kryzys gospodarczy w roku 2008 r., który w znaczący sposób wpłynął na ocenę, w jakim zakresie państwo powinno ingerować w gospodarkę. Zwrócono uwagę na fakt, że zamówienia publiczne w znaczący sposób ją stymulują. Podjęto więc działania w celu wykorzystania tego narzędzia do realizacji celów strategicznych dla Unii Europejskiej¹⁵³.

I Generacja zamówień publicznych

Pierwsze regulacje na szczeblu ponadnarodowym pojawiły się w drugiej połowie XX wieku. W 1962 r. po raz pierwszy państwa członkowskie Wspólnot Europejskich przyjęły dwa Programy Generalne, mające na celu eliminację barier uniemożliwiających lub utrudniających uczestnictwo podmiotów zagranicznych na lokalnym rynku zamówień publicznych w danym kraju. Dążono do ujednoczenia rynków zamówień publicznych w poszczególnych krajach, otwarcia ich na zagraniczne podmioty i wyeliminowania dyskryminacji¹⁵⁴. Głównym celem tych regulacji było zniesienie barier narodowych i zlikwidowanie preferencji na rzecz wykonawców krajowych. W tym celu Komisja Europejska uchwaliła dwie istotne dyrektywy¹⁵⁵ zobowiązujące zamawiających do dopuszczania

¹⁵³ Komunikat Komisji: *Europa 2020 „Strategia na rzecz inteligentnego i zrównoważonego rozwoju sprzyjającego włączeniu społecznemu” z dnia 3 marca 2010 r.* Bruksela 2010.

¹⁵⁴ Ch. Bovis: *EU Public Procurement Law...*, s. 17.

¹⁵⁵ Dyrektywa 66/683 / EWG z dnia 7 listopada 1966 r. znosząca wszelkie różnice w traktowaniu krajowych produktów i produktów, które na mocy art. 9 i 10 Traktatu muszą mieć możliwość swobodnego przemieszczania się, w odniesieniu do przepisów ustawowych, wykonawczych

produktów zagranicznych (w szczególności przez dopuszczenie rozwiązań równoważnych). Zwrócono w nich uwagę na dwa ograniczenia – ograniczające możliwość dostarczenia produktów zagranicznych oraz faworyzowanie produktów lokalnych. Wprowadzone regulacje okazały się niewystarczające. Komisji Europejskiej zależało na zwiększeniu transparentności krajowych rynków zamówień publicznych, a zamówienia publiczne na dostawy były wyłączone w oczekiwaniu na przyjęcie dyrektywy szczegółowej, przyjętej dopiero w 1970 r. Komisja w tym roku wprowadziła dyrektywę 70/324, wprowadzając w ten sposób zakaz stosowania środków o skutku równoważnym do ograniczeń ilościowych w sprawie zamówień publicznych. Rozpoczął się proces integracji rynków zamówień publicznych w krajach członkowskich. W dalszym ciągu jednak dostawy oraz roboty budowlane w sektorach strategicznych dla państw, tj. w sektorach transportu, wodnym, energetycznym i telekomunikacyjnym, były wyłączone z regulacji wspólnotowych. Każde z państw cechowały inne potrzeby i regulacje prawne, co utrudniało określenie zakresu obowiązywania dyrektywy. Ponadto, wskazane sektory miały istotne znaczenie dla gospodarki, co utrudniało rozmowy z rządami poszczególnych państw członkowskich¹⁵⁶.

Do końca lat 80. działania członków Wspólnoty Europejskiej miały na celu zapewnienie większą konkurencyjność zamówień, poprzez usunięcie dyskryminacji zagranicznych podmiotów i ujednoczenie zasad postępowania. W 1981 r. Grecja staje się dziesiątym państwem członkowskim UE, a Hiszpania z Portugalia przystępują do niej pięć lat później. Powiększenie się Wspólnoty powodowało konieczność wzmocnienia regulacji pozwalających na usunięcie przeszkód dla wolnego przepływu handlu. Dlatego też w 1986 r. dochodzi do podpisania Jednolitego Aktu Europejskiego, którego celem było stworzenie jednolitego rynku wewnętrznego¹⁵⁷. Konkurencyjność pozostała głównym celem działań Wspólnoty. Wspólnota zaczęła dostrzegać między innymi problem ochrony środowiska, natomiast zamówienia publiczne nie są jeszcze postrzegane jako instrument do walki z takimi problemami.

i administracyjnych zakazujących korzystania z takich przywożonych produktów i nakładających obowiązek używania produktów krajowych lub uzależniających zysk od takiego wykorzystania, OJ 220, 30.11.1966, p. 3748–3750 oraz Dyrektywa 70/32/EWG z dnia 17 grudnia 1969 r. w sprawie dostaw towarów dla państwa, jego władz lokalnych oraz osób prawnych prawa publicznego, OJ L 13, 19.1.1970, p. 1–3.

¹⁵⁶ A. Sołtysińska: *Zamówienia publiczne w Unii Europejskiej: sektor użyteczności publicznej*. Warszawa 2000, s. 7–10.

¹⁵⁷ Single European Act, Dz.U. L 169 z 29.6.1987, s. 1–28.

W tym czasie rozwijało się orzecznictwo TSUE, którego zadaniem stało się rozwiązanie wątpliwości interpretacyjnych powstałych na gruncie dyrektyw oraz określania sposobu interpretacji poszczególnych przepisów wspólnotowych. To, w jaki sposób orzeczenia TSUE przyczyniały się do ustalenia celów zamówień publicznych, zostanie opisane w dalszej części rozdziału. Warto jednak wskazać w tym miejscu, że analiza orzeczeń z tego okresu prowadzi do wniosku, że:

- TSUE był zmuszony rozstrzygać spory kompetencyjne oraz zakres uprawnień poszczególnych organów państw członkowskich¹⁵⁸;
- dochodziło do sporów, czy dane postępowanie zamawiającego było przeprowadzane w zgodzie z zasadami wspólnotowymi (w tym z dążeniem do zapewnienia jednolitego rynku gospodarczego);
- TSUE zwracał szczególną uwagę na zapewnienie korzystnych ekonomicznie zamówień publicznych, nie negując przy tym możliwości realizacji innych celów zaakceptowanych przez Wspólnoty Europejskie¹⁵⁹;
- TSUE dążył do wyeliminowania wszelkich działań stosowanych przez państwa członkowskie, powodujących utrudnienia w przepływie towarów na rynku wewnętrznym¹⁶⁰.

II Generacja zamówień publicznych

¹⁵⁸ Wyrok TE z 24 czerwca 1986 r., *Développement SA and Clemessy v Commission of the European Communities*. Sprawa 267/82; Wyrok TE z dnia 23 stycznia 1986 r. *Centrale Marketinggesellschaft der deutschen Agrarwirtschaft mbH przeciwko Europejskiej Wspólnocie Gospodarczej*. Sprawa 251/84.; Wyrok TSUE z dnia 26 listopada 1985, *Commission of the European Communities v CO.DE.MI. SpA*. – sprawa 318/81; Wyrok TSUE z dnia 19 września 1985 r. – *Murri Frères v Commission of the European Communities*. Sprawa 33/82; Wyrok TSUE z dnia 10 lipca 1984 r. – *STS Consorzio per Sistemi di Telecomunicazione via Satellite SpA v Commission of the European Communities*. Sprawa 126/83; Wyrok TSUE z dnia 28 października 1982 r. – *Groupement des Agences de voyages, Asbl v Commission of the European Communities*. Sprawa 135/81; Wyrok TSUE z dnia 4 marca 1982 r. – *H.P. Gauff Ingenieure GmbH & Co. KG v Commission of the European Communities*. Sprawa 182/80.

¹⁵⁹ Wyrok TSUE z 20 września 1988 r. *Gebroeders Beentjes BV v State of the Netherlands* (sygn. 31/87). Należy wskazać, że pierwszym podmiotem, który zwrócił uwagę na możliwość realizowania celów środowiskowych i społecznych dzięki zamówieniom publicznym, był właśnie Trybunał Europejski.

¹⁶⁰ Orzeczenie TSUE z 22 września 1988 r. w sprawie C 45/87 (*Dundalk*); Orzeczenie TSUE z 10 lutego 1982 r. w sprawie 76/81 („*Transporoute*”).

Drugi etap rozwoju systemu zamówień publicznych w Europie został otwarty poprzez przyjęcie nowej dyrektywy dotyczącej koordynacji udzielania zamówień. Pierwszym krokiem było określenie zakresu podmiotowego stosowania przepisów wspólnotowych. Dyrektywa nr 71/305¹⁶¹ zdefiniowała zamawiającego jako każdy podmiot prawa publicznego ustanowiony dla szczególnego celu zaspokajania potrzeb w ogólnym interesie, jednakże wskazywała, że zamawiającymi objętymi dyrektywą są jedynie podmioty znajdujące się w wykazie stanowiącym załącznik nr 1 do dyrektywy 71/305. Państwa członkowskie miały obowiązek informować o każdej zmianie na tej liście i same decydowały, który organ zostanie na nią wpisany. Przyczyniło się to ograniczenia zasięgu dyrektywy. Nie wprowadziła ona też nowych procedur przetargowych, a funkcjonujące wtedy procedury krajowe nie zostały zastąpione zbiorem przepisów wspólnotowych. Państwa członkowskie zachowywały swobodę utrzymywania lub przyjmowania przepisów materialnych i proceduralnych, pod warunkiem, że przestrzegają wszystkich odpowiednich przepisów prawa wspólnotowego¹⁶².

Poza podmiotowym ograniczeniem regulacji zamówień publicznych na rynku europejskim w dalszym ciągu występowały ograniczenia przedmiotowe. Między innymi z regulacji zostały wyłączone roboty budowlane. Tym samym duża część zamówień nie była objęta stosowaniem wymogów wynikających z dyrektywy. Taka sytuacja negatywnie wpływała na ujednolicanie rynku zamówień publicznych. Dlatego też Wspólnota europejska zmierzała do rozszerzenia zakresu regulacji ogólnoeuropejskich. Różne, wzajemnie wykluczające się regulacje poszczególnych krajów, a także zamknięta lista zamawiających (wskazana w załączniku nr 1 do dyrektywy 71/305) oraz sama wartość poszczególnych zamówień utrudniały możliwość uregulowania jednym aktem prawnym wszystkich zamówień.

W 1985 r. Komisja Europejska opublikowała „Białą księgę na temat wdrażania rynku wewnętrznego”, w której wskazała, że w poszczególnych krajach w znacznej mierze nie udało się w ogóle wdrożyć dyrektyw dotyczących zamówień publicznych¹⁶³. Państwa członkowskie dopuszczały się różnych działań mających na celu pominięcie regulacji europejskich, w szczególności polegających na:

¹⁶¹ Dyrektywa 71/305 z 26 lipca 1971 r. z dn. 26 lipca 1971 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, OJ L 185, 16.8.1971, p. 5–14.

¹⁶² Ch. Bovis, *EU Public Procurement Law...*, s. 21.

¹⁶³ Komisja Europejska: *White Paper on the completion of the internal market* (14 June 1985). Źródło: https://www.cvce.eu/content/publication/2002/1/23/0d72b347-b235-4c9d-bb71-ba38824f5d49/publishable_en.pdf [dostęp 20.04.2021].

- dzieleniu zamówień na części,
- przygotowywaniu opisu przedmiotu zamówienia w taki sposób, by faworyzować lokalnych wykonawców,
- wyznaczaniu krótkiego terminu na składanie ofert,
- nadużywaniu regulacji umożliwiających wyłączenie stosowania regulacji europejskich¹⁶⁴.

Krytyczna ocena stanu wspólnego rynku wewnętrznego dokonana przez Komisję Europejską zapoczątkowała prace nad nowymi aktami, które miały na celu wyeliminować problemy wynikające z dotychczasowej praktyki. W konsekwencji Rada Wspólnot Europejskich w 1988 r. przyjęła Dyrektywę 88/295 zmieniającą Dyrektywę 77/62/EEC dotyczącą koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na dostawy i uchylająca niektóre przepisy dyrektywy 80/767 / EWG¹⁶⁵. Najistotniejszą zmianą było ustalenie prymatu postępowań przetargowych nad trybami negocjacyjnymi. Lata 80. XX wieku to praca Wspólnoty nad ujednoczeniem rynku i wprowadzeniem warunków pozwalających na prowadzenie zamówień konkurencyjnych. Uznano, że tryby przetargowe zwiększają konkurencyjność postępowań, co do istoty nie budzi wątpliwości – tryb przetargu nieograniczonego w najszerszy sposób gwarantuje konkurencyjność postępowania. Skoro więc konkurencyjność była celem, ustalenie prymatu trybów przetargowych wydawało się być zasadne. Ponadto, starano się wyjaśnić wątpliwości interpretacyjne co do zakresu dotychczasowych dyrektyw dotyczących szacowania wartości zamówienia lub stosowania postanowień dyrektyw¹⁶⁶. Ujednolicono i rozszerzono definicje dostaw i robót budowlanych, a także wydłużono minimalny czas składania ofert. Wszystkie zmiany miały na celu zlikwidowanie sytuacji niepożądanych, między innymi opisanych w „Białej księdze” z 1985 r. Państwa nie były jednak chętne do implementowania dyrektyw dotyczących zamówień publicznych we wszystkich postępowaniach. Chcąc zapewnić pełne stosowanie dyrektywy, przynajmniej w zakresie „podstawowych” zamówień, zdecydowano się na odrębne uregulowanie zamówień najistotniejszych dla każdego państwa zamówień publicznych, tj. w sektorach transportu, wodnego, energii i telekomunikacji. Rozpoczął się okres tworzenia

¹⁶⁴ M. Lemke: *Zamówienia publiczne w Unii Europejskiej, Dyrektywy dotyczące zamówień publicznych na usługi, dostawy i roboty budowlane*. Warszawa 2001, s. 11.

¹⁶⁵ Dyrektywa Rady Wspólnot Europejskich 88/295/EEC z dnia 22 marca 1988 r. zmieniająca Dyrektywę 77/62/EEC dotyczącą koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na dostawy i uchylająca niektóre przepisy dyrektywy 80/767 / EWG, JOL_1988_127_R_0001_004.

¹⁶⁶ Ch. Bovis, *EU Public Procurement Law...*, s. 23–40.

dyrektyw sektorowych. W pierwszej kolejności postanowiono uregulować sektor telekomunikacji dyrektywą 88/301¹⁶⁷ w 1988 r. Nie obowiązywała ona jednak zbyt długo, gdyż już na początku lat 90. została wprowadzona nowa regulacja obejmująca wszystkie usługi sektorowe (nie tylko telekomunikacji).

Dalsza integracja państw wspólnotowych

Przewidziana w umowach międzynarodowych liberalizacja handlu obejmowała na początku lat 90. przede wszystkim swobodny przepływ towarów, z pominięciem regulacji dotyczących świadczenia usług transgranicznych. W konsekwencji dostęp do zamówień tego rodzaju był znacząco ograniczony. Instytucje europejskie planowały rozwiązać ten problem. Została wprowadzona Dyrektywa 92/50¹⁶⁸ w sprawie procedur udzielania zamówień publicznych na usługi, która próbowała utorować drogę liberalizacji usług na rynkach publicznych. Dyrektywa była zgodna z tymi samymi zasadami, które obowiązują w pozostałej części wspólnotowego prawodawstwa dotyczącego zamówień publicznych, a mianowicie z obowiązkowym ogłoszeniem o zamówieniach publicznych na terenie całej Wspólnoty, zakazem specyfikacji technicznych mogących dyskryminować potencjalnych oferentów oraz jednolitym stosowaniem obiektywnych kryteriów udziału w procedurach przetargowych i przetargowych. Dyrektywa 92/50 zdefiniowała *zamówienia publiczne na usługi* jako „umowy o charakterze odpłatnym, zawierane na piśmie pomiędzy usługodawcą a instytucją zamawiającą”¹⁶⁹, z wyłączeniem umów dotyczących korzystania z nieruchomości i świadczenia usług telekomunikacyjnych, arbitrażowych, naukowych oraz związanych z obrotem papierami wartościowymi.

Dyrektywa w dalszym ciągu zakładała jej dwupoziomowe stosowanie. Obowiązkiem stosowania objęto zamówienia na usługi o wartości przekraczającej 200 000 ECU¹⁷⁰; poniżej tej wartości zastosowanie miała jedynie część elementarnych postanowień, np. dotyczących nowowprowadzonego konkursu na projekt rozumianego, zgodnie z dyrektywą jako „krajowe procedury, z nagrodami lub bez, które umożliwiają instytucji zamawiającej uzyskanie planu

¹⁶⁷ Dyrektywa Komisji Europejskiej 88/301 z dnia 16 maja 1988 r. w sprawie konkurencji na rynkach końcowych urządzeń telekomunikacyjnych.

¹⁶⁸ Dyrektywa Rady 92/50/EWG z dnia 18 czerwca 1992 r. odnosząca się do koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na usługi, OJ L 209, 24.7.1992, p. 1–24.

¹⁶⁹ Dyrektywa Rady 92/50/EWG, art. 1 lit. a).

¹⁷⁰ Jest to jednostka rozliczeniowa w Europejskim Systemie Monetarnym używana w latach 1979–1998.

lub projektu, wybranego przez komisję konkursową, przede wszystkim w dziedzinie planowania przestrzennego, urbanistyki, architektury i inżynierii lądowej i wodnej lub przetwarzania danych”¹⁷¹.

Omówiona generacja systemu zamówień skupiała się na ujednoczeniu rynku wewnętrznego oraz na określeniu zasad uczestnictwa w nim podmiotów spoza Wspólnot Europejskich. Dążono do wprowadzenia takich regulacji, które zapewnią pełne wdrożenia dyrektyw w poszczególnych państwach. Rozproszenie przepisów w dalszym ciągu stanowiło barierę do pełnej integracji rynku.

III Generacja

Na początku lat 90. podjęto działania w celu połączenia wszystkich poprzednich przepisów dotyczących zamówień publicznych i zapewnienia bardziej jednolitych ram regulacyjnych. W 1993 r. wprowadzono skonsolidowany system obejmujący trzy dyrektywy w sprawie dostaw¹⁷², robót budowlanych¹⁷³ i usług¹⁷⁴. Drobne poprawki zostały następnie wprowadzone do skonsolidowanych dyrektyw, głównie dotyczących kwestii proceduralnych i kwestii zgodności z zobowiązaniami międzynarodowymi.¹⁷⁵

Istotne znaczenie ma dyrektywa z 14 czerwca 1993 r. dotycząca koordynacji procedur w zakresie udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane nr 93/37, która obejmowała wszystkie stosowne przepisy wspólnotowe odnoszące się do robót publicznych z kilkoma ważnymi zmianami i wyjaśnieniami istniejących przepisów dyrektywy z dnia 21 grudnia 1989 r. nr 89/440 w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane. Przepisy dyrektywy miały zastosowanie wyłącznie do umów koncesji o wartości co najmniej 5 mln ECU i nie dotyczyły zamówień sektorowych. Dyrektywa wprost określała przypadki, w których dopuszczalne było użycie trybu negocjacyjnego. W pozostałych sytuacjach, nieokreślonych w art. 7 Dyrektywy 93/37, zamawiający zobowiązany był do udzielenia zamówienia na roboty budowlane

¹⁷¹ Dyrektywa Rady 92/50/EWG, art. 1 lit. g).

¹⁷² Dyrektywa Rady z dnia 14 czerwca 1993 r. dotycząca koordynacji procedur w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy nr 93/36/EWG, Dz. U. L 199 z 9.8.1993, str. 1–53.

¹⁷³ Dyrektywa Rady z dnia 14 czerwca 1993 r. dotycząca koordynacji procedur w zakresie udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, 93/37/EWG.

¹⁷⁴ Dyrektywa Rady z dnia 18 czerwca 1992 r. dotycząca koordynacji procedur w zakresie udzielania zamówień publicznych na usługi nr 92/50/EW, OJ L 209, 24.7.1992, p. 1–24.

¹⁷⁵ Ch. Bovis, *EU Public Procurement Law...*, s. 45–46.

w procedurze przetargu ograniczonego lub nieograniczonego. Regulacje obejmowały również zasady udostępniania dokumentacji przetargowej, ogłaszania postępowań, uczestnictwa wykonawców w postępowaniu oraz zasady tworzenia kryteriów oceny ofert.

Dyrektywa 93/37/EWG wraz z dyrektywą 92/50/EWG oraz 93/36/EWG – zwane inaczej „dyrektywami klasycznymi” – koordynowały procedury udzielania zamówień na roboty budowlane, dostawy i usługi przez organy państwowe, samorządowe i instytucje prawa publicznego. Każda z nich konsolidowała dotychczasowe regulacje unijne dotyczące robót budowlanych, dostaw i usług.

Odrębnie zostały uregulowane procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i telekomunikacji. Dyrektywy 93/38/EWG, 98/4/WE oraz 92/13/EWG, zwane łącznie „dyrektywami sektorowymi”, zapewniły państwom ochronę szczególnie dla nich istotnych części gospodarki.

Dyrektywa 93/38¹⁷⁶ reprezentowała ówczasie najbardziej radykalne podejście do integracji sektora publicznego w Europie. W pierwszej kolejności zdecydowano się na dwustopniową regulację zamówień sektorowych, tj. część usług była w całości regulowana przez dyrektywę, natomiast określona część – w założeniu mająca mniejsze znaczenie dla państwa – była objęta dyrektywą jedynie częściowo¹⁷⁷. Dyrektywa sektorowa obejmowała swoim zakresem najistotniejsze z punktu widzenia państwa zadania silnie powiązane z interesem publicznym. Większość usług objętych dyrektywą sektorową miała na celu zapewnienie podstawowych potrzeb społeczności. Dlatego też takie sektory, jak dostarczanie wody, prądu, gazu czy transport publiczny, zwykle były w większym lub mniejszym stopniu kontrolowane przez państwo, co wpływało na konkurencyjność tych rynków. Przemawiało za tym dobro publiczne, które w takim przypadku przeważało nad koniecznością zachowania konkurencyjności danego rynku.

Jest to przełomowy okres dla zamówień publicznych w Europie. Po raz pierwszy na szeroką skalę pojawia się dyskusja dotycząca celów zamówień publicznych. Do początku lat 90. działania organów Wspólnot europejskich i państw członkowskich dążyły do zapewnienia wolnego rynku, zniesienia barier dla zagranicznych podmiotów, zwiększenia konkurencyjności

¹⁷⁶ Dyrektywa Rady Wspólnot Europejskich 93/38 z dnia 14 czerwca 1993 w sprawie koordynowania postępowań o udzielenie zamówienia przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i telekomunikacji, L 199, 09/08/1993 P. 0084 – 0138.

¹⁷⁷ A. Sołtyśńska: *Zamówienia publiczne w Unii Europejskiej: sektor użyteczności publicznej...*, s. 9.

i zagwarantowania równego traktowania podmiotów w postępowaniu. Wraz z przyjęciem dyrektyw klasycznych zaczęto zastanawiać się, czy zamówienia publiczne powinny realizować jedynie cele ekonomiczne. J.M. Martin wskazuje na funkcje, jakie mogłyby być realizowane dzięki zamówieniom¹⁷⁸:

- stymulowanie wzrostu gospodarczego, w tym pobudzanie konkretnych gałęzi gospodarki;
- ochrona rynku wspólnotowego przed konkurencją podmiotów zagranicznych;
- wspieranie rozwoju regionalnego, ze szczególnym uwzględnieniem obszarów wolniej rozwijających się;
- wspieranie polityki socjalnej, m.in. poprzez tworzenie nowych miejsc pracy, wsparcie małych i średnich przedsiębiorców.

IV Generacja zamówień publicznych

W 1998 r. została opublikowana Zielona Księga dotycząca zamówień publicznych w Unii Europejskiej¹⁷⁹. Ocena rynku zamówień publicznych w Europie ponownie wykazała problemy z prawidłowym zastosowaniem dyrektyw. Najistotniejszym problemem była niepełna implementacja przepisów przez poszczególne państwa oraz niesatysfakcjonująca jakość ogłoszeń, kryteriów oceny ofert i nadużywanie procedur przyśpieszonych.

W konsekwencji w 2004 r. Unia Europejska przyjęła nowe regulacje – dwie dyrektywy: 2004/18 dotyczącą zamówień na dostawy, usługi i roboty budowlane oraz nr 2004/17 dotyczącą zamówień sektorowych¹⁸⁰. Nowe dyrektywy odzwierciedlały założenia Zielonej Księgi Komisji Europejskiej z 1996 r. w sprawie zamówień publicznych oraz komunikat Komisji z 1998 r. Celem wprowadzenia nowych dyrektyw było zwiększenie przejrzystości przepisów w taki sposób, by zapewnić pełniejszą realizację zasad udzielania zamówień publicznych, tj. zasady równego traktowania, zasady niedyskryminacji, zasady konkurencyjności, zasady wzajemnej uznawalności, zasady proporcjonalności. Co istotne, po raz pierwszy w preambule

¹⁷⁸ J.M. Fernández Martín: *The EC Procurement Rules: A Critical Analysis*. Oxford 1996, s. 45–49.

¹⁷⁹ Komisja Europejska: *Zielona Księga. Zamówienia publiczne w Unii Europejskiej w poszukiwaniu rozwiązań*. 1998.

¹⁸⁰ 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, OJ L 134, 30.4.2004, p. 114–240.; 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, OJ L 134, 30.4.2004, p. 1–113.

zwrócono uwagę na możliwość przyczynienia się zamówień publicznych do ochrony środowiska oraz promowania zrównoważonego rozwoju, przy zapewnieniu najkorzystniejszej relacji jakości do ceny¹⁸¹.

W oparciu o nowe regulacje dyrektywy 2004/18/WE, w drodze wyjątku, możliwe było skorzystanie z procedury negocjacyjnej w zamówieniach publicznych. Podczas udzielania szczególnie skomplikowanych zamówień może być stosowana nowa procedura określana jako „dialog konkurencyjny”. Procedura dialogu konkurencyjnego wszczynana była w przypadkach, gdy instytucja zamawiająca obiektywnie nie była w stanie określić środków technicznych, które najlepiej zaspokoją jej potrzeby i cele, lub gdy obiektywnie nie była ona w stanie określić prawnej lub finansowej formy projektu. Ta nowa procedura umożliwiła instytucjom zamawiającym nawiązanie dialogu z kandydatami w celu zidentyfikowania rozwiązań zdolnych do zaspokojenia tych potrzeb. Pod koniec tego dialogu kandydaci zostawali zaproszeni do złożenia ostatecznej oferty na podstawie rozwiązań zidentyfikowanych w trakcie dialogu konkurencyjnego. Oferty te musiały zawierać wszystkie elementy wymagane i niezbędne do realizacji projektu. Instytucje zamawiające musiały zaś ocenić oferty na podstawie wcześniej określonych kryteriów udzielenia zamówienia. Nowe przepisy umożliwiły zatem instytucjom zamawiającym możliwość uwzględnienia innowacyjnych rozwiązań podczas fazy przyznawania nagrody, niezależnie od przyjętej procedury.

Przyczyny wprowadzenia odrębnego reżimu prawnego dla zamówień dotyczą stosunków państwa z podmiotami zajmującymi się zamówieniami sektorowymi. Po pierwsze, istnieje wiele sposobów, w jakie organy krajowe mogły wpływać na zachowania nabywcy tych podmiotów, takie jak udział w ich kapitale i reprezentacja w organach zarządzających lub nadzorczych. Po drugie, zamknięty charakter rynków, na których działały przedsiębiorstwa sektorowe w wyniku specjalnych praw przyznanych przez państwa członkowskie, wymuszał stworzenie systemu zamówień, który zapewniałby z jednej strony zgodność z podstawowymi zasadami traktatów UE, a z drugiej strony – zgodność z przepisami antymonopolowymi i sektorowymi w sektorach użyteczności publicznej¹⁸².

Dyrektywa 2004/17/WE w sprawie zamówień sektorowych obejmujących gospodarkę wodną, energetykę, transport i usługi pocztowe (tzw. sektory specjalne) dotyczyła zamówień

¹⁸¹ 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, OJ L 134, 30.4.2004.

¹⁸² Ch. Bovis, *EU Public Procurement Law...*, s. 49–51.

publicznych ogłaszanych przez podmioty zamawiające w omawianych sektorach na dostawy, usługi oraz roboty budowlane. Lista podmiotów objętych dyrektywą nie była wyliczeniem enumeratywnym. Ustalono dwa podstawowe progi (bez VAT): 414 000 euro w przypadku zamówień na dostawy i usługi oraz 5 186 000 euro w przypadku zamówień na roboty budowlane. Stanowiło to kompromis pomiędzy chęcią ujednoczenia tego rynku zamówień, a państwami, w których sektory te są ściśle kontrolowane.

Omawiane dyrektywy w znaczący sposób wpłynęły na dalszy rozwój zamówień publicznych w Unii Europejskiej. Stały się pierwszym krokiem w kierunku wprowadzania innowacyjności w zamówieniach¹⁸³. Zwrócono uwagę na potrzeby wspierania poszczególnych gałęzi gospodarki oraz ochronę środowiska i stymulację rynku zatrudnienia. Był to pierwszy krok w kierunku całkowitej zmiany postrzegania roli zamówień publicznych i ustalenia nowych celów dla zamówień publicznych.

3. Od konkurencyjności do zrównoważonych zamówień publicznych

Dyrektywa nr 2004/18 dotycząca zamówień na dostawy, usługi i roboty budowlane, dyrektywa nr 2004/17 dotycząca zamówień sektorowych oraz rozwój partnerstwa publiczno-prywatnego stały się podstawą do dalszego rozwoju celów zamówień publicznych. Doświadczenie państw oraz praktyka wykazały, że kryterium ceny nie powinno wyłącznie stanowić o najkorzystniejszej ofercie, a państwa powinny wykorzystywać zamówienia w celu realizacji celów istotnych dla wspólnoty, środowiska i gospodarki.

Rynek publiczny Unii Europejskiej w głównej mierze opiera się na zasadach transparentności, zakazie dyskryminacji oraz udzielania zamówień realizujących usługi publiczne mających na celu osiągnięcie konkurencyjności produktów i rynków geograficznych. W konsekwencji ujednoczania tego rynku coraz większe znaczenie będzie miało dopasowanie produktów i usług do konkretnych potrzeb zamawiającego, co może stać się podstawą do racjonalizacji i restrukturyzacji zamówień. W ostatnich latach coraz częściej mowa jest o konieczności liberalizacji oraz zwiększenia elastyczności rynku zamówień publicznych Unii Europejskiej¹⁸⁴. Istotne znaczenie miał rozwój partnerstwa publiczno-prywatnego (PPP), które

¹⁸³ Szerzej na ten temat w dalszej części rozdziału.

¹⁸⁴ Ch. Bovis, *Efficiency and Effectiveness in Public Sector Management: The Regulation of Public Markets and Public-Private Partnerships and Its Impact on Contemporary Theories of Public Administration*. "European Procurement & Public Private Partnership Law Review" 2013, nr 2, s. 186–199.

stworzyło warunki do tego, by podmiot prywatny stał się strategicznym inwestorem w realizacji usług publicznych¹⁸⁵. Dało to podstawy do zwrócenia uwagi na rozwój i możliwości skorzystania z rozwiązań oferowanych wyłącznie przez sektor prywatny. Szczególną uwagę zwraca się na innowacje, elastyczność w dostawie usług publicznych oraz porównanie jakości do ceny (*Value for Money*). Wskazuje się, że w PPP cena nie pełni kluczowej roli w ocenie.

W konsekwencji nowym zadaniem legislatora stało się utworzenie dobrze funkcjonującego rynku zamówień z uwzględnieniem potrzeb społecznych stabilnych cen przy równoczesnym ograniczeniu monopolu podmiotu prywatnego w celu zmuszenia go do bycia bardziej innowacyjnym, wydajnym w celu ciągłego podnoszenia jakości usług. Teoria *New Public Management (NPM)* zakłada, że sektor publiczny zarządza istotnymi dla państwa rynkami, podczas gdy podmioty prywatne wykonują usługi publiczne. Takie rozdzielenie zadań zwiększyło efektywność i konkurencyjność tych usług. Podmiot publiczny dąży do realizacji zadań publicznych, jednak nie działa on jak podmioty prywatne. Z jego punktu widzenia w pierwszej kolejności istotny jest interes publiczny, a nie korzyści wynikające z inwestycji. Z drugiej strony, zamawiający bardzo często nie posiada wiedzy i narzędzi do realizacji tego interesu. Przekazanie podmiotom prywatnym usług publicznych zwiększyłoby konkurencyjność tych usług, a pozostawienie kierownictwa dałoby ochronę interesu publicznego.

Należy podkreślić, że rynek prywatny cechuje się dynamiką zmian oraz ciągłym ulepszaniem swoich produktów i usług przez podmioty w nim uczestniczące. Wynika to z konkurencyjności tego rynku oraz konieczności dostosowania się do potrzeb kupującego. Rynek publiczny kształtuje się odmiennie i uzależniony jest od możliwości budżetowych kraju. Zamówienia określają produkt szczegółowo, przez co trudno zwiększyć jego innowacyjność lub zastosować najnowsze technologie. Istotniejsza jest polityka niż warunki cenowe i jakościowe. Ponadto, Ch. Bovis zwraca uwagę na fakt, że regulacje Unii Europejskiej w ograniczony sposób regulują zachowania wykonawców, co pozwala na podejmowanie przez nich działań niekonkurencyjnych, negatywnie wpływających na jakość świadczonych usług.

¹⁸⁵ Szersza analiza roli PPP w kształtowaniu się zamówień publicznych zostanie przedstawiona w dalszej części rozdziału.

Wpływ ujednoczenia europejskiego rynku zamówień publicznych

Komisja Europejska zwracała szczególną uwagę na konieczność połączenia publicznych rynków wszystkich krajów członkowskich poprzez zniesienie barier i dyskryminacji ze względów geograficznych. Może to jej przynieść trzy następujące efekty:

- *The trade effect* – sektor publiczny będzie miał możliwość uzyskać produkty lub usługi po niższych kosztach. Powstaje on w wyniku wprowadzenia transparentności rynków publicznych. Nie daje to jednak gwarancji konkurencyjności, jeżeli podmioty prywatne będą podejmować działania dyskryminujące.
- *The competition effect* – połączenie rynków zwiększy konkurencyjność w wyniku pozbawienia ochrony krajowej podmiotów prywatnych danego kraju. Otwarcie rynku prowadzi do jego poszerzenia. W związku z tym podmiot dominujący na konkretnym rynku traci tę pozycję przez dopuszczenie podmiotów zewnętrznych.
- *The restructuring effect* – zjednoczenie rynków publicznych Unii Europejskiej zmusi wykonawców do reorganizacji własnych działań w celu dopasowania się do warunków panujących na rynku podobnym w innym kraju.

Usługi publiczne są rozwijane w państwach Unii Europejskiej w oparciu o dwa modele: z jednej strony opartych na mechanizmach rynkowych przy wprowadzeniu pewnych mechanizmów ochronnych, z drugiej strony poprzez oddzielenie od konkurencji wolnorynkowej – państwo samodzielnie podejmuje działania w celu dostarczenia danych usług.

Value for Money

Kolejnym elementem umożliwiającym zapewnienie lepszego zaspokajania potrzeb zamawiających, na który zwrócono uwagę, było ustalenie jakości w stosunku do ceny (*Value for Money*) jako kryterium wyboru wykonawcy¹⁸⁶.

Zadaniem zamawiających jest określenie kryteriów oceny oferty w taki sposób, by zapewnić najwyższą jakość usług w stosunku do korzystnej ceny. Każda decyzja biznesowa opiera się na tych dwóch założeniach. Problemem jest przygotowanie ogłoszenia w taki sposób, by kryteria wyboru zapewniły *Value of Money*. Zgodnie z art. 53(1) Dyrektywy 2004/018/WE kryteriami wyboru oferty powinny być:

¹⁸⁶ M. Burgi, B. Brandmeier: *Quality as an Interacting Award Criterion under Current and Future EU-Law*. "European Procurement & Public Private Partnership Law Review" 2014, nr 1, s. 12–26.

„[...] w przypadku gdy zamówienia udziela się na podstawie oferty najkorzystniejszej ekonomicznie z punktu widzenia instytucji zamawiającej, różne kryteria odnoszące się do danego zamówienia publicznego, przykładowo jakość, cena, wartość techniczna, właściwości estetyczne i funkcjonalne, aspekty środowiskowe, koszty użytkowania, rentowność, serwis posprzedażny oraz pomoc techniczna, termin dostarczenia lub czas dostarczenia lub realizacji; lub wyłącznie najniższa cena”¹⁸⁷.

Nowy etap w ewolucji systemu zamówień publicznych stanowi wejście w życie dyrektywy nr 2014/24/UE („Dyrektywą klasyczną”)¹⁸⁸, która zasadniczo zmienia podejście Unii Europejskiej do zamówień. W pierwszej kolejności rozszerza zakres przytoczonego postanowienia z art. 53(1) Dyrektywy 2004/18/WE, wymagając od zamawiającego zastosowania, oprócz dotychczasowych kryteriów oceny ofert, oceny w oparciu o cykl życia produktu z uwzględnieniem innych pozacenowych kryteriów. W konsekwencji w Polsce został wprowadzony obowiązek określania wagi ceny oferty nie większej niż 60 proc. W pozostałym zakresie zamawiający powinien uwzględniać przy ocenie ofert:

- jakość, w tym parametry techniczne, właściwości estetyczne i funkcjonalne;
- aspekty społeczne, w tym integracja zawodowa i społeczna;
- aspekty środowiskowe, w tym efektywność energetyczna przedmiotu zamówienia;
- aspekty innowacyjne;
- organizacja, kwalifikacje zawodowe i doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia, jeżeli mogą mieć znaczący wpływ na jakość wykonania zamówienia;
- serwis posprzedażny oraz pomoc techniczna, warunki dostawy, takie jak termin dostawy, sposób dostawy oraz czas dostawy lub okres realizacji¹⁸⁹.

Jakość, jako kryterium oceny, została wyróżniona na pierwszym miejscu. Ustawa PZP zobowiązuje do uwzględnienia parametru jakości w kryterium oceny ofert lub bezpośrednio w opisie przedmiotu zamówienia. Problemem jednak staje się określenie, czym jest „jakość”, jak ją zdefiniować, a następnie właściwie określić w zamówieniu. Problemy w głównej mierze wynikają z faktu, że jakość to pojęcie abstrakcyjne, wymagające uwzględnienia specyfiki konkretnego produktu czy usługi.

¹⁸⁷ 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 (Dz.U. L 134 z 30.4.2004, str. 114).

¹⁸⁸ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE.

¹⁸⁹ Art. 91 Nowej ustawy PZP.

Zgodnie z definicją zawartą w słowniku PWN, jakość to „wartość czegoś”, albo „istotne cechy przedmiotu wyróżniające go spośród innych”¹⁹⁰. Z punktu widzenia zamówień publicznych najistotniejsza będzie jednak jakość eksploatacyjna, rozumiana jako „zespół właściwości i charakterystyk wyrobu, określający rzeczywisty stopień spełnienia aktualnych wymagań użytkownika”¹⁹¹. W ten sposób jest ona również definiowana przez normy ISO 9000 i następne normy Międzynarodowej Organizacji Standaryzacji dotyczące zarządzania jakością¹⁹²

KIO nie posługuje się pojęciami technicznymi czy ekonomicznymi, wskazując, że zastosowanie kryterium jakościowo-technicznego, które jest niewątpliwie niemierzalne, zawsze wiąże się z pewną subiektywną oceną członków komisji przetargowej. Sposób oceny ofert kryterium techniczno-jakościowego powinien być jednak tak skonstruowany, aby możliwie maksymalnie ograniczyć subiektywne odczucia i osobiste preferencje oraz zapewnić zobiektywizowaną ocenę jakości zaproponowanego rozwiązania¹⁹³. Oznacza to, że zadaniem zamawiającego nie jest określenie ścisłych granic pojęcia „jakości”, a przeprowadzanie postępowań o udzielenie zamówienia publicznego zgodnie z założonym celem oraz przy użyciu środków proporcjonalnych, umożliwiających zapewnienie jakości, której w danym przypadku zamawiający potrzebuje.

Najistotniejszą kwestią, której muszą przestrzegać zamawiający, to określenie kryteriów wyboru oferty w taki sposób, by z jednej strony zapewnić opisaną *Value for Money* – odpowiednią jakość – przy równoczesnym zapewnieniu właściwej realizacji zasad i celów zamówień publicznych. Ponadto, przy stosowaniu pozacenowych kryteriów oceny ofert konieczne jest każdorazowo zweryfikowanie, czy dane kryterium znajduje się w ścisłym związku z przedmiotem zamówienia.

4. Wpływ orzecznictwa TSUE na ustalenie celów zamówień publicznych

Analiza ewolucji zamówień publicznych nie może pomijać istotnej roli TSUE w kształtowaniu się celów zamówień publicznych. W czasie, gdy doczasowe regulacje prawne opierały się w głównej mierze na tworzeniu rynku konkurencyjnego, przejrzystego i zapewniającego równe traktowanie uczestników, nie skupiano się na możliwości

¹⁹⁰ *Jakość*. W: *Słownik Języka Polskiego PWN*. Źródło: <https://sjp.pwn.pl/sjp/jakosc;2467307.html>. [dostęp: 20.04.2021].

¹⁹¹ A. Hamrol: *Zarządzanie jakością z przykładami*. Warszawa 2007, s. 28.

¹⁹² Z angielskiego IOS od *International Organization for Standardization*.

¹⁹³ Wyrok KIO z dnia 14 sierpnia 2012 r. o sygn. akt 1312/12.

wykorzystania zamówień publicznych w innej roli. Pojawiali się jednak zamawiający, którzy próbowali wykorzystać zamówienia publiczne do wspierania lokalnej gospodarki lub społeczności, a także tacy, którzy próbowali zapobiegać degradacji środowiska. Nie zawsze spotykało się to z pozytywną reakcją rynku – bardzo często wprowadzenie aspektów pozaekonomicznych do zamówienia wpływa na ograniczenie konkurencyjności, gdyż nie każdy wykonawca jest w stanie dostarczyć produkty bardziej innowacyjne lub zrównoważone. Przepisy regulujące system zamówień nie określały, czy i w jakim stopniu zamawiający może wprowadzać aspekty pozafinansowe do zamówień, w szczególności gdy wpływa to (czasem istotnie) na ograniczanie konkurencyjności. Decyzję w tym zakresie podejmował TSUE. To właśnie ten sąd, ze względu na swoją pozycję, decydował o instrumentalizacji zamówień.

Jednym z pierwszych najistotniejszych orzeczeń dla tworzenia się celów zamówień publicznych było orzeczenie z 1988 r., *Beentjes BV przeciwko Państwu Holenderskiemu*¹⁹⁴. Przedmiotem orzeczenia było ustalenie, czy możliwe jest określenie warunków pozaekonomicznych jako kryteriów oceny ofert. Zamawiający w kwestionowanym postępowaniu określił warunek dotyczący obowiązku zatrudnienia osób długotrwale pozostających bez pracy. Trybunał rozstrzygnął w nim, czy kryteria mogą dotyczyć jedynie ceny, terminu wykonania, kosztów bieżących, rentowności, wartości technicznej, czy jednak zamawiający powinni mieć większą swobodę w kształtowaniu zasad oceny ofert złożonych w postępowaniu. Nie było to jeszcze wtedy przesądzone – dominowało podejście, że celem zamówień jest zapewnienie rozwoju skutecznej konkurencji. Dlatego też omawiane orzeczenie TSUE miało istotne znaczenie dla dalszego rozwoju celów. TSUE wskazał wprost, że zamawiający mają pewną swobodę w kształtowaniu kryteriów oceny ofert i warunków udziału w postępowaniu, o ile zaproponowane przepisy nie naruszają prawa wspólnotowego. TSUE określił zasady tworzenia kryteriów, tj. powinny one być przejrzyste, uzasadnione przedmiotem zamówienia, niedyskryminujące i powinny pozwalać na wybór oferty najkorzystniejszej. Nie mogą natomiast pozwalać na dokonanie arbitralnego wyboru oferty przez zamawiającego. Ponadto, w orzeczeniu wprost wskazano na możliwość stosowania klauzul społecznych. Zgodnie z treścią uzasadnienia:

„[...] warunek dotyczący zatrudnienia osób długotrwale bezrobotnych jest zgodny z dyrektywą, jeżeli nie ma bezpośredniego lub pośredniego dyskryminującego wpływu na oferentów z innych

¹⁹⁴ Orzeczenie TSUE o sygn. akt 31/87 z dnia 20 września 1988 r., *Gebroeders Beentjes BV przeciwko Państwu Holenderskiemu*.

państw członkowskich Wspólnoty. Dodatkowy szczególny warunek tego rodzaju musi być wymieniony w ogłoszeniu o zamówieniu”.

Tym samym TSUE zaakceptował działanie zamawiającego, który zdecydował się na wprowadzenie warunku dotyczącego zatrudnienia osób długotrwale bezrobotnych.

Orzeczenie to dało podstawy do zwiększenia instrumentalizacji zamówień, pomimo że w tym czasie UE nie regulowała kwestii społecznych w zamówieniach. Widać więc, że państwa członkowskie dużo wcześniej podejmowały próby wspierania celów społecznych poprzez zamówienia publiczne. TSUE natomiast zaaprobował te działania.

Dopełnieniem orzeczenia w sprawie Beentjes BV przeciwko Państwu Holenderskiemu jest wyrok TSUE wydany ponad 10 lat później w sprawie Komisja przeciwko Francji¹⁹⁵. W orzeczeniu tym Komisja, jako strona skarżąca, potwierdzała możliwość zastosowania klauzul społecznych zgodnie ze stanowiskiem TSUE wyrażonym w sprawie Beentjes BV przeciwko Państwu Holenderskiemu, natomiast zdaniem Komisji kryterium społeczne nie mogło być głównym i decydującym kryterium oceny ofert. Komisja twierdziła, że Republika Francuska złamała postanowienia art. 30 ust. 1 Dyrektywy 93/37, odnosząc się wyłącznie do kryterium związanego z kampanią przeciwko bezrobociu jako kryterium udzielenia zamówienia w niektórych spornych ogłoszeniach o zamówieniu. TSUE nie zgodził się jednak ze stanowiskiem Komisji w tym zakresie. TSUE podkreślił, że określone kryterium społeczne może być głównym kryterium oceny ofert i może decydować o wyborze wykonawcy, dopóki nie narusza przepisów wspólnotowych. Nie ma znaczenia waga tego kryterium oraz jego realny wpływ na wynik postępowania. Orzeczenie to potwierdziło, że kryteria pozacenowe mogą być decydujące przy wyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniu.

Kwestie społeczne, tak jak w orzeczeniu Komisja przeciwko Francji, były jeszcze później wielokrotnie poruszane – między innymi w wyroku z dnia 10 maja 2012 r. Komisja Europejska przeciwko Królestwu Niderlandów¹⁹⁶:

„W celu zagwarantowania równego traktowania kryteria udzielania zamówień powinny umożliwiać obiektywne porównanie i ocenę ofert. Jeżeli warunki te zostaną spełnione, ekonomiczne i jakościowe kryteria udzielania zamówień, takie jak spełnienie wymagań dotyczących środowiska, mogą umożliwić instytucji zamawiającej zaspokojenie potrzeb danych odbiorców publicznych, określonych w specyfikacji zamówienia. Na tych samych warunkach

¹⁹⁵ Orzeczenie TSUE z 26 września 2000 r., (C-225/98) Komisja przeciwko Francji.

¹⁹⁶ Wyrok TSUE z dnia 10 maja 2012 r., C- 368/10 Komisja Europejska przeciwko Królestwu Niderlandów.

instytucja zamawiająca może stosować kryteria mające na celu spełnienie wymagań społecznych w odpowiedzi na określone w specyfikacjach zamówienia, potrzeby grup ludzi znajdujących się w szczególnie niekorzystnej sytuacji, do których należą odbiorcy robót budowlanych, dostaw lub usług będących przedmiotem zamówienia¹⁹⁷.

Możliwe jest więc wspieranie pewnych grup lub działań poprzez udzielanie zamówień. Zamawiający otrzymali narzędzie do kreowania polityki środowiskowej i społecznej za pomocą zamówień publicznych.

W ostatnich latach kolejne aspekty społeczne były przedmiotem rozważań. Orzeczeniem w sprawie *Regio Post*¹⁹⁸ uregulowano kwestie związane z wynagrodzeniem podwykonawców. Dotychczas panował pogląd, że zamawiający nie może oczekiwać od wykonawców, by ci zobowiązali się do płacenia minimalnego wynagrodzenia swoim pracownikom określonego w państwie zamawiającego, gdy wykonawca pochodził z innego kraju (gdzie minimalna stawka wynagrodzenia była zdecydowanie niższa). Takie stanowisko zostało wyrażone w sprawie *Dirk Ruffert*¹⁹⁹ czy *Budesdruckerei*²⁰⁰. Dopiero w sprawie *Regio Post* zmieniło się stanowisko w tej sprawie. TSUE uznał, że wprowadzenie takiego obowiązku

„[...] nie sprzeciwia się uregulowaniu jednostki administracji regionalnej państwa członkowskiego, takiemu jak to będące przedmiotem sporu w postępowaniu głównym, które nakazuje oferentom i ich podwykonawcom przedstawienie przy składaniu oferty pisemnego zobowiązania do zapłaty pracownikom zatrudnionym przy realizacji usług będących przedmiotem danego zamówienia publicznego minimalnego wynagrodzenia określonego przez wspomniane uregulowanie”²⁰¹.

Tym samym TSUE wprowadził kolejne zmiany w zakresie stosowania klauzul społecznych.

Kryteria pozacenowe nie dotyczyły wyłącznie klauzul społecznych. Zamawiający starali się wprowadzić do zamówień również aspekty środowiskowe. Najistotniejszy w tym zakresie jest wyrok TSUE *Concordia Bus Finland*²⁰², w którym Trybunał po raz pierwszy musiał rozważyć zasadność zastosowania kryteriów pozacenowych, takich jak wielkość emisji spalin czy poziom hałasu, wpływających na zwiększenie jakości dostarczanych produktów. I to

¹⁹⁷ Tamże, pkt 46.

¹⁹⁸ Orzeczenie TSUE z dnia 17 listopada 2015 r. w sprawie C-115/14, *Regiopost*.

¹⁹⁹ Orzeczenie TSUE z dnia 3 kwietnia 2008 r. w sprawie C-346/06, *Dirk Ruffert* przeciwko landowi Dolnej Saksonii.

²⁰⁰ Orzeczenie TSUE z dnia 18 września 2014 r. w sprawie C-549/13, *Budesdruckerei*.

²⁰¹ Orzeczenie TSUE z dnia 17 listopada 2015 r. w sprawie C-115/14, *Regiopost*. Pkt 77.

²⁰² Orzeczenie TSUE z dnia 17 września 2002 r. (C-513-99) *Concordia Bus Finland* przeciwko *Helsingin kaupunki and HKL-Bussiliikenne*.

właśnie w tym wyroku po raz pierwszy została wyprowadzona zasada, która stanowi, że dopóki określone przez zamawiającego kryteria są w ścisłym związku połączone z przedmiotem zamówienia, to ich stosowanie jest dopuszczalne. Połączenie to może obejmować właściwości danego przedmiotu, jak i być związane z wykonaniem umowy lub zakupem produktu. Można więc uznać, że Europa zmierzała do stanu, w którym kryteria mogły być kształtowane w sposób bardziej elastyczny i dopasowane do zapewnienia najwyższej jakości zamawianych dostaw, usług lub robót budowlanych. TSUE stwierdził w omawianym orzeczeniu, że art. 36 ust. 1 lit. a) dyrektywy 92/50²⁰³ przewidywał jedynie przykładowe kryteria, jakimi może posłużyć się zamawiający w postępowaniu, a oferta najkorzystniejsza ekonomicznie nie musi być oceniana wyłącznie w aspekcie czysto ekonomicznym. Dlatego też możliwe jest określanie kryteriów dotyczących ochrony środowiska naturalnego, o ile kryteria te są: związane z przedmiotem zamówienia; mierzalne – nie przyznają zamawiającemu swobody wyboru; poprawnie opisane w dokumentacji i zgodne z zasadami prawa wspólnotowego. Co ważne, Trybunał stwierdził, że nawet w sytuacji, gdy wprowadzone kryterium w znaczny sposób ogranicza krąg podmiotów, które mogłyby ubiegać się o zamówienie, samo w sobie nie stanowi naruszenia zasady równego traktowania. Tym samym zasada konkurencyjności została podporządkowana celom środowiskowym, pomimo że w tym okresie prawo UE nie wskazywało jeszcze na możliwość realizacji celów niezakupowych w zamówieniach publicznych.

Kolejnym wyrokiem istotnie wpływającym na system zamówień publicznych jest orzeczenie w sprawie C-448/01 EVN Wienstrom²⁰⁴, w którym TSUE podkreślił, że zamawiający jest uprawniony do wyboru kryteriów użytecznych dla środowiska. W omawianej sprawie zamawiający przewidział w zamówieniu na dostawę energii kryterium promujące energię produkowaną z odnawialnych źródeł energii. Zdaniem TSUE wyrażonym w tym orzeczeniu dopuszczalne jest w świetle prawa unijnego promowanie między innymi zastosowania odnawialnych źródeł energii do produkcji energii elektrycznej. Rozwiązanie to przyczynia się do redukcji gazów cieplarnianych, a to jest zgodne z polityką Unii Europejskiej w zakresie ochrony środowiska. Co istotne, omawiany wyrok pozwala zastosować kryterium środowiskowe w wadze, która może skutkować wyborem oferty mniej korzystnej cenowo

²⁰³ Dyrektywa Rady 92/50/EWG z dnia 18 czerwca 1992 r. odnosząca się do koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na usługi (Dz.U. L 209, s. 1).

²⁰⁴ Wyrok TSUE z dnia 4 grudnia 2003 r., C-448/01, EVN AG, Wienstrom GmbH przeciwko Republice Austrii.

(w przypadku tej sprawy sporne kryterium stanowiło 45 proc.) i takie działanie również zostało uznane za zgodne z prawodawstwem wspólnotowym²⁰⁵. Zgodnie z omawianym wyrokiem

„[...] Prawodawstwo Wspólnotowe w zakresie zamówień publicznych nie uniemożliwia instytucji zamawiającej zastosowania w celu wyboru oferty najkorzystniejszej ekonomicznie w zamówieniu na dostawę energii elektrycznej, kryterium zobowiązującego do dostarczania energii elektrycznej ze źródeł odnawialnych, pod warunkiem że kryterium jest powiązane z przedmiotem zamówienia, nie przyznaje instytucji nieograniczonego prawa wyboru, jest wyraźnie wymienione w dokumentach przetargowych lub w ogłoszeniu o zamówieniu, oraz jest zgodne ze wszystkimi podstawowymi zasadami Prawodawstwa Wspólnotowego, w szczególności zasadą niedyskryminacji”.

Nie jest zgodne z prawem unijnym określanie kryteriów pozacenowych w oderwaniu od konkretnego zamówienia, nawet w przypadku, gdy kryterium to w oderwaniu od zamówienia było przez zamawiającego požądane. W omawianym wyroku zamawiający wymagał zapewnienia jak najwyższej dostawy energii pozyskiwanej ze źródeł odnawialnych, jednakże, co zostało przez TSUE wskazane jako niewłaściwe, kryterium dostawy „zielonej energii” nie miało związku z zamówieniem, gdyż zamówienie nie przewidywało dostawy wyłącznie energii z odnawialnych źródeł, a z osobą wykonawcy, ponieważ odnosiło się do jego cech – ile rocznie dany podmiot był w stanie dostarczyć takiej energii (a nie ile rzeczywiście miał dostarczać).

Orzeczenia te w istotny sposób przyczyniły się do instrumentalizacji zamówień publicznych. W momencie, gdy państwa członkowskie dostrzegły możliwość wykorzystywania zamówień do innych celów niż wydatkowanie środków publicznych, nie istniały jeszcze regulacje prawne pozwalające na wprowadzenie do zamówień aspektów społecznych, środowiskowych i proinnowacyjnych. Dlatego rola TSUE miała w tym przypadku istotne znaczenie – organ ten mógł wspierać działania państw i wyznaczał zasady wprowadzania tych aspektów do zamówień. Dyrektywa klasyczna stanowi podsumowanie zasad wytworzonych na gruncie orzecznictwa. Należy również zaznaczyć, że w przyszłości TSUE będzie dyktowało kolejne zmiany w rozumieniu i stopniu realizacji celów strategicznych.

²⁰⁵ Tamże.

5. Strategia na rzecz inteligentnego i zrównoważonego rozwoju sprzyjającego włączeniu społecznemu

Umowy międzynarodowe, których UE była stroną, polityka EU (nawet ta niezwiązana ściśle z regulacją zamówień publicznych), a także działalność TSUE przyczyniały się do stopniowego zwiększania instrumentalizacji zamówień. Pojawiło się przyzwolenie na ograniczenie zasady konkurencyjności na rzecz realizacji działań związanych z ochroną środowiska, wspierania społeczności czy zamawiania dóbr o lepszej jakości i bardziej innowacyjnych. Przyzwolenie to opierało się bardziej na podejmowanych przez zamawiających działaniach, niż na stanowisku prawodawcy. Dlatego też istotnym dokumentem potwierdzającym kierunek zmian było wydanie przez Komisję Europejską komunikatu *Europa 2020 „Strategia na rzecz inteligentnego i zrównoważonego rozwoju sprzyjającego włączeniu społecznemu”* (dalej również: Strategia 2020)²⁰⁶. Dokument ten przedstawia kierunki rozwoju Unii Europejskiej na lata 2010–2020. Został podjęty z jednej strony w celu wyprowadzenia Wspólnoty z ogólnoswiatowego kryzysu finansowego z 2008 r. – jako działanie krótkoterminowe – oraz w celu zbudowania zrównoważonej przyszłości. Komisja uznała, że w celu zapewnienia najlepszego rozwoju Unii Europejskiej konieczne jest skupienie się na trzech zasadniczych fundamentach: wspieraniu rozwiązań ekologicznych – prośrodowiskowych, zwiększających włączenie społeczne, w szczególności tych grup, które narażone są na wykluczenie, oraz wspieranie rozwiązań innowacyjnych. Zdaniem Komisji te trzy fundamenty zapewnią rozwój gospodarki. Dokument ten stanowi kluczowy punkt dla ustalania celów zamówień publicznych. Od tego momentu wszystkie cele to zostały wyrażone wprost. Nie było już konieczne poszukiwanie celów w różnych działaniach, aktach czy w orzecznictwie. Cele zostały nazwane, a ich zakres został określony. Strategia 2020 jest więc kluczowym dokumentem dla określenia celów strategicznych UE i roli zamówień publicznych w realizacji określonych celów. To właśnie w tym komunikacie potwierdzono to, co przez lata kształtowało orzecznictwo TSUE: zamówienia publiczne są narzędziem do realizacji celów prośrodowiskowych, prospołecznych i innowacji. Cele zostały w tym dokumencie określone jako normy materialne, natomiast Dyrektywa klasyczna, jako akt wykonawczy do Strategii 2020, wprowadziła konkretne regulacje, których zadaniem jest zrealizowanie celów wyrażonych w Strategii 2020.

²⁰⁶ Komunikat Komisji: *Europa 2020 „Strategia na rzecz inteligentnego i zrównoważonego rozwoju sprzyjającego włączeniu społecznemu” z dnia 3 marca 2010 r.* Bruksela 2010.

W omawianym dokumencie zostały wskazane sposoby realizacji poszczególnych celów. W każdym przypadku zamówienia publiczne zostały wskazane jako jeden z istotniejszych środków. Zwrócono uwagę, że zamówienia nie są dobrem samym w sobie dla poszczególnych państw i całej Wspólnoty, lecz są narzędziem do właściwej stymulacji gospodarki. UE potwierdziła, że instrumentalizacja zamówień jest konieczna i niezbędna dla dalszego rozwoju wspólnoty.

W Strategii 2020 zostały wskazane główne założenia wspierające trwałe i sprzyjające włączeniu społecznemu wzrost gospodarczy. Rozwój oparto na trzech fundamentach:

- rozwój inteligentny: rozwój gospodarki opartej na wiedzy i innowacji;
- rozwój zrównoważony: wspieranie gospodarki efektywniej korzystającej z zasobów, bardziej przyjaznej środowisku i bardziej konkurencyjnej;
- rozwój sprzyjający włączeniu społecznemu: wspieranie gospodarki o wysokim poziomie zatrudnienia, zapewniającej spójność społeczną i terytorialną²⁰⁷.

Przedstawione cele zostały określone bardzo ogólnie. Takie rozwiązanie, po pierwsze, sprawia, że cele są bardziej uniwersalne – możliwe jest ich zastosowanie w każdej dziedzinie. Po drugie, pokazuje ogólny kierunek zmian przebiegających w ramach UE. Dzięki temu dokumentowi w sytuacji, gdy pojawiają się wątpliwości co do prawidłowej interpretacji działania Wspólnoty, możliwe jest przeprowadzenie wykładni celowościowej bez konieczności wyprowadzania celów, które zostały wymienione i opisane wprost w Strategii 2020. Po trzecie, ogólny opis celów pozwala zapewnić ich aktualność przez wiele lat. Po czwarte, w konsekwencji daje to poczucie stabilności zmian – możliwe jest ustalenie, dokąd zmierza Wspólnota i przygotowanie się na te zmiany. I po piąte, dzięki temu kolejne działania stają się przewidywalne. Takie warunki zapewniają dobrą podstawę do rozwoju gospodarki, również tej niefinansowanej ze środków publicznych. Wadą takiego rozwiązania jest jednak to, że za każdym razem konieczne jest przeprowadzenie analizy działania organów publicznych w kontekście realizacji celów strategicznych, co może stać się działaniem czasochłonnym.

Niezależnie od głównych założeń, Strategia 2020 skupia się również na określeniu celów szczegółowych w perspektywie 10 lat. W dokumencie programowym wskazano, że dla pożądanego przez Unię Europejską rozwoju konieczne jest zrealizowanie następujących celów:

²⁰⁷ Tamże, s. 5.

- pierwszym założeniem jest zwiększenie aktywności osób w wieku 20-64 lata. Do 2020 r. 75 proc. osób w tym przedziale wiekowym powinno mieć pracę (kwestie dotyczące zatrudnienia);
- zapewnienie finansowania inwestycji badawczo-rozwojowych i innowacji przynajmniej na poziomie 3 proc. PKB Unii Europejskiej (działalność badawczo-rozwojowa);
- znaczne obniżenie emisji gazów cieplarnianych o 20 proc. w porównaniu z rokiem 1990, a także zwiększenie udziału energii pochodzącej ze źródeł odnawialnych – w 2020 r. 1/5 całej produkowanej energii powinna pochodzić z odnawialnych źródeł energii (zmiany klimatyczne);
- zwiększenie liczby osób posiadające wyższe wykształcenie (edukacja);
- zmniejszenie ubóstwa i wykluczenia społecznego – zmniejszenie liczby osób żyjących w ubóstwie o minimum 20 mln (społeczeństwo)²⁰⁸.

Powyższe cele powinny zostać zrealizowane przez państwa członkowskie UE przy użyciu wszystkich dostępnych im środków. Kluczowym środkiem, poza wprowadzeniem odpowiednich programów, przepisów i strategii, jest wykorzystanie środków publicznych i zamówień publicznych do osiągnięcia ustalonych celów. Zdaniem Unii Europejskiej poszczególne cele mogą być osiągnięte przez świadomą politykę udzielania zamówień publicznych. W szczególności dotyczy to trzech obszarów działania Unii Europejskiej: wspierania zrównoważonego rozwoju, włączenia społecznego i innowacji. Strategia 2020 wskazuje na możliwość wykorzystania zamówień do:

- strategii tworzenia popytu na działania innowacyjne²⁰⁹,
- zwiększenia wykorzystania ekologicznych zamówień publicznych nastawionych na zrównoważony rozwój²¹⁰,
- zwiększenia efektywności energetycznej i ograniczenia zasobów naturalnych²¹¹,
- tworzenia nowego podejścia do polityki przemysłowej i wspierania MŚP²¹².

²⁰⁸ Tamże, s. 5–8.

²⁰⁹ Tamże, s. 14.

²¹⁰ Tamże, s. 18.

²¹¹ Tamże, s. 19.

²¹² Tamże, s. 20.

Strategia 2020 podkreśla konieczność wprowadzenia nowych regulacji – zarówno na szczeblu europejskim, jak i krajowym – w celu zapewnienia ram dla realizacji wyznaczonych celów. To właśnie ten dokument stanowił podstawę dla Dyrektywy klasycznej, co zostało wprost wskazane w motywie drugim dyrektywy. Dyrektywa klasyczna natomiast doprowadziła do zmian przepisów krajowych, co w Polsce dokonało się nowelizacją z dn. 22 czerwca 2016 r. Strategia 2020 jest więc znacząca dla funkcjonowania systemu zamówień publicznych, określania celów zamówień i stosowania wykładni przepisów. Szerzej na temat znaczenia poszczególnych celów będzie mowa w dalszej części rozdziału.

Dyrektywa klasyczna i zmiany w kierunku zwiększenia elastyczności zamówień publicznych

Dyrektywa klasyczna, tj. Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE (Tekst mający znaczenie dla EOG) Dz. UE L 94/65, wprost odnosi się do komunikatu Komisji z dnia 3 marca 2010 r. zatytułowanego *Europa 2020 „Strategia na rzecz inteligentnego i zrównoważonego rozwoju sprzyjającego włączeniu społecznemu”*. Prawodawca unijny wskazał, że dyrektywa ta stanowi narzędzie wykorzystywane do „osiągnięcia inteligentnego, trwałego wzrostu gospodarczego sprzyjającego włączeniu społecznemu, przy jednoczesnym zagwarantowaniu najbardziej efektywnego wykorzystania środków publicznych”²¹³. Cel regulacji został więc wyrażony wprost. Dlatego też interpretacja tego aktu powinna być zgodna z tymi założeniami.

Dyrektywa klasyczna wprowadziła kolejne zmiany w zamówieniach publicznych. Uznano w niej prymat negocjacyjnych trybów udzielania zamówień publicznych. Zgodnie z treścią preambuły Dyrektywy klasycznej:

Bardzo istotne jest, by instytucje zamawiające miały większą elastyczność, jeśli chodzi o wybór procedury udzielania zamówień zakładającej możliwość negocjacji. Szersze wykorzystywanie tych procedur może także zintensyfikować handel transgraniczny, ponieważ oceny wykazały, że zamówienia udzielone w wyniku procedury negocjacyjnej z uprzednią publikacją są szczególnie skuteczne w odniesieniu do ofert transgranicznych. Państwa członkowskie powinny mieć możliwość, by przewidzieć stosowanie procedury konkurencyjnej z negocjacjami lub dialogu konkurencyjnego w różnych sytuacjach, w których procedura otwarta lub ograniczona bez negocjacji prawdopodobnie nie przyniosą zadowalających wyników w zakresie zamówień. Należy pamiętać, że w ciągu ostatnich lat wykorzystanie dialogu konkurencyjnego znacznie się

²¹³ Motyw 2. Dyrektywy klasycznej.

zwiększyło pod względem wartości zamówień. Dialog ten okazuje się użyteczny w przypadkach, w których instytucje zamawiające nie są w stanie zdefiniować sposobu zaspokojenia swoich potrzeb ani ocenić, co może zaoferować im rynek pod względem rozwiązań technicznych, finansowych lub prawnych. Do takiej sytuacji może dojść w szczególności w przypadku projektów innowacyjnych, realizacji dużych projektów zintegrowanej infrastruktury transportowej, dużych sieci komputerowych lub projektów wymagających złożonego i ustrukturyzowanego finansowania. W stosownych przypadkach, instytucje zamawiające należy zachęcać do wyznaczenia kierownika projektu, aby zapewnić odpowiednią współpracę między wykonawcami a instytucją zamawiającą w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia.

Jeżeli chodzi o zamówienia na roboty budowlane, sytuacje takie obejmują roboty budowlane, których przedmiotem są niestandardowe budynki, lub przypadki, w których roboty budowlane obejmują projektowanie lub rozwiązania innowacyjne. Jeżeli chodzi o usługi lub dostawy wymagające prac dostosowawczych lub projektowych, wartościowym rozwiązaniem może być wykorzystanie procedury konkurencyjnej z negocjacjami lub dialogu konkurencyjnego. Takie prace dostosowawcze lub projektowe są konieczne szczególnie w przypadku złożonych zakupów, takich jak wysokiej klasy produkty, usługi intelektualne, np. pewne usługi doradcze, usługi architektoniczne lub usługi z zakresu inżynierii, bądź duże projekty z zakresu technologii informatycznych i komunikacyjnych (ICT). W takich przypadkach negocjacje mogą być konieczne, by zagwarantować, że dana dostawa lub usługa odpowiada potrzebom instytucji zamawiającej. W odniesieniu do gotowych usług lub dostaw, które mogą być zrealizowane przez wielu różnych wykonawców działających na rynku, nie należy stosować procedury konkurencyjnej z negocjacjami ani dialogu konkurencyjnego²¹⁴.

Prawodawca unijny wskazał więc wprost, że z punktu widzenia unijnego rynku zamówień publicznych, jego transgranicznego charakteru oraz efektywności zamówień publicznych tryby negocjacyjne są dla zamawiających korzystniejsze i powinny być wykorzystywane w pierwszej kolejności. W takiej sytuacji zaleca się stosowanie trybów konkurencyjnych, które zapewniają większą elastyczność zamówień, a tym samym przedmiot zamówienia może być lepiej dopasowany do potrzeb zamawiającego i realizowanych przez niego celów. W dalszej części preambuły zostało wskazane, że tryb negocjacyjny powinien zapewniać transparentność i równość postępowania. W tym celu powinny zostać określone minimalne kryteria oceny, których zmiany w trakcie postępowania nie można dokonać.

Mając na uwadze powyższe rozważania dot. treści preambuły Dyrektywy klasycznej można dojść do następujących wniosków:

²¹⁴ Punkt 42. i 43. preambuły Dyrektywy klasycznej.

- Dyrektywa klasyczna wprost wskazuje, że stanowi ona narzędzie do realizacji celów określonych w komunikacie Komisji z dnia 3 marca 2010 r. zatytułowanym *Europa 2020 „Strategia na rzecz inteligentnego i zrównoważonego rozwoju sprzyjającego włączeniu społecznemu”*.
- Dyrektywa klasyczna wprowadziła nowy kierunek zmian, przewartościowała tryby udzielania zamówień publicznych i uznała prymat trybów negocjacyjnych;
- Zmniejszone zostało znaczenie zasady konkurencyjności. Przy wyborze trybu udzielania zamówień publicznych w pierwszej kolejności zamawiający powinien pamiętać o zapewnieniu efektywnego wydatkowania środków publicznych. Jeżeli do realizacji tego celu konieczne jest zastosowanie trybu negocjacyjnego, zamawiający powinien określić warunki postępowania z uwzględnieniem zasady równości i przejrzystości.
- Zasada konkurencyjności powinna dalej mieć istotne znaczenie tylko w przypadku, gdy jest to zgodne z celem zamówień publicznych.

Dyrektywa klasyczna stanowi więc istotne narzędzie do realizacji celów wyrażonych w Strategii 2020. Cele zakupowe nie mogą być pomijane, lecz nie mogą przysłaniać obowiązku wykorzystania zamówień do walki z zanieczyszczeniem środowiska i wykluczeniem społecznym. Zamówienia publiczne powinny takie działania wspierać, a nie ograniczać – tym założeniem kieruje się Dyrektywa klasyczna.

Kolejną istotną zmianą wprowadzoną Dyrektywą klasyczną jest wprowadzenie nowego trybu udzielania zamówień publicznych, tj. partnerstwa innowacyjnego. Jest to tryb mający na celu zapewnienie zamawiającemu produktu innowacyjnego, niedostępnego na rynku. Tryb ten pojawił się po raz pierwszy w art. 31 Dyrektywy klasycznej. Obejmuje on możliwość podziału zamówienia na etapy, określenia celów pośrednich zamówienia oraz zawarcia umowy z kilkoma partnerami realizującymi prace badawcze równolegle. Celem takiego projektu jest połączenie kapitału publicznego z możliwościami badawczymi sektora prywatnego. Obserwując historię wpływu kapitału publicznego na gospodarkę, należy wskazać, że jest to bardzo pozytywny kierunek zmian.

Zgodnie z badaniami M. Mazzucato, przedstawionymi w książce *Przedsiębiorcze Państwo*, największy wpływ na rozwój nowych, zaawansowanych technologii mają inwestycje sektora publicznego. Przykładem może być rozwój GPS, komputerów czy biotechnologii.

Projekty te były wykonywane na zlecenie i ryzyko podmiotu publicznego²¹⁵. Państwo ma o wiele większe możliwości finansowania przedsięwzięć długofalowych i obarczonych ryzykiem. W głównej mierze jest to spowodowane faktem, że podmioty prywatne nie mają potrzeby inwestowania w projekty, które mogą się zwrócić dopiero za 50 lat, nawet w przypadku możliwego (niepewnego) znacznego zysku. Dla państw, inwestycja na 50-70 lat jest możliwa i w pewnych sytuacjach będzie opłacalna. Zapewnienie więc w systemie zamówień publicznych narzędzi do tworzenia produktów innowacyjnych jest zjawiskiem pożądanym. Poprzez wprowadzenie innowacji następuje poprawa i unowocześnienie procesów produkcyjnych, wydajności i jakości pracy. Wzrasta jakość wyrobów, przez co stają się one bardziej konkurencyjne, a konkurencyjność wyrobów skutkuje zwiększeniem konkurencyjności całej gospodarki.

Osiągnięcie celów gospodarki innowacyjnej, prośrodowiskowej i prospołecznej nie jest, w ocenie M. Mazzucato, pojedynczym projektem, ale zestawem działań, które mogą zachęcić do wielu rozwiązań. Pomóc w tym może zróżnicowany zestaw różnych instrumentów finansowania: od dotacji, przez nagrody, po nowe formy zamówień i instrumenty finansowe. Zamiast nakazowych specyfikacji projektów uczestnicy powinni mieć możliwość elastycznego proponowania różnorodnych rozwiązań umożliwiających osiągnięcie celów i pośrednich kamieni milowych. Takie rozwiązania mogą stanowić dobre narzędzie do realizacji celów²¹⁶. Efektywność procesów innowacyjnych jest uzależniona przede wszystkim od wielkości i struktury nakładów na badania i rozwój. Im więcej wsparcia kierowane jest na badania, tym bardziej innowacyjny kraj i jego gospodarka. Świadczą o tym statystyki oparte na wskaźniku SII (*Summary Innovation Index*)²¹⁷. Widać więc, że poglądy M. Mazzucato mają przełożenie na statystyki innowacyjności krajów UE.

Reasumując, Dyrektywa klasyczna stanowi dokument wykonawczy względem Strategii 2020. Tym samym zamówienia na poziomie unijnym zaczęły w pełni realizować cele Wspólnoty. Działania poszczególnych zamawiających stały się spójne z założeniami UE, co przyczynia się do koncentracji sił i zwiększenia efektywności tych działań. Zamówienia stały się więc elementem polityki zakupowej, a nie wyłącznie odrębną regulacją.

²¹⁵ M. Mazzucato: *Przedsiębiorcze państwo. Obalić mit o relacji sektora publicznego i prywatnego*. Warszawa 2017.

²¹⁶ M. Mazzucato: *Mission-Oriented Research & Innovation in the European Union missions a problem-solving approach to fuel innovation-led growth*. Bruksela 2018, s. 18.

²¹⁷ B. Mikołajczyk: *Obraz innowacyjności gospodarek w krajach UE mierzony wskaźnikiem SII*. „Studia Ekonomiczne” 2016, nr 282, s. 114.

6. Rozwój i rola partnerstwa publiczno-prywatnego dla zamówień publicznych

Zanim omówione zostaną poszczególne cele strategiczne, konieczne jest omówienie zagadnienia związanego z partnerstwem publiczno-prywatnym (dalej PPP).

Rozwój partnerstwa miał istotne znaczenie dla zmiany postrzegania roli zamówień oraz sposobu współpracy pomiędzy zamawiającym a wykonawcą. Komisja Europejska podjęła prace nad analizą prawną (PPP). W konsekwencji w 2000 r. opublikowała komunikat²¹⁸ wyjaśniający w sprawie koncesji i wspólnotowego prawa zamówień publicznych, w którym określiła, w oparciu o zasady wynikające z traktatu i obowiązującego prawodawstwa wtórnego, zarysy pojęcia koncesji w prawie wspólnotowym oraz obowiązki spoczywające na władzach publicznych przy wyborze podmiotów gospodarczych, którym udzielono koncesji. Zielona Księga w sprawie partnerstwa publiczno-prywatnego wyróżnia dwa główne formaty partnerstwa publiczno-prywatnego: format umowny, określany również jako model koncesji, oraz format instytucjonalny, który jest często określany jako „model wspólnego przedsiębiorstwa”²¹⁹. Koncesje od dawna były stosowane w niektórych państwach członkowskich w celu realizacji i finansowania dużych projektów infrastrukturalnych, takich jak koleje i duża część sieci drogowej. Komisja uznała, że konieczne jest zdefiniowanie pojęcia „koncesji” i określiła wytyczne, którymi powinny kierować się państwa członkowskie. Prawodawca wspólnotowy postanowił oprzeć swoją definicję koncesji na roboty budowlane na zamówieniach publicznych na roboty budowlane.

Komisja uważała, że prawo do eksploatacji jest kryterium, które odróżnia koncesję na roboty od zamówienia publicznego na roboty budowlane. Prawo eksploatacji pozwala koncesjonariuszowi żądać zapłaty od tych, którzy korzystają z tej struktury przez określony czas. Okres, w którym udzielana jest koncesja, jest zatem ważną częścią wynagrodzenia koncesjonariusza. Ten ostatni nie otrzymuje wynagrodzenia bezpośrednio od zamawiającego, ale nabywa od niego prawo do uzyskania dochodu z wykorzystania wybudowanych struktur²²⁰. Ograniczenia budżetowe stojące przed rządami krajowymi i powszechne założenie, że *know-how* sektora prywatnego przyniesie korzyści w zakresie świadczenia usług publicznych, wydają się głównymi czynnikami wyboru drogi partnerstwa publiczno-prywatnego.

²¹⁸ Komunikat wyjaśniający Komisji w sprawie koncesji na mocy prawa wspólnotowego. Official Journal C 121, 29/04/2000 P. 0002 – 0013.

²¹⁹ Ch. Bovis : *EU Public Procurement Law...*, s. 52–53.

²²⁰ Komunikat wyjaśniający Komisji w sprawie koncesji na mocy prawa wspólnotowego. Official Journal C 121, 29/04/2000 P. 0002 – 0013, cz. 2.1.

Model PPP oparty na umowie obejmuje postanowienia, w których zadania i obowiązki można przypisać partnerowi prywatnemu – w tym takie czynności, jak projekt, finansowanie, wykonanie, renowację lub eksploatację dzieła lub usługi. Tworzy się powiązanie między sektorem publicznym i prywatnym. Zagadnienie to jest jednak regulowane przez prawo wspólnotowe i krajowe w ograniczonym stopniu. Zasady dotyczące przyznawania koncesji na usługi mają zastosowanie wyłącznie w odniesieniu do zasad wynikających z traktatów wspólnotowych²²¹, w szczególności zasad przejrzystości, równości traktowania, proporcjonalności i wzajemnego uznawania. W związku z tym wybór koncesjonariusza przez instytucję zamawiającą jest w większości przypadków dokonywany na podstawie ogólnych zasad. Sytuacja ta może stwarzać problemy dla podmiotów wspólnotowych. Brak koordynacji ustawodawstwa krajowego może w rzeczywistości stanowić przeszkodę dla faktycznego otwarcia takich projektów w Unii Europejskiej, zwłaszcza gdy są one zorganizowane na poziomie międzynarodowym.

Poza PPP opartym na umowie, w której partner publiczny przekazuje podmiotowi prywatnemu część swoich zadań, może dojść do współpracy tych podmiotów w modelu typu *joint venture*, który zakłada ustanowienie nowego podmiotu wspólnie przez partnera publicznego i partnera prywatnego. Wspólny podmiot miał za zadanie zapewnić wykonanie pracy lub usługi dla korzyści publicznej. Bezpośredni kontakt między partnerem publicznym a partnerem prywatnym na forum z osobowością prawną pozwalał partnerowi publicznemu, poprzez jego obecność w gronie akcjonariuszy oraz w organach decyzyjnych wspólnego podmiotu, zachować względnie wysoki stopień kontroli nad rozwój projektów, które z czasem może dostosowywać się do okoliczności²²². Transakcja polegająca na utworzeniu odrębnego podmiotu zwykle nie stanowiła problemu pod względem obowiązującego prawa wspólnotowego. Jednakże warunki regulujące utworzenie podmiotu powinny zostać jasno określone przy wydawaniu zaproszenia do ubiegania się o zamówienie na zadania, które chciano powierzyć partnerowi prywatnemu²²³. Określone warunki udziału w postępowaniu nie mogły dyskryminować lub być nieproporcjonalne do pożądanego celu. Partnerstwo oparte na modelu *joint venture* zapewniało jeszcze bardziej zacieśnioną współpracę pomiędzy partnerami.

²²¹ Traktat Unii Europejskiej oraz Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (Dz.U. C 202 (2016)).

²²² Ch. Bovis : *EU Public Procurement Law...*, s. 56–61.

²²³ B. Zaharia: *Joint Venture*. “Journal of Law and Public Administration” 2016, nr 2, s. 146.

Poza PPP funkcjonował również system zwany PFI, tj. *Private Finance Initiative*. Rozwijał się on głównie w systemie brytyjskim od początku lat 90., natomiast o jego pełnym wdrożeniu można mówić dopiero w latach 2000–2004. Według definicji A. Kopańskiej:

„PFI jest formą partnerstwa publiczno-prywatnego łączącą elementy publicznej realizacji programu inwestycyjnego, w którym sektor publiczny nabywa od podmiotów prywatnych kapitał trwały, oraz outsourcingu, gdzie wykonywanie usług publicznych jest zlecone podmiotom prywatnym”²²⁴.

Była to więc forma partnerstwa publiczno-prywatnego oparta na przekazaniu podmiotowi prywatnemu realizacji i wykonania zadania publicznego (w formie *zaprojektuj-buduj-sfinansuj-obsluguj*). PFI likwiduje pojęcie własności publicznej, a zamiast tego wprowadza koncepcję świadczenia usług w odpowiednim stosunku umownym między sektorem prywatnym i publicznym. Sektor prywatny nie był już dostawcą dla sektora publicznego, lecz równorzędnym partnerem. PFI miało szczególne znaczenie dla gospodarki brytyjskiej, ze względu na występujący w tym kraju nacisk na realizację inwestycji w trybie PFI. Podmioty publiczne były zmuszane do podejmowania współpracy z sektorem prywatnym. Z perspektywy czasu okazało się, że PFI pozwala na realizację dużych projektów, szczególnie związanych z budową dużych obiektów.

Rozwój PPP miał istotne znaczenie dla rozwoju zamówień publicznych. Zauważono, że współpraca pomiędzy partnerami prowadzi do realizacji zamówień zgodnie z umową i obie strony czują się usatysfakcjonowane. PPP wymaga od podmiotów publicznych zdecydowanie szerszego spojrzenia, obejmującego nie tylko zagadnienia prawne, lecz również aspekty ekonomiczne i zagadnienia społeczno-polityczne. W ten sposób zamówienia publiczne przestały być postrzegane wyłącznie jako narzędzie do wydatkowania środków publicznych i nabywania dóbr. Aktualnie przy omawianiu zamówień publicznych dużo częściej korzysta się z rozwiązań wyprowadzonych w naukach ekonomicznych. Uznano więc, że pewne elementy partnerstwa powinny mieć zastosowanie w zamówieniach publicznych. Zwrócono więc większą uwagę na zastosowanie negocjacyjnych trybów udzielania zamówień publicznych. W PPP podmiot publiczny musi przeprowadzić pogłębioną analizę w celu wybrania właściwego modelu partnerstwa. Ważne przy tym jest uwzględnienie specyfiki projektu i skutki tego wyboru. Zamówienia publiczne również zaczęły zmierzać w tym kierunku. Dostrzeżono wartość trybów negocjacyjnych w szczególności w zamówieniach skomplikowanych

²²⁴ A. Kopańska: *Partnerstwo publiczno-prywatne – wzory brytyjskie. Czego możemy się z nich nauczyć*. „Studia Regionalne i Lokalne” 2006, nr 3.

i innowacyjnych, podczas gdy w PPP negocjacje stanowią podstawę partnerstwa. Wpływ PPP można również dostrzec w zakresie ryzyka, a dokładnie jego „położenia”. Efektywne partnerstwo zakłada, że ryzyko powinno spoczywać na tej stronie kontraktu, która najlepiej sobie z nim poradzi²²⁵. Aktualne regulacje zamówień publicznych (w tym Nowa ustawa PZP) pochyłają się nad zagadnieniem podziału ryzyka przy realizacji zamówienia, o czym będzie szerzej mowa przy okazji omawiania zagadnienia związanego z wykonaniem umowy o zamówienie publiczne. W konsekwencji widać, że elementy typowe dla PPP zaczęły mieć istotne znaczenie dla regulacji zamówień publicznych.

7. Innowacje w zamówieniach publicznych

Najczęściej to PPP służy do realizacji projektów bardziej złożonych i nastawionych na innowacje. Znaczenie gospodarcze zamówień publicznych sprawia jednak, że również zamówienia stają się przedmiotem zainteresowania w zakresie ich potencjalnego wykorzystania jako narzędzia polityki innowacji. Zamówienia publiczne są często traktowane przez zamawiających jako działalność transakcyjna, a nie strategiczna, pomimo że Dyrektywa klasyczna weszła w życie już ponad 6 lat temu. Zamówienia publiczne mogą jednak w większym stopniu koncentrować się na wskaźnikach wydajności, a nie na konkretnych cechach zamówionych pozycji, tworząc w ten sposób większą przestrzeń dla innowacji – pozostawienie wykonawcom możliwości wyboru własnych rozwiązań pozwala na stworzenie nowych produktów, usług lub mechanizmów posiadających charakter innowacyjny²²⁶. Aktualnie 80 proc. krajów, które przystąpiły do OECD, wspiera innowacyjne zamówienia publiczne, a 50 proc. wprowadziło strategię zamówień na rzecz wzrostu innowacyjności²²⁷. Zamówienia innowacyjne stosowane są przez te państwa w celu uzyskania nowych (nieodpornych na rynku) produktów lub w celu zwiększenia efektywności istniejących produktów.

Nie tylko OECD zajmuje się zagadnieniem innowacyjności w zamówieniach publicznych. Za pośrednictwem programu EAFIP²²⁸ Komisja Europejska wspiera podmioty

²²⁵ H. Nowicki, P. Nowicki: *Partnerstwo publiczno-prywatne jako element systemu zamówień publicznych*. „Studia BAS” 2014, nr 3, s. 84.

²²⁶ S. Appelt, F. Galindo-Rueda: *Measuring the Link between Public Procurement and Innovation*. “OECD Science, Technology and Industry Working Papers” 2016, nr 3, s. 6–9.

²²⁷ *Public Procurement for Innovation, Good Practices and Strategies*. Paryż 2017, s. 11. Źródło: https://read.oecd-ilibrary.org/governance/public-procurement-for-innovation_9789264265820-en#page1 [dostęp: 20.04.2021].

²²⁸ The European Assistance for Innovation Procurement Initiative.

zamawiające (w tym podmioty zamawiające w sektorze usług użyteczności publicznej i sektora bezpieczeństwa) w opracowywaniu i wdrażaniu większej liczby lepszych zamówień innowacyjnych w UE. Planowane działania w ramach EAFIP w okresie 2019–2020 to:

- zapewnienie bezpłatnej pomocy technicznej i prawnej dla zamawiających publicznych w państwach członkowskich UE w przygotowaniu i wdrażaniu zamówień innowacyjnych na rozwiązania oparte o technologie informacyjno-komunikacyjne;
- promowanie dobrych praktyk w zakresie zamówień na innowacje²²⁹.

Zgodnie ze stanowiskiem EAFIP zamówienia na innowacje umożliwiają zapewnienie społeczeństwu usług najwyższej jakości, przy równoczesnym obniżeniu kosztów. Zamówienia na innowacje generują średnio 20 proc. Oszczędności w wydatkach na zamówienia publiczne²³⁰.

Zgodnie z założeniami strategii Europa 2020 UE zakłada wdrożenie projektu „Unia innowacji”, którego celem jest wykorzystanie badań i rozwoju do rozwiązywania problemów środowiskowych i społecznych. W tym celu Komisja Europejska podjęła się:

- stworzenia programu badawczego w skali całej UE skupionego na rozwiązywaniu najistotniejszych problemów środowiskowych i społecznych – UE zakłada, że współpraca wszystkich krajów członkowskich zapewni najlepszy rozwój badań;
- stworzenia lepszych warunków dla prowadzenia działalności gospodarczej nastawionej na innowacje – zgodnie z założeniami UE zwiększony zostanie zakres ochrony własności intelektualnej; dodatkowo UE przewiduje możliwość kształtowania popytu na innowacje przez zastosowanie zamówień publicznych;
- utworzenia warunków do rozwoju partnerstw innowacyjnych pozwalających na efektywniejsze badania w celu wypracowania technologii pozwalających na rozwiązanie problemów gospodarczych, społecznych i środowiskowych;
- zwiększenia roli instrumentów finansowych UE pozwalających zapewnić wzrost finansowania badań i rozwój projektów innowacyjnych.

Na szczeblu krajowym państwa członkowskie zobowiązały się do:

- przeprowadzenia reformy systemów prowadzenia badań i wdrażania innowacji w celu zapewnienia większej współpracy pomiędzy ośrodkami naukowymi a rynkiem;

²²⁹ Źródło: <https://eafip.eu/about/> [dostęp: 20.04.2021].

²³⁰ Tamże.

- zwiększenia liczby studentów nauk ścisłych i zmiany podstawy programowej w szkole sprzyjającej kreatywnemu myśleniu i innowacyjności;
- zwiększenia wydatków na badania i wprowadzenie ulg dla przedsiębiorców decydujących się na wprowadzanie innowacji²³¹.

Wprowadzając strategię Europa 2020, UE wprost wskazała, że innowacje stanowią cel strategiczny dla UE, a zamówienia publiczne mają być środkiem do realizacji tego celu.

Mimo że o innowacyjności mówi się często, samo pojęcie innowacyjności budzi wiele wątpliwości. Nie da się bowiem przewidzieć, co będzie przedmiotem lub rozwiązaniem innowacyjnym. Z drugiej jednak strony, skoro oczekujemy zwiększenia udziału rozwiązań innowacyjnych w zamówieniach publicznych, musimy jasno określić, co rozumiemy przez innowacje. W ujęciu ekonomicznym przez innowacyjność należy rozumieć wykonanie produktu lub wdrożenie procesu udostępnionego potencjalnym użytkownikom lub wprowadzonego do użytku, cechującego się nowością i użytecznością produktu lub procesu²³². Poza produktem lub procesem innowacje mogą obejmować również nowe metody organizacyjne oraz marketingowe²³³.

Innowacyjność produktowa to wprowadzenie wyrobu lub usługi, które są nowe lub znacząco udoskonalone w stosunku do dotychczasowych towarów i zostały wprowadzone na rynek. Przez znaczące udoskonalenia należy rozumieć zmiany w zakresie materiałów, oprogramowania, specyfikacji technicznej, tj. wszystkich elementów wpływających na zmianę cech funkcjonalnych danego produktu. Produkt innowacyjny może powstać w wyniku przeprowadzenia własnej działalności badawczej, współpracy z innym podmiotem lub w wyniku zakupu – na przykład patentu lub licencji. Aby uznać dany produkt za innowacyjny, należy wykazać, że na rynku właściwym nie istnieje drugi produkt o tych samych cechach. Innowacje produktowe nie obejmują: niewielkich zmian produktu; standardowych modernizacji, zmian sezonowych (np. w przypadku produkcji odzieży), dostosowywania

²³¹ Komunikat Komisji: *Europa 2020 „Strategia na rzecz inteligentnego i zrównoważonego rozwoju sprzyjającego włączeniu społecznemu” z dnia 3 marca 2010 r.* Bruksela 2010, s. 14–15.

²³² *Oslo Manual 2018: Guidelines for Collecting, Reporting and Using Data on Innovation, 4th Edition, The Measurement of Scientific, Technological and Innovation Activities.* Paryż–Luksemburg 2018, s. 22. Źródło: <https://www.oecd.org/science/oslo-manual-2018-9789264304604-en.htm> [dostęp: 20.04.2021].

²³³ *Monitoring innowacyjności polskich przedsiębiorstw. Wyniki II edycji badania 2019.* Warszawa 2019, s. 13. Źródło: <https://www.parp.gov.pl/storage/publications/pdf/Raport-2019---II-edycja-Monitoring-innowacyjnoci-polskich-przedsiębiorstw.pdf> [dostęp: 20.04.2021].

produktu do potrzeb danego klienta, jeżeli zmiany nie są istotne w stosunku do produktów oferowanych innym klientom²³⁴.

Innowacja procesu polega na wprowadzaniu nowej lub znacząco udoskonalonej produkcji lub dystrybucji. Cechy ulepszonych procesów są powiązane z cechami ulepszonych produktów dostarczanego klientowi. Zmiany produktu prowadzą do zwiększenia jego efektywności, obniżenia kosztów produkcji, zwiększenia jakości i użyteczności procesu zarówno wewnątrz, jak i na zewnątrz przedsiębiorstwa²³⁵.

W związku z pojawiającą się trudnością w ocenianiu innowacyjności OECD wydało podręcznik *Oslo Manual*²³⁶ ustalający definicje, klasyfikacje, metody statystyczne pozwalające na ocenę innowacyjności gospodarki. Dzięki niemu możliwe jest porównanie gospodarek różnych państw i prawidłowa ocena własnego rynku w zakresie poziomu wdrażania innowacyjnych rozwiązań. Również w ustawodawstwie można znaleźć definicje legalne innowacyjności. Zgodnie z treścią Ustawy o niektórych formach wspierania działalności innowacyjnej, działalnością innowacyjną jest działalność polegająca „na opracowaniu nowej technologii i uruchomieniu na jej podstawie wytwarzania nowych lub znacząco ulepszonych towarów, procesów lub usług²³⁷”. Kolejna definicja została zawarta w Dyrektywie klasycznej, zgodnie z którą innowacją jest

„[...] wdrażanie nowego lub znacznie udoskonalonego produktu, usługi lub procesu, w tym między innymi procesów produkcji, budowy lub konstrukcji, nowej metody marketingowej lub nowej metody organizacyjnej w działalności przedsiębiorczej, organizowaniu pracy, lub relacjach zewnętrznych m.in. po to, by pomóc rozwiązać wyzwania społeczne lub wspierać strategię *Europa 2020* na rzecz inteligentnego i zrównoważonego rozwoju sprzyjającego włączeniu społecznemu [...]”²³⁸.

Innowacje stanowią jeden z celów strategicznych zamówień publicznych. Wysokiej jakości produkty i rozwiązania wykorzystujące nowe technologie i kreatywność rynku

²³⁴ *Oslo Manual 2018: Guidelines for Collecting, Reporting and Using Data on Innovation, 4th Edition, The Measurement of Scientific, Technological and Innovation Activities*. Paryż–Luksemburg 2018, s. 78–80. Źródło: <https://www.oecd.org/science/oslo-manual-2018-9789264304604-en.htm> [dostęp: 20.04.2021]

²³⁵ Tamże, s. 70–72.

²³⁶ Tamże.

²³⁷ Art. 2 ust. 3 ustawy z dnia 30 maja 2008 r. o niektórych formach wspierania działalności innowacyjnej Dz. U. 2008 Nr 116 poz. 730 ze zm.

²³⁸ Art. 2 pkt 22 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE (Tekst mający znaczenie dla EOG) (Dz.U. L 94 z 28.3.2014, s. 65).

przyczyniają się do zwiększenia efektywności zakupów oraz wspierają realizację pozostałych celów: związanych z ochroną środowiska oraz zapobieganiu wykluczeniu społecznemu.

8. Zamówienia prośrodowiskowe

Ochrona środowiska naturalnego jest jedną z podstawowych wartości UE. Świadczy o tym art. 11 TFUE, który stanowi, że „przy ustalaniu i realizacji polityk i działań Unii, w szczególności w celu wspierania zrównoważonego rozwoju, muszą być brane pod uwagę wymogi ochrony środowiska”. Rozwinięciem tej zasady jest art. 191 TFUE, który wskazuje na konieczność podejmowania działań mających na celu zachowanie, ochronę i poprawę jakości środowiska, rozsądnego korzystania z zasobów naturalnych i promowania postaw prośrodowiskowych na płaszczyźnie międzynarodowej.

Ochrona środowiska stanowi jeden z ważniejszych problemów współczesnego świata. Nie da się ukryć, że zmiany klimatyczne następują i konieczne jest podjęcie kroków na skalę światową. Wyrazem doniosłości problemu jest przyjęcie w Paryżu w grudniu 2015 r. przez 195 krajów porozumienie w dziedzinie klimatu mające na celu:

- „1) ograniczenie wzrostu średniej temperatury globalnej do poziomu znacznie niższego niż 2°C powyżej poziomu przedindustrialnego oraz podejmowanie wysiłków mających na celu ograniczenie wzrostu temperatury do 1,5 °C powyżej poziomu przedindustrialnego, uznając, że to znacząco zmniejszy ryzyka związane ze zmianami klimatu i ich skutki;
- 2) zwiększenie zdolności do adaptacji do negatywnych skutków zmian klimatu oraz wspieranie odporności na zmiany klimatu i rozwoju związanego z niską emisją gazów cieplarnianych w sposób niezagrażający produkcji żywności;
- 3) zapewnienie spójności przepływów finansowych ze ścieżką prowadzącą do niskiego poziomu emisji gazów cieplarnianych i rozwoju odpornego na zmiany klimatu²³⁹.

Działania Unii Europejskiej oraz poszczególnych krajów pokazują, że ochrona klimatu jest jednym z najważniejszych priorytetów. W związku z tym konieczne jest podejmowanie wszelkich działań pozwalających na osiągnięcie założonego na Konferencji Narodów Zjednoczonych w sprawie zmian klimatu celu.

Czym jednak jest zrównoważony rozwój? Na czym polega rozwój zrównoważony, najlepiej można się dowiedzieć z treści dokumentu *Our common future*²⁴⁰ Rozwój

²³⁹ Art. 2 Porozumienia Paryskiego, Dz. U. UE z dnia 19 października 2016 r., L 282/4.

²⁴⁰ *Report of the World Commission on Environment and Development: Our Common Future*. 1987, s. 17. Źródło: <https://sustainabledevelopment.un.org/content/documents/5987our-common-future.pdf> [dostęp: 20.04.2021]

zrównoważony definiuje się jako „proces zmian, w którym eksploatacja zasobów, kierunek inwestycji, kierunek rozwoju technologicznego i zmiana instytucjonalna są dostosowywane do przyszłych i obecnych potrzeb”. Rozwinięciem tej definicji i działań zapoczątkowanych w 1987 r. jest dokument *Agenda na rzecz zrównoważonego rozwoju 2030*²⁴¹, zgodnie z którym:

„[...] zrównoważony rozwój zakłada, że eliminacja ubóstwa we wszystkich jego formach i wymiarach, zwalczanie nierówności wewnątrz i pomiędzy krajami, ochrona naszej planety, dążenie do trwałego i zrównoważonego wzrostu gospodarczego sprzyjającego włączeniu społecznemu oraz wspieranie integracji społecznej są ze sobą połączone i współzależne”.

Dlatego też często, mówiąc o zrównoważonym rozwoju, wskazuje się na konieczność uwzględnienia aspektów społecznych.

Definicja zrównoważonego rozwoju kładzie nacisk na dwa aspekty: zapewnienie globalnego rozwoju przy równoczesnym uwzględnieniu potrzeb współczesnych i przyszłych. Potrzeby, o których mowa, związane są w głównej mierze z możliwościami środowiska, w którym żyjemy i w którym będą żyć przyszłe pokolenia. Celem jest zapewnienie dobrych warunków życia, pozbawionych niedogodności wynikających z powszechnej urbanizacji i zagrażających życiu lub zdrowiu²⁴².

O zrównoważonym rozwoju mowa nie tylko na szczeblu globalnym, ale również wspólnotowym. Ogólna idea ochrony środowiska została uszczegółowiona w dokumencie programowym. Zgodnie z treścią Strategii Europa 2020 jednym z celów Unii Europejskiej jest zapewnienie zrównoważonego rozwoju opartego na efektywnym wykorzystaniu surowców naturalnych i stosowaniu rozwiązań przyjaznych środowisku. Dokument ten wymienia szereg działań, które powinny zostać podjęte przez wspólnotę w celu powstrzymania niekorzystnym zmianą klimatycznym.

Strategia Europa 2020 przewiduje realizację projektu przewodniego pn. „Europa efektywnie korzystająca z zasobów”, którego zadaniem jest wprowadzenie zmian zarówno na płaszczyźnie prawnej, poprzez doprecyzowanie istniejących ram prawnych, jak i zwiększenie finansowania inwestycji wpływających na rozwój technologii prośrodowiskowych. W tym celu Unia Europejska przygotowała nowe instrumenty finansowe integrujące środki publiczne

²⁴¹ Rezolucja przyjęta przez Zgromadzenie Ogólne ONZ w dniu 25 września 2015 r. *Przekształcamy nasz świat: Agenda na rzecz zrównoważonego rozwoju 2030*, s. 5.

²⁴² Tamże, s. 5-6.

i prywatne w celu zwiększenia finansowania rozwiązań spierających zrównoważony rozwój. Zgodnie z treścią Strategii 2020 konieczne jest podjęcie działań, które:

- zagwarantują zwiększenie wydajności świadczonych usług, w celu zwiększenia konkurencyjności Unii Europejskiej na rynku międzynarodowym;
- zapewnią wdrażanie technologii przyjaznych środowisku, co pozwoli na efektywne wykorzystanie zasobów gospodarki;
- będą przeciwdziałać zmianom klimatycznym, tj. w szczególności konieczne jest zmniejszenie emisji gazów cieplarnianych, wychwytywanie i sekwestracja dwutlenku węgla²⁴³;
- zapewnią zwiększenie wykorzystanie energii pochodzącej z odnawialnych źródeł energii.

Strategia 2020 podkreśla, że zamówienia publiczne powinny być istotnym narzędziem do realizacji zrównoważonego rozwoju. Zamówienia publiczne, jako że stanowią istotny element gospodarki unijnej (ok. 16 proc. PKB), mogą i powinny stanowić jedno z podstawowych narzędzi do realizacji polityki Unii Europejskiej. Zamówienia realizujące aspekty środowiskowe określa się mianem zielonych zamówień publicznych (*green public procurement*) i zostały zdefiniowane przez Komisję Europejską jako

„[...] proces, w ramach którego instytucje publiczne starają się uzyskać towary, usługi i roboty budowlane, których oddziaływanie na środowisko w trakcie ich cyklu życia jest ograniczone w porównaniu do towarów, usług i robót budowlanych o identycznym przeznaczeniu, jakie zostałyby zamówione w innym przypadku”²⁴⁴.

Regulacje prawne odnoszące się do zielonych zamówień publicznych mogą dotyczyć:

- procedur udzielania zamówień publicznych, przewidujących konkretne rozwiązania umożliwiające uwzględnienie aspektów środowiskowych w zamówieniach publicznych; w tym zakresie najistotniejszą rolę pełni prawo zamówień publicznych, które wyznacza zasady udzielenia zamówień z uwzględnieniem aspektów próśrodowiskowych;

²⁴³ Strategia 2020 zakłada zmniejszenie emisji gazów cieplarnianych o 20 proc. w porównaniu z poziomem z 1990 r. przy jednoczesnym zwiększeniu do 20 proc. udziału energii odnawialnej w ogólnym zużyciu energii i zwiększeniu efektywności energetycznej gospodarki o 20 proc.

²⁴⁴ Komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego oraz Komitetu Regionów: *Zamówienia publiczne na rzecz poprawy stanu środowiska z dnia 16 lipca 2008 r.* KOM(2008) 400 wersja ostateczna, s. 6.

- nałożenia na administrację publiczną określonych obowiązków związanych z uwzględnieniem aspektów środowiskowych w dokonywanych przez administrację publiczną zakupach – przykładem takich przepisów są wymogi określone w Ustawie z dnia 20 maja 2016 r. o efektywności energetycznej (Dz. U. z 2016 r. poz. 831) czy Ustawie z dnia 29 sierpnia 2014 r. o charakterystyce energetycznej budynków (Dz. U. z 2014 r. poz. 1200, z późn. Zm.), w których określone zostały wymagania energetyczne nabywanych produktów, budynków i ich części nabywanych przez administrację publiczną;
- ustanawiania określonych systemów lub narzędzi, które mogą być wykorzystane na potrzeby związane z udzielaniem tego rodzaju zamówień (przykładem „ÖkoKauf Wien”, o którym poniżej).

Zielone zamówienia stanowią więc istotne narzędzie wspierania celu, jakim jest ochrona środowiska. W dalszej części rozdziału opisane zostaną przykładowe dobre praktyki w zakresie realizacji zielonych zamówień, natomiast w tym miejscu warto zwrócić uwagę na projekt „ÖkoKauf Wien”, wielokrotnie nagradzany i promowany przez organizacje międzynarodowe. Program ten został uruchomiony przez Miejski Departament Ochrony Środowiska Miasta Wiednia. Polega na opracowaniu i regularnej aktualizacji wykazu kryteriów ekologicznych mających zastosowanie do procedur udzielania zamówień publicznych dla wielu grup produktów. „ÖkoKauf” zapewnia dokumenty przetargowe, katalogi kryteriów i inne regulacje związane z zamówieniami jako narzędziami do wdrażania zielonych zamówień publicznych. Co ważne, ekokryteria obowiązują wszystkie wydziały administracji miasta Wiednia od 2003 r.²⁴⁵ W ramach projektu udostępniono zamawiającym narzędzia do realizacji określonych przez UE celów. Realizacja tego projektu pokazała również, że wspieranie zielonych zamówień publicznych może być równoznaczne z wprowadzeniem oszczędności. Przeprowadzone kontrole projektu „ÖkoKauf” wykazały pozytywne wyniki polityki miasta dotyczącej stosowania kryteriów ekologicznych przy zakupie towarów i usług pod względem efektywności środowiskowej i ekonomicznej. Główne wyniki oceny skutków z 2014 r. pokazują szacunki rocznych oszczędności na poziomie 15 000 ton CO₂, ale także 1,5 mln EUR

²⁴⁵ *Green Public Procurement in the City of Vienna, Impact Analysis.* Źródło: <https://www.wien.gv.at/english/environment/protection/pdf/impact-analysis.pdf> [dostęp: 20.04.2021].

oszczędności rocznie dzięki zastosowaniu nowoczesnych technologii budowlanych i energooszczędnych urządzeń²⁴⁶.

New Green Deal, w Polsce znany jako Zielony Nowy Ład dla Europy, stanowi nową strategię na rzecz wzrostu, której celem jest

„[...] przekształcenie UE w sprawiedliwe i prosperujące społeczeństwo żyjące w nowoczesnej, zasobooszczędnej i konkurencyjnej gospodarce, która w 2050 r. osiągnie zerowy poziom emisji gazów cieplarnianych netto i w ramach której wzrost gospodarczy będzie oddzielony od wykorzystania zasobów naturalnych²⁴⁷.

Strategia stanowi podstawowy dokument określający planowany proces zmian w kierunku gospodarki neutralnej dla środowiska do roku 2050 r. Akt ten zakłada radykalne działania i niemalże całkowitą eliminację szkodliwego wpływu rozwoju Wspólnoty na środowisko. Takie cele i założenia wymagają podjęcia rozbudowanych działań. Również w tym dokumencie podkreślono znaczenie zamówień publicznych w tworzeniu nowego zielonego ładu:

„Podmioty sektora publicznego, w tym instytucje Unii, powinny stanowić wzór do naśladowania i zapewnić ekologiczność swoich zamówień publicznych. Komisja przedstawi propozycje nowych przepisów i wskazówek dotyczących proekologicznych zamówień publicznych²⁴⁸.

Dalej wskazano, że „polityka handlowa UE ułatwia handel i inwestycje w towary i usługi związane z przemysłem ekologicznym oraz promuje przyjazne dla klimatu zamówienia publiczne²⁴⁹. Wskazane fragmenty New Green Deal pokazują, że zamówienia publiczne nie powinny tylko uwzględniać aspektów środowiskowych, lecz cały proces udzielania zamówienia i samo zamówienie powinno stanowić wzór dla innych uczestników rynku, w tym dla sektora prywatnego. Oznacza to, że zamawiający nie powinni ograniczać się wyłącznie do uwzględniania minimalnych wymagań środowiskowych, lecz ich działania powinny promować innowacyjne rozwiązania w celu zwiększenia pozytywnego wpływu zamówień na środowisko. W ten sposób możliwe będzie zainicjowanie działań prośrodowiskowych i prospołecznych

²⁴⁶ *Smart Procurement : Going green: best practices for green procurement - AUSTRIA Vienna ÖkoKauf programme*, Źródło: <http://www.oecd.org/gov/ethics/gpp-procurement-Austria-%C3%96koKauf.pdf> [dostęp: 20.04.2021].

²⁴⁷ Komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady Europejskiej, Rady, Komitetu Ekonomiczno-Społecznego i Komitetu Regionów: *Europejski Zielony Ład*. Bruksela 2019. COM (2019) 640 final.

²⁴⁸ Tamże, s. 9.

²⁴⁹ Tamże, s. 26.

również wśród tych podmiotów, które nie są zobowiązane do przeprowadzania zamówień publicznych, a nawet takich, które nie wydatkują środków publicznych.

Strategia określa cele klimatyczne na lata 2030 i 2050. Przewiduje się również wydanie europejskiego „prawa o klimacie” w celu zapewnienia norm prawnych pozwalających na egzekwowanie założonych planów. Projekt tego dokumentu został opublikowany w marcu 2020 r. i właśnie zakończył się proces konsultacji społecznych. Założeniami strategii są:

- obniżanie emisyjności systemu energetycznego, tj. w szczególności rezygnacja z paliw kopalnianych na rzecz energii odnawialnej;
- zachęcanie przedsiębiorstw do oferowania produktów wielokrotnego użytku, nadających się do naprawy;
- budowanie i remontowanie w sposób oszczędzający energię i zasoby zarówno budynków publicznych jak i prywatnych;
- stworzenie transportu przyjaznego środowisku i rozwinięcie produkcji zrównoważonych paliw transportowych;
- ochrona środowiska, odbudowa ekosystemów i zachowanie bioróżnorodności przy produkcji żywności, wspieranie rolnictwa ekologicznego;
- wspieranie działań mających na celu rekultywację lasów, oczyszczanie wód, zminimalizowanie zanieczyszczeń powietrza;
- wspieranie zielonego finansowania i zielonych inwestycji oraz zapewnienie sprawiedliwej transformacji;
- wspieranie badań naukowych i pobudzanie innowacji w zakresie rozwiązań zielonych.

UE planuje osiągnąć powyższe założenia poprzez inwestowanie przynajmniej 5 proc. Europejskiego rocznego PKB w przestawienie energetyki na źródła odnawialne, powstrzymanie zaniku bioróżnorodności oraz udział wszystkich mieszkańek i mieszkańców Europy we współdzielonym dobrobycie²⁵⁰, natomiast 25 proc. Środków w ramach wszystkich programów UE planuje się przeznaczyć na kwestie związane ze zmianą klimatu²⁵¹.

Strategia Nowego Zielonego Ładu dla Europy jest kluczowym dokumentem dla Europy. Państwa członkowskie zobowiązały się do monitorowania i podejmowania

²⁵⁰ 10 filarów Zielonego Nowego Ładu dla Europy. Źródło: <https://www.gndforeurope.com/10-pillars-of-the-green-new-deal-for-europe> [dostęp: 20.04.2021].

²⁵¹ Komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady Europejskiej, Rady, Komitetu Ekonomiczno-Społecznego i Komitetu Regionów: *Europejski Zielony Ład*. Bruksela 2019. COM (2019) 640 final, s. 18.

konkretnych działań, by zrealizować określone „kamienie milowe” do realizacji celu. UE uznała problem zanieczyszczenia Ziemi za realny i podjęła konkretne regulacje w celu zapobieżenia dalszej dewastacji środowiska. Dokument ten wraz z wszystkimi aktami powstałymi w celu realizacji strategii potwierdza, że ochrona środowiska stanowi priorytet funkcjonowania UE i wszystkich jej państw członkowskich.

Poza regulacjami prawnymi, UE i państwa członkowskie tworzą szereg wytycznych dla zamawiających w celu zwiększenia efektywności wykorzystania zasobów naturalnych. UE na bieżąco tworzy i publikuje nowe kryteria uwzględniające aspekty środowiskowe dopasowane do różnego rodzaju zamówień²⁵². UE zwraca również uwagę, że zamówienia publiczne mają przyczynić się do zmiany gospodarki liniowej na gospodarkę cyrkularną (o obiegu zamkniętym). W pierwszym przypadku proces nabywczy przedstawia się następująco: firmy pozyskują materiały, wykorzystują energię i siłę roboczą do wytworzenia produktu i sprzedają go konsumentowi, który następnie wyrzuca go, gdy nie spełnia już swojego zadania. Ten sam model funkcjonuje aktualnie w przypadku zakupów dokonywanych przez administrację publiczną. Nowy model gospodarki o obiegu zamkniętym ma na celu utrzymanie produktów i materiałów w łańcuchu wartości przez dłuższy okres oraz odzyskanie surowców po okresie użytkowania produktów do następnego wykorzystania²⁵³. Zamówienia publiczne mają realną możliwość przyczynienia się do zaproponowanej zmiany, w szczególności że to właśnie od zamówień publicznych zależy, jakie produkty będą pozyskiwane przez administrację publiczną oraz w jaki sposób będą dalej użytkowane i utylizowane²⁵⁴.

9. Zamówienia prospołeczne

Dyrektywa klasyczna wielokrotnie podkreśla rolę zamówień publicznych w kształtowaniu polityki społecznej, pozwalając na wprowadzenie ograniczeń zasady konkurencyjności na rzecz realizacji celu strategicznego. Przykładowo, zgodnie z motywem 36. preambuły Dyrektywy klasycznej:

²⁵² Kryteria zielonych zamówień w UE dostępne są pod adresem: https://ec.europa.eu/environment/gpp/eu_gpp_criteria_en.htm [dostęp: 20.04.2021].

²⁵³ Komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego i Komitetu Regionów dnia 11 marca 2020 r.: *Nowy plan działania UE dotyczący gospodarki o obiegu zamkniętym na rzecz czystszej i bardziej konkurencyjnej Europy*. Bruksela 2020. COM(2020) 98.

²⁵⁴ *The road to Circular Public Procurement*. Źródło: <http://circularpp.eu/the-road-to-circular-public-procurement/> [dostęp: 20.04.2021].

„[...] zatrudnienie i praca stanowią kluczowe elementy gwarantujące wszystkim równe szanse i przyczyniające się do integracji społeczeństwa. W związku z tym zakłady pracy chronionej mogą odgrywać istotną rolę. To samo dotyczy innych form społecznej działalności gospodarczej mających głównie na celu wspieranie społecznej i zawodowej integracji lub reintegracji osób niepełnosprawnych i znajdujących się w niekorzystnej sytuacji, takich jak bezrobotni, członkowie znajdujących się w niekorzystnej sytuacji mniejszości lub grup w inny sposób społecznie marginalizowanych. Takie zakłady lub podmioty gospodarcze mogą nie być jednak w stanie uzyskać zamówień w zwykłych warunkach konkurencji. W związku z tym właściwe jest, by państwa członkowskie mogły zastrzegać, że prawo do udziału w postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych lub pewnych ich częściach mają jedynie takie zakłady lub podmioty gospodarcze, bądź też zastrzegać realizację zamówień dla programów zatrudnienia chronionego”²⁵⁵.

Dyrektywa ta określiła również, które zamówienia na usługi zdrowotne, społeczne i kulturalne mogą zostać zastrzeżone przez zamawiających wyłącznie dla określonych organizacji²⁵⁶. Ponadto, Dyrektywa przewiduje wsparcie i ochronę niepełnosprawnych – zgodnie z motywem 76 preambuły:

„W przypadku wszelkich zamówień przeznaczonych do użytku osób, zarówno ogółu społeczeństwa, jak i personelu instytucji zamawiającej, niezbędne jest opracowanie przez instytucje zamawiające specyfikacji technicznych w sposób uwzględniający kryteria dostępności dla osób niepełnosprawnych lub opcji projektowania dla wszystkich, z wyjątkiem należycie uzasadnionych przypadków”²⁵⁷.

Zamówienia prospołeczne związane są ściśle ze zrównoważonym rozwojem, który z jednej strony ma wpłynąć na zmniejszenie wykorzystania zasobów naturalnych i zmniejszenie degradacji środowiska, lecz z drugiej strony wskazuje na podjęcie działań środowiskowych w celu zapewnienia odpowiednich warunków życia aktualnemu pokoleniu i przyszłym. Zapewnienie gospodarki zrównoważonej nie jest więc celem samym w sobie, lecz opartym na rzeczywistych potrzebach społeczeństwa. Chcąc zadbać o życie kolejnych pokoleń, konieczne jest podjęcie działań środowiskowych. Świadczy o tym treść New Green Deal, który pomimo że porusza główne założenia zmian środowiskowych, to wielokrotnie podkreśla:

„[...] transformacja ta musi przebiegać zarazem w sprawiedliwy i sprzyjający włączeniu społecznemu sposób: na pierwszym miejscu należy stawiać ludzi i nie wolno tracić z oczu regionów, sektorów przemysłu i pracowników, którzy będą borykać się z największymi

²⁵⁵ Motyw 36. Dyrektywy klasycznej.

²⁵⁶ Art. 77 Dyrektywy klasycznej.

²⁵⁷ Motyw 76. Dyrektywy klasycznej.

trudnościami. Proces ten pociągnie za sobą głębokie zmiany, dlatego kluczowe znaczenie dla skuteczności nowych polityk i ich akceptacji będzie miało czynne zaangażowanie i zaufanie społeczeństwa”²⁵⁸.

Dlatego też należy stwierdzić, że działania prośrodowiskowe i oparte na włączeniu społecznym są ściśle ze sobą powiązane i zależne – jeden cel nie może funkcjonować bez drugiego.

Również w Agendzie 2030 wskazano na konieczność wspierania społeczeństwa:

„Jesteśmy zdecydowani wyeliminować, od chwili obecnej do roku 2030, ubóstwo i głód na całym świecie; zwalczyć nierówności wewnątrz oraz między krajami; zbudować pokojowe i sprawiedliwe społeczeństwa sprzyjające włączeniu społecznemu; chronić prawa człowieka i promować równość płci; wzmacniać pozycję kobiet i dziewcząt oraz zapewnić trwałą ochronę naszej planety i jej zasobów naturalnych”²⁵⁹.

Aspekty środowiskowe cały czas przeplatają się z zagadnieniami zapewnienia określonego społecznego ładu i bezpieczeństwa.

Dokument programowy Strategia 2020 określił cele w zakresie zwiększenia zatrudnienia i unowocześnienia rynku pracy. Głównym projektem związanym z ochroną rynku pracy jest „Program na rzecz nowych umiejętności i zatrudnienia”. W tym celu Komisja Europejska podjęła się:

- kontynuowania projektu *flexicurity* (o czym szerzej mowa poniżej) pozwalającego na walkę z bezrobociem;
- zmiany prawa pracy zapewniającego lepsze dopasowanie regulacji do aktualnego rynku pracy i jego potrzeb przy równoczesnym zapewnieniu;
- wspieranie migracji zawodowej na terenie Unii Europejskiej i zwiększenie wydatków na fundusze strukturalne, w tym w szczególności na Europejski Fundusz Społeczny (EFS) w celu zaspokojenia potrzeb rynku pracy;
- wzmocnienia dialogu społecznego w celu rozwiązywania problemów rynku pracy;

²⁵⁸ Komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady Europejskiej, Rady, Komitetu Ekonomiczno-Społecznego i Komitetu Regionów: *Europejski Zielony Ład*. Bruksela 2019. COM (2019) 640 final, s. 2.

²⁵⁹ Rezolucja Zgromadzenia Ogólnego ONZ przyjęta w dniu 25 września 2015 r.: *Przekształcamy nasz świat: Agenda na rzecz zrównoważonego rozwoju 2030*. A/RES/70/1, s. 3.

- poprawienia jakości kształcenia, pozwalającego na uzyskanie wykształcenia adekwatnego do potrzeb rynku i elastycznego – pozwalającego społeczeństwu dopasować się do nowych potrzeb²⁶⁰.

Na poziomie krajowym państwa członkowskie zobowiązały się do wprowadzenia własnego rozwiązania w ramach *flexicurity*, aby wspierać utrzymywanie równowagi pomiędzy życiem prywatnym i zawodowym, zapewniać warunki prawne sprawiające, że praca będzie opłacalna, oraz wdrażać politykę i programy Komisji Europejskiej.

W strategii Europa 2020 pojęcie *flexicurity* pojawia się kilkakrotnie. Nazwa pochodzi od dwóch angielskich słów: *flexibility* oraz *security*, tj. elastyczność i ochrona. Zgodnie z definicją T. Wilthgena i F. Trosa:

„[...] *flexicurity* to zsynchronizowana, zamierzona polityka, w ramach której podejmowana jest z jednej strony próba uelastycznienia rynków pracy, organizacji pracy i stosunków pracy, z drugiej zwiększania bezpieczeństwa zatrudnienia i bezpieczeństwa socjalnego, zwłaszcza wobec słabszych grup z rynku pracy i spoza niego”²⁶¹.

Jest to więc strategia mająca na celu zwiększenie elastyczności pracowników na rynku pracy, przy równoczesnym zapewnieniu ochrony i pewności zatrudnienia. Elastyczność ta może być rozumiana jako elastyczność związana ze zmianą pracy, czasem pracy i dopasowaniem go do potrzeb pracownika i rynku; elastyczność organizacji pracy i wynagrodzenia. Bezpieczeństwo natomiast wiąże się z pewnością zachowania miejsca pracy, zatrudnienia, odpowiedniego poziomu wynagrodzenia i zapewnienia równowagi pomiędzy życiem zawodowym i prywatnym²⁶².

Zapewnienie społeczeństwu trwałego rozwoju opartego na włączeniu społecznym jest jednym z założeń funkcjonowania UE. Również w tym przypadku jednym z narzędzi do realizacji celów jest realizowanie prospołecznych zamówień publicznych. Społecznie odpowiedzialne zamówienia publiczne są to zamówienia, w ramach których została wzięta pod uwagę przynajmniej jedna kwestia społeczna, tj.:

²⁶⁰ Komunikat Komisji: *Europa 2020 „Strategia na rzecz inteligentnego i zrównoważonego rozwoju sprzyjającego włączeniu społecznemu” z dnia 3 marca 2010 r.* Bruksela 2010, s. 21-22.

²⁶¹ F. Tros, T. Wilthagen: *The concept of „Flexicurity”. A new approach to regulating employment and labour markets.* “Flexicurity Research Paper” 2003, nr 4, s. 4.

²⁶² *Flexicurity w wymiarze regionalnym (województwo podlaskie). Raport z badań.* Białystok 2011, s. 14–15. Źródło: <https://depot.ceon.pl/handle/123456789/9072> [dostęp: 20.04.2021].

„[...] możliwość zatrudnienia, godna praca, zgodność z prawami społecznymi i z prawem do pracy, integracja społeczna (w tym także osób niepełnosprawnych), równość szans, dostępność, projektowanie dla wszystkich, uwzględnianie kryteriów zrównoważonego rozwoju, w tym kwestii etycznego handlu oraz szerszego dobrowolnego przestrzegania zasad społecznej odpowiedzialności biznesu (*corporate social responsibility* — CSR), z jednoczesnym uwzględnieniem zasad ujętych w Traktacie Unii Europejskiej oraz w dyrektywach dotyczących zamówień publicznych”²⁶³.

W ramach zamówień społecznie odpowiedzialnych wskazuje się na potrzeby:

- zapewnienia pracownikom odpowiedniego rynku pracy – zamówienia publiczne stają się narzędziem pozwalającym wpływać na rynek pracy, podmioty prywatne poprzez wybór wykonawców spełniających określone warunki;
- określenia norm prawnych w taki sposób, by ograniczyć nadużycia względem pracowników na rynku pracy;
- zwiększenia efektywności wydatków publicznych poprzez realizację celów strategicznych.

Zamówienia społecznie odpowiedzialne stanowią więc narzędzie do realizacji celu związanego ze zwiększeniem włączenia społecznego. Podkreślenia wymaga fakt, że społecznie odpowiedzialne zamówienia publiczne mają na celu osiągnięcie pozytywnych skutków społecznych w zamówieniach publicznych. Zamówienia publiczne mogą wpływać na społeczeństwo w różny sposób. Po pierwsze, przedmiot zamówień będzie wykorzystywany przez grupę użytkowników usług publicznych. Po drugie, odpowiednie kształtowanie zamówień wpływa na osoby bezpośrednio zaangażowane w produkcję i dostawy, jak i pracowników organizacji kupującej. Po trzecie, odpowiednie kreowanie polityki zakupowej może wpływać na rynek zarówno po stronie popytu, jak i podaży. Po czwarte, zamówienia mogą wspierać konkretne grupy społeczne – na przykład osoby długotrwale pozostające bez pracy lub niepełnosprawne, które przez swoje ograniczenia mają gorszą pozycję na rynku pracy.

Dokonując rozsądnych zakupów, publiczni zamawiający mogą i powinni promować możliwości zatrudnienia, godną pracę, włączenie społeczne, dostępność, projektowanie dla wszystkich, etyczny handel oraz dążyć do osiągnięcia szerszej zgodności ze standardami

²⁶³ *Kwestie społeczne w zakupach. Przewodnik dotyczący uwzględniania kwestii społecznych w zamówieniach publicznych*. Luksemburg 2011, s. 9. Źródło: <https://op.europa.eu/pl/publication-detail/-/publication/cb70c481-0e29-4040-9be2-c408cddf081f> [dostęp: 20.04.2021]

społecznymi²⁶⁴. Zamówienia społeczne mogą wyrażać się w różny sposób. Ideą nie jest wprowadzenie pojedynczych klauzul, lecz stworzenie warunków rozwoju społeczeństwa i zmniejszania nierówności już w nim istniejących. UE prowadzi działania edukacyjne na szeroką skalę. Na stronie Komisji Europejskiej, w zakładce Green Public Procurement, można znaleźć kilkaset przykładów dobrych praktyk z zakresu zielonych zamówień publicznych²⁶⁵. Podobna baza wiedzy przygotowana została również dla dobrych praktyk w zamówieniach społecznie odpowiedzialnych²⁶⁶.

10. Inne cele

W doktrynie można spotkać się z wieloma różnymi zbiorami celów właściwych dla systemu zamówień publicznych. Przykładem może być klasyfikacja przedstawiona przez H. Nowickiego, który wskazał następujący katalog celów systemu zamówień publicznych: (a) efektywne wydatkowanie środków publicznych, (b) przejrzyste wydatkowanie środków publicznych, (c) otwarcie rynku zamówień publicznych na konkurencję, (d) przeciwdziałanie naruszeniom prawa (korupcji), itp. innowacyjność w zamówieniach publicznych, (f) zielone zamówienia publiczne, (i) zamówienia prospołeczne, (j) wspieranie MŚP, (k) zamówienia transgraniczne oraz (l) inne określone przez prawo²⁶⁷. Innym przykładem klasyfikacji celów zamówień publicznych jest katalog wskazany przez P. Nowickiego, który wskazuje, że celami zamówień publicznych jest: (a) wyznaczanie granic legalności działań uczestników zamówień publicznych (podmiotów publicznych i wykonawców), (b) zapewnienie uczciwej konkurencji, (c) realizowanie założeń zrównoważonego rozwoju i realizacja celów strategicznych, a także wsparcie MŚP, (d) stworzenie ram zwiększających efektywność ekonomiczną zamówień itp., (e) instrumentalizacja prawa zamówień publicznych²⁶⁸. Wskazane katalogi, zdaniem autora,

²⁶⁴ *Making socially responsible public procurement work: 71 good practice cases*. Źródło: <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/69fc6007-a970-11ea-bb7a-01aa75ed71a1> [dostęp: 20.04.2021].

²⁶⁵ Zob. *GPP Good Practice*. Źródło: https://ec.europa.eu/environment/gpp/case_group_en.htm [dostęp: 20.04.2021].

²⁶⁶ Zob. *Dobre praktyki w społecznie odpowiedzialnych zamówieniach publicznych*. Źródło: https://ec.europa.eu/info/policies/public-procurement/support-tools-public-buyers/social-procurement_pl#dobre-praktyki-w-spoecznie-odpowiedzialnych-zamwieniach-publicznych [dostęp: 20.04.2021].

²⁶⁷ H. Nowicki: *Prawo zamówień publicznych instrumentem kreowania innowacyjnej gospodarki*. W: *Prawne instrumenty oddziaływania na gospodarkę*. Red. A. Powałowski, Warszawa 2016, s. 289.

²⁶⁸ P. Nowicki: *Wiele hałasu o nic? Kilka uwag o instrumentalizacji prawa i roli państwa w gospodarce na przykładzie prawa zamówień publicznych*. W: *Państwo a gospodarka, Interes*

pomijają zagadnienie zasad systemu zamówień publicznych. Celem jest wartość sama w sobie, do której dążymy, natomiast zasada jest jedynie środkiem do osiągnięcia celu. Dlatego też nie można uznać, że przejrzystość postępowania, zapewnienie konkurencyjności postępowania, rozszerzenie rynku zamówień publicznych na rynki międzynarodowe stanowią wartość same w sobie. Są to zasady, którymi powinni kierować się zamawiający, natomiast nie mogą one stanowić celu.

Poza celami strategicznymi opisanymi powyżej można uznać za cel zamówień wsparcie MŚP. Nie stanowi ono jednak, moim zdaniem, celu strategicznego. Otwarcie rynku zamówień publicznych na małe i średnie przedsiębiorstwa, które stanowią dominującą (powyżej 95 proc.) grupę przedsiębiorstw w Polsce²⁶⁹, nie jest bowiem celem samym w sobie, a elementem zwiększającym konkurencyjność postępowań. Dodatkowo większość gospodarek europejskich jest zdominowane przez MŚP (Włochy, Francja, Niemcy). Dlatego też przepisy regulujące zamówienia publiczne z istoty powinny uwzględnić rolę MŚP w tym rynku²⁷⁰. Można zgodzić się natomiast z H. Nowickim, że mogą istnieć inne cele zamówień publicznych, które wyewoluują ze zmian społecznych, politycznych i ekonomicznych.

11. Kolidacja celów

Cele strategiczne mogą na siebie wzajemnie wpływać. Przykładowo, rozwój innowacyjnych rozwiązań może zwiększyć efektywność energetyczną lub wpłynąć na ograniczenie emisji gazów cieplarnianych. Może jednak pojawić się konflikt pomiędzy celami strategicznymi.

Z kolidacją norm w prawie mamy do czynienia zarówno w przypadku norm reguł, jak i norm zasad. Pierwszy przypadek nie będzie miał jednak zastosowania w niniejszej analizie, ponieważ cele w sposobie ich realizacji bardziej przypominają w swej konstrukcji normy zasady aniżeli normy reguły, o czym szerzej mowa było w rozdziale pierwszym. Reguły, przez fakt, że mogą być albo spełnione, albo nie, zachowują się odmiennie niż zasady. Po krótko zaznaczyć trzeba, że konflikt reguł można rozwiązać na dwa sposoby, tj. poprzez uznanie jednej

publiczny w prawie gospodarczym. Red. H. Nowicki, P. Nowicki, K. Kucharski, Toruń 2018, s. 148-149.

²⁶⁹ *Raport o stanie sektora małych i średnich przedsiębiorstw w Polsce*. Red. R. Zakrzewski, A. Skowrońska, Warszawa 2019, s. 15–16.

²⁷⁰ M. Trybus: *Supporting social considerations through public procurement: A legal perspective*. W: *Public Procurement Policy*. Red. G. Piga, T. Tatrai, Routledge 2016.

z pozostających w konflikcie reguł za wyjątek lub poprzez uznanie jednej z tych reguł za nieważną²⁷¹. Konflikty natomiast rozwiązuje się przez zastosowanie tzw. metanorm, tj. między innymi: *lex specialis derogat legi generali* *lex posterior derogat legi priori*, *lex superior derogat legi inferiori*. Oceny reguł dodatkowo można dokonywać *in abstracto*, niezależnie od stanu faktycznego. W przypadku celów takie rozwiązanie nie będzie mogło mieć zastosowania, gdyż dwa lub więcej celów może być urzeczywistniane równocześnie i w różnym stopniu. Dodatkowo cele te mogą być realizowane równocześnie, pomimo że w pewnym stopniu mogą być ze sobą sprzeczne. Nie ma możliwości skorzystania z metanorm, które zwracają uwagę na miejsce przepisu w systemie prawa, czasu wejścia w życie przepisu itp. W przypadku celów często bardzo trudno ocenić, kiedy dany cel zaczął „obowiązywać” i nie ma znaczenia to, kiedy powstał. Tym samym rozwiązania stosowane przy kolizjach reguł nie mogą mieć zastosowania w przypadku kolizji celów.

Inaczej sytuacja wygląda w przypadku zasad. Ich konstrukcja podobna jest do celów. Po pierwsze, cele – tak jak zasady – mogą być spełnione w pewnym stopniu. Po drugie, mogą być realizowane różne cele – potencjalnie sprzeczne ze sobą. Po trzecie, kolizję celów, tak samo jak kolizję zasad, można rozpatrywać wyłącznie w konkretnym stanie faktycznym. Wszystkie te elementy wskazują na możliwość korzystania z analogii rozwiązywania kolizji zasad, przy zaistnieniu konfliktu celów. W tym zakresie istotne badania zostały przeprowadzone przez Roberta Alexego. Wygłosił on trzy tezy związane z zastosowaniem zasad w prawie, tj. teza optymalizacji (*the optimization thesis*), prawo kolizji (*the collision law*) i prawo ważenia (*the balancing law*)²⁷². Zasady wyrażają powinność, aby coś zostało urzeczywistnione w stopniu możliwie najwyższym w danym stanie faktycznym i prawnym. Jeżeli w danych okolicznościach nie ma konkurujących zasad, to zasada, która ma mieć zastosowanie, powinna zostać wykonana w pełni. Jeżeli nie zostanie – należy uznać, że doszło do naruszenia prawa²⁷³. Jeżeli natomiast w sprawie występują zasady konkurujące, to należy określić, do jakiego stopnia i która z nich ma pierwszeństwo. W konsekwencji każda z zasad powinna być urzeczywistniana w stopniu możliwie najszerszym²⁷⁴. Prawo kolizji określa, że relacja pierwszeństwa między zasadami ma jedynie warunkowy, relatywny charakter i nigdy nie może być uznana za absolutną. Ocena, która zasada będzie miała zastosowanie i w jakim stopniu

²⁷¹ R. Alexy: *On the Structure of Legal Principles*. „Ratio Juris” 2000, nr 3, s. 295 i n.

²⁷² R. Alexy: *On the Structure of Legal Principles...*, s. 295 i n.

²⁷³ R. Alexy: *Theorie der Grundrechte*. Baden-Baden 1985.

²⁷⁴ G. Maroń: *Formuła ważenia zasad prawa jako mechanizm usuwania ich kolizji na przykładzie koncepcji Roberta Alexego...*, s. 86–106.

zależać będzie od określonego stanu faktycznego, wymagać będzie odpowiedniego uzasadnienia, natomiast w analogicznym stanie ocena zasad i ich hierarchii powinna być jednakowa.

Teoria zasad R. Alexego ściśle związana jest z zasadą proporcjonalności, o której mowa było powyżej. Zakłada ona, że w przypadku gdy dany środek nie realizuje zasady nr 1 na rzecz ochrony zasady nr 2, to działanie to jest uzasadnione tylko w takiej sytuacji, gdy nie ma alternatywnego środka, który albo zapewniłby ochronę obu tych zasad, albo naruszenie zasady nr 1 nie byłoby tak duże przy równoczesnej realizacji zasady nr 2²⁷⁵. Oznacza to, że samo uzasadnienie danego działania poprzez wskazanie zasady, którą urzeczywistnia, nie wystarcza do stwierdzenia, że działanie to stanowi „dobry środek”. Ważne jest wykazanie, że nie istnieje inny środek, który albo realizuje dwie kolizyjne zasady, albo w mniejszym stopniu ingeruje w kolizyjną zasadę. Prawo ważenia natomiast polega na określeniu wagi ograniczenia stosowania zasady i wagi korzyści, którą osiągamy w przypadku zwiększonej realizacji zasady drugiej. Na koniec zestawia się i ocenia, czy naruszenie zasady nr 1 na korzyść zasady nr 2 usprawiedliwia naruszenie (niespełnienie) zasady nr 1. R. Alexy proponuje przyjęcie trójpoziomowej skali w odniesieniu do stopnia znaczenia zasady nr 1 oraz intensywności ingerencji w zasadę nr 2.

Przekładając powyższą teorię na grunt celów, przy badaniu ich kolizji konieczne byłoby podjęcie następujących działań:

- 1) Ocena środka jako narzędzia do realizacji celów strategicznych w pierwszej kolejności powinna określać, jakie cele ten środek realizuje. Może się zdarzyć, że jeden środek będzie
 - a. realizował kilka celów,
 - b. realizował co najmniej jeden cel i będzie neutralny dla pozostałych celów,
 - c. realizował co najmniej jeden cel i będzie w sprzeczności z innym celem/celami.
- 2) Należy ocenić wagę realizacji poszczególnych celów przez dany środek (z pominięciem celów strategicznych, które nie są realizowane, chronione przez badany środek).
- 3) W dalszej kolejności należy określić wagę naruszenia lub braku realizacji pozostałych celów.
- 4) Oceny środka pod kątem realizacji celów strategicznych powinno dokonywać się w kontekście wszystkich celów równocześnie. Wynika to z faktu, że cele powinny być

²⁷⁵ R. Alexy: *On the Structure of Legal Principles...*, s. 295 i n.

realizowane przez organy administracji publicznej na każdym etapie. Na gruncie prawa zamówień publicznych natomiast zamawiający powinni zapewnić realizację zamówień przy uwzględnieniu celów strategicznych.

Mając na uwadze powyższe założenia, konieczne jest określenie wpływu zamówienia na realizację poszczególnych celów strategicznych. Oczywistym jest, że nie każde zamówienie będzie realizowało wszystkie cele równocześnie; nie oznacza to jednak, że zwalnia to zamawiającego z oceny jego wpływu na cele strategiczne. Można powiedzieć, że obowiązki zamawiających nie polegają wyłącznie na realizacji celów, ale również na unikaniu rozwiązań negatywnie wpływających na ich realizację. Dlatego też proponuję analizę każdego zamówienia według poniższych kryteriów:

Zamówienia zielone	Zamówienia społeczne	Zamówienia innowacyjne	
1 do 3	1 do 3	1 do 3	Waga realizacji danego celu, gdzie „1” oznacza niewielki wpływ, a „3” bardzo duży wpływ na realizację celu.
0	0	0	Waga „0” przyznawana w sytuacji, gdy zamówienie jest neutralne dla realizacji celu.
-1 do -3	-1 do -3	-1 do -3	Stopień naruszenia (w wartościach ujemnych), gdzie „-1” oznacza niewielki uszczerbek dla celu, a „-3” istotny uszczerbek na realizacji celu.
Suma z kolumny	Suma z kolumny	Suma z kolumny	Suma wiersza

Tabela 1 - Realizacja celów strategicznych. Opracowanie własne

Powyższa tabela pozwala określić stopień realizacji poszczególnych celów. Zsumowanie poszczególnych kolumn pozwala zobaczyć, jak w ostatecznym rozrachunku realizowane są poszczególne cele²⁷⁶. Pozycja „Suma wiersza” przedstawia ostateczną ocenę badanego środka. Jeżeli suma wiersza będzie większa od zera, oznacza to, że całkowita ocena środka wskazuje, że dany środek pozytywnie wpływa na realizację celów, natomiast poniżej zera – środek nie realizuje celów i działa na ich niekorzyść. Wynik zerowy wskazuje na neutralność realizowanego środka. Oczywiście, im więcej punktów otrzyma badany środek,

²⁷⁶ Może zdarzyć się sytuacja, w której dany środek będzie wpływał zarówno pozytywnie, jak i negatywnie na realizację danego celu. Rozdzielenie oceny pozytywnego wpływu i negatywnego powinno ułatwić ostateczną ocenę środka.

tym lepiej. Ze względu na aktualnie niski poziom realizacji celów strategicznych wydaje się, że każdy wynik powyżej zera powinien być uznawany za dobry, natomiast wraz z rozwojem zamówień w Polsce ogólna ocena zamówień powinna wzrastać. W ocenie autora jednak, w sytuacji, gdy uszczerbek dla danego celu jest istotny – uzyska ocenę „-3”, to dany środek, pomimo osiągnięcia oceny powyżej zera, nie powinien mieć zastosowania. Stosowanie powyższej tabeli do oceny środków pozwoli również na wybór najbardziej optymalnego środka. Poprzez ustandaryzowaną punktację możemy zweryfikować, który środek ostatecznie jest najkorzystniejszy z punktu widzenia realizacji celów.

Zastosowanie powyższej analizy powinno stać się elementem każdej analizy potrzeb zamawiającego. Zgodnie z treścią art. 83 Nowej ustawy PZP każdy zamawiający powinien rozważyć możliwość uwzględnienia aspektów prośrodowiskowych, prospołecznych i innowacyjnych w zamówieniu. Przeprowadzona analiza pozwoli ustandaryzować ocenę i właściwie uzasadnić wybór środka w zamówieniu.

12. Dobre praktyki w realizacji celów strategicznych na podstawie przykładowych rozwiązań Finlandii, Wielkiej Brytanii, Niderlandów i Szwecji

Rozwój zamówień zrównoważonych, nastawionych na włączenie społeczne i rozwój innowacji, ma istotne znaczenie dla realizacji celów strategicznych. Przygotowanie postępowania o udzielnie zamówienia publicznego, jego przeprowadzenie, a także sam przedmiot zamówienia powinien uwzględniać ustalone cele. Konieczne jest podjęcie działań systemowych, kompleksowych, które pozwolą wprowadzać do zamówień realne zmiany. Wprowadzenie norm jakościowych, odwoływanie się do oznakowania, o którym mowa była między innymi w art. 30a ustawy PZP z 2004 r., jest działaniem pozytywnym, natomiast niewystarczającym, by móc ocenić dane zamówienie za zrównoważone lub innowacyjne. Zamawiający powinni wykorzystywać dostępną wiedzę i rozwiązania, by zamówienia stały się realnym narzędziem do realizacji celów.

Poniżej zostały przedstawione przykładowe działania zamawiających na terenie Finlandii, Wielkiej Brytanii, Niderlandów i Szwecji. Rozwiązania z tych krajów pojawiają się najczęściej w podręcznikach, poradnikach i opracowaniach jako przykład dobrych praktyk. Rozwiązania te promowane są przez UE²⁷⁷. Dodatkowo wybór powyższych krajów jest uzasadniony faktem, że są to kraje tzw. starej Unii, które uczestniczą bardzo długo w ewolucji

²⁷⁷ *GPP Good Practice*, Źródło: https://ec.europa.eu/environment/gpp/case_group_en.htm [dostęp: 20.04.2021].

celów strategicznych. Po trzecie, kraje te przeprowadzają zamówienia na podstawie Dyrektywy klasycznej, co oznacza, że główne założenia prawne są analogiczne do polskiej Nowej ustawy PZP. Dzięki temu możliwe jest wykorzystanie przedstawionych rozwiązań na gruncie polskim.

12.1 Finlandia

Zamówienia zielone nie muszą generować dodatkowych kosztów. Przykładem może być rozwiązanie zastosowane przez miasto Vantaa w Finlandii. Gmina Vantaa zawarła z firmą ESCO umowę o świadczenie usług energetycznych w celu poprawy efektywności energetycznej 26 swoich budynków komunalnych. Umowa przewidywała remont budynków w celu zwiększenia ich efektywności energetycznej przy równoczesnym obniżeniu emisji gazu CO₂. W przeciągu 8 lat obowiązywania umowy emisja CO₂ zmniejszyła się o 7 500 ton, a roczne oszczędności kosztów energii dla miasta wynoszą 200 000 EUR. Miasto zażądało gwarancji oszczędności w wysokości 100 proc. w ostatecznym zaproszeniu do składania ofert jako elementu niepodlegającego negocjacom. Oznaczało to, że gdyby oszczędności nie zostały zrealizowane, dostawca ESCO zapłaci różnicę miastu. W przypadku gdy oszczędności energii są większe niż podano w ofercie, dodatkowe oszczędności należy równo podzielić między miasto i dostawcę²⁷⁸. Skutkiem tej umowy było realne obniżenie emisji CO₂, a także zwiększenie oszczędności gminy. Wykonawcy opłacało się korzystać z nowych, innowacyjnych rozwiązań, ponieważ każda oszczędność gminy przyczyniała się do wzrostu wynagrodzenia wykonawcy. Została zastosowana strategia *win-win*, gdzie każda ze stron miała zbieżny cel.

Finlandia wprowadziła do swojego systemu zamówień publicznych rozwiązania systemowe. Ważnym elementem tego systemu jest ciągłe monitorowanie efektywności i wprowadzenie mechanizmów zwiększających tę efektywność w poszczególnych aspektach zamówień publicznych. Przykładem pozytywnych zmian wpływających na zwiększenie efektywności są działania rządu fińskiego. W ciągu ostatniej dekady podjęto w Finlandii działania takie, jak:

- centralizację zamówień publicznych w sektorze służby zdrowia;
- utworzenie centr usług wspólnych dla zamówień,
- zarządzanie nieruchomościami,

²⁷⁸ *Ekologiczne zakupy! Podręcznik dotyczący zielonych zamówień publicznych*. Luksemburg 2016, s. 16. Źródło: https://ec.europa.eu/environment/gpp/pdf/handbook_pl.pdf [dostęp: 28.04.2021].

- wprowadzenie wsparcia dla zamawiających i procedur uproszczonych w celu zapewnienia legalności przeprowadzanych postępowań,
- zwiększenie elektronizacji zamówień publicznych.

Reforma ta przyniosła znaczące korzyści od momentu jej wprowadzenia, w tym bezpośrednie oszczędności finansowe²⁷⁹. Dlatego też samo zapewnienie narzędzi pozwalających na jak najpełniejszą realizację celów strategicznych nie jest wystarczające. Konieczne jest podjęcie działań edukacyjnych i monitorujących efektywność zamówień publicznych. Jeżeli przedstawiciele zamawiających nie będą potrafili korzystać z istniejących mechanizmów, nawet najbardziej innowacyjne rozwiązania nie przyczynią się do zwiększenia efektywności zamówień.

12.2 Wielka Brytania

W Szkocji w latach 2011–2017 wdrożony został *Ready for Business*. Wprowadzał on wartości społeczne do zamówień publicznych. Program ten został zamówiony przez rząd szkocki i oferował możliwość wprowadzenia klauzul społecznych w zamówieniach publicznych poprzez opracowanie i udoskonalenie szeregu wiodących rozwiązań w zakresie rozwoju rynku, w szczególności modelu partnerstwa publicznego, klauzul korzyści dla społeczności i monitorowania uwzględniania przez zamawiających wartości społecznych. Program zapewniał finansowanie elastycznego wsparcia dla zamawiających, polegającego na organizacji wydarzeń podnoszących świadomość zakupową zamawiających, organizowaniu praktycznych warsztatów tematycznych, zapewnieniu wsparcia doradczego i zwiększeniu bazy wiedzy na stronach internetowych. *Ready for Business (RfB)* jest formą konsorcjum – strategicznego porozumienia pomiędzy sektorem publicznym i prywatnym. Tworzone w ramach programu klauzule to klauzule umowne, które można wykorzystać w realizacji zamówień publicznych, jak i przez przedsiębiorstwa i organizacje sektora prywatnego. Organizowane w ramach programu *National Engagement Events* były wydarzeniami informacyjnymi i upowszechniającymi, mającymi na celu wyjaśnienie celów programu i pobudzenie debaty wśród nabywców publicznych i doświadczonych urzędników ds. Zamówień. Program *RfB* zapewnił doradztwo w celu zapewnienia praktycznych porad i wsparcia na wszystkich etapach postępowania o udzielenie zamówienia. Efektem wdrożenia przez rząd szkocki programu *RfB* było zwiększenie wiedzy sektora publicznego w zakresie dostępnych rozwiązań pozwalających na wprowadzenie rozwiązań prospołecznych do

²⁷⁹ Tamże.

zamówień. Poprawiła się komunikacja pomiędzy zamawiającymi i wykonawcami, która pomogła im zidentyfikować możliwości zapewnienia szerszych trwałych korzyści dla społeczności. Zwiększył się udział zamówień prospołecznych w ilości wszystkich udzielanych zamówień. Większa świadomość i wiedza zamawiających pozwoliły na dalszy rozwój zamówień jako narzędzia do realizacji zamówień prospołecznych. U podstaw podejścia *RfB* było skupienie się na efektywnym transferze wiedzy i uczeniu się. W ramach *RfB* dokumentowano i rozpowszechniano studia przypadku, przewodniki i szablony zawierające rzeczywiste przykłady rozwiązań zastosowanych przez sektor publiczny. Kluczowym czynnikiem sukcesu programu było połączenie wiedzy i doświadczenia sektora publicznego i prywatnego²⁸⁰.

Wprowadzenie rozwiązań systemowych, takich jak *RfB*, ma istotne znaczenie dla poprawy jakości zamówień w skali regionu lub kraju. Zamawiający mogą również podjąć działania samodzielnie, także w zakresie zamówień standardowych i prostych, takich jak np. usługi drukarskie.

W 2012 r. rada miejska Portsmouth przeprowadziła ocenę swoich potrzeb, badając możliwość ograniczenia wydatków i wpływu na środowisko zamawianych przez gminę usług drukarskich. Uznano, że możliwe jest uzyskanie oszczędności, a także ograniczenie negatywnego wpływu na środowisko poprzez wprowadzenie wymogu wykazania przez wykonawców ograniczenia ilości odpadów. Dzięki takiemu rozwiązaniu niewielka zmiana dokumentacji przetargowej wpłynęła na ograniczenie odpadów²⁸¹. Istnieje więc możliwość realizacji celów strategicznych przy zamówieniach bardzo podstawowych.

Przykłady zamówień przeprowadzonych w Wielkiej Brytanii pokazują, że zamówienia zrównoważone nie muszą być droższe i nie wymagają od zamawiających większego budżetu. Widać to również na poszczególnych przykładach zamówień. Erasmus University Medical Center w 2014 r. ogłosił przetarg na roboczy system do mycia łóżek, którego efektem było zmniejszenie kosztów usługi o 35 proc. oraz zmniejszenie śladów CO₂ o 65 proc.²⁸² Innym przykładem może być zamówienie z 2015 r. Transport for London (TfL), który starał się

²⁸⁰ *Buying for social impact. Good practice from around the EU*. Bruksela 2019, s. 28. Źródło: <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/3498035f-5137-11ea-aece-01aa75ed71a1> [dostęp: 20.04.2021].

²⁸¹ *Ekologiczne zakupy! Podręcznik dotyczący zielonych zamówień publicznych*. Luksemburg 2016, s. 34. Źródło: https://ec.europa.eu/environment/gpp/pdf/handbook_pl.pdf [dostęp: 20.04.2021].

²⁸² *Innovation Procurement and H2020 support*. Źródło: http://eafip.eu/wp-content/uploads/2015/12/Session-1_Vassilis_Tsanidis_Prague_2017.pdf [dostęp: 20.04.2021].

zmniejszyć całkowity koszt cyklu życia związany z oświetleniem rozległej sieci londyńskiego metra. Dzięki wsparciu z finansowanego ze środków UE projektu „Innowacje i technologie oświetleniowe w Europie” (PRO-LITE), TfL wprowadził podejście do zamówień, które obliczało zakres kosztów zewnętrznych, a także cenę jednostkową, w tym instalację, konserwację, zużycie energii, emisję dwutlenku węgla i czyszczenie. Pierwsze wyniki wskazują na 25-procentową oszczędność kosztów całego cyklu życia i znaczne zmniejszenie zużycia energii²⁸³. Pomimo że Wielka Brytania nie jest już członkiem UE, jej osiągnięcia w zakresie instrumentalizacji zamówień powinny być inspiracją dla pozostałych krajów UE, w tym Polski.

12.3 Niderlandy

Zielone zamówienia publiczne są istotnym czynnikiem wzrostu gospodarczego: szacuje się, że w 2020 r. obrót w przemyśle ekologicznym osiągnie 2,2 biliona EUR²⁸⁴. W Rotterdamie zastosowano zielone zamówienia publiczne w zamówieniach udzielanych w sektorach użyteczności publicznej, co pomogło zaoszczędzić 10 mln EUR na kosztach energii i wody w ciągu 15 lat. W samych Niderlandach poziom emisji CO₂ można byłoby obniżyć o 3 mln ton, gdyby wszystkie holenderskie organy publiczne stosowały krajowe kryteria dotyczące zrównoważonych zamówień publicznych, które obejmują kryteria ekologiczne. Zużycie energii w sektorze publicznym uległoby zmniejszeniu o 10 proc.²⁸⁵

W Niderlandach utworzono Centrum wiedzy fachowej w zakresie zrównoważonych zamówień publicznych i zamówień innowacyjnych, tzw. PIANOo²⁸⁶. Centrum zostało utworzone w celu profesjonalizacji zamówień i przetargów we wszystkich departamentach rządowych w celu poprawy wydajności i zgodności z przepisami. Dzięki centrum wszyscy niderlandzcy specjaliści ds. zamówień publicznych mogą znaleźć informacje i instrumenty dotyczące zrównoważonych zamówień publicznych i zamówień innowacyjnych. PIANOo zapewnia narzędzia i zasoby, między innymi platformę prywatnych dyskusji, dostęp do narzędzi edukacyjnych i najlepszych praktyk, grupy robocze oraz kurs prawa zamówień

²⁸³ Zob. <http://www.procuraplus.org/awards/awards-2016/> [dostęp: 20.04.2021] Zamówienie to zostało nagrodzone przez PROCURA + Awards w kategorii zamówienie na innowacje w 2016 r.

²⁸⁴ *Mapping out good practices for promoting green public procurement*. Paryż 2013. Źródło: https://www.oecd.org/gov/ethics/Mapping%20out%20good%20practices%20for%20promoting%20green%20public%20procurement%20GOV_PGC_ETH_2013_3.pdf [dostęp: 20.04.2021].

²⁸⁵ *Ekologiczne zakupy! Podręcznik dotyczący zielonych zamówień publicznych*. Luksemburg 2016, s. 6. Źródło: https://ec.europa.eu/environment/gpp/pdf/handbook_pl.pdf [dostęp: 20.04.2021].

²⁸⁶ Z niderl. *Professioneel en Innovatief Aanbesteden, Netwerk voor Overheidsopdrachtgevers* (Profesjonalne i innowacyjne przetargi, sieć rządowych instytucji zamawiających).

publicznych organizowany przez PIANOo. PIANOo zapewnia dostęp do fachowej wiedzy w tworzeniu zamówień zrównoważonych i innowacyjnych²⁸⁷.

Zamówienia publiczne mogą być wykorzystywane jako narzędzie do realizacji projektów, które na pierwszy rzut oka nie są związane z zamówieniami publicznymi. W 2014 r. w Niderlandach została wprowadzona nowa ustawa o młodzieży. Piętnaście gmin w regionie Rijnmond połączyło siły, tworząc wspólny program pomocy dla młodzieży Rijnmond (Gr-JR), którego celem jest umożliwienie młodym ludziom zdrowego i bezpiecznego rozwoju w kierunku niezależności i dostatecznej samowystarczalności uczestniczenia w życiu społecznym.

Ponadto Rotterdam stosuje klauzule zwrotu społecznego we wszystkich umowach o wartości przekraczającej 50 000 EUR w celu stworzenia możliwości zatrudnienia dla osób, które w innym przypadku miałyby trudności z podjęciem pracy. Program GR-JR pozwalał na premiowanie wykonawców, którzy zaaktywizowali osobę, która z przyczyn osobistych miała trudność na rynku pracy (np. młodzież, osoby długo pozostające bez pracy, pobierające zasiłek). Wykonawcy byli rozliczani z każdej takiej osoby. Dzięki polityce zwrotów socjalnych Rotterdamu każdy kontrakt sektora publicznego o wartości powyżej 50 000 EUR jest weryfikowany przez eksperta ds. społecznych pod kątem możliwości zapewnienia powrotu społecznego osobom, które z jakichś przyczyn nie są w stanie uzyskać zatrudnienia na rynku pracy²⁸⁸. Korzystając z mechanizmu finansowania zorientowanego na wyniki, GR-JR jest w stanie zapewnić, że zamówione usługi przynoszą rzeczywiste rezultaty, a nie tylko produkty.

12.4 Szwecja

Szwecja nie wprowadziła dotychczas rozwiązań systemowych. Pomimo to świadomość zamawiających w zakresie udzielania zamówień zrównoważonych jest większa niż w wielu krajach UE. Przykładem działań na szerszą skalę (lecz nie rządowych) jest inicjatywa z 2011 r., w której 296 organizacji pod przewodnictwem miasta Sztokholm rozpoczęło wspólne udzielanie zamówień na pojazdy elektryczne. Zastosowane podejście zapewniło: (a) obniżenie kosztów administracyjnych zamawiających; (b) uzyskanie niższej ceny oferty; (c) zwiększenie zainteresowania wykonawców (ze względu na skalę przedsięwzięcia); (d) zapewnienie

²⁸⁷ *Ekologiczne zakupy! Podręcznik dotyczący zielonych zamówień publicznych*. Luksemburg 2016, s. 19. Źródło: https://ec.europa.eu/environment/gpp/pdf/handbook_pl.pdf [dostęp: 20.04.2021]

²⁸⁸ *Buying for social impact. Good practice from around the EU*. Bruksela 2019, s. 134–137. Źródło: <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/3498035f-5137-11ea-aece-01aa75ed71a1> [dostęp: 20.04.2021].

mniejszych gminom dostępu do takich pojazdów. Partnerzy – poszczególne gminy – wnieśli wspólny wkład w opracowanie specyfikacji pojazdu, w tym kryteriów poziomu emisji CO₂ oraz rachunku kosztów cyklu życia. Dzięki wprowadzonym rozwiązaniom już w wyniku pierwszego zakupu w 2012 r. emisja CO₂ pojazdów komunikacji publicznej zmniejszyła się o 34 tony, czyli o 95 proc. w porównaniu z równorzędnymi pojazdami zasilanymi benzyną²⁸⁹.

Innym przykładem są działania miasta Malmö, które postawiło sobie za cel, że do 2020 r. 100 proc. posiłków zamawianych w ramach usługi cateringu będzie wykonane z żywności pochodzenia organicznego. W ramach zamówienia pilotażowego dla szkoły Djupadal określono kilka wymogów, takich jak włączenie wyrobów ekologicznych do asortymentu produktów oraz realizowanie dostaw pojazdami spełniającymi odpowiednie kryteria środowiskowe dla transportu miejskiego. Efektem zamówienia pilotażowego było zapewnienie żywności ekologicznej w stołówce w 97 proc. Natomiast aby obniżyć koszty takiego przedsięwzięcia, zdecydowano się na przejście z produktów mięsnych na warzywa sezonowe²⁹⁰.

Szwecja w ostatnich latach stała się krajem Unii Europejskiej, który posiada jedną z bardziej innowacyjnych gospodarek – w 2019 r. stała się liderem Unii Europejskiej²⁹¹. System zamówień innowacyjnych został umiejscowiony w Krajowej Strategii Zamówień Publicznych z 2016 r. (*National Public Procurement Strategy*). Krajowa Agencja Zamówień Publicznych w Szwecji ściśle współpracuje również z agencją innowacji VINNOVA w celu wspierania ciągłego rozwoju zamówień wspierających wdrażanie innowacyjnych rozwiązań. W tym celu pomiędzy wskazanymi organizacjami doszło do zawarcia porozumienia w celu zapewnienia lepszego rozwoju innowacji przy użyciu zamówień publicznych. Pomimo że Krajowa Strategia Zamówień Publicznych skierowana jest przede wszystkim do organów rządowych, również samorządy (na każdym szczeblu) wprowadzają strategie pozwalających na zwiększenie ilości zamówień innowacyjnych.

W 2019 r. Szwecja wprowadziła również program wspierający rozwój innowacyjnych zamówień publicznych i dialogu z rynkiem. Program ten skupia się w szczególności na

²⁸⁹ *Ekologiczne zakupy! Podręcznik dotyczący zielonych zamówień publicznych*. Luksemburg 2016, s. 30. Źródło: https://ec.europa.eu/environment/gpp/pdf/handbook_pl.pdf [dostęp: 20.04.2021].

²⁹⁰ Tamże, s.77.

²⁹¹ *Europejska tablica wyników innowacji 2019*. Źródło: https://ec.europa.eu/poland/news/190617_innovations_pl [dostęp: 20.04.2021].

zapewnieniu zamawiającym narzędzi pozwalających im na określenie swoich potrzeb i skonfrontowanie ich z rynkiem, zwiększeniu wiedzy urzędników w zakresie dobrych praktyk oraz zapewnieniu wymiany wiedzy i informacji pomiędzy zamawiającymi²⁹².

Efektywne przygotowanie zamówień zrównoważonych może wymagać czasu i wielu prób. Przykładem mogą być działania miasta Sztokholm dotyczące wprowadzenia ekologicznej karetki. Wizja narodziła się w 2005 r. W badaniu pilotażowym przeanalizowano dostępne rozwiązania techniczne i dodatkowe koszty znalezienia rozwiązania przyjaznego dla środowiska. Postępowanie o udzielenie zamówienia napotkało szereg przeszkód (karetki podlegają wielu normom, przepisom i innym wymaganiom oraz są zamawiane w niewielkich ilościach), a w pierwszej otwartej rundzie zamówień w 2007 r. nie wpłynęła żadna oferta. Aby sfinalizować zamówienie publiczne, potrzebne było zastosowanie innowacyjnej (jak na ówczesne czasy) procedury przed zamówieniem. Rozpoczęto dialog z kilkoma konstruktorami karetek, aby omówić możliwość opracowania karetki zasilanej paliwem odnawialnym. W 2008 r. przeprowadzono procedurę negocjacyjną. Efektem rozmów stał się nowy model Mercedes-Benz zasilany biogazem i spełniający wymogi miasta Sztokholm dotyczące dopuszczalnej masy, ładowności i zasięgu, który wszedł do użytku w maju 2009 r.²⁹³

Zamówienia prospołeczne mogą istotnie wpłynąć na społeczeństwo. Jest to środek wpływający lokalnie na stan zatrudnienia, włączenia społecznego i pomocy nie poprzez pomoc socjalną, lecz przez aktywizację osób, które miały trudności z podjęciem pracy. Dlatego też ciekawe rozwiązanie zostało zastosowane przez Szwecję. W Szwecji przygotowana została baza przykładowych kryteriów, w zależności od dziedziny, pozwalających na przygotowanie zamówienia pozwalającego osiągnąć cele prospołeczne lub środowiskowe. Narodowa Agencja Zamówień Publicznych podzieliła kryteria na trzy poziomy:

- Poziom podstawowy – obejmuje wymagania, które koncentrują się na zmniejszeniu większości wpływu na środowisko / zrównoważony rozwój, który jest związany z określonym obszarem produktu. Równocześnie jednak wprowadzenie podstawowych

²⁹² *Public Procurement for Innovation, Good Practices and Strategies*. Paryż 2017, s. 154–157. Źródło: https://read.oecd-ilibrary.org/governance/public-procurement-for-innovation_9789264265820-en#page1 [dostęp: 20.04.2021].

²⁹³ *Mapping out good practices for promoting green public procurement*. Paryż 2013, s. 8. Źródło: https://www.oecd.org/gov/ethics/Mapping%20out%20good%20practices%20for%20promoting%20green%20public%20procurement%20GOV_PGC_ETH_2013_3.pdf [dostęp: 20.04.2021]

klauzul nie wymaga od zamawiających zwiększenia nakładów finansowych oraz czasu przy ocenie ofert.

- Poziom zaawansowany – obejmuje wymagania, które wykraczają poza poziom podstawowy i które mogą wymagać więcej wysiłku w celu monitorowania i weryfikacji.
- Poziom najwyższy – na tym poziomie istnieje zapotrzebowanie na najlepsze dostępne rozwiązania na rynku pod względem środowiskowym i zrównoważonego rozwoju. Te klauzule wymagają od zamawiającego posiadania specjalistycznej wiedzy²⁹⁴.

Zamawiający w Szwecji mogą skorzystać z kreatora kryteriów dopasowanego do poszczególnych zamówień, w którym to program sugeruje najlepszy dobór klauzul do zamówienia.

Interesującym przykładem zamówienia prospołecznego jest kasus budowy osiedla mieszkalnego w mieście Göteborg. W listopadzie 2016 r. miasto Göteborg ogłosiło przetarg na budowę osiedla mieszkaniowego w mieście. W ramach przetargu został wprowadzony warunek zatrudnienia osób pozostających bez pracy. Zamówienie zakończyło się sukcesem – zatrudniono osoby znajdujące się w niekorzystnej sytuacji, a 80 proc. uczestników rekrutacji znalazło stabilne zatrudnienie. Wiele osób przeszło szkolenie w miejscu pracy i mogło zdobyć nowe umiejętności zawodowe. Najsilniejszy wpływ społeczny wywierany przez ten rodzaj zatrudnienia polega na tym, że osoby rekrutowane w celu wypełnienia klauzul społecznych zdobywają nowe umiejętności i doświadczenie zawodowe, dzięki czemu są w stanie znaleźć nowe możliwości pracy. W istocie – zamówienie to pozwoliło przeszkolić osoby długo pozostające bez pracy, zapewnić im praktykę – i w konsekwencji sprawiło, że po zakończeniu realizacji zamówienia osoby, które wcześniej nie miały dużych szans na rynku pracy, miały dużo mniejsze problemy ze znalezieniem pracy niż wcześniej. Zamówienie stało się częścią systematycznych prac, które gmina podejmuje w celu stworzenia zatrudnienia osób znajdujących się w niekorzystnej sytuacji w budownictwie mieszkaniowym w Göteborgu²⁹⁵.

²⁹⁴ *Sustainable public procurement*. Źródło: <https://www.upphandlingsmyndigheten.se/en/sustainable-public-procurement/sustainable-procurement-criteria/about-the-criteria/requirements-at-different-levels/> [dostęp: 20.04.2021].

²⁹⁵ *Buying for social impact. Good practice from around the EU*. Bruksela 2019, s. 28. Źródło: <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/3498035f-5137-11ea-aece-01aa75ed71a1> [dostęp: 20.04.2021].

13. Podsumowanie

Reasumując, ewolucja zamówień publicznych w XX i XXI wieku prowadzi do zmiany postrzegania zamówień publicznych. Pierwszy okres rozwoju zamówień publicznych to otwarcie rynków wewnętrznych na wykonawców z innych krajów, zwiększenie konkurencyjności i zapewnienie równości uczestników biorących udział w postępowaniu. Regulacje wspólnotowe, jak i umowy międzynarodowe – takie jak Porozumienie GPA – skupiały się na przejrzystości i jawności zamówień, by każdy zainteresowany podmiot mógł, po spełnieniu warunków, wziąć udział w postępowaniu. Na tym etapie integracja na uczciwych warunkach dla wszystkich była najistotniejszą wartością.

Dalszym etapem rozwoju było pogłębianie współpracy między państwami Wspólnoty i ujednoczanie rynku. W tym okresie pojawiały się pierwsze próby wprowadzenia aspektów środowiskowych i prospołecznych do zamówień. Były to jednak działania oddolne, następnie potwierdzone przez działalność TSUE. Dyrektywy regulujące zamówienia publiczne powoli, w ślad za orzecznictwem, zaczęły dopuszczać większą swobodę w kształtowaniu warunków udziału w zamówieniu i kryteriów oceny ofert, zgonie z kształtującymi się celami.

Etapem, w którym w prawodawstwie dotyczącym zamówień publicznych, kwestie społeczne i środowiskowe zaczęły być podnoszone, jest początek XXI wieku. Pomimo że w orzecznictwie temat ten pojawiał się już 20 lat wcześniej, dopiero w tym czasie można zauważyć konkretne zmiany w regulacjach prawnych. Punktem zwrotnym stało się przyjęcie Strategii 2020, która wprost wskazała, jakie wartości są dla UE kluczowe i jaka jest rola zamówień publicznych w ich realizacji. W kontekście pozyskania zamówień wysokiej jakości, realizujących interes publicznych, zasada konkurencyjności i równego traktowania straciła na znaczeniu. Nie oznacza to, że zasady te nie mają mieć zastosowania; wręcz przeciwnie, mają one stanowić jedynie środek do osiągnięcia pożądanego celu. Zwiększono również rolę trybów negocjacyjnych, czyli współpracy pomiędzy sektorem publicznym a prywatnym. Powszechnie uznano, że dialog tych podmiotów umożliwi uzyskanie najlepszego stosunku jakości do ceny. Dostrzeżono również, że początkowo nieśmiałe działania w zakresie zwiększenia instrumentalizacji zamówień publicznych są konieczne do walki z pogarszającym się stanem środowiska i pogłębiającymi się nierównościami społecznymi. W tym celu trzeba zapewnić również warunki do tworzenia rozwiązań innowacyjnych, by realizacja pozostałych celów była skuteczniejsza. Kolejnym ważnym punktem w ewolucji celów zamówień publicznych i historii UE było przyjęcie *New Green Deal*, w którym przedstawiona została

perspektywa UE do 2050 r. w walce z postępującym zanieczyszczeniem środowiska. W tym momencie trudno mówić o możliwości wspierania rozwiązań prośrodowiskowych i prospołecznych – aktualnie jest to obowiązek wszystkich władz publicznych i podmiotów realizujących zadania publiczne.

Strategia Europa 2020, wraz z działalnością TSUE, poszczególnych organów europejskich oraz Traktatami stanowiącymi podstawę działania Unii Europejskiej i dyrektywami, w jasny sposób określiły cele dalszego rozwoju Wspólnoty. Kolejne dokumenty, takie jak *New Green Deal*, jedynie potwierdzają i doprecyzowują wskazane cele.

Analiza przykładów wdrażania zrównoważonych zamówień publicznych w innych krajach UE wskazuje, że:

- istotnym elementem, przyczyniającym się do rozwoju zrównoważonych zamówień, jest wprowadzenie rozwiązań systemowych, skupiających wokół siebie specjalistów zamówień publicznych, gdzie transfer wiedzy i doświadczeń jest niemalże nieograniczony;
- jeżeli nie są podejmowane działania systemowe, zamawiający mogą tworzyć własne grupy – jednostki do udzielania wspólnych zamówień publicznych, dzięki czemu możliwe jest znaczne ograniczenie kosztów udzielania zamówień;
- dialog pomiędzy sektorem publicznym i prywatnym jest kluczowy dla tworzenia zamówień zrównoważonych i innowacyjnych – tylko dzięki współpracy dwóch sektorów możliwe jest stworzenie warunków dla zamówień przynoszących oczekiwane rezultaty;
- wprowadzenie elementów prośrodowiskowych czy społecznych może dotyczyć zarówno dużych przedsięwzięć, jak i zamówień standardowych (usług drukarskich itp.);
- wprowadzanie rozwiązań innowacyjnych może wymagać czasu i dużego zaangażowania zamawiającego; może się też zdarzyć, że w pierwszym etapie postępowanie nie przyniesie oczekiwanego rezultatu;
- zamówienia zrównoważone czy innowacyjne nie ograniczają się do wprowadzenia jednej klauzuli do postępowania, lecz prowadzą do osiągnięcia określonego efektu środowiskowego, społecznego lub innowacyjnego, istotny jest więc wynik takiego zamówienia, a nie jedynie treść dokumentacji przetargowej;

- ogromna baza wiedzy i propozycji rozwiązań zrównoważonych jest już dostępna, dzięki czemu polscy zamawiający mogą skorzystać z rozwiązań przetestowanych i ograniczyć ryzyko nieudanej inwestycji.

Zamówienia publiczne służą realizacji celów strategicznych – wspieraniu środowiska, sprzyjaniu włączeniu społecznemu i rozwojowi innowacji. To jest kierunek, który wyznaczyła UE już ponad 10 lat temu i przez ten czas każde działanie Wspólnoty potwierdza, że wskazane cele są kluczowe dla rozwoju Europy. Bez trudu dostrzec można zwiększającą się instrumentalizację zamówień publicznych i wykorzystywanie ich do realizacji wyznaczonych celów.

Kończąc rozważania na temat sposobu rozumienia celów strategicznych, należy zaznaczyć, że czasem bardzo trudno spojrzeć na każdy cel w oderwaniu od pozostałych – stanowią one swoistą symbiozę i mogą się uzupełniać. Potwierdzeniem może być definicja zrównoważonych zamówień, która została wskazana w strategii agencji rządowej Wielkiej Brytanii – HM Revenue & Customs, zgodnie z którą:

„[...] zamówienia społecznie odpowiedzialne to proces w którym organizacje łączą swoje potrzeby dostaw, usług i robót przy uwzględnieniu Value for Money, przez cały cykl życia produktu, uzyskując korzyści nie tylko dla organizacji, ale również dla społeczeństwa i gospodarki, przy równoczesnym zminimalizowaniu szkód w środowisku naturalnym”²⁹⁶.

Definicja ta zwraca uwagę zarówno na aspekty społeczne, ale również środowiskowe, nie pomijając przy tym efektywności, która jest nierozzerwalnie związana z wydatkowaniem środków publicznych. Zasada efektywności zamówień publicznych jest kluczowa dla ich funkcjonowania. Nie została jednak poruszona w niniejszym rozdziale. Autorowi pracy zależało w pierwszej kolejności na uwypukleniu roli celów w systemie zamówień publicznych, dlatego też wskazywanie efektywności w tym rozdziale byłoby niekonsekwentne. Nie można jednak przy analizie celów pominąć zagadnienia zasad. Dlatego to właśnie zasadom poświęcony zostanie kolejny rozdział pracy.

²⁹⁶ HMRC *Sustainable Procurement Strategy*. Źródło: https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/310632/HMRC_Sustainable_Procurement_Strategy.pdf [dostęp: 20.04.2021].

Rozdział 3. Zasady zamówień publicznych

1. Wstęp

Dotychczasowe rozważania pozwoliły ustalić, jakie są aktualne cele strategiczne zamówień publicznych. Zamówienia zrównoważone, oparte na innowacjach i uwzględniające aspekty społeczne, to kierunek zmian wyznaczony przez Unię Europejską. Działania podejmowane przez państwo powinny zapewnić możliwie najpełniejszą realizację tych celów. Zasady pełnią istotną rolę w realizacji celów strategicznych. Pozwalają zweryfikować, czy dana konstrukcja prawna jest jedynie środkiem do realizacji celów, czy można jej przyznać miano „dobrego środka”, o którym mowa było w pierwszym rozdziale pracy. Z punktu widzenia państwa i społeczeństwa nie każdy środek (nawet skuteczny) realizujący cel jest dobry. Niektóre sposoby osiągnięcia celów są społecznie nieakceptowalne. Zasady mają za zadanie zapewnić ochronę wartości powszechnie uznanych za słuszne i wyeliminować zjawiska, które ze względu na przyjęte standardy – nie mogą być aprobowane. Rola zasad przy udzielaniu zamówień jest więc znacząca. Równocześnie jednak powszechnie to właśnie zasadom przyznaje się rolę celów, przez co realizacja właściwych celów schodzi na drugi plan. Mając na uwadze istotną rolę zasad w przeprowadzaniu oceny instrumentalnej, zasadom został poświęcony odrębny rozdział niniejszej pracy.

Termin „zasady prawa” został zdefiniowany w rozdziale pierwszym pracy. Dla przypomnienia, od zwykłych norm (norm reguł) różnią się one istotnością i doniosłością. Mogą być interpretowane z kilku norm reguł lub być wprost zawarte w przepisie²⁹⁷. Dodatkowo normy zasady, w przeciwieństwie do norm reguł, mogą być spełnione w różnym stopniu, podczas gdy normy reguły nie mogą być zrealizowane w części; ich konstrukcja pozwala stwierdzić wprost, czy doszło do ich naruszenia, czy nie. Poszczególne zasady mają różne znaczenie dla realizacji celów strategicznych. Ewolucja celów w Unii Europejskiej pokazała, że kluczową zasadą dla zamówień publicznych jest efektywność. To ona pozwala zapewnić realizację celów przy równoczesnym zagwarantowaniu odpowiedniego stosunku jakości do ceny. Można wręcz zaryzykować stwierdzenie, że cele strategiczne bez zasady efektywności nie mogłyby być realizowane lub narażone byłyby na zniekształcenie lub deformację. Wśród pozostałych zasad zamówień publicznych można dostrzec wzrastające znaczenie elektronicznej i wykorzystania trybów negocjacyjnych – dwóch zasad, które jeszcze kilkanaście lat temu nie

²⁹⁷ M. Zieliński: *Wykładnia prawa. Zasady-reguły-wskazówki*. Warszawa 2002, s. 35–37.

funkcjonowały. Widać też spadek znaczenia zasady konkurencyjności, która dominowała na gruncie zamówień publicznych przez ostatnie kilkadziesiąt lat.

Zasady stanowią istotną część prawa Unii Europejskiej. Wiele dziedzin prawa nie jest szczegółowo regulowanych na poziomie unijnym, a ujednoczenie rynku wewnętrznego polega na implementacji dyrektyw przez poszczególne państwa członkowskie. W celu dokonania prawidłowej implementacji przepisów konieczne jest tworzenie ich w oparciu o ogólne zasady wyrażone w dyrektywach. W ten sposób każde państwo członkowskie w inny sposób reguluje prawo krajowe, jednak z uwzględnieniem ogólnych zasad, instytucji i postanowień określonych przez Wspólnotę. Dlatego też – zarówno przy implementacji, jak i później przy stosowaniu prawa – istotne jest analizowanie tekstu zgodnie z przyjętymi zasadami. Dyrektywa klasyczna w pierwszym motywie wskazuje:

„[...] udzielanie zamówień publicznych musi być zgodne z zasadami Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (TFUE), a w szczególności z zasadą swobodnego przepływu towarów, swobody przedsiębiorczości oraz swobody świadczenia usług, a także z zasadami, które się z nich wywodzą:

- zasadą równego traktowania,
- zasadą niedyskryminacji,
- zasadą wzajemnego uznawania,
- zasadą proporcjonalności oraz
- zasadą przejrzystości”²⁹⁸

Konkretyzacją motywu pierwszego Dyrektywy klasycznej jest jej art. 18, który poza powyższymi wskazuje na zakaz podejmowania działań ograniczających konkurencję. Motyw drugi Dyrektywy klasycznej wskazuje na rolę zamówień publicznych w realizacji celów strategicznych przy zachowaniu zasady efektywności. Dalsza analiza dyrektywy pozwala na wyprowadzenie zasady elektronicznych środków komunikacji, pisemności oraz równości trybów udzielania zamówień.

Niniejszy rozdział ma na celu odpowiedzieć na pytanie badawcze, jaka jest funkcja zasad względem celów zamówień publicznych. Omówienie zasad zamówień publicznych pozwoli ustalić, czym dana zasada jest i jakie jest jej znaczenie dla realizacji celów strategicznych.

²⁹⁸ Motyw 1. Dyrektywy klasycznej.

2. Zasada efektywności

Zasada efektywności jest podstawową i równocześnie kluczową zasadą zamówień publicznych zarówno na gruncie Dyrektywy klasycznej jak i Nowej ustawy PZP. Efektywność bardzo trudno zdefiniować. W słowniku PWN dowiemy się, że *efektywny* to „dający dobre wyniki, wydajny”²⁹⁹. Wykorzystanie źródeł anglojęzycznych również nie ułatwi tego zadania, ponieważ w języku tym pojawia się wiele pojęć bliskoznacznych, jak choćby *efficiency* – rozumiana jako wydajność polegająca na ustaleniu relacji pomiędzy poniesionymi nakładami a wynikiem podjętych działań lub *efficacy* – rozumiana bardziej jako skuteczność.

Pojęcie efektywności jest przedmiotem badań głównie nauk ekonomicznych. W doktrynie efektywność określana jest jako:

„a) pozytywne wyniki, skuteczność, sprawność, umiejętność; b) klucz do wzrostu konkurencyjności przedsiębiorstwa; c) podstawowy element rozwoju człowieka i organizacji; d) szybkość reakcji na wyzwania i oczekiwania rynku; e) konieczność; f) zdolność do realizacji strategii i osiągania założonych celów; g) narzędzie pomiaru skuteczności organizacji; h) wydajność, funkcjonalność; i) proces rozwoju, interakcyjny, obejmujący zjawiska wewnątrz i na zewnątrz organizacji”³⁰⁰.

W tym ujęciu trudno dostrzec istotę efektywności. Z uwagi na przedmiot pracy świadomie pominięte zostały wszelkie definicje skupiające się na efektywności organizacyjnej, efektywności przedsiębiorstwa czy efektywności zarządzania. Definicje te skupiają się na funkcjonowaniu pojedynczych podmiotów i ich efektywności jako jednostki (efektywność w ujęciu mikroekonomicznym). W przypadku zamówień publicznych powinniśmy się skupić na efektywności podejmowanych działań. I tak, efektywność może być definiowana jako działanie gospodarcze wykonywane sprawnie, czyli efektywnie – tj. skutecznie i ekonomicznie³⁰¹. Efektywność również w naukach ekonomicznych może być postrzegana jako skuteczność w realizacji określonych celów. W takim przypadku efektywność uwzględnia poziom osiągnięcia wcześniej wyznaczonych celów i indywidualne zadowolenie z osiągniętych rezultatów³⁰². Co istotne, podczas badania efektywności nie bada się ogólnie pozytywnych (pozytywnych z punktu widzenia osoby oceniającej) skutków działania („środek dobry sam

²⁹⁹ *Efektywność*. W: *Słownik Języka Polskiego PWN*. Źródło: <https://sjp.pwn.pl/slowniki/efektywno%C5%9B%C4%87.html> [dostęp: 20.04.2021].

³⁰⁰ E. Skrzypek: *Jakość i efektywność*. Lublin 2000, s. 190.

³⁰¹ W. Gasparski: *Decyzje i etyka. Normy uczciwości*. „Decydent & Decision Maker” 2008, nr 74.

³⁰² A. Pyszka: *Istota efektywności. Definicje i wymiary*, *Studia Ekonomiczne*. „Zeszyty naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego w Katowicach” 2015, nr 230, s 17.

w sobie”), lecz skuteczność jako stopień realizacji celu („środek do realizacji celu”). Oznacza to, że przy ocenie danego działania ocenie podlegają tylko te skutki, które objęte są określonym celem.

Istotną w kontekście zamówień publicznych jest efektywność alokacyjna, która wiąże się z rozdziałem dóbr i przypisywaniem zasobów do określonych zadań:

„O efektywności alokacyjnej można więc powiedzieć za P. Druckerem, że jest to robienie rzeczy właściwych (*doing the right things*). A zatem koncepcja efektywności alokacyjnej jest w tym sensie bliska koncepcji skuteczności, czyli oceny stopnia urzeczywistniania celu. Skuteczność jest bowiem miarą sukcesu, z jakim wykorzystane zasoby pozwoliły osiągnąć wyznaczone cele”³⁰³.

Istotna z punktu widzenia efektywności zamówień publicznych jest ocena efektywności w tzw. koncepcji X-efektywności Leibensteina, która wskazuje, że istnieje efektywność związana z poziomem racjonalności jednostek podejmujących decyzje, wewnętrzną organizacją jednostek decyzyjnych czy interakcjami międzyludzkimi. Ekonomista ten wskazał, że nieefektywność pojawia się wtedy, gdy koszt wytworzenia pewnego dobra jest wyższy niż najniższy możliwy koszt wytworzenia takiego dobra. Przyczyną powstania nieefektywności może być:

- brak działania na rynku konkurencyjnym, co powoduje, że jednostka nie jest poddawana presji konkurencji, z którą musi rywalizować;
- podmiotom zarządzającym nie zależy na podejmowaniu ryzyka, a jedynie na zapewnianiu sobie komfortu;
- źródłem władzy są powiązania osobiste lub silna pozycja mocodawców;
- wadliwy system motywowania pracowników.

Wskazuje się, że szczególnie narażonymi na nieefektywność typu X są organizacje publiczne, w których bardzo często występują wszystkie powyższe czynniki³⁰⁴. Dlatego też zapewnienie środowiska do przeprowadzania zamówień publicznych realizujących cele strategiczne jest wyjątkowo trudne, ale zarazem potrzebne.

Wszystkie elementy systemu zamówień publicznych powinny być efektywne. W jaki sposób jednak ocenić, czy dany proces, struktura czy produkt jest efektywny? Powszechnie

³⁰³ G. Kozuń-Cieślak: *Efektywność – rozważania nad istotą i typologią*. „Kwartalnik Kolegium Ekonomiczno-Społecznego. Studia i Prace” 2013, nr 4, s. 13–38.

³⁰⁴ H. Leibenstein: *Allocative Efficiency vs. „X-Efficiency”*. “The American Economic Review” 1966, nr 3, s. 392–415.

stosowane metody pomiaru efektywności oparte są na podejściu wskaźnikowym, parametrycznym i nieparametrycznym. Pierwsza metoda, najprostsza w zastosowaniu, polega na wykazaniu stopnia realizacji celu, na podstawie z góry ustalonych parametrów, tzw. kluczowych mierników dokonań (ang. *Key Performance Indicators*, KPI). Wybór wskaźników wynika z celów analizy³⁰⁵. Istotnym problemem stosowania tego wskaźnika jest nieprawidłowy dobór wskaźników, które nie pokrywają się z celem. Analizując problem na przykładzie: nowelizacją z 2014 r. ustawy PZP z 2004 r. prawodawca wprowadził obowiązek stosowania, obok kryterium ceny, również kryteriów pozacenowych, (chyba że zamawiający udowodni, że zastosowanie jako jedynego kryterium kryterium ceny jest rozwiązaniem efektywniejszym)³⁰⁶. Przyjmując, że wskaźnikiem efektywności zamówień było zastosowanie przynajmniej jednego kryterium jakościowego w zamówieniu (wprowadzenie obowiązku stosowania kryteriów pozacenowych), powinno bezpośrednio przełożyć się na zwiększenie efektywności zamówień. Należy jednak zauważyć, że istniała możliwość osiągnięcia wskaźnika z pominięciem założonego celu, na przykład poprzez wprowadzenie kryteriów pozacenowych o bardzo niskiej wadze (np. 1 proc.), przez co pomimo że obowiązek został wykonany, a wskaźnik osiągnięty, efektywność zamówień nie zmieniła się. Dlatego też trudno wykorzystać metodę wskaźnikową w praktyce – tak, by realnie pokazywała oceniany stan. Efektywność parametryczna zwykle ma zastosowanie w analizie mikroekonomicznej i polega na rozwiązaniu odpowiedniego zagadnienia optymalizacyjnego³⁰⁷. Taka analiza opiera się na oddolnym ustaleniu wielu czynników – parametrów, których suma powinna pozwolić na ustalenie optymalnego rozwiązania przy ograniczonych zasobach. Trzecia wymieniona metoda oparta jest na znajomości funkcyjnej zależności między nakładami i wynikami. W tym przypadku pomimo że nie dysponujemy danymi, które pozwalają na matematyczną analizę zależności pomiędzy badanymi cechami a ustalonymi celami, metoda nieparametryczna pozwala na dokonanie oceny przez weryfikację przeprowadzenie obserwacji. Krzywa efektywności może zostać wykonana na podstawie danych empirycznych wyrażających wielkość nakładów i efektów. To właśnie ta metoda będzie miała zastosowanie przy ocenie instrumentów zamówień publicznych w rozdziale piątym pracy. Dzięki ustaleniu celów strategicznych oraz ich zakresu

³⁰⁵ M. Sierpińska, T. Jachna: *Ocena przedsiębiorstwa według standardów światowych*. Warszawa 2004, s. 144–145.

³⁰⁶ Ustawa z dnia 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy – *Prawo zamówień publicznych* (Dz.U. 2014 poz. 1232).

³⁰⁷ A. Rutkowska: *Teoretyczne aspekty efektywności – pojęcie i metody pomiaru*. „Zarządzanie i Finanse” 2011, nr 1, s. 448–449.

możliwe jest dokonanie oceny, czy dana konstrukcja prawna stanowi dobry środek (efektywny) do realizacji określonych celów.

Powyższe definicje i modele oceny powstały na gruncie nauk ekonomicznych. Zamówienia publiczne stanowią jednak połączenie wielu dziedzin, dlatego też metody ekonomiczne tylko częściowo mogą mieć zastosowanie.

Efektywność zamówień publicznych może być analizowana pod kątem efektywności w ujęciu prawnym. W takim przypadku należy dojść do wniosku, że efektywne zamówienia publiczne to takie, które są zgodne z przepisami prawa³⁰⁸. Efektywność jest w tym przypadku utożsamiana z legalnością działań. Możliwe jest również dokonywanie oceny efektywności prawa zamówień publicznych. Prawo powinno być skuteczne, czyli funkcjonować w jakiejś rzeczywistej przestrzeni społeczno-ekonomicznej i reagować na potrzeby w niej występujące. Dodatkowo, powinno być użyteczne, by służyło społeczeństwu, w którym funkcjonuje, a także sprawne – by mogło szybko dopasować się do nowych potrzeb. W tym zakresie efektywność prawa jest ściśle powiązana z ekonomicznym ujęciem efektywności³⁰⁹. Takie rozumienie efektywności wydaje się jednak niewystarczające w kontekście realizacji celów strategicznych. Dlatego też w doktrynie pojawia się również efektywność społeczna zamówień publicznych, rozumiana także jako instrumentalizacja zamówień publicznych. Wskazuje się na konieczność realizacji dodatkowych celów – oprócz celu podstawowego, jakim jest nabycie dóbr, realizacja robót budowlanych lub wykonanie usług przy zachowaniu jak najkorzystniejszej relacji jakości do ceny³¹⁰. Należy utożsamiać ją z tzw. adaptacyjną efektywnością systemu instytucjonalnego, uwzględniającą aspekty społeczne i polityczne³¹¹.

W kontekście zamówień publicznych efektywność ekonomiczną interpretuje się, zgodnie z powyższymi rozważaniami jako prowadzenie zamówienia w sposób sprawny, szybki, w celu uzyskania najlepszego stosunku uzyskanych efektów (w tym ustalonych celów strategicznych) do poniesionych nakładów (zasada *Best Value for Money*). Efektywność dotyczy różnych aspektów zamówień publicznych, tj.:

³⁰⁸ P. Nowicki: *Efektywne zamówienia publiczne jako rezultat stosowania nowego podejścia do zamówień publicznych*. Warszawa 2013, s. 10.

³⁰⁹ B. Wieczerzyńska: *Efektywność zamówień publicznych w wymiarze prawnym, ekonomicznym i społecznym*. „Rocznik Administracji Publicznej” 2016, nr 2, s. 558–570.

³¹⁰ *Nowe podejście do zamówień publicznych. Zamówienia publiczne a małe średnie przedsiębiorstwa, innowacje i zrównoważony rozwój*. Warszawa 2008, s. 7.

³¹¹ S. Bobowski, J. Gola: *Pomiar efektywności rynku zamówień publicznych – przyczynek teoretyczny do badań ekonomicznych*. „Prace Naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego we Wrocławiu. Ekonomia” 2017, nr 2, s. 9–23.

- struktury organizacyjnej podmiotów publicznych;
- procesu udzielania zamówień publicznych;
- pozyskiwanie produktów, usług i robót budowlanych o odpowiedniej efektywności;
- oceny osiągnięcia określonych celów.

Widać więc, że efektywność nie dotyczy wyłącznie procesu udzielania zamówienia, ale również sposobu organizacji jednostek udzielających zamówień oraz przedmiotu zamówienia. Zgodnie z rekomendacjami OECD efektywność powinna być wdrażana w całym cyklu zamówień publicznych³¹². Rekomendacje OECD podkreślają, że równie ważne, co efektywność procesu udzielania zamówienia, są działania w celu ustalenia potrzeb, poprzez zwiększanie wiedzy zamawiających, opracowanie odpowiednich specyfikacji technicznych, kryteriów udzielenia zamówienia, zapewnienie odpowiedniej wiedzy technicznej wśród oceniających i zapewnienie odpowiednich zasobów, i wiedzy fachowej do zarządzania umowami po podpisywaniu umowy³¹³. Kolejnym elementem pozwalającym na zwiększenie efektywności jest opracowanie i wykorzystanie narzędzi do usprawnienia procedur udzielania zamówień, ograniczenia powielania i osiągnięcia większej opłacalności, w tym scentralizowanych zakupów, umów ramowych, e-katalogów, dynamicznych zakupów, aukcji elektronicznych, wspólnych zamówień i umów z opcjami. Zastosowanie takich narzędzi na szczeblach administracji niższej niż krajowa – tam, gdzie jest to właściwe i wykonalne – może zwiększyć wydajność³¹⁴. Konieczne jest również zwrócenie uwagi na zwiększenie efektywności organizacyjnej podmiotów publicznych. Budowanie tej efektywności polega między innymi na projektowaniu organizacji przy uwzględnieniu narzędzi optymalizacyjnych, ustaleniu zakresu wspólnej odpowiedzialności za działanie organizacji, zwiększeniu kompetencji urzędników czy ustaleniu relacji pomiędzy aspektami finansowymi a jakością, innowacyjnością czy elastycznością³¹⁵. Wszystkie wskazane elementy razem składają się na efektywność zamówień publicznych.

Powyższe definicje wyjaśniły, czym jest efektywność, a także jej wielowymiarowość.

³¹² *Recommendation of the Council on Public Procurement*. Źródło: <http://www.oecd.org/gov/public-procurement/recommendation/> [dostęp: 20.04.2021].

³¹³ Tamże.

³¹⁴ Tamże.

³¹⁵ B. Puczkowski: *Efektywność zarządzania środkami publicznymi*. Olsztyn 2014, s. 52–54.

Zasada efektywności stanowi więc zobowiązanie do wykorzystania posiadanych zasobów – w taki sposób, by w możliwie największym stopniu uzyskać założony efekt. Zasada efektywności systemu zamówień publicznych może być rozumiana:

- jako efektywność całego systemu zamówień publicznych, w szczególności ze względu na ustalone dla tego systemu cele strategiczne;
- jako efektywność poszczególnych postępowań o udzielenie zamówień publicznych, tj. w szczególności poprzez właściwy dobór kryteriów oceny ofert, warunków udziału w zamówieniu i pozostałych elementów dokumentacji³¹⁶.

Dyrektywa klasyczna wprost odnosi się do efektywności zamówień, w każdym z dwóch wyżej wymienionych aspektów. Zgodnie z treścią motywu drugiego dyrektywy:

„[...] zamówienia publiczne odgrywają kluczową rolę w strategii Europa 2020 zawartej w komunikacie Komisji z dnia 3 marca 2010 r. zatytułowanym *Europa 2020 „Strategia na rzecz inteligentnego i zrównoważonego rozwoju sprzyjającego włączeniu społecznemu”* jako jeden z instrumentów rynkowych wykorzystywanych w celu osiągnięcia inteligentnego, trwałego wzrostu gospodarczego sprzyjającego włączeniu społecznemu, przy jednoczesnym zagwarantowaniu najbardziej efektywnego wykorzystania środków publicznych [podkreślenie – A. H.]”³¹⁷.

Motyw ten wskazuje na rolę efektywności w kształtowaniu całego systemu. W jednym zdaniu wskazane zostały cele strategiczne zamówień publicznych oraz zasada, której zadaniem jest zapewnienie zrównoważonego działania. Oznacza to, że zamówienia publiczne oraz generalnie wydatkowanie środków publicznych z jednej strony powinno zapewnić realizację celów strategicznych, a z drugiej działania te powinny być ekonomiczne, sprawne i adekwatne do efektów. Zasada efektywności stanowi „głos rozsądku” i pewne wyważenie pomiędzy ideami a pragmatyzmem.

Dyrektywa wskazuje również na możliwość dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty w oparciu o kryteria oparte na efektywności kosztowej. I tak, wybór może zostać oparty

„[...] o rachunek kosztów cyklu życia zgodnie z art. 68; może ona obejmować najlepszą relację jakości do ceny, którą szacuje się na podstawie kryteriów obejmujących aspekty jakościowe, środowiskowe lub społeczne związane z przedmiotem danego zamówienia publicznego”³¹⁸.

³¹⁶ O. Lissowski: *Efektywność zamówień publicznych*, *Studia Ekonomiczne*. „Zeszyty Naukowe Wydziałowe Uniwersytetu Ekonomicznego w Katowicach” 2013, nr 168, s 174–185.

³¹⁷ Motyw 2. Dyrektywy klasycznej

³¹⁸ Dyrektywa klasyczna, art. 67 ust. 2.

Co istotne, pomimo że w tym przypadku mowa jest o efektywności w mikro skali (w ujęciu danego zamówienia), to również w tym przypadku zamawiający powinien uwzględniać cele strategiczne przy ustalaniu kryteriów oceny ofert. Zabieg ten potwierdza, że realizacja celów strategicznych, choć ma istotne znaczenie dla całego systemu zamówień publicznych, oparta jest na wprowadzaniu nie tylko zmian systemowych (odgórnych), ale również wymaga świadomych działań przy realizacji każdego pojedynczego zamówienia.

Analiza zasady efektywności na gruncie Dyrektywy klasycznej wskazuje, że rola tej zasady jest większa niż pozostałych i gdyby tworzyć hierarchię zasad, zasada efektywności powinna uplasować się na pierwszym miejscu. Taki wniosek nie wynika chociażby z treści motywu drugiego Dyrektywy klasycznej, która wskazuje jedynie na relacje pomiędzy celami strategicznymi a efektywnością. Przeprowadzona analiza wskazuje, że efektywność zamówień publicznych może zostać osiągnięta również przy ograniczeniu pozostałych zasad.

Można spotkać się z innym podejściem roli zasady efektywności. Poniżej przedstawiony został fragment orzeczenia KIO, które w odmienny sposób określa pozycję zasady efektywności względem pozostałych zasad:

„Zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, art. 90 ust. 1-3 Pzp został wprowadzony nie tylko w celu ochrony zamawiającego przed składaniem ofert, których realizacja jest wątpliwa, ale również przepis ten ma chronić wykonawców przed niekonkurencyjnymi zachowaniami innych wykonawców, a zatem jego zastosowanie nie może być rozważane wyłącznie przez pryzmat zasady efektywności wydatkowania środków publicznych, a powinno uwzględniać także, czy wręcz przede wszystkim, zasadę uczciwej konkurencji, na której to zasady strażą stoi zamawiający w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego”³¹⁹.

W ocenie autora KIO nie do końca w prawidłowy sposób oceniła wzajemne zależności między zasadami. O ile należy zgodzić się z tezą, że zasada efektywności nie może wykluczać uwzględniania innych zasad (np. zasady konkurencyjności), to mając na uwadze powyższe rozważania, nie można zgodzić się ze stanowiskiem, że zasada konkurencyjności powinna stać ponad zasadą efektywności.

Nowa ustawa PZP wprowadza zasadę efektywności na grunt zamówień publicznych w Polsce. Zgodnie z treścią art. 17 ust. 1 Nowej ustawy PZP:

³¹⁹ Wyrok KIO z dnia 23 stycznia 2015 r. o sygn. akt KIO 2621/14, KIO 2676/14, KIO 2730/14.

„Zamawiający udziela zamówienia w sposób zapewniający:

- 1) najlepszą jakość dostaw, usług oraz robót budowlanych, uzasadnioną charakterem zamówienia, w ramach środków, które zamawiający może przeznaczyć na jego realizację, oraz
- 2) 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”³²⁰.

Nowa ustawa PZP wprowadza zasadę efektywności do obowiązującego porządku prawnego w Polsce i pomimo że zasada ta funkcjonowała już na gruncie Ustawy o finansach publicznych³²¹, cytowany przepis istotnie zmienia zakres znaczenia efektywności. Po pierwsze rozszerza zastosowanie zasady efektywności do wszystkich zamawiających, podczas gdy Ustawa o finansach publicznych dotyczyła wyłącznie tych podmiotów, które zobowiązane były do stosowania tej ustawy. Po drugie wprost wskazano, że efektywność jest ściśle związana z realizacją celów strategicznych. Art. 17 ust. 1 pkt 2 Nowej ustawy PZP wprowadza wymóg wydatkowania środków publicznych w celu realizacji efektów prośrodowiskowych, prospołecznych oraz gospodarczych³²². Zasada efektywności stanowi więc aktualnie naczelną drogowskaz dla wszystkich uczestników systemu zamówień publicznych i pokazuje na ścisłą relację celów strategicznych z efektywnością. Polski prawodawca potwierdził, za prawodawcą unijnym, że zagadnienia te są ściśle ze sobą powiązane i mają kluczowe znaczenie dla funkcjonowania systemu zamówień publicznych.

W świetle przeprowadzonej analizy należy uznać, że zasada efektywności jest zasadą nadrzędną systemu zamówień publicznych, a jej prawidłowe określenie ma kluczowe znaczenie dla realizacji celów zamówień. Zasada efektywności jest ściśle związana z ich realizacją. W literaturze pojawia się pogląd, że efektywność stanowi cel zamówień publicznych³²³. Można wręcz przyjąć, że cele strategiczne są częścią składową zasady efektywności. Można by było w tym miejscu zadać pytanie, dlaczego zasada efektywności w przedstawionej w niniejszej pracy hierarchii systemu prawa znajduje się poniżej celów strategicznych. Analiza ewolucji zamówień publicznych, a także doniosłość celów strategicznych, nie pozwala przyznać zasadzie efektywności wyższego miejsca w hierarchii. Efektywność nie jest czymś, do czego

³²⁰ Art. 17 ust. 1 pkt 2 Nowej ustawy PZP.

³²¹ Ustawa z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. 2009 Nr 157 poz. 1240, t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 869, 1622, 1649, 2020, z 2020 r. poz. 284, 374, 568, 695).

³²² M. Kania: *Zasada efektywności w nowym Prawie zamówień publicznych*. „Kwartalnik PZP” 2020, nr 1, s. 3–19

³²³ M. Szydło: *Prawna koncepcja zamówienia publicznego...*, s. 3 i n.; P. Nowicki: *Efektywne zamówienia publiczne jako rezultat stosowania nowego podejścia do zamówień publicznych...*

dąży UE i w ślad za nią Polska. Efektywność jest niezbędna do realizacji celów strategicznych, natomiast to ochrona środowiska, wdrożenie innowacji i zapewnienie warunków pozwalających na eliminację wykluczenia społecznego określają kierunek zmian. Efektywność zamówień nie stanowi celu samego w sobie, lecz stanowi naczelną zasadę zamówień publicznych. Ograniczenie efektywności do roli zasady pozwoli z jednej strony na zapewnienie wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu, z drugiej zapewni jasne sprecyzowanie istotności celów strategicznych przy ocenie danego zamówienia. W konsekwencji, zamawiający jest zobowiązany do realizacji polityki państwa i Unii Europejskiej z zachowaniem zasady *Best Value for Money*.

3. Zasada równości i niedyskryminacji

Zasady równości i niedyskryminacji są to dwie niezależne zasady, jednak powiązane ze sobą funkcjonalnie. Obie mają istotne znaczenie dla systemu zamówień publicznych.

Analizę zasady równości należy rozpocząć od wyjaśnienia, czym równość jest. Równość dzieli się na równość formalną i równość materialną. Równość w ujęciu formalnym należy rozumieć jako traktowanie podobnych podmiotów w ten sam sposób, bez względu na inne okoliczności przemawiające za szczególnym traktowaniem danego podmiotu. Równość materialna natomiast odwołuje się do szczególnych okoliczności, słuszności innego traktowania danego podmiotu w porównaniu do pozostałych. Jej celem jest wyrównywanie szans społecznych i tworzenie warunków do osiągnięcia równych rezultatów. Gwarancja równości materialnej dopuszcza więc możliwość szczególnego traktowania danego podmiotu w celu uzyskania równych szans w osiągnięciu zamierzonego rezultatu³²⁴.

Zasada równości została wyrażona w art. 9 TFUE, zgodnie z którym „we wszystkich swoich działaniach Unia przestrzega zasady równości swoich obywateli, którzy są traktowani z jednakową uwagą przez jej instytucje, organy i jednostki organizacyjne”. Zasada ta ma również zastosowanie na gruncie zamówień publicznych. Zgodnie z art. 18 Dyrektywy klasycznej oraz motywem pierwszym Dyrektywy klasycznej zamówienia publiczne powinny być udzielane między innymi zgodnie z zasadą równego traktowania. W ten sposób prawodawca wskazał, że oczekuje od zamawiających zagwarantowania równości formalnej

³²⁴ A. Śledzińska-Simon: *Zasada równości i zasada niedyskryminacji w prawie Unii Europejskiej*. W: *Zasada równości i zasada niedyskryminacji*. Red. B. Kłós, J. Szymańczak. „Studia Biura Analiz Sejmowych Kancelarii Sejmu” 2011, nr 2, s. 45–49.

w postępowaniu, tj. każdy z wykonawców powinien być traktowany w taki sam sposób. Potwierdza to między innymi wymóg zapewnienia niezmiennych warunków i kryteriów przy procedurze negocjacyjnej³²⁵, pisemności i dokumentowania postępowania³²⁶, określenia przejrzystych kryteriów oceny ofert³²⁷ czy udzielania takich samych informacji wszystkim podmiotom, gwarantując każdemu wykonawcy równe szanse w postępowaniu³²⁸.

W Nowej ustawie PZP ogólna zasada równości została zawarta w art. 16. Prawodawca krajowy zwrócił jednak uwagę na jej zastosowanie również w przypadku konsultacji rynkowych³²⁹, a także w zakresie możliwości prowadzenia negocjacji z wykonawcą³³⁰, możliwości odrzucenia oferty lub unieważnienia postępowania z przyczyn niewskazanych bezpośrednio w ustawie³³¹. Zasada równości często nie jest wprost przytaczana w ustawie. Ze względu jednak na treść art. 16 Nowej ustawy PZP powinna mieć zastosowanie na każdym etapie postępowania, niezależnie od treści danego przepisu.

Doniosłość zasady równego traktowania wykonawców widoczna jest w orzecznictwie. TSUE wielokrotnie wskazywał, że instytucje zamawiające muszą w trakcie całego postępowania kierować się zasadami określonymi w art. 18 Dyrektywy klasycznej, wśród których znajduje się zasada równego traktowania³³². Polskie orzecznictwo również potwierdza, że zasada równego traktowania ma istotne znaczenie dla oceny działań zamawiających. Zgodnie z treścią orzeczenia KIO:

„[...] zasada równego traktowania oznacza bowiem zakaz dyskryminowania poszczególnych wykonawców ze względu na ich status prawny. Aktualna pozostaje zdaniem odwołującego teza wyroku Sądu Najwyższego z 13 grudnia 1999 r., gdzie Sąd Najwyższy stwierdza, iż z reguły równości i uczciwej konkurencji wynika, że o zamówienie publiczne zasadniczo może ubiegać się każdy, nawet osoba nieprowadząca zawodowej działalności gospodarczej, jeżeli tylko spełnia ustawowe lub indywidualnie wyznaczone przez zamawiającego warunki. Z zasady równości wynika również nakaz równego traktowania podmiotów ubiegających się o zamówienie ze

³²⁵ Motyw 45. i art. 31 Dyrektywy klasycznej.

³²⁶ Motyw 58. Dyrektywy klasycznej.

³²⁷ Motyw 61. i 90. Dyrektywy klasycznej.

³²⁸ Art. 41 Dyrektywy klasycznej.

³²⁹ Art. 84 ust. 3 Nowej ustawy PZP.

³³⁰ Art. 188 Nowej ustawy PZP.

³³¹ Art. 418 Nowej ustawy PZP.

³³² Wyrok TSUE z dnia 20 września 2018 r., Montte, C-546/16, pkt 38; Wyrok TSUE z dnia 26 września 2019 r., Vitali SpA, C-63/18, pkt 39 czy Wyrok TSUE z dnia 30 stycznia 2020 r., Tim SpA, C-395/18, pkt 45.

względem na siedzibę wykonawcy i jego właściwości. Wykonawcy krajowi mają takie same prawa jak wykonawcy spoza Polski³³³.

Zasada równości jeszcze wielokrotnie była przywoływana w innych orzeczeniach krajowych³³⁴. Może to świadczyć o niskiej świadomości zamawiających w zakresie rozumienia i stosowania tej zasady.

Zarówno Dyrektywa klasyczna, jak i Nowa ustawa PZP wprost odnoszą się do zasady równości rozumianej jako równe traktowanie wszystkich podmiotów (równość formalna). Większość przepisów Nowej ustawy PZP określa, w jaki sposób przygotować i przeprowadzić postępowanie, by zapewnić równy udział wszystkim zainteresowanym wykonawcom. W ocenie autora w zamówieniach publicznych możemy również spotkać się z równością materialną, która równocześnie może być ściśle związana z realizacją celów strategicznych. O ile w przypadku równości formalnej działania będą polegały na stworzeniu warunków pozytywnie wpływających na konkurencyjność postępowania, to w przypadku równości materialnej możemy mieć do czynienia z bezpośrednią realizacją celów strategicznych. Wprawdzie dążenie do równości materialnej może mieć charakter pośredni, np. poprzez uwzględnienie w postępowaniu aspektów społecznych, to z drugiej strony równość materialna może przemawiać między innymi za możliwością ogłaszania zamówień na usługi społeczne lub przeznaczonych dla spółdzielni socjalnych, które bardzo często nie miałyby możliwości konkurować z pozostałymi podmiotami na rynku.

Zasada równości ściśle związana jest z zasadą niedyskryminacji. Unijne przepisy dotyczące zamówień publicznych mają na celu zagwarantowanie, że podmioty sektora publicznego udzielają zamówień w sposób skuteczny i niedyskryminacyjny. Zasada ta różni się od zasady równości tym, że w przypadku zasady równości państwo i jego organy mają zapewnić warunki umożliwiające wszystkim podmiotom działanie na tych samych zasadach (równość formalna) lub umożliwiające osiągnąć analogiczne rezultaty (równość materialna). Natomiast w przypadku zasady niedyskryminacji obowiązki mają charakter negatywny i zobowiązują do powstrzymania się od pewnych działań, które naruszają zasadę równego traktowania. Zgodnie z art. 18 TFUE „w zakresie zastosowania Traktatów i bez uszczerbku dla postanowień szczególnych, które one przewidują, zakazana jest wszelka dyskryminacja ze

³³³ Wyrok KIO z dnia 20 czerwca 2012 r. o sygn. akt 1180/12.

³³⁴ Wyrok KIO z dnia 28 lutego 2012 r. o sygn. akt 229/12; Wyrok WSA w Gliwicach z dnia 14 marca 2017 r. o sygn. Akt IV SA/GI 430/16.

względu na przynależność państwową”. Dyrektywa klasyczna również uznaje tę zasadę. Zgodnie z motywem 90 Dyrektywy klasycznej:

„[...] zamówienia powinny być udzielane na podstawie obiektywnych kryteriów zapewniających przestrzeganie zasad przejrzystości, niedyskryminacji i równego traktowania, z myślą o zagwarantowaniu obiektywnego porównania relatywnej wartości ofert, tak aby ustalić – w warunkach efektywnej konkurencji – która z ofert jest najkorzystniejsza ekonomicznie”.

Artykuł 18 Dyrektywy klasycznej natomiast wskazuje, że „instytucje zamawiające zapewniają równe i niedyskryminacyjne traktowanie wykonawców oraz działają w sposób przejrzysty i proporcjonalny”. Tak więc, nawet jeśli zamówienie nie podlega dyrektywom (np. ponieważ szacunkowa wartość zamówienia spada poniżej odpowiedniego progu), obowiązują zasady niedyskryminacji, równego traktowania, przejrzystości, wzajemnego uznawania i proporcjonalności – oparte na Traktacie UE.

Ustawa PZP odnosi się do zasady niedyskryminacji wprost, między innymi w zakresie komunikacji z wykonawcami³³⁵, w przypadku opisywania warunków udziału w zamówieniu³³⁶, opisu zasad i kryteriów oceny ofert³³⁷, w przypadku kosztów przypisywanych ekologicznym efektom zewnętrznym³³⁸ oraz w przypadku udzielania zamówienia na usługi społeczne. Nowa ustawa PZP w analogiczny sposób kształtuje zasadę niedyskryminacji. Instytucje zamawiające muszą ściśle przestrzegać określonych kryteriów wyboru ofert w procedurach udzielania zamówień publicznych w celu uniknięcia potencjalnej dyskryminacji ze względu na przynależność państwową i wykluczenia specyfikacji technicznych, które mogą faworyzować przedsiębiorstwa krajowe. Odpowiednie przepisy unijne i krajowe wymieniają podstawy wykluczenia pewnych grup wykonawców (tj. przykładowo ogłoszenie upadłości wykonawcy, niewypełnienie zobowiązań w zakresie zabezpieczenia społecznego i zobowiązań podatkowych czy dopuszczenie się określonych przestępstw). Zamawiający może również określić wymagania w zakresie doświadczenia wykonawcy, jego sytuacji finansowej czy zdolności do wykonania zamówienia. Wymagania te muszą jednak zapewnić równe traktowanie wykonawców postępowaniu. Zdaniem TSUE:

„[...] warunek związany z zatrudnieniem osób pozostających przez długi okres bez pracy jest zgodny z rozważaną dyrektywą, jeśli bezpośrednio ani pośrednio nie dyskryminuje on oferentów

³³⁵ Art. 64 Nowej ustawy PZP.

³³⁶ Art. 91 ust. 4 Nowej ustawy PZP.

³³⁷ Art. 104 ust. 1 Nowej ustawy PZP.

³³⁸ Art. 245 ust. 5 Nowej ustawy PZP.

z innych państw członkowskich Wspólnoty. Dodatkowy warunek tego rodzaju powinien być wymieniony w ogłoszeniu o zamówieniu”³³⁹.

W uzasadnieniu wyroku wskazano, że dodatkowy warunek może mieć zastosowanie, jeżeli został wprowadzony w sposób przejrzysty i przy zachowaniu zasady równego traktowania.

Omówione zasady mają na celu ochronę podmiotów uczestniczących w postępowaniu przed nieuczciwym działaniem instytucji zamawiających. Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego powinno być przeprowadzone w taki sposób, by wszystkie podmioty uczestniczące w nim były traktowane w ten sam sposób. Zasada równości i niedyskryminacji (tak jak inne zasady) nie mają jednak charakteru absolutnego – stanowią jedynie środek do realizacji celów, w tym celów strategicznych. Przykładem jest orzeczenie *Concordia Bus Finland*³⁴⁰, w którym TSUE rozważał, czy wprowadzenie pozacenowych kryteriów oceny ofert, wprowadzających kryteria środowiskowe (ograniczenie emisji tlenu azotu i hałasu), jest zgodne z zasadami prawa wspólnotowego, w tym zasadą równego traktowania w postępowaniu, skoro wiadomo, że część wykonawców nie posiada produktu spełniającego określone kryteria środowiskowe. W istocie TSUE rozważał, czy realizacja celu polegającego na udzieleniu zamówienia zrównoważonego i wspierającego środowisko naturalne stoi w sprzeczności z zasadą równego traktowania³⁴¹.

W wyroku wskazano, że:

„[...] zasada równego traktowania nie sprzeciwia się kryteriom związanym z ochroną środowiska naturalnego, takim jak te sporne w sprawie przed sądem krajowym, z tego tylko względu, że przedsiębiorstwo transportowe należące do instytucji zamawiającej jest jednym z nielicznych przedsiębiorstw, które mają możliwość zaoferowania sprzętu spełniającego te kryteria”³⁴².

TSUE dopuszcza więc możliwość ograniczenia zasady względem celu strategicznego, co uzasadnia tezę, że zasady nie stanowią wartości samej w sobie i nie mają charakteru bezwzględności. Oznacza to, że również w orzecznictwie unijnym potwierdza się, że zasady stoją niżej w hierarchii w stosunku do celów strategicznych. Mają wobec nich charakter służebny.

³³⁹ Tamże, s. 11.

³⁴⁰ Sprawa C-513-99- *Concordia Bus Finland* [2002] ECR I-7213.

³⁴¹ Tamże, pkt 70.

³⁴² Tamże, pkt 2. rozstrzygnięcia.

W ocenie autora omawiane zasady nie stanowią bezpośrednio środka do realizacji celów strategicznych. Chronią one jedynie wykonawców przed nadużyciami ze strony instytucji zamawiających. Pośrednio natomiast zapewnienie właściwych warunków postępowania, tj. zgodnych z zasadami równego traktowania i niedyskryminacji, zwiększa aktywność wykonawców, których usługi mogą pozwolić na realizację celów strategicznych. Stosowanie tych zasad w postępowaniach pozwala również na przeprowadzenie oceny danego działania w kontekście „dobrego środka” do realizacji „dobrego celu”.

4. Zasada konkurencyjności (uczciwej konkurencji)

Zapewnienie warunków uczciwej konkurencji na wielu płaszczyznach jest jednym z zadań Unii Europejskiej. Świadczą o tym najważniejsze akty Unii Europejskiej. Zgodnie z art. 3 TUE:

„Unia ustanawia rynek wewnętrzny. Działa na rzecz trwałego rozwoju Europy, którego podstawą jest zrównoważony wzrost gospodarczy oraz stabilność cen, społeczna gospodarka rynkowa o wysokiej konkurencyjności zmierzająca do pełnego zatrudnienia i postępu społecznego oraz wysoki poziom ochrony i poprawy jakości środowiska. Wspiera postęp naukowo-techniczny”³⁴³.

Jednym z zadań Wspólnoty jest więc zapewnienie konkurencyjnego rynku wewnątrzspółnotowego. Dalej analiza TFUE wskazuje, że działania Unii Europejskiej mają zapewnić warunki uczciwej konkurencji i uniknąć sytuacji, w których dojdzie do naruszenia konkurencji na rynku wewnętrznym.

Zasada konkurencyjności stanowi podstawę zasad uczciwości i przejrzystości i jest aspektem badanym w praktycznie wszystkich zamówieniach. W Dyrektywie klasycznej zasada konkurencyjności została opisana w następujący sposób:

„[...] zamówień nie organizuje się w sposób mający na celu wyłączenie zamówienia z zakresu zastosowania niniejszej dyrektywy lub sztuczne zawężanie konkurencji. Uznaje się, że konkurencja została sztucznie zawężona, gdy zamówienie zostaje zorganizowane z zamiarem nieuzasadnionego działania na korzyść lub niekorzyść niektórych wykonawców”³⁴⁴.

³⁴³ Art. 3 ust. 3 TUE.

³⁴⁴ Art. 18 Dyrektywy klasycznej.

W dalszej części Dyrektywy klasycznej wielokrotnie podkreślane jest, by wszelkie działania instytucji zamawiających nie skutkowały zakłóceniem konkurencji³⁴⁵. Dotychczasowa ustawa PZP z 2004 r., jak i Nowa ustawa PZP wskazują wprost na obowiązek udzielania zamówień publicznych zgodnie z zasadą konkurencyjności³⁴⁶. Tak samo, jak w przypadku Dyrektywy klasycznej, nawiązania do tej zasady pojawiają się wielokrotnie w wielu fragmentach ustawy³⁴⁷. W art. 29 ust. 1 ustawy PZP z 2004 r. podkreślone było dodatkowo, że „przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję”. W Nowej ustawie PZP przepis ten został rozszerzony poprzez podanie przykładowych działań, które mogłyby doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów³⁴⁸.

Analiza powyższych dokumentów pozwala uznać, że przestrzeganie zasady konkurencyjności polega w głównej mierze na zakazie ograniczania konkurencji. W wyroku NSA³⁴⁹ wskazano, że:

„[...] do stwierdzenia, że doszło do naruszenia zasad określonych przepisem art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych nie jest konieczne, ani nawet potrzebne wykazanie, że do naruszenia konkurencyjności faktycznie doszło. Dyspozycję normy prawnej dekodowanej z przywołanego przepisu ustawy wyczerpuje już bowiem potencjalne, możliwe i prawdopodobne ograniczenie konkurencji”³⁵⁰.

Sąd w tym wyroku uznał, że duże prawdopodobieństwo naruszenia omawianej zasady powoduje naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy PZP z 2004 r. Nie musi więc dojść do faktycznego ograniczenia konkurencji; wystarczy, że istniało potencjalne ryzyko ograniczenia konkurencji. W związku z tym istotą tej definicji jest zaniechanie działań, które sprzyjałyby powstaniu warunków wpływających negatywnie na konkurencyjność postępowania.

Zasada konkurencyjności ma istotne znaczenie zarówno dla zamówień przeprowadzanych w ramach Nowej ustawy PZP, jak i innych, w których wydatkowane są środki publiczne. Będzie ona miała również znaczenie dla całego systemu zamówień finansowanych ze środków publicznych. Szczególną regulację stanowią tutaj *Wytyczne w zakresie kwalifikowalności wydatków w ramach Europejskiego Funduszu Rozwoju*

³⁴⁵ Między innymi: art. 41, 49 ust. 4, art. 55 ust. 3, art. 57 ust. 4 d).

³⁴⁶ Art. 7 ustawy PZP oraz art. 16 Nowej ustawy PZP.

³⁴⁷ Między innymi: Art. 10g, 15c, 24 ust. 10, 31a, 31d ustawy PZP.

³⁴⁸ Art. 99 ust. 4 Nowej ustawy PZP.

³⁴⁹ Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 22 lutego 2017 r. o sygn. akt II GSK 1732/15.

³⁵⁰ Tamże.

Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego oraz Funduszu Spójności na lata 2014-2020 z dnia 22 sierpnia 2019 r. wydane na podstawie art. 5 ust. 1 pkt 5 Ustawy z dnia 11 lipca 2014 r. o zasadach realizacji programów w zakresie polityki spójności finansowanych w perspektywie finansowej 2014–2020. Jest to procedura udzielania zamówień przez beneficjentów projektów unijnych, w przypadku których nie ma obowiązku stosowania Nowej ustawy PZP. Prawodawca uznał jednak, że również w takim przypadku środki publiczne powinny być wydatkowane z zachowaniem zasady konkurencyjności. W przypadku tej procedury, ze względu na jej szcztkowy opis (w porównaniu do Nowej ustawy PZP), każde działanie beneficjenta badane jest przez pryzmat zachowania zasady konkurencyjności.

Zasada konkurencyjności nie ma charakteru bezwzględny. Zgodnie z wyrokiem WSA w Opolu:

„[...] wynikający z art. 7 ust. 1 i art. 22 ust. Prawa zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2013 r. poz. 907) nakaz stworzenia i zachowania warunków konkurencji wśród wykonawców ubiegających się o zamówienie nie jest tożsamy z nakazem dopuszczenia do zamówienia wszystkich podmiotów, w tym niezdolnych do jego realizacji w należyty sposób. Jak powiedziano już wyżej, regulacje ustawy wskazują, że realizacja zamówienia publicznego powinna być dokonana jedynie przez podmioty zweryfikowane pod kątem ich możliwości należytego wykonania umowy”³⁵¹.

Zasada konkurencyjności może zostać ograniczona w taki sposób, by zapewnić zamawiającemu uzyskanie zamówienia na odpowiednim poziomie. Zasada ta może zostać również ograniczona w celu realizacji celów strategicznych³⁵².

Zasada konkurencyjności ma na celu ochronę uczestników postępowania przed działaniami instytucji zamawiających. Stanowi również niejako „filtr” pozwalający ocenić, czy dane działanie stanowi „dobry środek”. Cel jest wartością, do której zamawiający może i powinien dążyć, natomiast nie jest obojętne, jakimi narzędziami posłużymy się w celu osiągnięcia danego dobra instrumentalnego. TSUE w orzeczeniu *Concordia Bus*³⁵³ wskazał, że zamawiający nie mogą stosować dowolnych kryteriów oceny ofert zmierzających do osiągnięcia celów strategicznych (w tym wypadku do uzyskania efektów środowiskowych), a jedynie takie, które są ściśle związane z danym zamówieniem, a w postępowaniu została

³⁵¹ Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Opolu z dnia 23 września 2014 r. o sygn. akt I SA/Op 422/14.

³⁵² Tak jak to miało miejsce w przypadku orzeczenia TSUE o sygn. akt 31/87 z dnia 20 września 1988 r., *Gebroeders Beentjes BV przeciwko Państwu Holenderskiemu*.

³⁵³ Sprawa C-513-99- *Concordia Bus Finland* [2002] ECR I-7213.

zachowana jego konkurencyjność (istniało kilka podmiotów mogących dostarczyć zamawiającemu usługi zgodnie z treścią zamówienia). Zasada konkurencyjności nie ma więc bezpośrednio wpływu na realizację celów strategicznych; często będzie stała w sprzeczności z realizacją celów strategicznych. Stanowi jednak podstawę do stworzenia warunków gwarantujących dostęp do postępowania na równych warunkach wszystkim zainteresowanym, co jest jednak zjawiskiem pożądanym. Dlatego też przy zastosowaniu zasady konkurencyjności konieczne jest stosowanie zasady proporcjonalności.

5. Zasada proporcjonalności

Zasada proporcjonalności została uznana za element prawa wspólnotowego przez TSUE. Pierwszy raz wspomniano o niej w orzeczeniu z 29 listopada 1956 r. w sprawie *Fédération Charbonnière de Belgique przeciwko High Authority*³⁵⁴. Trybunał stwierdził tam, że „zgodnie z ogólnie przyjętą zasadą prawa, taka pośrednia reakcja Wysokiej Władzy na sprzeczne z prawem działania przedsiębiorstw musi być proporcjonalna do rozmiarów tych działań”³⁵⁵. Przyjmuje się jednak, że w pełnym zakresie przyjęto ją jako element podstawowego prawa wspólnotowego w 1970 r.³⁵⁶ Od tego czasu zasada proporcjonalności wielokrotnie była powoływana przy ocenie działań podejmowanych przez Wspólnotę oraz państwa członkowskie. W orzeczeniu z dnia 13 listopada 1990 r. w sprawie *The Queen przeciwko Minister of Agriculture, Fisheries and Food and Secretary of State for Health, ex parte: Fedesa i inni*, Trybunał wskazał, że:

„[...] zgodnie z zasadą proporcjonalności, która jest jedną z ogólnych zasad prawa wspólnotowego, legalność zakazu działalności gospodarczej podlega ocenie z punktu widzenia warunku, iż środki są odpowiednie i konieczne do osiągnięcia celów wskazanych w przepisach prawnych; należy to rozumieć w ten sposób, że jeśli istnieje wybór między kilkoma odpowiednimi środkami należy zastosować ten, który jest najmniej uciążliwy, a niekorzystne skutki, które za sobą pociąga, nie mają być nieproporcjonalne do wskazanego celu”³⁵⁷.

Orzecznictwo TSUE przyczyniło się do powstania i zastosowania zasady proporcjonalności w przypadku prawa wspólnotowego.

³⁵⁴ J. Maliszewska-Nienartowicz: *Rozwój zasady proporcjonalności w europejskim prawie wspólnotowym*. „Studia Europejskie” 2006, nr 1, s. 63.

³⁵⁵ Wyrok TSUE z dnia 16 lipca 1956 r. o sygn. C-8/55.

³⁵⁶ Wyrok TSUE z dnia 17 grudnia 1970 r. o sygn. C-11/70.

³⁵⁷ Wyrok TSUE z dnia 13 listopada 1990 r. o sygn. C-331/788.

Traktaty ustanawiające Unię Europejską odnoszą się do zasady proporcjonalności jako do granicy kompetencji Wspólnoty przyznanej przez państwa członkowskie³⁵⁸. W inny sposób postrzegana jest jednak ta zasada na gruncie Dyrektywy klasycznej. Zgodnie z art. 18 tej dyrektywy instytucje zamawiające działają w sposób proporcjonalny. Zasada ta jest więc skierowana wyłącznie do podmiotów wykonujących zadania publiczne. Przykładowo, zgodnie z nią zamawiający powinien określać warunki udziału zgodnie z zasadą proporcjonalności³⁵⁹, wykluczenie wykonawcy z postępowania powinno być karą adekwatną do naruszeń, których dopuścił się wykonawca³⁶⁰, a opis przedmiotu zamówienia i wymagania w nim zawarte powinny być proporcjonalne do wartości i celu zamówienia³⁶¹. Z tej zasady można też wywodzić przykładowo obowiązek kształtowania warunków udziału w zamówieniu związanych z realizacją przedmiotu zamówienia³⁶². Zamawiający zobowiązany jest więc do stosowania tej zasady na każdym etapie postępowania.

Ustawa PZP w wielu miejscach odnosi się do obowiązku stosowania zasady proporcjonalności. Nie wyjaśnia, w jaki sposób powinna być rozumiana. Nowa ustawa PZP podtrzymuje zapisy dotychczasowej ustawy w tym zakresie. Dlatego wyjaśnienia należy szukać w innych aktach prawnych. Zasada proporcjonalności najlepiej została zdefiniowana na gruncie prawa konstytucyjnego. W ujęciu szerokim zwraca ona szczególną uwagę na adekwatność celu i środka użytego do jego osiągnięcia. Oznacza to, że jeżeli cel regulacji prawnej można osiągnąć przy pomocy dwóch środków, przy czym jeden z nich w większym stopniu pogarsza sytuację prawną podmiotu, to należy wybrać ten drugi³⁶³. Trybunał Konstytucyjny wielokrotnie opisywał tę zasadę w kontekście ochrony praw i ograniczania wolności. Zgodnie z utrwaloną linią orzecniczą zasada proporcjonalności przy ocenie danej regulacji zobowiązuje do udzielenia odpowiedzi na trzy zasadnicze pytania. Po pierwsze, czy wprowadzona regulacja jest w stanie doprowadzić do zamierzonych przez nią skutków – konieczne jest ustalenie, czy regulacja podlegająca ocenie stanowi środek do osiągnięcia zamierzonego celu. Po drugie, czy regulacja ta jest niezbędna dla ochrony interesu publicznego, z którym jest powiązana.

³⁵⁸ Art. 5 ust. 1 TUE.

³⁵⁹ Motyw 83. Dyrektywy klasycznej, zgodnie z którym „w szczególności instytucjom zamawiającym nie należy zezwalać na wymagania od wykonawców obrotu minimalnego, który byłby nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia; wymóg ten nie powinien zwykle przekraczać dwukrotnej wysokości szacunkowej wartości zamówienia”.

³⁶⁰ Motyw 102. Dyrektywy klasycznej.

³⁶¹ Art. 42 Dyrektywy klasycznej.

³⁶² Wyrok TSUE z dnia 27 października 2005 r., Contse SA, o sygn. akt C-234/03.

³⁶³ R. Alexy: *Theorie der Grundrechte...*, s. 100.

To pytanie pozwala na ustalenie, czy badany środek stanowi „dobry środek”. W tym przypadku „dobry” oznacza: „lepszy od pozostałych”. Po trzecie, czy efekty wprowadzanej regulacji pozostają w proporcji do nakładanych ciężarów³⁶⁴. Ten etap rozważań pozwala dokonać oceny środka ze względu na skutki, jakie ze sobą niesie. Trzeci etap jest konieczny, ponieważ nie zawsze najlepszy dostępny środek będzie dobrym środkiem. Realizacja celu „za wszelką cenę”, bez względu na inne skutki, które za sobą niesie, może prowadzić do absurdalnych wniosków.

Rozumienie zasady proporcjonalności powstałej na gruncie prawa konstytucyjnego można przenieść na grunt prawa zamówień publicznych. Zasada ta odnosi się do działania podmiotów publicznych, a uczestnikiem kreującym zamówienie publiczne jest zwykle podmiot wykonujący zadania publiczne lub wydatkujący środki publiczne. Skoro więc zasada proporcjonalności odnosi się do działania jednostek publicznych i określona została na poziomie aktu zasadniczego, to powinna mieć zastosowanie w zamówieniach publicznych, niezależnie od treści ustawy PZP. Wprowadzenie jej stanowi jedynie podkreślenie regulacji konstytucyjnej, a nie wprowadzenie nowej zasady.

Orzecznictwo KIO potwierdza obowiązek stosowania zasady proporcjonalności. W jednym z nowszych orzeczeń Izba wyjaśniła, że w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu pojęcie proporcjonalności oznacza opisanie warunków w sposób uzasadniony wartością zamówienia, zakresem, specyfiką, stopniem złożoności lub warunkami realizacji zamówienia:

„Zamawiający jest zatem zobowiązany zachować niezbędną równowagę między interesem polegającym na uzyskaniu rękojmi należytego wykonania zamówienia a interesem potencjalnych wykonawców, których nie można przez wprowadzenie nadmiernych wymagań z góry eliminować z udziału w postępowaniu. Opis spełniania warunków udziału w postępowaniu winien być odpowiedni do osiągnięcia celu, jakiemu służy tj. wyboru wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania zamówienia i nieograniczającego dostępu do zamówienia wykonawcom zdolnym do jego wykonania”³⁶⁵.

Zasada proporcjonalności ma istotne znaczenie dla realizacji celów strategicznych. Stanowi zasadę pozwalającą na wążenie poszczególnych celów, przy równoczesnym zapewnieniu ochrony uczestnikom postępowania. W mojej ocenie zasada proporcjonalności nie może stać w sprzeczności z celami strategicznymi, które – zgodnie z rozważaniami na temat celów i zasad przedstawionymi w rozdziale pierwszym niniejszej pracy – stoją niżej

³⁶⁴ Orzeczenie TK z dnia 26 kwietnia 1995 r. o sygn. akt K 11/94.

³⁶⁵ Wyrok KIO z dnia 4 czerwca 2019 r. o sygn. akt KIO 916/19.

w hierarchii niż cele określone przez prawodawcę. W związku z tym nie może prowadzić do ograniczenia realizacji celów. Zasada proporcjonalności może więc wpływać na ocenę środków do realizacji celów, a nie na same cele. Daje gwarancję, że zastosowane środki stanowią środek do realizacji celu i że stanowią one „dobry” środek.

6. Przejrzystość postępowania i zasada jawności

Termin „przejrzystość zamówień” oznacza otwartość w procesach zamówień, procedurach i przestrzeganie ustanowionych zasad. Tak rozumiana przejrzystość postępowania ma charakter służebny do pozostałych zasad. Świadczy o tym chociażby sposób jej opisanie w Dyrektywie klasycznej. W motywie 45 przejrzystość postępowania wraz z zasadą pisemności stanowi jeden z elementów gwarancji, że postępowanie będzie zgodne z zasadą równego traktowania. To samo ma miejsce w motywach 58, 90, 114. Dodatkowo potwierdzone to zostało w orzecznictwie TSUE, który wskazał, że:

„[...] obowiązek przejrzystości, który wprost wynika z rzeczowej zasady [zasady równości], ma na celu wyeliminowanie ryzyka faworyzowania i arbitralnego traktowania ze strony instytucji zamawiającej. Obowiązek ten obejmuje wymóg, by wszystkie warunki i zasady postępowania w sprawie udzielenia zamówienia były określone w sposób jasny, precyzyjny i jednoznaczny w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji warunków zamówienia, tak by, po pierwsze, umożliwić wszystkim rozsądnie poinformowanym i wykazującym zwykłą staranność oferentom zrozumienie ich dokładnego zakresu i dokonanie ich wykładni w taki sam sposób, a po wtóre, by umożliwić instytucji zamawiającej rzeczywistą weryfikację, czy oferty złożone przez oferentów odpowiadają kryteriom wyznaczonym dla danego zamówienia”³⁶⁶.

Zasada przejrzystości ma więc istotne znaczenie w realizacji innych zasad.

Zasada ta wpływa również na zwiększenie konkurencyjności postępowania, tak jak to zostało wskazane w motywie 126 Dyrektywy klasycznej. Poza aspektem bezpośrednio związanym z zamówieniami publicznymi, przejrzystość procedur i działania zamawiających sprzyjają ograniczeniu korupcji, której w przypadku zamówień publicznych ryzyko wystąpienia jest wysokie. Dodatkowo, kierowanie się zasadą przejrzystości może wpłynąć na ograniczenie problemu związanego z faworyzacją niektórych podmiotów w postępowaniu. Jest to istotny problem. Zgodnie z wynikami badania przeprowadzonego przez Urząd Zamówień Publicznych jedną z głównych przyczyn niskiego zainteresowania udziałem w postępowaniach

³⁶⁶ Postanowienie TSUE z dnia 13 lipca 2017 r. w sprawie C-35/17.

o udzielenie zamówienia publicznego w Polsce jest opis przedmiotu zamówienia preferujący określonych produkt lub firmę³⁶⁷. Zwiększenie przejrzystości postępowania, w szczególności w zakresie opisu przedmiotu zamówienia i kryteriów wyboru ofert, może zwiększyć zainteresowanie w ubieganiu się o zamówienia publiczne.

Zasada ta z jednej strony ma zapewnić otwartość rynku zamówień publicznych dla wykonawców innych państw członkowskich UE, co powinno ograniczyć dyskryminację na tle narodowościowym. Z drugiej strony, skierowana jest do wszystkich uczestników zamówień publicznych³⁶⁸. W ten sposób przejrzystość została opisana w art. 48-55 Dyrektywy klasycznej. Wskazane regulacje odnoszą się w szczególności do publikacji i treści ogłoszenia o udzielenie zamówienia publicznego, dostępności dokumentacji, na podstawie której przeprowadzane jest postępowanie, a także sposobu komunikacji z uczestnikami postępowania. Zgodnie z przepisami unijnymi zamówienia, których wartość przekracza progi unijne, powinny być publikowane w Dziennikach Urzędowych Unii Europejskiej. Dzięki temu zamówienia miały stać się bardziej dostępne dla wykonawców z innych krajów niż ten, w którym toczy się postępowanie. Dodatkowo zamawiający powinni publikować informacje o planach udzielenia zamówień publicznych, co pozwoli wykonawcom przygotować się na ewentualne postępowanie.

Zgodnie z motywem 105 Dyrektywy klasycznej zasada przejrzystości powinna mieć również zastosowanie na etapie kontroli wykonania zamówienia. Zamawiający powinien otrzymać od generalnego wykonawcy informację o łańcuchu podwykonawców i osób znajdujących się na terenie, gdzie realizowane jest zamówienie. Tak jak wcześniej zasada ta ma na celu umożliwienie zweryfikowania, czy wykonawcy realizują obowiązki wynikające z prawa socjalnego i prawa pracy, ochrony środowiska i innych przepisów.

Zasada przejrzystości może wpływać na wystąpienie konkretnych rezultatów. Kierowanie się zasadą przejrzystości powoduje zwiększenie konkurencyjności ofert i cen w nich zawartych. Procedura gwarantująca przejrzystość, w szczególności w zakresie umożliwiającym konkurencji kontrolę działań wykonawcy, skutkuje zwykle obniżeniem ceny do poziomu adekwatnego do przedmiotu zamówienia. Jeżeli zainteresowani wykonawcy są

³⁶⁷ *Raport z badania dotyczącego niskiej konkurencyjności w zamówieniach publicznych*. Warszawa 2019, s. 9. Źródło: https://www.uzp.gov.pl/__data/assets/pdf_file/0020/42077/Raport-z-badania-dotyczacego-niskiej-konkurencyjnosci-w-zamowieniach-publicznych.pdf [dostęp: 20.04.2021].

³⁶⁸ Ch. Bovis: *Research handbook on EU Public Procurement Law*. Cheltenham 2016, s. 35.

świadomości determinacji instytucji zamawiającej do zakupu, automatycznie pojawia się element konkurencji.

W badaniach kierowanych przez C.F. Chao³⁶⁹ badano wpływ przejrzystości informacji na wartość firmy. Badacze odkryli silną pozytywną korelację między przejrzystością informacji a wartością firmy. To znaczy: im bardziej przejrzysta jest informacja o przedsiębiorstwie, tym wyższa jest jego wartość. Co istotne, wynik badań wskazuje, że terminowość ujawnienia informacji jest najważniejszym czynnikiem przejrzystości informacji i że ma pozytywny związek zarówno z ceną akcji, jak i zwrotem z kapitału własnego. Wyniki badań mogą mieć, w mojej ocenie, przełożenie na zamówienia publiczne – wskazują one bowiem, że większym zaufaniem darzone są podmioty, których funkcjonowanie jest przejrzyste dla obserwatora. Skoro tak, istnieje szansa, że zwiększenie transparentności procedury zamówień publicznych może wpłynąć na większe zaufanie wykonawców do działań zamawiających.

W kontekście realizacji celów strategicznych zasada przejrzystości postępowania będzie miała istotne znaczenie dla realizacji zamówień zrównoważonych. Po pierwsze, przejrzystość postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zapewnia większą konkurencyjność postępowania i może wpłynąć na zwiększenie liczby uczestników zainteresowanych postępowaniem. Takie okoliczności sprzyjają obniżeniu ceny, a przy odpowiednim określeniu kryteriów oceny ofert również zwiększeniu jakości dostarczanych usług. W konsekwencji zwiększenie konkurencyjności i umożliwienie wykonawcom konkurencyjności w zakresie nowych rozwiązań może pozytywnie wpłynąć na rozwój rozwiązań innowacyjnych i prośrodowiskowych. Po drugie, zachowanie zasady przejrzystości w postępowaniach bardziej skomplikowanych pozwoli zapewnić wykonawcom możliwość weryfikacji, czy postępowanie zostało przeprowadzone prawidłowo i nie zapewniało preferencyjnego traktowania jednego z uczestników postępowania. Po trzecie, zasada przejrzystości stanowi narzędzie dla zamawiającego, umożliwiające kontrolę wybranego wykonawcy w zakresie wykonywania zamówienia, w szczególności w zakresie ochrony środowiska, a także w zakresie wykonywania obowiązków społecznych przewidzianych w umowie.

Jednym z elementów przejrzystości postępowania jest jawność. Zgodnie z art. 18 Nowej ustawy PZP postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne, a ograniczenie jawności może

³⁶⁹ C.F. Chao, C.C. Hsu, H.S. Yeh: *The relationship between information transparency and firm value: evidence from Taiwan*. "International Journal of Business Excellence" 2010, nr 2, s. 125–141.

nastąpić tylko w przypadkach przewidzianych ustawą. Zakres tej regulacji wynika z konstytucyjnej zasady jawności działań podmiotów publicznych. Zgodnie z art. 61 Konstytucji:

„[...] prawo to obejmuje również uzyskiwanie informacji o działalności organów samorządu gospodarczego i zawodowego, a także innych osób oraz jednostek organizacyjnych w zakresie, w jakim wykonują one zadania władzy publicznej i gospodarują mieniem komunalnym lub majątkiem Skarbu Państwa”³⁷⁰.

Tym samym wszystkie przypadki ograniczenia jawności muszą być szczególnie uzasadnione i mieć swoje uzasadnienie w ustawach, co zostało potwierdzone w orzecznictwie KIO. Zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 4 czerwca 2013 r.:

„[...] jawność postępowania jest zasadą, czyli ma ona pierwszorzędne znaczenie na wszystkich etapach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Wszelkie odstępstwa od tej zasady muszą być uzasadnione i udowodnione. Złożenie gołosłownych wyjaśnień, bez wskazania konkretnych dowodów, nie może być podstawą do jej ograniczenia. Przyjęcie odmiennej argumentacji pozwoliłoby wykonawcom biorącym udział w przyszłych postępowaniach dokonywanie zastrzeżeń jawności informacji zawartych w ofertach w każdym przypadku, w którym takie zastrzeżenie uznałoby za korzystne dla siebie, bez konieczności poczynienia jakichkolwiek wcześniejszych starań, pozwalających na zachowanie poufności tych informacji. Takie działanie prowadziłoby do nagminnego naruszania zasady jawności postępowania i jako takie, byłoby zjawiskiem niekorzystnym oraz niebezpiecznym z punktu widzenia również takich zasad postępowania, jak zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców”³⁷¹.

Ograniczenia zasady jawności mogą nastąpić w następujących przypadkach:

- w przypadku konieczności zagwarantowania ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca zastrzegł ją w ofercie;
- w zakresie ochrony danych osobowych w związku z wejściem w życie rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z dnia 27 kwietnia 2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE (ogólne rozporządzenie o ochronie danych) (Dz. Urz. UE L 119 z 04.05.2016, str. 1, z późn. zm.);

³⁷⁰ Art. 61 Konstytucji RP.

³⁷¹ Wyrok KIO z dnia 4 czerwca 2013 r. o sygn. akt KIO 1187/13.

- ze względu na specyfikę zamówienia, tj. w szczególności zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa mogą zostać utajnione;
- z mocy Nowej ustawy PZP charakter poufny mają następujące tryby udzielania zamówień: negocjacje bez ogłoszenia, dialog konkurencyjny i negocjacje z ogłoszeniem;
- zgodnie z art. 371 ust. 4 Nowej ustawy PZP, dotyczącym zamówień sektorowych, zamawiający sektorowy może zobowiązać wykonawców do zachowania poufnego charakteru informacji przekazywanych im w toku postępowania o udzielenie zamówienia;
- zamawiający może również przewidzieć ograniczenie jawności poprzez zobowiązanie uczestników do zachowania poufności. Wykonawca dopiero po zobowiązaniu się do zachowania poufności otrzymuje utajnioną część dokumentacji zamówienia.

Powyższe wskazuje, że wyjątki od stosowania zasady przejrzystości i jawności są precyzyjne, ponadto nie pozwalają na swobodne ograniczenie jawności postępowania przez zamawiającego. Zasada przejrzystości i jawności przyczynia się do zapewnienia dostępności zamówień publicznych, zwiększenia zaufania wykonawców do działań sektora publicznego. Jest więc zasadą potrzebną, pomimo że nie przyczynia się bezpośrednio do realizacji celów strategicznych.

7. Zasada bezstronności i obiektywizmu

Zgodnie z art. 24 Dyrektywy klasycznej:

„Państwa członkowskie zapewniają podjęcie przez instytucje zamawiające odpowiednich środków, by skutecznie zapobiegać konfliktom interesów, a także rozpoznawać i likwidować je, gdy powstają w związku z prowadzeniem postępowań o udzielenie zamówień, by nie dopuścić do ewentualnego zakłócenia konkurencji i zapewnić równe traktowanie wszystkich wykonawców”³⁷².

Dyrektywa klasyczna zwraca szczególną uwagę na unikaniu konfliktu interesów w procesie udzielania zamówień publicznych. W ten sposób możliwe jest ograniczenie działań, które mogłyby być postrzegane jako faworyzujące, dyskryminujące lub w inny sposób zmieniające pozycję wykonawców w postępowaniu. W dalszej części artykułu zostało zdefiniowane pojęcie konfliktu interesów, które obejmuje:

³⁷² Art. 24 Dyrektywy klasycznej.

„[...] co najmniej każdą sytuację, w której członkowie personelu instytucji zamawiającej lub dostawcy usług w zakresie obsługi zamówień działającego w imieniu instytucji zamawiającej biorący udział w prowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia lub mogący wpłynąć na wynik tego postępowania mają, bezpośrednio lub pośrednio, interes finansowy, ekonomiczny lub inny interes osobisty, który postrzegać można jako zagrażający ich bezstronności i niezależności w związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia”³⁷³.

Dyrektywa adresuje zasadę bezstronności do państw, które mają stworzyć warunki ograniczające możliwość pojawienia się konfliktu interesu.

W związku z nałożonym na państwa członkowskie obowiązkiem prawodawca uwzględnił w Nowej ustawie PZP warunki sprzyjające ograniczeniu konfliktu interesów. Zgodnie z art. 17 ust. 3 ustawy PZP, „czynności związane z przygotowaniem oraz przeprowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia wykonują osoby zapewniające bezstronność i obiektywizm”. Zasada skierowana jest do wszystkich podmiotów uczestniczących w postępowaniu, nie ogranicza się wyłącznie do członków komisji przetargowej³⁷⁴. Dodatkowo nie ma znaczenia, jaki stosunek umowy łączy dany podmiot z zamawiającym. Zakaz obejmuje osoby niepozostające z zamawiającym w stosunku pracy; nie muszą one uczestniczyć również w całym procesie udzielania zamówienia (np. biegli, rzeczoznawcy czy eksperci)³⁷⁵. Niezależnie od powyższego zasady bezstronności i obiektywizmu obowiązują nie tylko w trakcie samego przeprowadzania postępowania, lecz na każdym etapie udzielania zamówienia publicznego. Istotne jest więc, by działania zamawiającego – dla przykładu jeszcze przed ogłoszeniem postępowania – nie dawały przewagi żadnemu z uczestników postępowania.

Skoro wiadomo już, kto jest zobowiązany do działania zgodnie z zasadami bezstronności i obiektywizmu, konieczne jest ustalenie, czym są te zasady i w jakich przypadkach można zauważyć ich wpływ. W rozumieniu etycznym:

„[...] zasada bezstronności polega na niedopuszczaniu do podejrzeń o konflikt interesów, nieprzyjmowaniu żadnych korzyści materialnych ani osobistych w związku z prowadzonymi sprawami dotyczącymi zamówień publicznych. Wprowadza zalecenie dla sprawujących funkcje publiczne, by w trakcie podejmowania decyzji kierowali się jedynie dobrem publicznym.

³⁷³ Tamże.

³⁷⁴ Wyrok KIO z dnia 18 września 2009 r. o sygn. akt KIO/KD 31/09.

³⁷⁵ M. Bielikow-Kucharska: *Odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych w obszarze zamówień publicznych*, Warszawa 2016.

W odniesieniu do osób wykonujących czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia wskazuje, że powinny one pozostawać z wykonawcą w takim stosunku prawnym lub faktycznym, by nie stwarzało to uzasadnionych wątpliwości co do bezstronności względem wykonawców. Nie powinny one kierować się chęcią odniesienia korzyści finansowych dla siebie, krewnych czy przyjaciół³⁷⁶.

W konsekwencji należy uznać, że zasada bezstronności polega na podejmowaniu działań neutralnych (niefaworyzujących żadnego uczestnika postępowania), bez uprzedzeń i w oparciu o obiektywne wytyczne postępowania. Dlatego też zasadę bezstronności należy interpretować łącznie wraz z zasadą obiektywizmu.

Działanie osób występujących w imieniu zamawiającego powinno być nakierowane na stworzenie warunków zapewniających równy dostęp do informacji, a podejmowanie decyzji powinno przebiegać w oparciu o merytoryczne kryteria. W ten sposób realizowana jest zasada obiektywizmu. Najważniejszym czynnikiem jest wprowadzenie merytorycznych kryteriów pozwalających obiektywnie ocenić (niezależnie od własnych poglądów) zasadność (lub jej brak) podejmowanych decyzji. Skutkiem stosowania tej zasady jest możliwość przeprowadzenia prawidłowej oceny podejmowanych działań – ponieważ możemy zweryfikować tę prawidłowość w oparciu o przepisy lub postanowienia określone w dokumentacji przetargowej.

Zasada bezstronności i obiektywizmu ma istotny wpływ na realizację celów strategicznych. Poprzez ograniczenie konfliktów interesu oraz zapewnienie merytorycznych kryteriów wyboru oferty możliwe jest prawidłowe porównanie ofert, co pozwala na wybór oferty najkorzystniejszej dla zamawiającego i założonego przez niego celu.

8. Zasada elektronicznych środków komunikacji

Zasada elektronicznych środków komunikacji stanowi nowość w systemie zamówień publicznych w Polsce, chociaż na gruncie prawa europejskiego funkcjonuje co najmniej od czasu wejścia w życie Dyrektywy klasycznej. Co najmniej, ponieważ już dyrektywa 2004/18/WE z 2004 r. wskazywała na możliwość wykorzystania narzędzi elektronicznych przy udzielaniu zamówień. Dyrektywa klasyczna natomiast przewiduje pełną elektronizację zamówień publicznych. Zgodnie z motywem 52 tejże dyrektywy:

³⁷⁶ P. Cząstka: *Etyczne aspekty postępowania o udzielenie zamówienia publicznego*. „Zamówienia Publiczne Doradca” 2014, nr 1, s. 40–49.

„Publikację informacji dotyczących zamówień w znacznym stopniu mogą ułatwić elektroniczne środki informacji i komunikacji; mogą one też poprawić skuteczność i przejrzystość procesu udzielania zamówień. Środki te powinny stać się standardowymi środkami komunikacji i wymiany informacji w postępowaniach o udzielanie zamówień, ponieważ znacząco zwiększają one możliwości udziału wykonawców w postępowaniach o udzielanie zamówień na całym rynku wewnętrznym. W tym celu przekazywanie ogłoszeń w formie elektronicznej, elektroniczna dostępność dokumentów zamówienia oraz – po 30-miesięcznym okresie przejściowym – w pełni elektroniczna komunikacja oznaczająca komunikację za pomocą środków elektronicznych na wszystkich etapach postępowania, łącznie z przekazywaniem wniosków o dopuszczenie do udziału i w szczególności przekazywaniem ofert (elektroniczne składanie ofert), powinny być obowiązkowe. Państwa członkowskie i instytucje zamawiające powinny zachować swobodę w kwestii podjęcia dalej idących środków”³⁷⁷.

Dyrektywa klasyczna wskazuje na konieczność pełnej elektronicznej zamówień na każdym etapie postępowania. Zarówno na etapie komunikowania się z wykonawcami, jak i przy składaniu wniosków o udział w postępowaniu lub składaniu ofert. Stosowanie elektronicznych środków komunikacji ma zapewnić lepszą realizację pozostałych zasad, między innymi efektywności i przejrzystości postępowania. Zdaniem prawodawcy ma ona również przyczynić się do obniżenia kosztów prowadzenia postępowania (związanych w szczególności z przechowywaniem dokumentacji) nawet o 20 proc.³⁷⁸ Wykorzystywane w komunikacji elektronicznej narzędzia powinny zapewnić większą dostępność postępowania, również dla osób niepełnosprawnych, natomiast właściwości techniczne nie powinny dyskryminować poszczególnych wykonawców ani ograniczać dostępu do udziału w postępowaniu. Potencjał w wykorzystaniu elektronicznych środków komunikacji jest więc duży.

Mówiąc o środkach komunikacji elektronicznej, konieczne jest sięgnięcie do definicji zawartej w ustawie o świadczeniu usług drogą elektroniczną³⁷⁹. Zgodnie z definicją wyrażoną w tejże ustawie, środkami komunikacji elektronicznej są „rozwiązania techniczne, w tym urządzenia teleinformatyczne i współpracujące z nimi narzędzia programowe, umożliwiające indywidualne porozumiewanie się na odległość przy wykorzystaniu transmisji danych między

³⁷⁷ Motyw 52. Dyrektywy klasycznej.

³⁷⁸ Zob. Uzasadnienie do projektu Nowej ustawy PZP.

³⁷⁹ Ustawa z dnia 18 lipca 2002 r. o świadczeniu usług drogą elektroniczną (Dz. U. z 2019 r. poz. 123 i 730).

systemami teleinformatycznymi, a w szczególności pocztę elektroniczną³⁸⁰. Środkami komunikacyjnymi w świetle zamówień publicznych są: mail, platformy i strony internetowe. Nowa ustawa PZP rezygnuje z powszechnego wykorzystania faksu³⁸¹. Oferty, wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oraz wszelkie oświadczenia i dokumenty, dla których istnieje wymóg podpisania kwalifikowanym podpisem elektronicznym, mogą być przekazywane wyłącznie za pośrednictwem systemu teleinformatycznego.

Centralni zamawiający zobowiązani są do przeprowadzania postępowań przy użyciu środków elektronicznych od 18 kwietnia 2017 r. Od 2018 r. wykonawcy biorący udział w zamówieniach w Polsce wypełniają Jednolity Europejski Dokument Zamówienia (*The European Single Procurement Document* – ESPD; w Polsce – JEDZ) w wersji elektronicznej. Dokument ten służy poświadczeniu faktu spełnienia kryteriów wykluczenia i wyboru zamówień publicznych, takich jak brak zaległych płatności podatkowych czy działalności przestępczej. Wprowadzenie tego ujednoliconego formularza stanowiło pierwszy krok do zwiększenia elektronizacji postępowania. Nowy obowiązek wprowadził dużo zamieszania: zarówno wykonawcy, jak i zamawiający musieli nauczyć się wykorzystywać narzędzia elektroniczne, takie jak np. podpis kwalifikowany i jego późniejsza weryfikacja. Pojawiały się również problemy związane z rozszyfrowaniem dokumentów³⁸². Ostatecznie pełna elektronizacja zamówień była przesuwana w czasie kilkakrotnie. Pierwotnie miała nastąpić 18 października 2018 r., później 1 stycznia 2020 r.³⁸³, by ostatecznie weszła w życie 1 stycznia 2021 r., czyli wraz z wejściem w życie Nowej ustawy PZP³⁸⁴. Okoliczności faktyczne jednak, związane z szerzeniem się pandemii COVID-19 w 2020 r. sprawiły, że większość procesów związanych z zamówieniami publicznymi wykonywana była przy użyciu środków elektronicznych wcześniej, niż przewidział to prawodawca.

Zasada wykorzystywania elektronicznych środków komunikacji nie ma charakteru absolutnego. Wyłączenia zastosowania środków komunikacji elektronicznej zostały

³⁸⁰ Art. 2 pkt 5 ustawy z dnia 18 lipca 2002 r. o świadczeniu usług drogą elektroniczną (Dz. U. z 2019 r. poz. 123 i 730).

³⁸¹ Od 1 stycznia 2021 r. faks może być wykorzystywany jedynie w postępowaniach o udzielenie zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa.

³⁸² *Informacja o działalności Krajowej Izby Odwoławczej w 2018 roku*. Warszawa 2019, s. 20–24.

³⁸³ Ustawa zmieniająca ustawę – *Prawo zamówień publicznych* oraz Ustawę o zmianie ustawy – *Prawo zamówień publicznych* oraz niektórych innych ustaw z dnia 20 lipca 2018 r. (Dz.U. z 2018 r. poz. 1603).

³⁸⁴ Ustawa o zmianie niektórych ustaw w celu ograniczenia zatorów płatniczych z dnia 19 lipca 2019 r. (Dz.U. z 2019 r. poz. 1649).

wymienione w art. 65 Nowej ustawy PZP, która przewiduje możliwość odstąpienia od użycia omawianych środków ze względu na wyspecjalizowany charakter zamówienia lub gdy nie istnieje gwarancja zapewnienia ochrony informacji w dostatecznym stopniu. W praktyce odstąpienie od zastosowania elektronicznych środków komunikacji będzie miało zastosowanie w przypadku zamówień wymagających dostarczenia próbek czy modeli, a także sytuacji, gdy dokumentacja wymaga użycia oprogramowania kosztownego lub trudno dostępnego³⁸⁵.

Pełne urzeczywistnienie zasady wykorzystania elektronicznych środków komunikacji wpłynie pozytywnie na zwiększenie dostępności zamówień publicznych, w szczególności dla sektora MŚP, zmniejszy obciążenia administracyjne związane z przeprowadzeniem postępowania, obniży koszty postępowania, uprości i przyspieszy procedurę udzielania zamówienia³⁸⁶. Pośrednio więc zasada ta przyczyni się do realizacji celów zamówień publicznych.

9. Zasada pisemności

Zasada pisemności zobowiązuje wszystkich uczestników postępowania o udzielenie zamówienia publicznego do składania oświadczeń w formie pisemnej. Zgodnie z definicją art. 2 pkt 18 Dyrektywy klasycznej „*pisemne* lub *na piśmie* oznacza każde wyrażenie złożone ze słów lub cyfr, które można odczytać, powielić, a następnie przekazać, w tym informacje przesyłane i przechowywane za pomocą środków elektronicznych”. Na gruncie polskiej ustawy PZP nie została stworzona odrębna definicja. Art. 20 ust. 1 Nowej ustawy PZP wskazuje na konieczność zachowania w postępowaniu formy pisemnej. W związku z faktem, że w przypadkach nieuregulowanych stosuje się przepisy KC, konieczne jest skorzystanie z regulacji art. 78 § 1 KC, zgodnie z którą „do zachowania pisemnej formy czynności prawnej wystarcza złożenie własnoręcznego podpisu na dokumencie obejmującym treść oświadczenia woli”. Natomiast zgodnie z treścią art. 78¹ § 1 i 2 KC z formą pisemną została zrównana forma dokumentu elektronicznego opatrzonego kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Tym samym jedna i druga forma jest dopuszczalna w postępowaniach³⁸⁷. Jako że zagadnienie to

³⁸⁵ Art. 65 Nowej ustawy PZP.

³⁸⁶ J. Gola, S. Bobowski: *Istota elektroniczacji w systemie zamówień publicznych*. „Prace Naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego we Wrocławiu” 2017, nr 497, s. 261–270.

³⁸⁷ Aktualnie podejmowane są działania w celu jak największego zwiększenia elektroniczności zamówień publicznych. Obecnie postępowania, których wartość przekracza progi unijne, zostały zelektronizowane w całości. W przypadku pozostałych postępowań zamawiający mogą wybrać formę komunikowania się z wykonawcami.

zostało opisane wielokrotnie, zarówno na gruncie ustawy PZP, jak i KC, nie będzie ono przedmiotem dalszych rozważań.

Dyrektywa klasyczna zobowiązuje do sporządzania wszelkich dokumentów postępowania na piśmie. Komunikacja ustna z wykonawcami jest dopuszczalna, o ile zostanie odpowiednio udokumentowana. W motywie 58 Dyrektywy klasycznej podkreślono, że przestrzeganie pisemności postępowania stanowi realizację zasady przejrzystości i równego traktowania. Ze wskazanego motywu można wnioskować, że realizacja tej zasady powinna zmierzać do urzeczywistnienia pozostałych zasad. Oznacza to, że przy badaniu, czy została ona prawidłowo wykonana, należy oceniać ją jako środek do realizacji innych zasad. Taka konstrukcja przemawia za stanowiskiem, że zasada pisemności stanowi zasadę podrzędną w stosunku do zasady równego traktowania i przejrzystości. W konsekwencji nie można przyjąć jej pierwszeństwa przy ważeniu jej doniosłości.

Zgodnie z art. 20 ust. 1 ustawy PZP postępowanie o udzielenie zamówienia, z zastrzeżeniem wyjątków określonych w ustawie, prowadzi się z zachowaniem formy pisemnej. Wprowadzenie tej zasady ma zapewnić prawidłową realizację zasady jawności, gdyż tylko w ten sposób możliwe jest dokumentowanie działań uczestników postępowania, które następnie powinny podlegać udostępnieniu³⁸⁸. Zasada została wyrażona wprost w Nowej ustawie PZP wielokrotnie, tj. między innymi: w zakresie oświadczenia o braku lub istnieniu okoliczności stanowiących podstawę wyłączenia z postępowania (art. 56 ust. 4 Nowej ustawy PZP), w zakresie formy umowy z podwykonawcą (art. 7 pkt 27) Nowej ustawy PZP) czy formy odwołania (art. 508 Nowej ustawy PZP). Prawodawca podkreśla więc konieczność zachowania odpowiedniej formy komunikacji i dokumentacji zamówienia. W konsekwencji należy uznać, że zasada pisemności stanowi środek do realizacji zasady przejrzystości i jawności postępowania, a także zasady równego traktowania. Równocześnie, w mojej ocenie, nie oddziałuje ona bezpośrednio na realizację celów strategicznych. Pośrednio natomiast jej realizacja wpływa na cele strategiczne – w takim stopniu, w jakim pozwala urzeczywistnić zasady, które realizuje.

10. Wybór trybu udzielania zamówień

Zgodnie z motywem 42. Dyrektywy klasycznej:

³⁸⁸ P. Szustakiewicz: *Zasady prawa zamówień publicznych*. Warszawa 2007, s. 180.

„[...] bardzo istotne jest, by instytucje zamawiające miały większą elastyczność, jeśli chodzi o wybór procedury udzielania zamówień zakładającej możliwość negocjacji. Szersze wykorzystywanie tych procedur może także zintensyfikować handel transgraniczny, ponieważ oceny wykazały, że zamówienia udzielone w wyniku procedury negocjacyjnej z uprzednią publikacją są szczególnie skuteczne w odniesieniu do ofert transgranicznych”³⁸⁹.

Dyrektywa stawia szczególny nacisk na wykorzystanie procedur pozwalających na przeprowadzanie negocjacji. Podkreślone zostało, że wykorzystanie między innymi dialogu konkurencyjnego jest użyteczne szczególnie w przypadkach, „gdy instytucje zamawiające nie są w stanie zdefiniować sposobu zaspokojenia swoich potrzeb ani ocenić, co może zaoferować im rynek pod względem rozwiązań technicznych, finansowych lub prawnych”³⁹⁰. Taka sytuacja ma miejsce w szczególności w przypadku zamówień na innowacje.

Art. 10 ustawy PZP z 2004 r. przewidywał prymat stosowania trybów przetargowych. Prawodawca uznał ich stosowanie za zasadę – zamawiający, tylko w przypadkach określonych ustawą, mogli stosować pozostałe tryby, w tym tryby negocjacyjne. Wybór trybu, innego niż przetarg nieograniczony czy przetarg ograniczony, wymagał uzasadnienia w protokole postępowania. Oznacza to, że wprowadzona przez polskiego prawodawcę zasada, która obowiązywała do 31 grudnia 2020 r., stała w sprzeczności z ideą wyrażoną w Dyrektywie klasycznej.

Nowa ustawa PZP nie przewiduje już prymatu trybów przetargowych, natomiast równocześnie nie podkreśla znaczenia pozostałych, bardziej elastycznych trybów. Dodatkowo w Nowej ustawie PZP również istnieje obowiązek uzasadnienia wyboru danego trybu, jeżeli ustawa przewiduje przesłanki jego zastosowania³⁹¹. Oznacza to, że prawodawca polski nie zdecydował się jeszcze na podjęcie konkretnych działań pozwalających na zwiększenie znaczenia trybów negocjacyjnych. Z drugiej jednak strony, Nowa ustawa PZP wprowadziła tryb podstawowy, gdzie w przypadku dwóch z trzech wariantów możliwe jest stosowanie negocjacji. Jest to zmiana w kierunku promowania bardziej elastycznego postępowania, nastawionego na dialog. W tym momencie nie wiadomo jednak, czy wprowadzenie różnych wariantów trybu podstawowego jest wystarczające do zwiększenia znaczenia negocjacji przy udzielaniu zamówień.

³⁸⁹ Motyw 42. Dyrektywy klasycznej.

³⁹⁰ Tamże.

³⁹¹ Art. 72 Nowej ustawy PZP.

Prymat trybów przetargowych stoi w sprzeczności z realizacją celów strategicznych. Tak jak zostało to wskazane w Dyrektywie klasycznej, to właśnie tryby negocjacyjne, bardziej elastyczne, sprzyjają zamówieniom nastawionym na innowacje. Natomiast innowacje bardzo często mogą wpływać na realizację bardziej zielonych i prospołecznych zamówień. Analiza treści Dyrektywy klasycznej prowadzi do wniosku, że wszystkie tryby udzielania zamówień publicznych są sobie równe i w przypadku zamówień w szczególności innowacyjnych – wykorzystujących nowe rozwiązania na rynku – tryby mniej konkurencyjne, ale nastawione na przeprowadzenie negocjacji z wykonawcami, są efektywniejsze. Nie ma podstaw do uznania, że jeden z trybów jest bardziej pożądanym niż pozostałe. Można zaproponować tezę, że na gruncie Dyrektywy klasycznej funkcjonuje zasada równości trybów udzielania zamówień publicznych, a wybór trybu powinien opierać się na właściwościach konkretnego zamówienia.

11. Podsumowanie

Zasady zamówień publicznych uregulowane są zarówno na gruncie prawa unijnego, jak i bezpośrednio w Nowej ustawie PZP. Ich zastosowanie ma istotny wpływ na realizację celów strategicznych, w szczególności poprzez zapewnienie warunków sprzyjających realizacji zamówień nastawionych na realizację celów strategicznych.

Zasada efektywności ma kluczowe znaczenie dla realizacji celów strategicznych zamówień publicznych. Efektywność ekonomiczna pozwala ocenić, czy działania zamawiających pozwoliły na najlepsze wykorzystanie istniejących możliwości. Relacja pomiędzy efektywnością a celami strategicznymi może być w różny sposób postrzegana. Wielu autorów postrzega efektywność jako cel zamówień publicznych. Przeprowadzona analiza wskazuje jednak, że efektywność nie jest celem samym w sobie. Efektywność może zakładać realizację określonych celów – jej definicja może zostać rozszerzona właśnie o realizację poszczególnych celów, natomiast nie powoduje to zmiany funkcji efektywności. Niewątpliwie jednak zasada ta ma kluczowe znaczenie dla funkcjonowania systemu zamówień publicznych i gdyby tworzyć hierarchię samych zasad, można jej przyznać dominującą pozycję.

Pomimo wzrastającej roli celów zamówień publicznych i efektywności, zasady równości i niedyskryminacji, a także konkurencyjności dalej funkcjonują. To właśnie w przypadku tych zasad najczęściej dochodzi do nieprawidłowego określenia ich pozycji względem celów strategicznych. Stanowią one pewnego rodzaju zabezpieczenie przed deformacją zamówień, której skutkiem mogłoby być promowanie konkretnych wykonawców pod pozorem realizacji celów. Interpretacja przepisów powinna uwzględniać, że te zasady pełnią funkcję służebną względem celów zamówień publicznych, a przypisanie im większej wagi niż celom jest błędem.

Zasady przejrzystości postępowania, bezstronności i obiektywizmu, a także pisemności i proporcjonalności mają istotne znaczenie dla prawidłowego przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia. Nie mają one kluczowego znaczenia dla realizacji celów strategicznych, ale zapewniają ochronę przed władcym działaniem zamawiających, których przeważająca większość stanowią jednostki sektora finansów publicznych. Zadaniem tych zasad jest zapewnienie narzędzi do kontrolowania organów publicznych. Stanowią pośrednie narzędzie do realizacji celów.

Analiza poszczególnych zasad pokazała rolę zasad w systemie zamówień publicznych i ich podrzędność względem celów strategicznych. Dodatkowo można zauważyć, że część zasad może być realizowana samodzielnie lub wpływać na realizację pozostałych zasad. Są więc ze sobą ściśle powiązane. Łącznikiem, pozwalającym na równoczesne stosowanie wielu zasad, jest zasada proporcjonalności. Jej prawidłowe wykorzystanie pozwala podejmować działania optymalne i odpowiednie do danej sytuacji przy najpełniejszej realizacji pozostałych zasad. Należy jednak przy tym pamiętać, że realizacja zasad powinna służyć realizacji ustalonych celów strategicznych.

Zasady zostały wyprowadzone dużo wcześniej – ich źródeł możemy doszukiwać się w treści traktatów regulujących funkcjonowanie Unii Europejskiej. Dodatkowo zasady zwykle wyrażone są wprost – tak jak ma to miejsce na gruncie Nowej ustawy PZP. Cele często nie są wyrażone wprost: w Polsce nie funkcjonuje zwyczaj tworzenia preambuł do aktów prawnych, a nie wszyscy stosujący prawo korzystają z materiałów legislacyjnych. Dlatego też konieczne jest ustalenie, jak Polska realizuje cele, jakie ma podejście do roli zasad w systemie zamówień publicznych i czy udało się polskiemu prawodawcy uwzględnić cele strategiczne w Nowej ustawie PZP. Tym zagadnieniom poświęcony zostanie kolejny rozdział pracy.

Zasada elektronicznych środków komunikacji funkcjonuje w systemie zamówień publicznych relatywnie od niedawna. W Europie stosowana jest w pełni od kilku lat, Polska zdecydowała się na jej pełne wdrożenie dopiero 1 stycznia 2021 r. Wykorzystanie elektronicznych środków komunikacji stanowi jednak istotne narzędzie do realizacji pozostałych zasad – te natomiast przyczyniają się do realizacji celów strategicznych.

Rozdział 4. Cele zamówień publicznych w Polsce

1. Wstęp

Cele strategiczne zamówień publicznych nie powstały w próżni, lecz ewoluowały na przestrzeni ostatnich kilkudziesięciu lat. Stanowią część polityki UE, a także poszczególnych państw członkowskich i bezpośrednio oddziałują na funkcjonowanie danej społeczności. Dlatego też, przechodząc do rozważań na gruncie polskim, konieczne jest spojrzenie na zamówienia publiczne jak na proces, który trwa od dawna.

Rozwój zamówień publicznych w Polsce przebiegał odmiennie w stosunku do zachodniej Europy. Zabory, dwie wojny światowe oraz okres komunizmu w Polsce znacząco wpłynęły na rozwój zamówień publicznych oraz celów, które mają być dzięki nim realizowane. Wraz z upadkiem komunizmu Polska podjęła decyzję o ubieganiu się o członkostwo w UE, której częścią stała się w 2004 r. Ta decyzja miała kluczowe znaczenie dla dalszego rozwoju zamówień publicznych. Gdy Polska stała się członkiem UE, prawo wspólnotowe stało się częścią prawa krajowego. Dlatego też cele funkcjonujące w UE powinno odnaleźć się również na gruncie krajowym. Polska nie może porzucić wartości, które przyświecają współczesnej Wspólnocie. Równocześnie jednak Polska miała dużo mniej czasu, by w pełni dopasować się do regulacji UE.

Przedstawienie ewolucji systemu zamówień w Polsce pozwoli wyjaśnić przyczyny aktualnych problemów w polskim systemie zamówień publicznych oraz ustalić, na jakim etapie jest Polska we wdrażaniu prawa wspólnotowego, ze szczególnym uwzględnieniem Dyrektywy klasycznej.

2. Początki zamówień w Polsce

O zamówieniach publicznych można mówić już w okresie I Rzeczypospolitej. Pierwsze zamówienia były udzielane za czasów króla Stanisława Augusta Poniatowskiego. W tym okresie pojawiły się departamenty i komisje królewskie stanowiące odpowiednik dzisiejszych ministerstw. Dobre wyniki stosowania systemu przetargów na usługi wykonywane przez szlachtę, jak choćby propinację (wyłączne prawo szlachcica do produkcji trunków), wpłynęło na rozwój zamówień na roboty budowlane, dostawy i usługi realizowane ze środków

królewskich. Ponadto w 1785 r. rozpoczęto wydawanie dziennika urzędowego, w którym ogłaszano informacje o zamówieniach³⁹².

Zamówienia na usługi i roboty były udzielane również w okresie Królestwa Polskiego, w którym roboty budowlane, dostawy i usługi były udzielane w formie przetargów. Informacje o przetargach były publikowane w dziennikach urzędowych. Przy wyborze najkorzystniejszej oferty decydowała cena. Również w zaborach pruskim i austriackim udzielane były zamówienia na roboty budowlane, o czym świadczą ówczesne akty prawne³⁹³. Trudno jednak w tym przypadku mówić o rozwoju zamówień publicznych w Polsce, skoro w tamtym okresie Polska nie posiadała struktur państwowych.

W początkowym okresie funkcjonowania zamówień trudno mówić o systemie zamówień publicznych. Jest to okres, w którym możliwość współpracy między władzą a ludem dopiero się kształtowała, dlatego też należy uznać, że w tym czasie zamówienia nie realizowały innych funkcji aniżeli zakupowych.

3. Okres międzywojenny

Okres międzywojenny stanowi czas, w którym system zamówień publicznych zaczynał się tworzyć. Po odzyskaniu przez Polskę niepodległości w poszczególnych regionach pozostały wciąż jeszcze regulacje wprowadzone przez zaborców. Na terenach byłego zaboru rosyjskiego obowiązywała ustawa o dostawach i robotach rządowych z 1900 r. W byłym zaborze pruskim obowiązywały ogólne przepisy o udzielaniu zamówień na dostawy i roboty, wydane wspólnie przez ministrów robót publicznych oraz handlu i przemysłu, ogłoszone 12 lutego 1906 r. Natomiast na terenie byłego zaboru austriackiego funkcjonowało rozporządzenie tzw. pełnego ministerstwa austriackiego z 3 kwietnia 1909 r. dotyczące oddawania przedsiębiorstwom dostaw i robót państwowych³⁹⁴. Dlatego też w odrodzonej Polsce w pierwszej kolejności podjęto działania w celu ujednoczenia istniejących systemów prawnych. W 1918 r. został wydany Dekret o utworzeniu Urzędu Rozdzielczego, który miał za zadanie zlecać zamówienia na wyroby przemysłowe³⁹⁵. Uchwałą Komitetu Ekonomicznego Ministrów z dnia 6 czerwca

³⁹² E. Smoktunowicz: *Doświadczenia historyczne w zakresie przetargów na roboty budowlane*. „Rynek Zamówień Publicznych” 1997, nr 1, s. 7.

³⁹³ O. Rytel: *Rozwój zamówień publicznych w Polsce*. „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Przyrodniczo-Humanistycznego w Siedlcach” 2012, nr 95, s. 499

³⁹⁴ Zob. *Wstęp* do: E.A. Norek: *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*. Wyd. II, Warszawa 2006.

³⁹⁵ E. Przeszło: *Przetarg jako forma rozporządzania mieniem publicznym*. „Przegląd Prawa Handlowego” 1996, nr 6, s. 16.

1925 r. wraz z uzupełniającym okólnikiem z dnia 19 września 1925 r. wprowadzono wytyczne dla udzielania zamówień publicznych podmiotom zagranicznym. Uznano, że zamówienia powinny być wykonywane przez podmioty krajowe, chyba że w Polsce nie jest możliwe uzyskanie takiej usługi lub produktu.

W latach 20. XX wieku realizowano również projekty oparte na rozwiązaniach podobnych do współczesnych koncesji. Ustawą z dnia 14 października 1921 r. o udzielaniu koncesji na koleje żelazne prywatne³⁹⁶ wprowadzono do Polskiego systemu prawnego regulacje normujące stosunki pomiędzy Skarbem Państwa a przyszłymi właścicielami budowanych kolei. W późniejszym okresie pojawiły się kolejne akty prawne regulujące współpracę państwa z podmiotami prywatnymi, takie jak ustawa z dnia 27 kwietnia 1931 r. o oddaniu „Francusko-Polskiemu Towarzystwu Kolejowemu” Spółce Akcyjnej w Paryżu kolei Herby Nowe–Gdynia z odnogą Siemkowice–Częstochowa do eksploatacji oraz o udzielaniu poręki państwowej³⁹⁷, a także zarządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 27 kwietnia 1931 r. o nadaniu „Francusko-Polskiemu Towarzystwu Kolejowemu” Spółce Akcyjnej (Compagnie Franco-Polonaise de Chemins de Fer) w Paryżu koncesji na dokończenie budowy i eksploatację kolei Herby Nowe–Gdynia z odnogą Siemkowice–Częstochowa³⁹⁸. W ten sposób polski rząd próbował zainteresować kapitał prywatny inwestycjami w lokalne linie kolejowe³⁹⁹. Rozprzestrzeniający się kryzys gospodarczy zmusił polski rząd do podjęcia działań w celu optymalizacji zamówień. W literaturze polskiej okresu międzywojennego podkreślano konieczność stworzenia odpowiedniej polityki zakupowej państwa. Na mocy uchwały Komitetu Ekonomicznego Ministrów z dnia 4 lutego 1930 roku powołano – w ramach Ministerstwa Przemysłu i Handlu – Komisję dla uzgadniania programu inwestycji i zakupów instytucji państwowych. Celem funkcjonowania komisji było podjęcie działań w celu zmniejszenia bezrobocia oraz ograniczenia skutków wielkiego kryzysu gospodarczego z 1929 r.⁴⁰⁰ Prawodawca zauważył, że zamówienia ogłaszane przez jednostki państwowe mają istotne znaczenie dla rozwoju gospodarki. W związku z tym konieczne było całościowe uregulowanie tego rynku. Pomimo obowiązywania uchwały i okólnika z 1925 r., dostawy

³⁹⁶ Dz.U., nr 88, poz. 646.

³⁹⁷ Dz.U., nr 40, poz. 348.

³⁹⁸ Dz.U. z 1931 r., nr 40, poz. 350.

³⁹⁹ A. Panasiuk: *Wpływ rozwiązań przyjętych w dyrektywie 2014/23 UE na kształt pojęcia koncesji zdefiniowanego w u stawie o u mowie koncesji na roboty budowlane lub usługi*. „Studia Prawno-ekonomiczne” 2017, t. CIII, s. 79–80.

⁴⁰⁰ W. Lewandowski: *Drogi rozwoju gospodarczego Polski w latach 1926–1931*. Warszawa 1931, s. 20.

i roboty nie były objęte jednolitymi regulacjami na terenie całego kraju – formalnie zastosowanie miały regulacje państw zaborczych. Dlatego też przełomem stało się uchwalenie Ustawy z dnia 15 lutego 1933 r. o dostawach i robotach na rzecz Skarbu Państwa, samorządu oraz instytucji prawa publicznego⁴⁰¹. Jej najistotniejszym celem było zwiększenie udziału polskiego kapitału i surowców w realizacji zamówień publicznych. Zgodnie z ustawą sektor publiczny miał obowiązek korzystać z usług polskich wyrobów pochodzenia krajowego, chyba że produkcja krajowa jest niewystarczająca do realizacji danego zamówienia. Nacjonalizacja zamówień była również widoczna w rozporządzeniu wykonawczym do ww. ustawy z dnia 29 stycznia 1937 r. o tej samej nazwie⁴⁰². W tym akcie szczegółowo zostały określone zasady udzielania zamówień na dostawy i roboty budowlane. Rozporządzenie wprowadziło jako zasadę pisemność przetargu nieograniczonego. Zamówienia z wolnej ręki stanowiły jedynie rozwiązanie wyjątkowe, w przypadkach przewidzianych prawem. Wprowadzone regulacje zmierzały do zapewnienia konkurencyjności, pisemności i jawności postępowania. Celem zamówień publicznych było jednak wspieranie narodowej gospodarki. Było to uzasadnione ze względu na konieczność odbudowy kraju po I wojnie światowej. W poszukiwaniu analogii do aktualnych regulacji można również przyjąć, że celem ustawy i rozporządzenia o dostawach i robotach na rzecz Skarbu Państwa, samorządu oraz instytucji prawa publicznego było efektywne wydatkowanie środków w kontekście wspierania krajowej gospodarki. Akty te ujednoliciły system zamówień publicznych w Polsce, co ułatwiło zarówno zamawiającym, jak i wykonawcom, uczestnictwo w postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych.

Okres międzywojenny stanowił złoty czas dla rozwoju zamówień publicznych. Struktury państwowe i prawne dopiero się tworzyły. Państwo korzystało z najnowocześniejszych rozwiązań funkcjonujących w zachodniej Europie. Ustawa z dnia 15 lutego 1933 r. o dostawach i robotach na rzecz Skarbu Państwa, samorządu oraz instytucji prawa publicznego⁴⁰³ oraz Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 29 stycznia 1937 r., zdaniem autora, stanowiło dobrą podstawę funkcjonowania systemu zamówień publicznych. W tym okresie głównym celem systemu zamówień publicznych było zapewnienie odpowiednich warunków do wydatkowania środków publicznych. Czas ten sprzyjał rozwojowi zasad

⁴⁰¹ Dz. Ust. nr 19 z 1933 r. z dnia 24 marca 1933 r. poz. 127, 128.

⁴⁰² Rozporządzenie o dostawach i robotach na rzecz Skarbu Państwa, samorządu oraz instytucji prawa publicznego Rady Ministrów o dostawach i robotach na rzecz Skarbu Państwa, samorządu oraz instytucji prawa publicznego (Dz. Ust. nr 13 z 1937 r. poz. 92).

⁴⁰³ Dz. Ust. nr 19 z 1933 r. z dnia 24 marca 1933 r. poz. 127, 128.

funkcjonowania zamówień publicznych, a aspekty pozacenowe dotyczyły jedynie wsparcia podmiotów krajowych.

4. Okres PRL

Po drugiej wojnie światowej doszło do kryzysu systemu zamówień publicznych w Polsce. Wraz z likwidacją gospodarki wolnorynkowej nie było potrzeby regulacji udzielania zamówień – ustawa z 1933 r. oraz rozporządzenie z 1937 r. utraciły swoją moc. Wprowadzono dwie podstawowe wartości ustroju, tj. system centralnego planowania oraz nakazowo-rozdzielczy. Zamówienia publiczne zostały zastąpione przekazywaniem realizacji zadań publicznych jednostkom gospodarki uspołecznionej⁴⁰⁴. Dnia 18 listopada 1948 r. została wydana ustawa o dostawach, robotach i usługach na rzecz Skarbu Państwa, samorządu oraz niektórych kategorii osób prawnych. Przewidywała ona możliwość udzielania zamówień w trybie przetargu nieograniczonego i w trybie bezprzetargowym, z tym że podmioty niebędące jednostkami uspołecznionymi mogły otrzymać zamówienie jedynie w sytuacji, gdy żadne przedsiębiorstwo państwowe nie było w stanie wykonać danego zamówienia⁴⁰⁵. Kolejna regulacja – Ustawa z dnia 28 grudnia 1957 r. o dostawach, robotach i usługach na rzecz jednostek państwowych zastępowała poprzednią ustawę i rozszerzyła krąg podmiotów mogących realizować zamówienia dla Skarbu Państwa. Po pierwsze, umożliwiono udzielenie zamówienia instytucjom lub organizacjom korzystającym z dotacji państwowych oraz określono progi, poniżej których możliwe jest udzielanie zamówień podmiotom prywatnym (dla dostaw próg ten wynosił 5 000 zł, dla robót remontowo-budowlanych – 60 000 zł oraz dla pozostałych robót i usług – 15 000 zł). W dalszym ciągu faworyzowane jednak było udzielanie zamówień jednostkom uspołecznionym⁴⁰⁶. Akt ten obowiązywał do 1 stycznia 1984 r., kiedy to został uchylony Ustawą z dnia 21 grudnia 1983 r. o zmianie niektórych ustaw wprowadzających reformę gospodarczą.

Wpływ na funkcjonowanie zamówień publicznych miała Ustawa z dnia 26 lutego 1982 r. o planowaniu społeczno-gospodarczym⁴⁰⁷, gdyż dopuszczała możliwość udzielania

⁴⁰⁴ *Finanse publiczne i prawo finansowe*. Red. C. Kosikowski, E. Ruśkowski. Warszawa 2003, s. 687–688.

⁴⁰⁵ Ustawa z dnia 18 listopada 1948 r. o dostawach, robotach i usługach na rzecz Skarbu Państwa, samorządu oraz niektórych kategorii osób prawnych (Dz.U. 1948 nr 63 poz. 494).

⁴⁰⁶ Ustawa z dnia 28 grudnia 1957 r. o dostawach, robotach i usługach na rzecz jednostek państwowych (Dz.U. 1958 nr 3 poz. 7).

⁴⁰⁷ Dz.U. 1982 nr 7 poz. 51.

zamówień rządowych podmiotom sektora prywatnego. Świadczy o tym między innymi art. 6 tej ustawy, który stanowił:

„Kierunkową zbieżność działania jednostek gospodarczych z celami określonymi w planach centralnych i terytorialnych zapewniają: umowy zawierane przez organy administracji państwowej bądź przez wyznaczone przez nie jednostki organizacyjne z jednostkami gospodarki uspołecznionej oraz umowy zawierane między przedsiębiorstwami i innymi organizacjami gospodarczymi”⁴⁰⁸.

Ustawa obowiązywała do 17 grudnia 1990 r. Regulacje *stricte* dotyczące zamówień zostały zawarte w uchwałach Rady Ministrów⁴⁰⁹, które wprawdzie odnosiły się do celów, jednakże celów samego dokumentu, a nie wprowadzanej regulacji. Przykładem może być treść uchwały nr 59 z dnia 23 maja 1983 r., zgodnie z którą dokument został wydany „w celu zapewnienia terminowej realizacji wybranych inwestycji centralnych, mających wpływ na prawidłowy rozwój ważnych dziedzin gospodarki narodowej”⁴¹⁰. Uchwały te dopuszczały możliwość udzielania zamówień w trybie przetargu nieograniczonego.

Powyższe regulacje nie tworzyły systemu zamówień publicznych. W państwie o ustroju demokracji ludowej, dążącej do urzeczywistnienia idei socjalizmu, gdzie większość gospodarki była upaństwowiona, nie było miejsca na zamówienia publiczne, które z istoty wymagają istnienia kapitału prywatnego i współpracy pomiędzy państwem a tym rynkiem. Analiza pokazała jednak, że również w takich okolicznościach ta współpraca może się pojawić. Pomimo że w tym okresie nie można mówić o istnieniu systemu zamówień publicznych, warto zauważyć, że te pojedyncze regulacje podkreślały znaczenie wartości, jakimi ma się kierować państwo i współpracujące z nim podmioty. Regulacje z okresu PRL, dużo bardziej niż wcześniejsze i późniejsze, podkreślały cele zamówień. Bardzo często wprost wskazywały na konieczność wspierania gospodarki i społeczeństwa. Inaczej tylko rozumiały, czym to wsparcie ma być.

⁴⁰⁸ Art. 6 ustawy z dnia 26 lutego 1982 r. o planowaniu społeczno-gospodarczym.

⁴⁰⁹ Uchwała Rady Ministrów z dnia 23 maja 1983 roku w sprawie zamówień rządowych na realizację wybranych inwestycji centralnych lub uchwała Rady Ministrów z dnia 4 listopada 1983 roku w sprawie zamówień rządowych na materiały i wyroby.

⁴¹⁰ Preambuła uchwały Rady Ministrów z dnia 23 maja 1983 roku w sprawie zamówień rządowych na realizację wybranych inwestycji centralnych.

5. Okres III RP

W związku z faktem, że w Polsce Ludowej zamówienia publiczne nie miały istotnego znaczenia dla państwa, ich rozwój był ograniczony. Etap transformacji prawa polskiego w celu dopasowania do prawa europejskiego zmusił polskiego prawodawcę do przyspieszonego działania. Polska włączyła się do ewolucji europejskiego rynku zamówień publicznych dopiero na etapie IV generacji zamówień publicznych, o których mowa była już w rozdziale drugim pracy.

Do 1 stycznia 1995 r. Polska nie posiadała żadnych regulacji dotyczących zamówień. Tego dnia weszła w życie Ustawa z dnia 10 czerwca 1994 r. o zamówieniach publicznych. Nazwa ta po raz pierwszy pojawiła się na gruncie polskiego prawodawstwa i wywodziła się z angielskiego odpowiednika *public procurement*⁴¹¹. Nowa ustawa zawierała nowoczesne, jak na ówczesne czasy, rozwiązania. Przewidywała sześć trybów udzielania zamówień publicznych (trzy tryby przetargowe: przetarg nieograniczony, ograniczony i dwustopniowy oraz trzy nieprzetargowe: negocjacje z zachowaniem konkurencji, zapytanie o cenę i zamówienia z wolnej ręki). Określono w niej prymat przetargu nieograniczonego. Celem omawianej ustawy, zgodnie z treścią uzasadnienia projektu, było wprowadzenie mechanizmów sprzyjających racjonalnemu, efektywnemu i uczciwemu gospodarowaniu środkami publicznymi⁴¹². Ustawa ta wprowadziła zasadę równego traktowania z zastrzeżeniem możliwości ograniczenia kręgu podmiotów, które mogły ubiegać się o zamówienie do wykonawców lub dostawców krajowych. Oprócz tego funkcjonowały zasady jawności, konkurencyjności oraz kontroli postępowania⁴¹³. Ostateczny kształt ustawy z 1994 r. możemy zawdzięczać dorobkowi II Rzeczypospolitej – Ustawie z dnia 15 lutego 1933 r. o dostawach i robotach na rzecz Skarbu Państwa, samorządu oraz instytucji prawa publicznego oraz wpływom Wspólnot Europejskich. Polska od 1990 r. oficjalnie rozpoczęła ubieganie się o członkostwo we Wspólnotach. Lata 90. były więc okresem, w którym konieczne było przystosowanie ustawodawstwa do standardów wspólnotowych. Polski prawodawca nie dostrzegał możliwości związanych z instrumentalizacją zamówień publicznych.

⁴¹¹ T. Grzeszczyk: *Zamówienia publiczne w reformowanej gospodarce polskiej. Doświadczenia i przyszłość*. Częstochowa 1996, s. 25.

⁴¹² Uzasadnienie projektu ustawy z dnia 10 czerwca 1994 r. o zamówieniach publicznych (druk 310 i 310A) (tekst pierwotny Dz.U. nr 76, poz. 344).

⁴¹³ H. Nowicki: *Cele systemu zamówień publicznych*. „Prace naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego we Wrocławiu” 2017, nr 497, s. 58.

Wraz z przystąpieniem Polski do Unii Europejskiej, poza koniecznością implementacji dyrektyw, Polska stała się stroną porozumienia GPA w sprawie zamówień rządowych, sporządzonego w Marrakeszu 15 marca 1994 r., w ramach Światowej Organizacji Handlu (WTO), o którym było mowa w rozdziale drugim. Od tej pory na polski system zamówień publicznych oddziaływały nie tylko regulacje europejskie, ale również umowy międzynarodowe, których stroną była UE. Do istotnej zmiany systemu zamówień publicznych doszło 2 marca 2004 r., kiedy weszła w życie nowa Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. – *Prawo zamówień publicznych*. Zgodnie z uzasadnieniem projektu tejże ustawy dotychczasowa ustawa o zamówieniach publicznych spełniała wymogi Wspólnot Europejskich. Realizowała wszystkie zasady uznane przez Wspólnoty i była zgodna z założeniami dyrektywy 2004/18/WE. Celem tej ustawy było zapewnienie spójnej, kompleksowej regulacji dotyczącej zamówień publicznych, uwzględniającej konieczność dopasowania treści ustawy do regulacji Unii Europejskiej⁴¹⁴.

Ustawa PZP z 2004 r. dążyła do zapewnienia realizacji następujących zasad:

- zasady decentralizacji – poprzez zapewnienie większej swobody przy wyborze trybu udzielania zamówień publicznych;
- zasady jawności, która w znacznej mierze była już wprowadzona przez ustawę z 1994 r. – poprzez zapewnienie jawności procedury udzielania zamówień publicznych (poprzez konieczność publikacji ogłoszeń, jawności dokumentacji postępowania i umów w sprawie zamówień publicznych);
- zasady uczciwej konkurencji – nakładającej na zamawiającego obowiązek przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia przy zapewnieniu możliwości rywalizacji wykonawców o udzielenie zamówienia;
- zasady równego traktowania wykonawców – nakładającej na zamawiającego obowiązek traktowania w identyczny sposób wszystkich wykonawców;
- zasady bezstronności – obligującej zamawiającego do podejmowania działań nefaworyzujących i niedyskryminujących żadnego podmiotu uczestniczącego w postępowaniu;
- zasady pisemności – poprzez zobowiązanie do podejmowania działań przy zachowaniu formy pisemnej;

⁴¹⁴ Uzasadnienie projektu ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – *Prawo zamówień publicznych*.

- zasady prymatu trybów konkurencyjnych – w związku z którą zamawiający zostali zobowiązani do stosowania przetargu nieograniczonego lub ograniczonego, a przesłanki stosowania innych trybów nie powinny być interpretowane rozszerzająco⁴¹⁵.

Ustawa z 29 stycznia 2004 r. obowiązywała do dnia 31 grudnia 2020 r. i w znacznej mierze dopasowała się do standardów europejskich tworzonych w latach 1990–2010. Równocześnie jednak nie realizowała celów, które już w tym okresie były dość mocno uwypuklone przez działanie organów Unii Europejskiej, orzecznictwo TSUE oraz doktrynę. Negatywnie wpłynęła na kryteria wyboru ofert. W 2008 r. już 95,8 proc. postępowań wygrała oferta najtańsza (podczas gdy jeszcze przed wejściem ustawy PZP z 2004 r. odsetek ten wynosił „nawet 65%”⁴¹⁶). Kryterium ceny nie sprzyjało jednak realizacji celów strategicznych. Dużym problemem był również tryb udzielania zamówienia. Najczęściej stosowanym trybem był przetarg nieograniczony, który bez odpowiedniego wykorzystania dialogu technicznego nie sprzyja realizacji celów strategicznych. Dodatkowo, w wyniku zmian legislacyjnych z 2006 r., zaobserwować można było znaczny wzrost wykorzystania trybu niekonkurencyjnego, tj. zamówień z wolnej ręki⁴¹⁷. Analiza systemu zamówień publicznych w tamtym okresie skupiała się bardziej na zapewnieniu konkurencyjności i walce z korupcją, aniżeli na realizacji celów strategicznych.

Wielokrotna nowelizacja ustawy z 29 stycznia 2004 r. spowodowała, że stała się ona nieczytelna i mało przejrzysta. Dodatkowo straciła na aktualności, w kontekście zmian na szczeblu unijnym, w szczególności po wejściu w życie Dyrektywy klasycznej. W konsekwencji uznano, że konieczne jest uchwalenie nowej ustawy ze względu na:

„[...] zapewnienie spójnej, kompleksowej regulacji, dotyczącej zamówień publicznych, uwzględniającej różnicowanie mechanizmów udzielania zamówień zależnie od ich wartości; pełne dostosowanie polskiego prawa o zamówieniach publicznych do wymogów Unii Europejskiej; rozszerzenie i umocnienie istniejących w systemie prawa mechanizmów ograniczających zjawiska korupcyjne; likwidację zbędnych obciążeń biurokratycznych i wprowadzenie rozwiązań ułatwiających przedsiębiorcom dostęp do rynku zamówień”⁴¹⁸.

⁴¹⁵ Tamże, s. 26.

⁴¹⁶ J. Sadowy: *Cele systemu zamówień publicznych i ich realizacja na przestrzeni 15 lat w świetle sprawozdań prezesa urzędu*. W: *XV-lecie systemu zamówień publicznych w Polsce*. Red. H. Nowicki, J. Sadowy, Toruń–Warszawa, 2009, s. 170–188.

⁴¹⁷ Tamże, s. 187.

⁴¹⁸ Uzasadnienie do projektu ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – *Prawo zamówień publicznych*.

W związku z koniecznością implementacji Dyrektywy klasycznej w 2016 r. miała zostać uchwalona nowa ustawa. Ostatecznie udało się jedynie dokonać nowelizacji⁴¹⁹, która przystosowała polską ustawę do regulacji wspólnotowych. Nowelizacja ta jednak nie pomogła w usunięciu wad polskiego systemu zamówień.

Najistotniejszymi, zidentyfikowanymi problemami zamówień publicznych w Polsce, przed wejściem w życie Nowej ustawy PZP, były⁴²⁰:

- brak określenia celów zamówień publicznych lub rozgraniczenia pomiędzy celami zamówień publicznych a zasadami udzielania – był to najistotniejszy problem polskiego systemu zamówień publicznych, będący równocześnie tematem niniejszej pracy; brak celów lub ich niewłaściwe określenie uniemożliwiało dokonanie prawidłowej interpretacji przepisów, pozwalało na „dowolną” ich interpretację i nie pozwalało na określenie intencji danej normy;
- tendencja do zwiększania ilości przypadków, w których ustawa PZP z 2004 r. nie miała zastosowania, tj. w przypadku zamówień oświatowych, kulturalnych, śmieciowych itp. oraz rozmieszczenia poszczególnych regulacji odrębnych w innych aktach prawnych – takie działania zmniejszały przejrzystość zamówień publicznych i wpływały na niespójność regulacji;
- prymat trybów konkurencyjnych również w przypadku postępowań, których przedmiot wymagał rozwiązań innowacyjnych – w takich przypadkach wielokrotnie zamawiający nie posiadali wiedzy umożliwiającej dokładne opisanie przedmiotu zamówienia, podczas gdy skorzystanie z *know-how* wykonawców umożliwiłoby realizację zamówienia przy użyciu najnowszych rozwiązań dopasowanych do potrzeb zamawiających.

Analiza ustawy PZP z 2004 r. – w kontekście zmian i regulacji unijnych – prowadzi do wniosków, że Polska nie wdrożyła w pełni regulacji wynikających z dyrektyw. Główne założenia ustawy PZP z 2004 r. odbiegały od założeń Dyrektywy klasycznej. Dlatego też stało się konieczne wprowadzenie Nowej ustawy PZP. W dalszej części pracy zostaną szczegółowo przedstawione zagadnienia dotyczące realizacji poszczególnych celów strategicznych zamówień publicznych wyznaczonych przez UE oraz ustawę PZP z 2004 r. Nowa ustawa PZP

⁴¹⁹ Nowelizacja ustawy – *Prawo zamówień publicznych* z dnia 22 czerwca 2016 r.

⁴²⁰ R. Szostak: *O potrzebie zmian kompleksowych w prawie zamówień publicznych*. W: *Funkcjonowanie systemu zamówień publicznych – aktualne problemy i propozycje rozwiązań*. Red. M. Stręciwilk, A. Panasiuk, Warszawa 2017, s. 165.

została w tym miejscu pominięta, ponieważ w momencie pisania niniejszej pracy ustawa ta dopiero zaczęła obowiązywać. Ocena jej wpływu na system zamówień publicznych w Polsce może być przeprowadzona dopiero po pewnym czasie jej funkcjonowania.

6. Zamówienia zielone w Polsce

Ustawa PZP z 2004 r. odnosiła się do kwestii środowiskowych w kilku miejscach, dając zamawiającym narzędzia do zwiększenia wpływu zamówień publicznych na środowisko. Po pierwsze, pozwalała zamawiającym na tworzenie opisu przedmiotu zamówienia przez określenie wymagań środowiskowych, w tym przez odniesienie się do norm gwarantujących odpowiednie właściwości środowiskowe produktu lub usługi⁴²¹ lub przez odesłanie do konkretnych oznakowań środowiskowych potwierdzających spełnienie określonych cech produktu⁴²². Dodatkowo opis ten mógł zawierać wymagania środowiskowe związane z realizacją zamówienia⁴²³. Po drugie, zamawiający mają możliwość dokonania wyboru wykonawcy przy zastosowaniu kryteriów dotyczących aspektów środowiskowych, w tym efektywności energetycznej przedmiotu zamówienia⁴²⁴. Dodatkowo przy zastosowaniu kryterium kosztu możliwe było uwzględnienie rachunku kosztów cyklu życia, który pozwalał uwzględnić wszelkie koszty związane z wprowadzeniem i usunięciem produktu z użycia i wpływ tego produktu na klimat⁴²⁵. Po trzecie, możliwe było określenie warunków udziału w postępowaniu w taki sposób, by uwzględniały aspekty środowiskowe wykonawców, tj. zamawiający może między innymi żądać od wykonawcy wykazu środków zarządzania środowiskowego, które wykonawca będzie mógł zastosować w celu wykonania zamówienia publicznego⁴²⁶. Dodatkowo prawodawca przewidział możliwość wykluczenia z postępowania wykonawców, którzy dopuścili się przestępstwa przeciwko środowisku lub wobec których wydano ostateczną decyzję administracyjną o naruszeniu obowiązków wynikających z przepisów prawa ochrony środowiska⁴²⁷.

⁴²¹ Art. 30 ust. 1 ustawy PZP z 2004 r.

⁴²² Art. 30a ust. 1 ustawy PZP z 2004 r.

⁴²³ Art. 29 ust. 4 ustawy PZP z 2004 r.

⁴²⁴ Art. 91 ust. 1 ustawy PZP z 2004 r.

⁴²⁵ Art. 91 ust. 3b ustawy PZP z 2004 r.

⁴²⁶ Art. 22 ust. 1b ustawy PZP z 2004 r. w związku z rozporządzeniem Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. poz. 1126).

⁴²⁷ Art. 24 ust. 1 i ust. 5 ustawy PZP z 2004 r.

Ważną rolę w rozwoju zielonych zamówień w Polsce pełni orzecznictwo, w tym w szczególności orzecznictwo KIO, które pozwala na wprowadzanie aspektów środowiskowych w zamówieniach publicznych w sposób zgodny przepisami prawa. Przykładem jest orzeczenie KIO z dnia 24 listopada 2016 r.⁴²⁸ dotyczące zamówienia na utworzenie i prowadzenie punktów selektywnego zbierania odpadów. Wykonawca biorący udział w tym postępowaniu kwestionował zasadność warunków udziału w postępowaniu i kryteriów oceny ofert dotyczących w szczególności aspektów środowiskowych. KIO zwróciło jednak uwagę, że określone warunki udziału w postępowaniu dotyczące aspektów środowiskowych były określone proporcjonalnie do przedmiotu zamówienia i w tym zakresie nie ograniczyły nadmiernie konkurencyjności postępowania. Dodatkowo, zdaniem KIO, wprowadzenie kryterium oceny ofert polegającym na posiadaniu certyfikowanego systemu zarządzania środowiskiem, zgodnym z międzynarodowym standardem ISO 14001 lub równoważnym, jest zasadne i zgodne z prawem. W innym orzeczeniu, w kontekście spełniania przez pojazdy norm spalin EURO 3, KIO wskazała, że:

„[...] w ocenie Izby zamawiający miał prawo taki warunek ustanowić, ponieważ jakość świadczonej usługi wbrew twierdzeniom odwołujących to nie tylko sprawność, niezawodność pojazdów ale również ich ekologia użytkowania to jest wpływ użytkowania na środowisko w tym przypadku miasta Warszawy”⁴²⁹.

Orzeczenia wydawane w ramach kontroli zamówień publicznych mają istotny wpływ na kształtowanie i rozwój zielonych zamówień w Polsce. Z jednej strony pozwalają zapewnić ochronę zamawiających przed kwestionowaniem zasadności zapisów prośrodowiskowych, które w wielu przypadkach istotnie ograniczają konkurencyjność postępowania, dopuszczając do udziału jedynie takich wykonawców, którzy gwarantują wyższą jakość usług lub produktów; z drugiej strony zapewniają wykonawcom ochronę przed nadużyciami i wykorzystywaniem pozornie prośrodowiskowych rozwiązań w celu wyboru konkretnego podmiotu w postępowaniu.

Niezależnie od regulacji prawnych i orzecznictwa, Urząd Zamówień Publicznych prowadzi działalność edukacyjną w celu zwiększenia świadomości zamawiających w zakresie zamówień zrównoważonych. W tym celu przeprowadzane są szkolenia, publikowane są

⁴²⁸ Wyrok KIO z dnia 24 listopada 2016 r. o sygn. akt KIO 2101/16.

⁴²⁹ Wyrok KIO z dnia 17 lipca 2017 r. o sygn. akt 1339/17.

poradniki dotyczące przykładowych klauzul i opisów prośrodowiskowych⁴³⁰, a także bieżąca publikacja dobrych praktyk⁴³¹.

Zwiększenie udziału zamówień zielonych w udzielaniu zamówień publicznych jest konieczne do osiągnięcia założonych w Strategii Europa 2020 oraz *New Green Deal* celów. Polska w tym zakresie ma bardzo dużo do zrobienia. Zgodnie ze sprawozdaniem Prezesa UZP z 2019 r. „udział zielonych lub innowacyjnych zamówień publicznych w ogólnej liczbie udzielonych zamówień publicznych wyniósł 1 proc., podczas gdy ich wartość stanowiła 3 proc. łącznej wartości udzielonych zamówień publicznych”⁴³². Natomiast zgodnie ze sprawozdaniem o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych w 2018 r. 322 zamawiających udzieliło 1 469 zamówień publicznych uwzględniających aspekty środowiskowe lub innowacyjne o łącznej wartości 9 826 823 759,69 zł (bez podatku od towarów i usług). Udział tych zamówień w ogólnej liczbie udzielonych zamówień publicznych 2018 r. wyniósł 1 proc., o łącznej wartości ok. 5 proc. wszystkich udzielonych zamówień publicznych⁴³³. W 2019 r. sytuacja nie uległa poprawie: aspekty środowiskowe i innowacyjne zostały uwzględnione w 1511 zamówieniach o łącznej wartości 6 158 203 111,16 zł⁴³⁴. Dokładniejsze informacje możemy uzyskać jedynie w zakresie wskazania w opisie przedmiotu zamówienia eko – oznakowania, o którym mowa w art. 30a ustawy PZP z 2004: takich zamówień w roku 2018 zostało zrealizowanych w liczbie 221 (15 proc. wszystkich zielonych zamówień), natomiast jedynie w 77 zamówieniach posiadanie określonego certyfikatu stanowiło kryterium oceny ofert. Jak zostało wskazane w sprawozdaniu, w przypadku 712 zamówień w opisie przedmiotu zamówienia odwołano się do aspektów środowiskowych, o których mowa w art. 29 ust. 4 ustawy PZP z 2004 r. Dane statystyczne publikowane przez Urząd Zamówień Publicznych nie

⁴³⁰ Informacje z oficjalnej strony internetowej Urzędu Zamówień publicznych dostępnej pod adresem: <https://www.uzp.gov.pl/> [dostęp: 20.04.2021].

⁴³¹ Dobre praktyki udostępnione przez UZP na stronie: <https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/dobre-praktyki/dobre-praktyki-w-zakresie-zielonych-zamowien-publicznych> [dostęp: 20.04.2021].

⁴³² *Sprawozdanie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych w 2019 r.* Warszawa 2020, s. 54. Źródło: <https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/analizy-systemowe/sprawozdania-o-funkcjonowaniu-systemu-zamowien-publicznych> [dostęp: 20.04.2021].

⁴³³ *Sprawozdanie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych w 2018 r.* Warszawa 2019, s. 55-57. Źródło: <https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/analizy-systemowe/sprawozdania-o-funkcjonowaniu-systemu-zamowien-publicznych> [dostęp: 20.04.2021].

⁴³⁴ *Sprawozdanie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych w 2019 r.* Warszawa 2020, s. 54–56. Źródło: <https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/analizy-systemowe/sprawozdania-o-funkcjonowaniu-systemu-zamowien-publicznych> [dostęp: 20.04.2021].

pozwalają na jednoznaczną ocenę, czy zielone zamówienia w Polsce są realizowane i w jakim stopniu. Przedstawiona dane są bardzo ogólne, odnoszą się jedynie do sformułowań wynikających z konkretnych przepisów ustawy PZP 2004 r., natomiast pomimo to wskazują na niski odsetek zielonych zamówień publicznych, z których wiele ma niewielki wpływ na środowisko w kraju.

Z jednej strony istnieje istotny problem w określeniu rzeczywistego poziomu udzielania zielonych zamówień publicznych. Z drugiej strony – na stronie Urzędu Zamówień Publicznych opublikowany został raport dotyczący stanu zrównoważonych zamówień w Polsce, z którego wynika, że zamawiający, pomimo że uważają, że uwzględnianie aspektów środowiskowych w zamówieniach publicznych jest zasadne⁴³⁵, nie wiedzą, jakie cele mogą być realizowane⁴³⁶ i nie mają w tym zakresie żadnych regulacji⁴³⁷. Głównymi powodami, wskazywanymi przez zamawiających, a wpływającymi na niestosowanie aspektów środowiskowych w zamówieniu, była konieczność poświęcenia dużej ilości czasu (35 proc. respondentów) oraz brak wiedzy (20 proc. respondentów)⁴³⁸. Dane te pokazują, że zamawiający nie wiedzą, w jaki sposób kształtować zamówienia, by można było mówić o zrównoważonych zamówieniach. W konsekwencji dane statystyczne przedstawione przez UZP w sprawozdaniach rocznym mogą poprawnie określać poziom zielonych zamówień w Polsce.

Mając na uwadze założenia Strategii 2020 oraz *New Green Deal*, wydaje się, że pożądanymi działaniami są zamówienia, które w całości prowadzą do zapewnienia zrównoważonego rozwoju. Oznacza to, że pojedyncze klauzule proekologiczne nie powinny definiować danego zamówienia jako zamówienia zielonego, lecz kompleksowe zamówienia proekologiczne, a takich w Polsce będzie jeszcze mniej niż ujawnionych w sprawozdaniu „zamówień zielonych”. Mając na uwadze fakt, że założeniem UE jest radykalna zmiana funkcjonowania gospodarki i niemalże całkowita eliminacja szkodliwych dla środowiska czynników w okresie 30 najbliższych lat, w polskich zamówieniach konieczne są

⁴³⁵ Ponad 70 proc. respondentów wskazało, że aspekty środowiskowe powinny być uwzględnione przy przeprowadzaniu zamówień publicznych. Zob. *Stan zrównoważonych zamówień publicznych w 2017 roku – raport*. Warszawa 2018, s. 74 (wykres 25). Źródło: https://www.uzp.gov.pl/_data/assets/pdf_file/0024/39255/Stan-zrownowazonych-zamowien-publicznych-w-2017-roku-raport.pdf [dostęp: 20.04.2021].

⁴³⁶ Tamże, s. 80 (wykres 30).

⁴³⁷ Tamże, s. 82 (wykres 31).

⁴³⁸ Tamże, s. 94 (wykres 43).

natychmiastowe i kompleksowe zmiany w celu zwiększenia liczby i wartości zamówień zielonych.

7. Społecznie odpowiedzialne zamówienia publiczne w Polsce

Ustawa PZP z 2004 r. zawierała narzędzia bezpośrednio dotyczące kwestii społecznych.

Po pierwsze, zamawiający mogli zastrzec w ogłoszeniu o zamówieniu, że:

„O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wyłącznie zakłady pracy chronionej oraz inni wykonawcy, których działalność, lub działalność ich wyodrębnionych organizacyjnie jednostek, które będą realizowały zamówienie, obejmuje społeczną i zawodową integrację osób będących członkami grup społecznie marginalizowanych”⁴³⁹.

Takie działanie miało pozwolić na zwiększenie aktywności organizacji i przedsiębiorców wspierających szczególnie narażone na wykluczenie grup osób. Po drugie, ustawa przewidywała możliwość wpływania na formę zatrudnienia, eliminując przy tym rozszerzone zastosowanie umów zlecenia i umów o dzieło (tzw. umowy śmieciowe). Po trzecie, ustawa PZP z 2004 r. przewidywała możliwość zawarcia w opisie przedmiotu zamówienia wymagań związanych z zatrudnieniem osób bezrobotnych, młodocianych czy niepełnosprawnych⁴⁴⁰. Po czwarte, możliwe było sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który uwzględnia szczególne potrzeby społeczne. Po piąte, również w tym przypadku zamawiający mógł żądać oznakowania związanego z aspektami społecznymi. Po szóste, zamawiający mógł zastrzec zamówienia tylko dla spółdzielni socjalnych.

Analiza rynku zamówień publicznych w Polsce wskazuje, że w kontekście realizacji celów strategicznych w Polsce najlepiej zamawiającym wychodzi wprowadzanie aspektów społecznych do zamówień publicznych. Ponad 20 proc. ogólnej liczby zamówień publicznych w Polsce w 2018 r., których łączna wartość stanowiła 43,99 proc. łącznej wartości zamówień, uwzględniało aspekt społeczny⁴⁴¹. Natomiast zgodnie z treścią sprawozdania Prezesa UZP za rok 2019, „udział społecznych zamówień publicznych w ogólnej liczbie udzielonych zamówień publicznych wyniósł 20 proc., podczas gdy wartość społecznych zamówień publicznych

⁴³⁹ Art. 22 ust. 2 ustawy PZP z 2004 r.

⁴⁴⁰ Art. 29 ust. 4 ustawy PZP z 2004 r.

⁴⁴¹ *Sprawozdanie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych w 2018 r.* Warszawa 2019, s. 36. Źródło: <https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/analizy-systemowe/sprawozdania-o-funkcjonowaniu-systemu-zamowien-publicznych> [dostęp: 20.04.2021].

w odniesieniu do łącznej wartości udzielonych zamówień publicznych stanowiła 30 proc.”⁴⁴² W zdecydowanej większości społecznych zamówień publicznych udzielonych w 2019 r. zamawiający zastosowali instrument prawny, jakim jest odwołanie się w opisie przedmiotu zamówienia do zatrudnienia na podstawie umowy o pracę. Nie można jednak pominąć, że zastosowanie tego instrumentu na gruncie poprzedniej ustawy PZP było obligatoryjne. Drugim pod względem liczby i wartości aspektem społecznym uwzględnianym w zamówieniach publicznych było zastosowanie przez zamawiających wymogu zapewnienia dostępności i projektowania z przeznaczeniem dla wszystkich użytkowników⁴⁴³.

Do zwiększenia się liczby zamówień społecznych w Polsce przyczyniły się w szczególności zmiany ustawy PZP wprowadzone w 2016 r., zobowiązujące zamawiających do stosowania odpowiednich postanowień w specyfikacjach zamówień. Dodatkowo Rada Ministrów przyjęła w dniu 29 marca 2017 r. Zalecenia w sprawie uwzględniania przez administrację rządową aspektów społecznych w zamówieniach publicznych. Rząd, przyjmując ten dokument, podkreślił znaczenie administracji w realizacji celów strategicznych. Zamówienia publiczne stały się narzędziem polityki społecznej – kierownicy jednostek administracji rządowej zobowiązani zostali do planowania postępowań z uwzględnieniem aspektów społecznych, również poniżej kwoty progowej stosowania ustawy PZP. Nad realizacją zaleceń czuwa Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, który zobowiązany jest do monitorowania uwzględniania aspektów społecznych w zamówieniach publicznych oraz prowadzi działalność edukacyjną pozwalającą zwiększyć udział zamówień społecznych w ogólnej liczbie zamówień w Polsce⁴⁴⁴.

Pomimo podejmowanych działań i wzrastającym wpływie aspektów społecznych na zamówienia publiczne, również w przypadku zamówień społecznych (analogicznie do zielonych zamówień), zamawiający posiadają niewielką wiedzę w zakresie możliwości realizacji celów społecznych w zamówieniach. Prawie połowa ankietowanych w ramach raportu opublikowanego przez Urząd Zamówień Publicznych była w stanie wskazać wyłącznie

⁴⁴² *Sprawozdanie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych w 2019 r.* Warszawa 2020, s. 49. Źródło: <https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/analizy-systemowe/sprawozdania-o-funkcjonowaniu-systemu-zamowien-publicznych> [dostęp: 20.04.2021].

⁴⁴³ Tamże, s. 53.

⁴⁴⁴ *Zalecenia Rady Ministrów w sprawie uwzględniania przez administrację rządową aspektów społecznych w zamówieniach publicznych, 29 marca 2017 r.* Źródło: https://www.uzp.gov.pl/__data/assets/pdf_file/0020/34535/Zalecenia-RM.pdf [dostęp: 20.04.2021].

jeden cel społecznych, a 6 proc. respondentów nie była w stanie podać żadnego celu społecznego⁴⁴⁵. Z drugiej strony ponad połowa ankietowanych oceniała wysoko lub raczej wysoko swoje doświadczenie w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego. Wydawać się może, że takie wyniki są wewnętrznie sprzeczne. W ocenie autora przyczyną takich rezultatów jest fakt, że zastosowanie klauzul społecznych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest prostsze – zamawiający nie muszą posiadać wiedzy o normach, technologiach i standardach, jak w przypadku zamówień zielonych. Najczęściej stosowanym aspektem w zamówieniach społecznie odpowiedzialnych jest zagwarantowanie przez wykonawców zatrudnienia pracowników na umowę o pracę (jako przeciwdziałanie rozpowszechnianiu się tzw. umów śmieciowych)⁴⁴⁶, który to aspekt jest wprost wskazany w Nowej ustawie PZP. Zamawiający nie potrzebują w tym zakresie wiedzy w zastosowaniu tej regulacji. Nie jest to jednak jedyny środek do zwiększania włączenia społecznego; w mojej ocenie inne dostępne rozwiązania lepiej mogłyby wpłynąć lokalnie na włączenie społeczne osób nieaktywnych zawodowo.

8. Innowacyjność w Polsce na tle poszczególnych krajów UE (poza systemem zamówień publicznych)

Co należy rozumieć przez pojęcie innowacyjności, zostało wyjaśnione w rozdziale drugim przy okazji ustalania celów strategicznych zamówień publicznych w UE. Niezależnie od tych rozważań należy zaznaczyć, że pojęcie innowacyjności nie jest obce polskiemu systemowi zamówień publicznych. Definicja innowacyjności została wypracowana na gruncie ustawy PZP z 2004 r. – w ramach nowelizacji w 2016 r.⁴⁴⁷, która określiła, że produktem innowacyjnym jest „nowy lub znacznie udoskonalony produkt, usługa lub proces, w tym proces produkcji, budowy lub konstrukcji, nowa metoda marketingowa lub nową metoda organizacyjna w działalności gospodarczej, organizowaniu pracy lub relacjach zewnętrznych”⁴⁴⁸. Zgodnie z treścią Nowej ustawy PZP innowację należy rozumieć jako:

„[...] wdrażanie nowego lub znacznie udoskonalonego produktu, usługi lub procesu, w tym między innymi procesów produkcji, budowy lub konstrukcji, nowej metody marketingowej lub

⁴⁴⁵ *Stan zrównoważonych zamówień publicznych w 2017 roku – raport*. Warszawa 2018, s. 38 (wykres 5). Źródło: https://www.uzp.gov.pl/__data/assets/pdf_file/0024/39255/Stan-zrownawazonych-zamowien-publicznych-w-2017-roku-raport.pdf [dostęp: 20.04.2021].

⁴⁴⁶ Tamże, s. 54 (wykres 18).

⁴⁴⁷ Ustawa z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – *Prawo zamówień publicznych* oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. 2016 poz. 1020).

⁴⁴⁸ Art. 73a ust. 3 ustawy PZP z 2004 r.

nowej metody organizacyjnej w działalności gospodarczej, organizowaniu pracy lub relacjach zewnętrznych”⁴⁴⁹.

Powyższe definicje nie ograniczają się jedynie do produktów – w istocie innowacyjnością może cechować się zarówno rzecz (coś materialnego), ale również rozwiązania, usługi, procesy, które spełniają pozostałe przesłanki innowacyjności. Produkt, usługa lub rozwiązanie, aby można było nazwać je innowacyjnymi, powinny zawierać w sobie cechę nowości. Jest to pojęcie trudne do zdefiniowania. Zgodnie ze Słownikiem języka polskiego „nowość to cecha tego, co nowe; to, co jest nowe”⁴⁵⁰. Bardziej szczegółowo o nowości mówi ustawa o ochronie własności przemysłowej⁴⁵¹, zgodnie z którą „wynalazek uważa się za nowy, jeśli nie jest on częścią stanu techniki”⁴⁵². Definicja ta może być pomocna w rozumieniu pojęcia nowości, jednakże nie wyjaśnia wszystkich wątpliwości. Takie sformułowanie określa zakres innowacyjności, jednakże jej granice nie są ostre – przez taką budowę definicji może dojść wśród specjalistów do sporu, czy badany produkt, usługa lub rozwiązanie mieści się w zakresie definicji, czy nie. Dodatkowo, poza ekonomicznym ujęciem innowacyjności, definicje wskazują na możliwość uznania obiektu za innowacyjny, jeżeli został on znacznie udoskonalony. Wydaje się, że taki zabieg ma na celu rozszerzyć zakres innowacyjności, gdyż pozwala uznać za innowacyjne produkty, usługi i rozwiązania, które wprawdzie nie są „nowe”, lecz w dużym stopniu zmienione. To sformułowanie jest również nieostre, jak pojęcie nowości. Wydaje się jednak, że na gruncie językowym nie jest możliwe zaostrenie granic pomiędzy obiektem, który jest lub nie jest innowacyjny; wręcz przeciwnie – określenie jasnych i precyzyjnych granic mogłoby bezpodstawnie ograniczyć pojęcie innowacyjności. W związku z tym, że z istoty nie możemy przewidzieć, co będzie można nazwać mianem rozwiązania innowacyjnego, definicja powinna być elastyczna i pozwalać na względnie swobodne określanie zbioru mieszczącego się w tej definicji.

Analiza systemu zamówień publicznych pokazuje jednak, że nie udało się jeszcze w Polsce stworzyć warunków dla zamówień na innowacje. Główne narzędzie – partnerstwo

⁴⁴⁹ Art. 7 pkt 6) Nowej ustawy PZP.

⁴⁵⁰ *Nowość*. W: *Słownik Języka Polskiego PWN*. Źródło: <https://sjp.pwn.pl/sjp/nowość;2491052.html> [dostęp: 20.04.2021].

⁴⁵¹ Art. 25 ustawa z dnia 30 czerwca 2000 r. – *Prawo własności przemysłowej* (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 776, z 2018 r. poz. 2302, z 2019 r. poz. 501, 2309).

⁴⁵² Przez stan techniki rozumie się wszystko to, co przed datą, według której oznacza się pierwszeństwo do uzyskania patentu, zostało udostępnione do wiadomości powszechnej w formie pisemnego lub ustnego opisu przez stosowanie, wystawienie lub ujawnienie w inny sposób.

innowacyjne – stanowiło w 2018 r. 0,01 proc. wszystkich zamówień⁴⁵³, a w 2019 r. liczba ta niewiele się zmieniła (w drugim półroczu partnerstwo innowacyjne stanowiło również 0,01 proc. wszystkich zamówień⁴⁵⁴). W 2018 r. jedynie w 27 zamówieniach zamawiający odwołał się w opisie przedmiotu zamówienia do aspektów związanych z innowacyjnością. Rozwój innowacyjności w Polsce jest niższy niż w pozostałych krajach Unii Europejskiej. Statystyki i wskaźniki innowacji przygotowane przez OECD pokazują, że niewielki odsetek polskich przedsiębiorstw wdraża innowacyjne produkty lub rozwiązania.

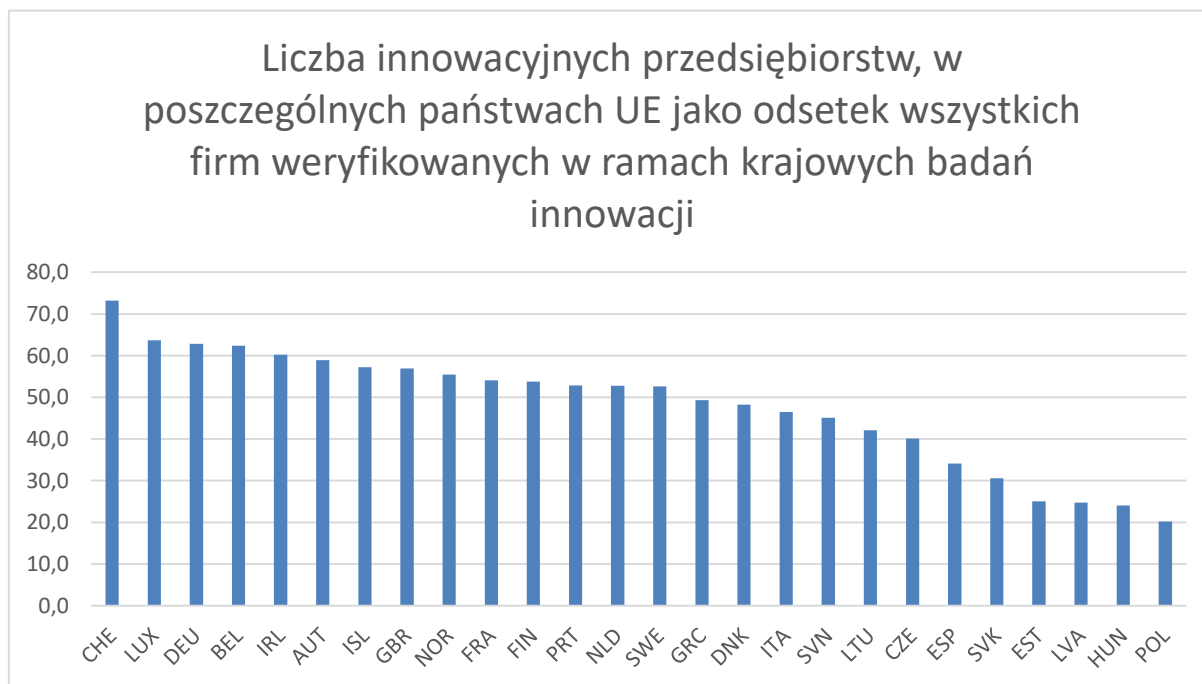


Tabela 2 – Wspólnotowego badania innowacji (CIS- 2014). OECD 2014⁴⁵⁵

Powyższe statystyki wskazują na niski poziom innowacyjności polskiej gospodarki. Tezę tę potwierdzają również badania wykonane przez Komisję Europejską.

Europejska tablica wyników innowacji przedstawia analizę porównawczą wyników w zakresie innowacji w poszczególnych krajach UE; ocenia mocne i słabe strony krajowych systemów innowacji i pomaga krajom w identyfikowaniu obszarów, które należy poprawić.

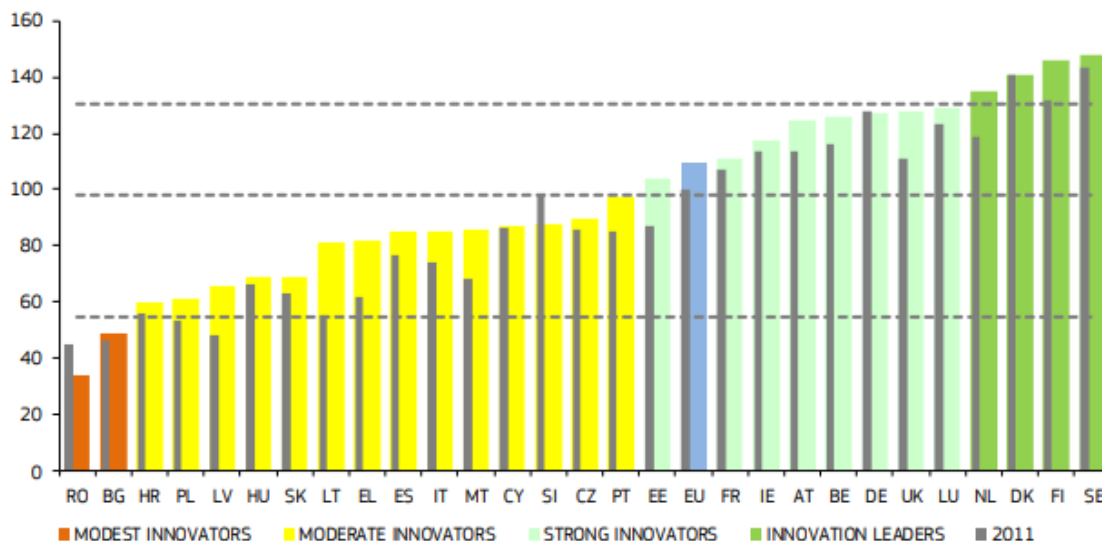
⁴⁵³ Sprawozdanie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych w 2018 r. Warszawa 2019, s. 36. Źródło: <https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/analizy-systemowe/sprawozdania-o-funkcjonowaniu-systemu-zamowien-publicznych> [dostęp: 20.04.2021].

⁴⁵⁴ „Informator Urzędu Zamówień Publicznych” 2019, nr 2, s. 51. Źródło: https://www.pzp.pl/images/Publikacje/Informator_uzp/INFORMATOR-nr-2_2019.pdf [dostęp: 20.04.2021].

⁴⁵⁵ Na podstawie badania OECD z 2017 r. dotyczącego krajowych statystyk dotyczących innowacji oraz Wspólnotowego badania innowacji Eurostatu (CIS- 2014). Zob. np. *Business innovation statistics and indicators* wraz z załącznikami. Źródło: www.oecd.org/sti/inno-stats.htm [dostęp: 20.04.2021].

W oparciu o średnią wyników obliczoną na podstawie zbiorczego wskaźnika – sumarycznego wskaźnika innowacyjności – państwa członkowskie podzielono na cztery grupy: liderzy innowacji (Szwecja, Dania, Finlandia i Niderlandy), silni innowatorzy (m.in. Austria, Belgia, Niemcy, Francja), umiarkowani innowatorzy (do których zaliczamy m.in. Polskę) oraz słabi innowatorzy (Bułgaria i Rumunia).

Wykres 2: Wyniki państw członkowskich UE w zakresie systemów innowacji



Kolorowe słupki przedstawiają wyniki państw członkowskich z 2018 r., w stosunku do wyników UE w 2011 r., obliczone na podstawie najbardziej aktualnych danych dla 27 wskaźników. Szare słupki obrazują wyniki państw członkowskich w 2011 r. w porównaniu z wynikami UE w 2011 r. W odniesieniu do wszystkich lat zastosowano tę samą metodę pomiarów. Linie przerywane przedstawiają wartości progowe między grupami w 2018 r., porównując wyniki państw członkowskich w 2018 r. z wynikami UE w 2018 r.

Tabela 3 – Europejska tablica wyników innowacji w 2019 r. Dane: Komisja Europejska 2019⁴⁵⁶

Powyższe statystyki pokazują bardzo niski poziom rozwoju innowacyjności w Polsce na tle pozostałych krajów Unii Europejskiej. Nie mamy innowacyjnych rozwiązań, przedsiębiorstw, a wskaźnik innowacyjności jest na bardzo niskim poziomie.

9. Podsumowanie

Historia zamówień publicznych w Polsce znacznie odbiega od historii zamówień publicznych w UE. Okres zaborów, a także czas PRL właściwie zatrzymały rozwój zamówień. Momenty, w których zamówienia mogły funkcjonować, nie wystarczyły jednak, by zapewnić trwałe fundamenty współczesnych zamówień. Okres międzywojenny, choć owocny w nowoczesne – jak na ówczesne czasy – rozwiązania, ma niewielki wpływ na dzisiejszy

⁴⁵⁶ Executive summary. W: *European Innovation Scoreboard 2019*. Źródło: <https://ec.europa.eu/docsroom/documents/36084> [dostęp: 20.01.2021].

kształt zamówień publicznych. W czasie, w którym UE rozwijała swój rynek, Polska tkwiła w systemie nietolerującym współpracy pomiędzy państwem a sektorem prywatnym. Dlatego też po 1989 r. stanęliśmy przed trudnym zadaniem związanym z utworzeniem systemu zamówień publicznych w istocie od podstaw. Słuszną decyzją było wykorzystanie doświadczenia, które UE nabywała już od kilkudziesięciu lat. Efektem tej decyzji było przyjęcie Ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – *Prawo zamówień publicznych*. Ustawa ta realizowała wszystkie zasady uznane przez Wspólnoty i była zgodna z założeniami dyrektywy 2004/18/WE. Ustawa ta obowiązywała 16 lat. W tym czasie system zamówień publicznych w UE ewoluował, a cele strategiczne zostały wyrażone wprost, między innymi w Strategii 2020 i Dyrektywie klasycznej. Dane UZP, wyrażone w rocznych sprawozdaniach, wskazują, że Polska nie radzi sobie z postępującymi zmianami: aspekty prośrodowiskowe, społeczne i innowacyjne właściwie nie są uwzględniane, nie mówiąc już o istnieniu jakichkolwiek rozwiązań systemowych, które można było zaobserwować w Finlandii czy Niderlandach.

Stworzenie warunków umożliwiających przeprowadzenie zamówień publicznych ukierunkowanych na realizację celów strategicznych jest jednym z najważniejszych zadań Polski. Zamówienia publiczne, jako narzędzie istotnie wpływające na gospodarkę kraju, powinny być wykorzystywane w taki sposób, by zwiększyć zakres zamówień zrównoważonych i innowacyjnych, nastawionych na włączenie społeczne. Zarówno Unia Europejska, jak i TSUE oraz organizacje międzynarodowe zajmujące się rozwojem zamówień publicznych, wskazują na istotną rolę zamówień w realizacji celów strategicznych jako narzędzia pozwalającego na rozwój gospodarki. Również globalnie mówi się o konieczności podejmowania działań wpływających na zrównoważony rozwój. Aktualnie zamówienia publiczne przestały być narzędziem pozwalającym jedynie na zaspokojenie potrzeb publicznych; stały się sposobem na rozwiązanie problemów współczesnej Europy.

Czy Polska realizuje cele strategiczne? Patrząc na dane przedstawione przez UZP, należy stwierdzić, że nie. Zamawiający bardzo rzadko wykorzystują zamówienia publiczne do realizacji zadań niezakupowych. Aspekty prośrodowiskowe, prospołeczne i innowacyjne są bardzo często pomijane lub tworzy się pozory ich uwzględniania.

Nie można jednak powiedzieć, że Polska nie podejmuje żadnych działań. Prawodawca dostrzegł, że kluczowym problemem systemu jest brak powiązania wydatków z realizacją polityki oraz celów strategicznych państwa⁴⁵⁷. Odpowiedzią prawodawcy na ten problem jest

⁴⁵⁷ Uzasadnienie do projektu Nowej ustawy PZP, s. 2

funkcjonująca od 1 stycznia 2021 r. Nowa ustawa PZP. Kolejny rozdział stanowić będzie dogłębną analizę tej ustawy jako narzędzia do realizacji celów strategicznych.

Rozdział 5. Instrumenty zamówień publicznych a realizacja celów strategicznych w świetle nowej ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 11 września 2019 roku

1. Wstęp

Istota celów strategicznych zamówień publicznych została opisana w poprzednich rozdziałach. Kluczowe zagadnienia związane z tym, czym są te cele, jak je wyznaczać oraz jakie jest ich rozumienie, pozwalają na przeprowadzenie analizy przepisów polskiego prawa zamówień publicznych pod kątem realizacji tych celów. Od 1 stycznia 2021 r. weszła w życie nowa ustawa *Prawo zamówień publicznych*. Ma ona za zadanie stanowić dobre narzędzie służące realizacji celów. Poniżej zostaną przedstawione najważniejsze instrumenty zamówień publicznych. Każdy z omawianych w niniejszym rozdziale instrumentów prawnych tworzy funkcjonalną całość. Podjęta zostanie również próba odpowiedzenia na pytanie, czy instrumenty Nowej ustawy PZP stanowią „dobry środek” do realizacji celów strategicznych.

Rozważania teoretyczne na temat pojęcia instrumentu zostały poczynione w rozdziale pierwszym. Pojęcie instrumentu pojawia się w samej Dyrektywie klasycznej, która stanowi, że zamówienia publiczne stanowią instrument rynkowy wykorzystywany do realizacji celów określonych w komunikacie Komisji z dnia 3 marca 2010 r. *Europa 2020, Strategia na rzecz inteligentnego i zrównoważonego rozwoju sprzyjającego włączeniu społecznemu*⁴⁵⁸. W dalszej części preambuły prawodawca unijny wskazuje umowę ramową lub dynamiczny system zakupów jako przykłady instrumentu do udzielania zamówień publicznych⁴⁵⁹. Ani wskazana dyrektywa, ani inne akty nie definiują pojęcia instrumentu, dlatego też wykorzystanie definicji przedstawionej w rozdziale pierwszym jest zasadne.

Bieżący rozdział został podzielony na zagadnienia związane z przygotowaniem postępowania, kwalifikacją wykonawców i kryteriami oceny ofert, trybami udzielania zamówień publicznych, środkami ochrony prawnej oraz wykonaniem umowy. Każdy z instrumentów oceniany jest pod kątem możliwości wpływania na realizację celów strategicznych. Taka analiza zgodna jest z założeniami ustawodawcy, który w uzasadnieniu do projektu Nowej ustawy PZP przykłada dużą uwagę do zasady efektywności:

⁴⁵⁸ Motyw 2. Dyrektywy klasycznej.

⁴⁵⁹ Motyw 60. i 63. Dyrektywy klasycznej.

„Celem opracowania nowej ustawy jest wprowadzenie nowych rozwiązań opartych na maksymalnej efektywności i przejrzystości udzielanych zamówień publicznych, uwzględniających jednocześnie rolę zamówień publicznych w kształtowaniu polityki państwa oraz potrzebę wsparcia rozwoju małych i średnich przedsiębiorstw, a także innowacyjnych, nowoczesnych produktów i usług”⁴⁶⁰.

W dalszej części projektu prawodawca uznał, że oczekiwanym efektem Nowej ustawy PZP jest zwiększenie efektywności zamówień⁴⁶¹. Dlatego też ocena konstrukcji prawnych pod kątem realizacji efektywności zamówień, w ramach której mieści się realizacja celów strategicznych, jest uzasadniana i zgodna z intencją prawodawcy.

Ocena efektywności uwzględniającej stopień realizacji celu może zostać przeprowadzona w dwojaki sposób:

- *ex post* – poprzez obserwację skutków działania (jego efektów w kontekście realizowanego celu);
- *ex ante* – kiedy dokonujemy oceny możliwości wykorzystania jakiegoś działania do realizacji określonego celu⁴⁶².

Przenosząc powyższą teorię na grunt aktualnej sytuacji systemu zamówień publicznych w Polsce, ocenę efektywności instrumentów prawnych możemy dokonywać *ex post* w przypadku ustawy PZP z 2004 r., natomiast Nowa ustawa PZP może być oceniana wyłącznie w oparciu o ocenę *ex ante* – i to w oparciu o ten rodzaj oceny zostaną przeprowadzone dalsze rozważania.

Ocena instrumentów prawnych zostanie przeprowadzona w oparciu o dwie miary: realności – czy istnieje prawdopodobieństwo, że omawiany instrument będzie wykorzystywany, oraz efektywności merytorycznej – czy instrument prawny może przyczynić się do realizacji celów strategicznych.

2. Przygotowanie postępowania

Obowiązek przygotowywania planów postępowania o udzielenie zamówień został wprowadzony do ustawy PZP z 2004 r. dużą nowelizacją z 2016 r.⁴⁶³ Nałożony dyspozycją art.

⁴⁶⁰ Uzasadnienie do projektu Nowej ustawy PZP, s. 1.

⁴⁶¹ Tamże, s. 7.

⁴⁶² W. Kowal: *Skuteczność i efektywność – zróżnicowanie i aspekty interpretacji*. „Organizacja i Kierowanie” 2013, nr 4, s. 11–23.

⁴⁶³ Ustawa o zmianie ustawy – *Prawo zamówień publicznych* oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2016 r. poz. 1020).

13a ustawy PZP obowiązek dotyczył jednostek sektora finansów publicznych oraz innych państwowych jednostek organizacyjnych nieposiadających osobowości prawnej oraz ich związków.

Plan postępowań miał stanowić jasną informację dla wykonawców zainteresowanych uczestnictwem w rynku zamówień publicznych. Przewidywano, że publikacja planów zamówień publicznych pobudzi aktywność wykonawców i zwiększy liczbę składanych ofert⁴⁶⁴. Działania te okazały się nieskuteczne. Wykonawcy bardzo często wskazywali na problem dezaktualizacji planów, przez co *de facto* nie mogli oni przewidzieć działań zamawiających.

Pozostawiono obowiązek przygotowywania przez zamawiających rocznych planów zamówień publicznych. W Nowej ustawie PZP wprowadzono jednak obowiązek aktualizacji tych planów w taki sposób, by przez cały czas były zgodne z działaniami zamawiających. Prawodawca przewidział również skupienie wszystkich ogłoszeń o zamówieniach w dwóch miejscach, tj. w Biuletynie Zamówień Publicznych (poniżej progów UE) oraz Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (powyżej progów UE)⁴⁶⁵. W ten sposób dostęp do zamówień powinien być łatwiejszy i bardziej przejrzysty. Dodatkowo, Nowa ustawa PZP przewiduje zwiększenie wykorzystania dialogu pomiędzy wykonawcami a zamawiającym poprzez wykorzystanie wstępnych konsultacji rynkowych, o których mowa w art. 84 Nowej ustawy PZP. Jest to konstrukcja zbliżona do funkcjonującego na gruncie ustawy PZP z 2004 r. dialogu technicznego. Wstępne konsultacje rynkowe mają jednak szersze zastosowanie niż dialog techniczny. Swoim zakresem obejmują zarówno kwestie związane z przygotowaniem opisu przedmiotu zamówienia, SWZ i warunków umowy. Nowa ustawa PZP przewiduje możliwość współpracy z wykonawcami lub ekspertami w celu rozważenia różnych aspektów związanych z planowanymi zamówieniami, a nie tylko opracowywania technicznych dokumentów zamówienia.

Narzędzia związane z przygotowaniem zamówień publicznych mają istotną rolę w realizacji celów strategicznych i zasad. Opisane powyżej rozwiązania pozytywnie wpływają na efektywność zamówień publicznych. Wprowadzenie nowych narzędzi, w tym obowiązku

⁴⁶⁴ Opinia UZP: *Przygotowanie przez zamawiających planu postępowań o udzielenie zamówień* dostępna jest pod adresem: <https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/interpretacja-przepisow/pytania-i-odpowiedzi-dotyczace-nowelizacji-ustawy-prawo-zamowien-publicznych-2/przygotowanie-przez-zamawiajacych-planu-postepowan-o-udzielenie-zamowien> [dostęp: 20.04.2021].

⁴⁶⁵ Art. 86 Nowej ustawy PZP.

tworzenia polityki zakupowej państwa i planowanie zamówień (wraz z późniejszą aktualizacją), stanowi realizację zasady efektywności zamówień publicznych.

Zwiększenie roli planowania zamówień publicznych ma istotny wpływ na realizację celów strategicznych. Zwiększona wiedza o zamówieniach, a także ich przewidywalność (poprzez otrzymanie informacji o planowanym zamówieniu z wyprzedzeniem), pozwala na przeprowadzenie zamówień, których przedmiot jest bardziej skomplikowany i czasochłonny. W tym kontekście zwiększa się możliwość realizacji zamówień zielonych i innowacyjnych, które z założenia nie korzystają z gotowych i powszechnie dostępnych rozwiązań. Ważna w ocenie autora jest również publikowana orientacyjna wartość zamówienia. Nie możemy jej mylić z szacowaną wartością – dotyczy ona bowiem jedynie wartości określonej w budżecie, bez przeprowadzenia procedury szacowania, o której mowa w art. 32 ustawy PZP (rozdziale 5 działu I Nowej ustawy PZP). Szacowana kwota zamówienia wskazywana z odpowiednim wyprzedzeniem pozwala jednak przygotować się wykonawcom do postępowania, dzięki czemu są oni w stanie zaoferować rozwiązania dopasowane do potrzeb zamawiającego. Dodatkowo wydaje się również, że zobowiązanie zamawiających do publikacji realnych planów oraz ich aktualizacja pozwalają pozytywnie wpłynąć na realizację zamówień społecznych. Jest to jednak jedynie działanie pośrednie. W aktualnej rzeczywistości wykonawca nie jest w stanie przewidzieć, czy dane postępowanie się odbędzie oraz czy będzie miał możliwość realizacji zamówienia. Zapewnienie jednak rzetelnych informacji o zamówieniach może zwiększyć stabilność zatrudnienia, ograniczyć zwolnienia lub wręcz spowodować pojawienie się nowych miejsc pracy. Zwiększenie więc roli tej konstrukcji prawnej pozwala na realizację celów strategicznych.

2.1 Planowanie zamówień

Od 2016 r. jednostki sektora finansów publicznych, państwowe jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej i ich związki są zobowiązane do przygotowania planu postępowań. Nowa ustawa *Prawo zamówień publicznych* wprowadziła nie zmienia zakresu podmiotowego obowiązku, jednakże wprowadza zmiany wpływające na lepsze zastosowanie planów.

Pierwsza i zasadnicza zmiana dotyczy aktualności planu. Dotychczas zamawiający zobowiązani byli do wykonania planu nie później niż w terminie 30 dni od dnia przyjęcia budżetu lub planu finansowego. Na tym obowiązek zamawiającego się kończył. W konsekwencji często już po pierwszym kwartale plan stawał się nieaktualny, przez co przestawał spełniać

swoje funkcje informacyjne. Nowa ustawa *Prawo zamówień publicznych* w art. 23 ust. 4 wprowadza obowiązek aktualizowania planu zamówień. Dodatkowo plan ten będzie publikowany zarówno na stronie zamawiającego, jak i w Biuletynie Zamówień Publicznych (zamówienia poniżej progów UE) lub Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (zamówienia powyżej progów UE) według wzoru ustalonego w rozporządzeniu wykonawczym. Nowe regulacje dotyczące tworzenia planu zamówień powinny zapewnić większą aktualność przekazywanych publicznie informacji, co przy uwzględnieniu dodatkowo obowiązku publikacji wszystkich postępowań w jednym miejscu skutkować będzie zwiększeniem transparentności i przejrzystości postępowań. Dodatkowo konieczność planowania zobowiąże zamawiających do podejmowania działań spójnych zarówno wewnątrz danej struktury, jak i z polityką zakupową państwa.

Realność zastosowania tego instrumentu nie budzi wątpliwości, skoro zamawiający są zobowiązani Nową ustawą PZP do sporządzania rocznego planu. Zgodnie z treścią art. 23 ust. 3 nowej ustawy *Prawo zamówień publicznych* plan postępowań powinien obejmować swym zakresem przedmiot zamówienia z uwzględnieniem rodzaju, planowanego trybu udzielania, orientacyjnej wartości zamówienia i terminu przeprowadzenia postępowania. Plan ten powinien również być tworzony w zgodzie z polityką zakupową państwa oraz z celami zamówień publicznych. W takim przypadku plan postępowań stanowić będzie narzędzie niższego szczebla do realizacji polityki zakupowej państwa.

2.2 Analiza potrzeb zamawiającego

Zgodnie z treścią art. 83 Nowej ustawy PZP zamawiający zobowiązany jest do przeprowadzenia analizy potrzeb i wymagań. Publiczni zamawiający zobowiązani zostaną do przeprowadzenia analizy obejmującej rozeznanie rynku w zakresie możliwych środków zaspokojenia zidentyfikowanych potrzeb, również w kontekście różnych wariantów pozwalających na realizację zamówienia⁴⁶⁶. Przeprowadzona analiza powinna obejmować między innymi możliwość uwzględnienia aspektów społecznych, środowiskowych lub innowacyjnych zamówienia⁴⁶⁷. Prawodawca odniósł się wprost do konieczności uwzględniania przy planowaniu zamówienia celów strategicznych. Podkreślenia wymaga, że analiza ta jest

⁴⁶⁶ Ów przepis wskazuje również na konieczność zbadania, czy zidentyfikowana potrzeba nie może być zaspokojona z wykorzystaniem zasobów własnych. Wydają się jednak, że taka analiza powinna zostać wykonana na etapie tworzenia budżetu zamawiającego, a nie na etapie przygotowania zamówienia.

⁴⁶⁷ Art. 83 ust. 3 pkt 4 Nowej ustawy PZP.

obligatoryjna. Instytucja kontrolująca będzie mogła oczekiwać dokumentu potwierdzającego jej przeprowadzenie. Dokument ten nie ma aktualnie żadnego uregulowanego wzoru, nowa ustawa *Prawo zamówień publicznych* nie przewiduje obowiązku jego stworzenia, natomiast mając na uwadze zasadę pisemności postępowania, dla celów dowodowych, zamawiający powinien podjąć się sporządzenia przynajmniej pisemnej notatki z przeprowadzenia analizy potrzeb.

Rzetelnie przeprowadzona analiza potrzeb już na etapie tworzenia planu zamówień publicznych powinna wpłynąć na świadomość zamawiających w kontekście konieczności realizacji celów strategicznych i pozwolić na uwzględnienie w budżecie ewentualnych kosztów osiągnięcia danych efektów. Zamawiający nie będzie miał możliwości argumentowania, że nie uwzględnił celów strategicznych ze względu na nieprawidłowe oszacowanie wartości zamówienia. Obawy rodzi fakt, że informacja o tym, kiedy należy przeprowadzić analizę potrzeb, nie została dokładnie określona przez Nową ustawę PZP. Wydaje się, że często będzie pojawiał się problem ze zbyt późnym przeprowadzaniem analizy, tj. w momencie, gdy nie jest możliwe lub jest znacząco utrudnione uwzględnienie potrzeb w budżecie.

Narzędziem, które może przyczynić się do efektywniejszej analizy potrzeb zamawiającego, jest możliwość przeprowadzenia wstępnych konsultacji rynkowych. Jest to konstrukcja zbliżona do funkcjonującego do tej pory dialogu technicznego (o którym mowa było wcześniej)⁴⁶⁸ – zamawiający może współpracować z wykonawcami w celu pozyskania informacji o istniejących rozwiązaniach na rynku.

Na analizę, w jaki sposób będą przygotowywane postępowania o udzielenie zamówienia na gruncie Nowej ustawy PZP, trzeba jeszcze poczekać. Na tym etapie widać, że w większości zamawiający nie przygotowują się odpowiednio do postępowań. W 2018 r. dialog techniczny został przeprowadzony w 231 ogłoszeniach o zamówieniu opublikowanych w Biuletynie Zamówień Publicznych, co stanowi 0,18 proc. ogółu ogłoszeń⁴⁶⁹, w 2019 r. poziom ten spadł do 0,14 proc. ogółu ogłoszeń. Co niepokojące, w nowej ustawie wprowadzono wprawdzie

⁴⁶⁸ Wstępne konsultacje rynkowe powinny mieć szersze zastosowanie niż dotychczasowy dialog techniczny. Swoim zakresem obejmują bowiem zarówno kwestie związane z przygotowaniem opisu przedmiotu zamówienia, SIWZ i warunków umowy, jak i inne informacje związane z przygotowaniem postępowania.

⁴⁶⁹ *Sprawozdanie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych w 2018 r.* Warszawa 2019, s. 71. Źródło: <https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/analizy-systemowe/sprawozdania-o-funkcjonowaniu-systemu-zamowien-publicznych> [dostęp: 20.04.2021].

możliwość przeprowadzenia wstępnych konsultacji rynkowych (konstrukcja zbliżona do dialogu technicznego), natomiast nie są one obligatoryjne. Istnieje więc ryzyko, że pomimo dobrych narzędzi zamawiający nie będą korzystać z przyznanego im prawa.

Planowanie zamówień i analiza potrzeb zamawiającego są ściśle ze sobą powiązane – jeden element nie jest w stanie efektywnie funkcjonować, jeżeli drugi jest pomijany. Zgodnie z treścią art. 83 Nowej ustawy PZP określenie wymagań powinno nastąpić przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia. Nie zostało określone jednak, ile czasu przed. Plan postępowania powinien uwzględniać realizację celów strategicznych. Oznacza to, że analiza aspektów środowiskowych, społecznych i innowacyjnych powinna zostać dokonana już na etapie planu zamówień. Bez tego trudno oszacować wartość zamówienia lub tryb, w którym postępowanie ma zostać przeprowadzone. Dlatego też, pomimo że regulacje dotyczące analizy potrzeb znajdują się w innej części ustawy, to sama analiza powinna zostać wykonana przed przygotowaniem budżetu i wraz z przygotowaniem planu. W innym przypadku plan nie będzie odzwierciedlał rzeczywistego stanu rzeczy, a analiza potrzeb, o której mowa w art. 83 nowej ustawy *Prawo zamówień publicznych*, stanowić będzie jedynie uciążliwy obowiązek, polegający na dopasowaniu analizy do istniejącego już budżetu. W takim przypadku nie będzie można stwierdzić efektywności merytorycznej tego instrumentu prawnego.

2.3 Opis przedmiotu zamówienia

Zamawiający zobowiązany jest również do przygotowania opisu przedmiotu zamówienia, przez co należy rozumieć dokument lub dokumenty określające sposób wykonania przedmiotu zamówienia, wymagane cechy materiału, produktu lub dostawy. Zamawiający może dokonać opisu na cztery różne sposoby poprzez: (a) określenie wymagań dotyczących wydajności lub funkcjonalności, (b) odwołanie się do norm międzynarodowych lub krajowych, (c) połączenie rozwiązań a i b – rozwiązanie mieszane, (d) określenie opisu w ten sposób, że zamawiający stosuje rozwiązanie mieszane wraz z wprowadzeniem domniemania, że jeżeli wykonawca oferuje rozwiązanie zgodne z normą, to spełnia ono równocześnie określone wymagania wydajnościowe lub funkcjonalne⁴⁷⁰.

Rozwiązania oferowane przez wykonawców mogą być adekwatne do przedmiotu zamówienia, ale niekoniecznie muszą wprost spełniać normę wskazaną w opisie przedmiotu zamówienia. Wykonawca ma możliwość udowodnienia w swojej ofercie za pomocą dowolnych

⁴⁷⁰ *Prawo zamówień publicznych. Komentarz do art. 73a PZP*. Red. M. Jaworska, D. Grześkowiak-Stojek, J. Jarnicka, A. Matusiak, C.H. Beck, Warszawa 2020.

środków dowodowych, że proponowane rozwiązania spełniają wymagania określone w specyfikacjach technicznych w stopniu równoważnym⁴⁷¹. Jeżeli wykonawca udowodni, że jego oferta spełnia wymagania, nie może zostać odrzucona.

Niezależnie od tego, co jest przedmiotem zamówienia, opis przedmiotu zamówienia może odwoływać się do parametrów środowiskowych i klimatycznych, a także precyzować kwestię oznakowania i etykietowania oraz nawiązywać do procesów i metod produkcji na każdym etapie cyklu życia obiektów budowlanych, dostaw i usług⁴⁷². Dodatkowo, w przypadku zamówień służących zaspokajaniu potrzeb osób fizycznych, dokumentacja powinna zawierać kryteria dostępności dla osób niepełnosprawnych⁴⁷³. Całość opisu może więc odnosić się bezpośrednio do realizacji celów strategicznych. Ważne przy tym, by opis był proporcjonalny do celów i wartości, które zamawiający zamierza osiągnąć; nie może on w sposób nieuzasadniony ograniczać konkurencji. Dodatkowo powinien być wykonany z zachowaniem zasad równego traktowania, niedyskryminacji i przejrzystości. Jeżeli jednak przedmiot zamówienia tego wymaga, specyfikacja techniczna może być opisana w sposób bardzo szczegółowy⁴⁷⁴. Art. 18 ust. 1 Dyrektywy klasycznej zwraca jednak uwagę, że działania zamawiającego nie mogą sztucznie ograniczać konkurencji, przez co należy rozumieć nieuzasadnione działania na korzyść lub niekorzyść niektórych wykonawców. To, w jaki sposób zostanie opisany przedmiot zamówienia, będzie miało decydujący wpływ na realizację celów strategicznych.

Opracowanie specyfikacji technicznych pod względem wymagań wydajnościowych i funkcjonalnych realnie przyczynia się do pozyskania rozwiązań bardziej efektywnych, środowiskowych i innowacyjnych. Zamawiający ma również możliwość określenia szczególnych warunków wpływających na włączenie społeczne (zarówno w zakresie wykonania zamówienia, jak i efektów, które przedmiot zamówienia może przynieść dla zamawiającego lub społeczeństwa). Zamawiający może również zastrzec postępowania dla wykonawców, których działalność obejmuje społeczną i zawodową integrację osób będących członkami grup społecznie marginalizowanych, tj. osób niepełnosprawnych, bezrobotnych, uprzednio karanych, bezdomnych, z zaburzeniami psychicznymi, poszukujących pracy czy

⁴⁷¹ Art. 42 ust. 5 Dyrektywy klasycznej.

⁴⁷² *Zamówienia publiczne w Unii Europejskiej po modernizacji – nowe unijne dyrektywy koordynujące procedury udzielania zamówień publicznych*. Red. M. Olejarz, Warszawa 2014, s. 162.

⁴⁷³ Art. 42 ust. 1 Dyrektywy klasycznej.

⁴⁷⁴ Orzeczenie TSUE z dnia 25 października 2018 r. w sprawie C- 413/17 Roche Lietuva.

uchodźców⁴⁷⁵. Dodatkowo możliwe jest wprowadzenie przez zamawiającego wymogu realizacji zamówienia w określony sposób lub przy użyciu odpowiednich środków w zakresie aspektów społecznych, środowiskowych, społecznych, innowacyjnych, związanych z zatrudnieniem lub zachowaniem poufnego charakteru przekazywanych informacji⁴⁷⁶.

Zarówno Dyrektywa klasyczna, ustawa PZP z 2004 r., jak i Nowa ustawa PZP dają zamawiającym dużą swobodę w kształtowaniu treści opisu przedmiotu zamówienia. W związku z tym regulacja ta może mieć istotny wpływ na realizację celów strategicznych. Konieczne jest jedynie badanie indywidualnie każdego opisu pod kątem zgodności z zasadami zasad publicznych, które pozwolą każdorazowo określić, czy badana dokumentacja stanowi „dobry środek” do realizacji celów strategicznych. Nie jest możliwe *in abstracto* określić stopnia wpływu opisu przedmiotu zamówienia na realizację celów. Wszystko zależy od przedmiotu zamówienia, budżetu przeznaczanego na realizację oraz możliwości zamawiającego. Oznacza to, że efektywność merytoryczna może być bardzo duża – to właśnie opis przedmiotu zamówienia pozwala zapewnić dostawę produktu lub usług przyczyniających się do realizacji celów strategicznych. Równocześnie jednak nie jest możliwe dokonanie oceny realności pełnego wykorzystania tego instrumentu.

2.4 Podział zamówienia na części

Konstrukcja podziału zamówienia na części budziła wiele wątpliwości interpretacyjnych. Prawodawca oczekiwał od zamawiających, by tam, gdzie to możliwe, dokonywali podziału zamówienia na części. Działanie to miało na celu zapewnienie większej dostępności do rynku zamówień publicznych dla podmiotów z sektora małych i średnich przedsiębiorstw. W konsekwencji w art. 91 ust. 2 Nowej ustawy PZP wprowadzono obowiązek wskazania przyczyn niedokonania podziału zamówienia na części w dokumentacji zamówienia, a najlepiej w SWZ. W ten sposób wykonawcy w prostszy sposób będą mogli kwestionować działania zamawiającego. Przepis ten ma odzwierciedlenie w przepisach Dyrektywy klasycznej, tj. w art. 46 ust. 1, który stanowi między innymi, że instytucje zamawiające dokonują wskazania najważniejszych powodów swojej decyzji o niedokonaniu podziału na części. Natomiast zgodnie z motywem 78 preambuły Dyrektywy klasycznej w przypadku, gdy instytucja zamawiająca zdecyduje, że podział zamówienia na części nie

⁴⁷⁵ Art. 94 ust. 1 Nowej ustawy PZP.

⁴⁷⁶ Art. 29 ust. 4 ustawy PZP z 2004 r. i Art. 96 Nowej ustawy PZP.

byłby właściwy, stosowne indywidualne sprawozdanie lub dokumenty zamówienia powinny zawierać wskazanie głównych przyczyn decyzji instytucji zamawiającej.

Efektywność tego instrumentu w kontekście realizacji celów strategicznych jest niska. Pomimo że realnie często dochodzi do podziału zamówienia na części, to wpływ tego instrumentu na realizację celów jest niezauważalny. Celem podziału zamówienia na części jest zwiększenie konkurencyjności postępowania. Tym samym instrument ten będzie wpływał w takim zakresie na realizację celów, jak zasada konkurencyjności omówiona w rozdziale trzecim.

2.5 Polityka zakupowa państwa

Rada Ministrów 14 lutego 2017 r. przyjęła dokument pn. *Strategia na rzecz Odpowiedzialnego Rozwoju do roku 2020 (z perspektywą do 2030 r.)*, zwana SOR. Jest to dokument służący określeniu średnio- i długofalowej polityki gospodarczej Polski. SOR określa cele i kierunki rozwoju państwa w wymiarze społecznym, gospodarczym, regionalnym i przestrzennym. Dokument ten wyznaczył cel główny, polegający na stworzenia warunków wzrostu wynagrodzenia mieszkańców Polski, przy uwzględnieniu wzrostu spójności w obszarze społecznym, ekonomicznym, środowiskowym i terytorialnym. Cel ten ma być realizowany przy wprowadzeniu dodatkowych trzech szczegółowych celów polityki państwa, tj.:

- trwałego wzrostu gospodarczego opartego coraz silniej o wiedzę, dane i doskonałość organizacyjną;
- rozwoju społecznie wrażliwego i terytorialnie zrównoważonego;
- stworzenie skutecznego państwa i instytucji służących wzrostowi oraz włączeniu społecznemu i gospodarczemu⁴⁷⁷.

Dokument kładzie szczególny nacisk na rozwój gospodarczy, ograniczenie zjawiska wykluczenia społecznego przy równoczesnym zapewnieniu zrównoważonego rozwoju. Jako jeden z czynników wpływających na realizację celu strategicznego i celów szczegółowych zostały wskazane zamówienia publiczne, które zdaniem prawodawcy stanowią narzędzie do realizacji wyznaczonych celów. Analiza aktualnego systemu zamówień publicznych wykazała brak powiązania wydatków z realizacją polityki oraz celów strategicznych państwa, a same

⁴⁷⁷ Strategia przyjęta uchwałą nr 8 Rady Ministrów z dnia 14 lutego 2017 r. w sprawie przyjęcia *Strategii na rzecz Odpowiedzialnego Rozwoju do roku 2020 (z perspektywą do 2030 r.)*.

zamówienia nie realizują założeń określonych w SOR⁴⁷⁸. Jednym z celów Nowej ustawy PZP⁴⁷⁹ jest zapewnienie możliwości realizacji polityki państwa. Zamówienia publiczne mają stać się narzędziem do realizacji celów określonych przez państwo. W tym celu do Nowej ustawy PZP wprowadzono pojęcie polityki zakupowej państwa, która określa zasady tworzenia spójnego planu udzielania zamówień w pewnej perspektywie czasowej.

Nowa ustawa PZP wprowadza obowiązek tworzenia polityki zakupowej państwa. Jest to zadanie dla Rady Ministrów, która ma określić planowe działania administracji rządowej. Plan wykonuje się raz na 4 lata i obejmuje kierunek działań w zakresie udzielanych zamówień. Staje się on podstawą dla przygotowywania polityki zakupowej przez zamawiających będących centralnym organem administracji rządowej⁴⁸⁰:

„Dokument Polityki zakupowej państwa, należy rozumieć jako ukierunkowanie zakupów na innowacyjne i zrównoważone produkty i usługi dostarczane instytucjom publicznym. Z perspektywy strategicznej, polityka zakupowa państwa opiera się na potrzebie wdrożenia inteligentnego modelu zarządzania zakupami w ramach realizowanych zamówień publicznych z uwzględnieniem aspektów normalizacyjnych, środowiskowych (koszt cyklu życia produktu), społecznej odpowiedzialności przedsiębiorstw oraz upowszechnienia dobrych praktyk i narzędzi zakupowych. Polityka zakupowa państwa stanowi tym samym średniookresową strategię wydawaną raz na 4 lata (art. 21 projektu ustawy), która nakreśla program działań wykonawczych wraz z instrumentami do jego realizacji. Ponadto Polityka zakupowa państwa powinna być opracowywana zgodnie z zasadą zrównoważonego rozwoju kraju”⁴⁸¹.

Stworzono więc narzędzie pozwalające na ukierunkowanie działań państwa. W ten sposób możliwe jest zapewnienie spójności polityki zakupowej i konsekwencji w realizacji wskazanych w dokumencie założeń.

Dokument ten powinien zapewnić spójność podejmowanych decyzji poszczególnych zamawiających, którzy pomimo że funkcjonują jako odrębne jednostki, powinni realizować również działania krajowe i dbać o interes publiczny. Aby tak się stało, musi on zawierać konkretne wytyczne wraz z przedstawieniem narzędzi do realizacji założeń. Dokument ten musi przedstawiać konkretne rozwiązania w taki sposób, by nawet mali zamawiający, którzy nie posiadają wysoko wykwalifikowanej kadry, byli w stanie zrealizować określone założenia.

⁴⁷⁸ Uzasadnienie do projektu ustawy z dnia 11 września 2019 r. – *Prawo zamówień publicznych* (Dz.U. 2019 poz. 2019).

⁴⁷⁹ Ustawa z dnia 11 września 2019 r. – *Prawo zamówień publicznych*.

⁴⁸⁰ Art. 21–22 Nowej ustawy PZP.

⁴⁸¹ Uzasadnienie do projektu ustawy z dnia 11 września 2019 r. – *Prawo zamówień publicznych* (Dz.U. 2019 poz. 2019), s. 15.

W innym przypadku straci na znaczeniu i nie będzie odpowiednio wdrażany. Tym samym należy stwierdzić, że wprowadzenie polityki zakupowej i jej późniejsze aktualizowanie może przyczynić się do realizacji celów strategicznych, o ile zamawiający będą przestrzegać założeń w niej zawartych. Mając na uwadze fakt, że dotychczas taka polityka w Polsce nie funkcjonowała, nie jest możliwe przeprowadzenie oceny, czy dojdzie do przestrzegania jej postanowień.

3. Kwalifikacja wykonawców

Kryteria kwalifikacji wykonawców dzielą się na kryteria kwalifikacji podmiotowe i przedmiotowe. Określają one warunki negatywne i pozytywne, które muszą zostać spełnione, aby wykonawca mógł zostać wybrany do realizacji zamówienia. W dalszej kolejności określane są kryteria oceny ofert, które pozwalają na wybór najkorzystniejszej ekonomicznie oferty w postępowaniu. Konstrukcja ta pozwala wybrać kandydata spełniającego minimalne oczekiwania zamawiającego w zakresie jego zdolności finansowych, ekonomicznych i związanych z posiadanym doświadczeniem, oferującego najkorzystniejszą usługę, dostawę, czy wykonanie robót budowlanych.

3.1 Wykluczenie wykonawcy z postępowania

Instytucje zamawiające muszą ściśle przestrzegać określonych kryteriów wyboru dla wykonawców w celu uniknięcia potencjalnej dyskryminacji ze względu na przynależność państwową i wykluczyć specyfikacje techniczne, które mogą faworyzować przedsiębiorstwa krajowe. Dlatego też warunki wykluczenia wykonawcy z postępowania zostały wprost opisane w Nowej ustawie PZP. Art. 108 Nowej ustawy PZP, w ust. 1, określa obligatoryjne przesłanki wykluczenia wykonawcy z postępowania. Opisuje on takie okoliczności, które w każdym przypadku (niezależnie od stanowiska zamawiającego) skutkują wykluczeniem wykonawcy z postępowania i dotyczą między innymi takich zdarzeń, jak ogłoszenie upadłości, wykroczenie zawodowe, niewypełnienie zobowiązań w zakresie zabezpieczenia społecznego i obowiązki związane z podatkami. Katalog ten został utworzony oparciu o treść art. 57 ust. 1 Dyrektywy klasycznej i dopasowany do potrzeb systemu polskiego. W art. 108 ust. 2 Nowej ustawy PZP wprowadzono dodatkowy obowiązek wykluczenia wykonawcy z postępowania, jeżeli ukrywa beneficjentów rzeczywistych⁴⁸².

⁴⁸² Zgodnie z treścią art. 2 ust. 2 pkt 1) Ustawy z dnia 1 marca 2018 roku o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu, beneficjent rzeczywisty to osoba fizyczna lub osoby

W art. 109 Nowej ustawy PZP określono fakultatywne przesłanki wykluczenia wykonawcy z postępowania. Mają one zastosowanie jedynie w takim przypadku, gdy zamawiający przewidzi ich zastosowanie w SIWZ – po zapisaniu ich w dokumentacji zamówienia działają analogicznie, jak przesłanki o charakterze obligatoryjnym.

Nowa ustawa PZP ogranicza obligatoryjne przesłanki wykluczenia wykonawcy z postępowania, które w tej ustawie zwane są podmiotowymi środkami dowodowymi, poprzez przeniesienie części z nich do grupy fakultatywnych przesłanek wykluczenia z postępowania. Nie oznacza więc, że przeniesione przesłanki nie będą mogły mieć zastosowania; daje się jednak w tym zakresie zamawiającym większą swobodę w ustalaniu warunków. Dodatkowo, w przypadku przesłanek fakultatywnych przyznano zamawiającym prawo do niewykluczenia danego wykonawcy z postępowania (nawet w sytuacji, gdy zamawiający przewidział daną przesłankę w dokumentacji zamówienia, jeżeli wykluczenie byłoby środkiem nieproporcjonalnym do stopnia naruszenia⁴⁸³). Jest to zgodne ze stanowiskiem TSUE z dnia 30 stycznia 2020 r. w sprawie C-395/18, zgodnie z którym „uregulowanie krajowe przewidujące takie automatyczne wykluczenie wykonawcy, który złożył ofertę, narusza zasadę proporcjonalności”⁴⁸⁴.

Co istotne, wstępne konsultacje rynkowe nie powinny powodować automatycznego wykluczenia wykonawcy z postępowania. To na zamawiającym ciąży obowiązek podjęcia odpowiednich środków w celu zagwarantowania, że wykonawca, który brał udział we wstępnych konsultacjach rynkowych, nie zakłóci konkurencji w postępowaniu. Wykluczenie wykonawcy natomiast może nastąpić jedynie w sytuacji, w której zakłócenie konkurencji nie może być wyeliminowane w inny sposób niż przez wykluczenie wykonawcy z udziału w tym postępowaniu. Jest to istotna ochrona wykonawcy. Dialog techniczny uregulowany w ustawie PZP z 2004 r. właściwie nie był stosowany. W 2019 r. dialog techniczny został wykorzystany w 159 ogłoszeniach o zamówieniu opublikowanych w Biuletynie Zamówień Publicznych, co stanowiło 0,14 proc. ogółu ogłoszeń⁴⁸⁵. Z jednej strony dotyczyło to niechęci ze strony

fizyczne, które sprawują bezpośrednio lub pośrednio kontrolę nad klientem poprzez posiadane uprawnienia, które wynikają z okoliczności prawnych lub faktycznych, umożliwiające wywieranie decydującego wpływu na czynności lub działania podejmowane przez klienta, lub osobę fizyczną lub osoby fizyczne, w imieniu których są nawiązywane stosunki gospodarcze lub przeprowadzana jest transakcja okazjonalna.

⁴⁸³ Art. 109 ust. 1 Nowej ustawy PZP.

⁴⁸⁴ Wyrok TSUE z dnia 30 stycznia 2020 r. w sprawie Tim SpA, sygn. akt C-395/18. Pkt 53.

⁴⁸⁵ *Sprawozdanie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych w 2019 r.* Warszawa 2020, s. 70. Źródło: <https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/>

zamawiających i potrzebnego czasu, którego oni nie posiadali, z drugiej strony budziło obawy wykonawców w zakresie możliwości późniejszego brania udziału w postępowaniu. Regulacja art. 84 i 85 Nowej ustawy PZP ma podkreślić rolę współpracy z wykonawcami i zabezpieczyć ich pozycję w postępowaniu. Zdaniem autora współpraca z wykonawcami powinna mieć istotne znaczenie dla kształtowania się rynku zamówień publicznych. Zamawiający często nie posiadają wiedzy w zakresie rozwiązań technicznych dostępnych na rynku i adekwatnych do konkretnego zamówienia, które mogliby pozyskać od wykonawców.

Prawo wykluczenia wykonawcy z postępowania stanowi niebezpieczne narzędzie dla realizacji zasady konkurencyjności. Dlatego też ustawodawca unijny – i w ślad za nim polski – ograniczył możliwość swobodnego określania warunków wykluczenia wykonawców z postępowania. Omawiana konstrukcja prawna ma na celu zabezpieczenie zamawiających przed wykonawcami, którzy nie zachowywali do tej pory odpowiednich standardów działania. W istocie trudno więc szukać w tej konstrukcji bezpośredniej realizacji celów strategicznych. Z drugiej strony jednak Dyrektywa klasyczna w motywie 101 preambuły podkreśla, że zamawiający powinni mieć możliwość wykluczania wykonawców, którzy okazali się nierzetelni, na przykład z powodu naruszeń obowiązków środowiskowych. Równocześnie jednak, instrument ten przyczyni się do realizacji celów strategicznych w takim zakresie, w jakim wpływa na funkcjonowanie zasady konkurencyjności i równości. Bez wątpienia warunki wpływają na ogólny standard zamówień – wykluczenie podmiotów niepewnych lub których dotychczasowa działalność świadczy o lekceważeniu obowiązków nałożonych przez prawo promuje wykonawców wypełniających swoje obowiązki należycie.

3.2 Warunki udziału w zamówieniu

Poza negatywnymi przesłankami skutkującymi wykluczeniem w postępowaniu zamawiający może określić wymagania udziału w postępowaniu. Dotychczas mówiono o warunkach udziału w zamówieniu, natomiast Nowa ustawa PZP wprowadza pojęcie przedmiotowych środków dowodowych⁴⁸⁶.

Po pierwsze, zamawiający może określić wymagania związane ze zdolnością wykonawcy do należytego wykonania zamówienia w wykonaniu analogicznego przedmiotu zamówienia. Wymagania mogą dotyczyć doświadczenia wykonawcy, posiadania

analizy-systemowe/sprawozdania-o-funkcjonowaniu-systemu-zamowien-publicznych [dostęp: 20.04.2021].

⁴⁸⁶ Art. 106 Nowej ustawy PZP.

odpowiednich kwalifikacji przez niego lub osoby przez niego skierowane, a także posiadania odpowiedniego potencjału technicznego. W tym zakresie można żądać od wykonawcy przedstawienia oświadczeń, referencji lub innych dokumentów potwierdzających należyte wykonanie podobnych zamówień. Po drugie, zamawiający może oczekiwać od wykonawców znajdowania się w sytuacji finansowej i ekonomicznej pozwalającej na realizację zamówienia. Prawodawca zastosował katalog otwarty w zakresie warunków finansowych i ekonomicznych. Pomimo tego zamawiający nie może w sposób dowolny kształtować warunków uczestnictwa. Wynika to z faktu, że w celu spełnienia określonych warunków zamawiający może żądać konkretnych dokumentów wskazanych w rozporządzeniu Ministra Rozwoju⁴⁸⁷. Katalog dokumentów w nim wymieniony jest katalogiem zamkniętym. Rozwiązanie to pozwala wykluczyć z postępowania firmy, których sytuacja (finansowa etc.) nie pozwala na wykonanie zamówienia, i ochronić zamawiającego przed problemami z realizacją zamówienia z winy wykonawcy. Po trzecie, zgodnie z treścią Nowej ustawy PZP wykonawcy zobowiązani są do wykazania zdolności do występowania w obrocie gospodarczym. Należy przez to rozumieć obowiązek wpisania wykonawcy do właściwego rejestru związanego z prowadzoną działalnością gospodarczą (KRS, CEIDG), zawodową (wpis na listę radców prawnych) lub handlową⁴⁸⁸.

Należy zwrócić uwagę, że powyższe warunki nie mogą być kształtowane swobodnie przez zamawiającego. W każdym przypadku musi on określić warunki proporcjonalne do przedmiotu zamówienia i adekwatne do niego. W konsekwencji nie mogą one ograniczać konkurencji w sposób nieuzasadniony. Nowa ustawa PZP przewiduje możliwość korzystania z zasobów podmiotu trzeciego w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu w odniesieniu do konkretnego zamówienia, o czym mowa szerzej poniżej.

Warunki udziału w postępowaniu stanowią istotny czynnik mający na celu zagwarantowanie odpowiedniej jakości wykonywanego zamówienia. Dopuszczając danego wykonawcę do postępowania, zamawiający może żądać między innymi wykazu środków zarządzania środowiskowego, które wykonawca będzie mógł zastosować w celu wykonania zamówienia publicznego, poświadczenia spełnienia przez wykonawcę wymogów określonych systemów lub norm zarządzania środowiskowego, przyznania statusu zakładu pracy chronionej

⁴⁸⁷ Rozporządzenie Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

⁴⁸⁸ Art. 113 Nowej ustawy PZP

lub zakładu aktywności zawodowej⁴⁸⁹. Wśród przykładowych systemów ustawodawca unijny wymienia rozporządzenie (WE) nr 1221/2009 w sprawie dobrowolnego udziału organizacji w systemie ek zarządzania i audytu we Wspólnocie⁴⁹⁰. W związku z tym również przy zastosowaniu warunków udziału w postępowaniu możliwe jest uwzględnienie elementów wpływających pozytywnie na realizację celów strategicznych. Należy jednak pamiętać, że dobór środków powinien być adekwatny do przedmiotu zamówienia. Zamawiający nie może oczekiwać od wykonawcy posiadania odpowiednich certyfikatów, jeżeli nie przyczyniają się one do realizacji przedmiotu zamówienia. Ponadto zamawiający powinni akceptować także inne dowody, pod warunkiem że wykonawca wykaże, że stosowane środki są równoważne środkom wymaganym w postępowaniu.

3.3 Poleganie na doświadczeniu podmiotów trzecich

Zgodnie z treścią art. 22a ustawy PZP wykonawca uprawniony jest do polegania na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów. Warunkiem zastosowania tej możliwości jest wykazanie, że podczas realizacji zamówienia wykonawca będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów. Najczęściej sposobem wykazania, że wykonawca jest w posiadaniu odpowiednich zasobów, jest przekazanie zamawiającemu oświadczeń podmiotu trzeciego o zobowiązaniu się do udostępnienia wykonawcy odpowiednich zasobów na potrzeby realizacji zamówienia. Przepis polskiej ustawy jest transpozycją art. 63 Dyrektywy klasycznej.

Obowiązek rzeczywistego polegania na zasobach podmiotów trzecich został wielokrotnie potwierdzony w orzecznictwie. Zgodnie z treścią wyroku TSUE z dnia 14 stycznia 2016 r. w sprawie *Ostas celtnieks* „art. 47 ust. 2 i art. 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18 przyznają każdemu podmiotowi gospodarczemu prawo do polegania, w przypadku konkretnego zamówienia, na zdolnościach innych podmiotów, niezależnie od charakteru łączących go z nimi powiązań, o ile zostanie wykazane instytucji zamawiającej, że oferent będzie dysponował zasobami tych podmiotów, które są niezbędne do wykonania zamówienia”⁴⁹¹. Kolejne orzeczenia uzupełniły treść przepisu, wskazując na możliwość łączenia zdolności i zasobów przez kilka podmiotów w celu wykazania spełnienia warunków udziału w zamówieniu. Równocześnie jednak, mając na uwadze specyfikę danego zamówienia, zamawiający może

⁴⁸⁹ Rozporządzenie Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

⁴⁹⁰ *Zamówienia publiczne w Unii Europejskiej po modernizacji – nowe unijne dyrektywy koordynujące procedury udzielania zamówień publicznych...*, s. 168

⁴⁹¹ Wyrok TSUE z dnia 14 stycznia 2016 r., sygn. akt C-234/14, pkt 23.

przewidzieć zakaz łączenia zdolności wykonania zamówienia przez wiele podmiotów. Trybunał przyznał także, że:

„[...] w takiej sytuacji instytucja zamawiająca może w uzasadniony sposób wymagać, aby minimalny poziom zdolności został osiągnięty przez jednego wykonawcę lub przez poleganie na ograniczonej liczbie wykonawców, o ile wymóg ten jest związany z przedmiotem danego zamówienia i jest w stosunku do niego proporcjonalny. Trybunał zastrzegł jednak, że taki przypadek stanowi nadzwyczajną sytuację, a dany wymóg nie może stać się ogólną zasadą na mocy prawa krajowego (zob. podobnie wyrok z dnia 10 października 2013 r., *Swm Costruzioni 2 i Mannocchi Luigino*, C-94/12, EU:C:2013:646, pkt 35, 36)⁴⁹².

W ten sposób Trybunał podkreślił, że ograniczenie możliwości korzystania z zasobów podmiotów trzecich lub ich łączenie może być uzasadnione tylko w szczególnych przypadkach, a w każdej takiej sytuacji konieczne jest badanie ograniczenia przy uwzględnieniu zasady konkurencyjności. W tym miejscu warto zaznaczyć, że zamawiający ma prawo oczekiwać od wykonawcy, że praca, która wymaga pewnego doświadczenia, będzie wykonywana przez podmiot, który rzeczywiście takie doświadczenie posiada. Dlatego też uzyskane doświadczenie należy oceniać w zależności od konkretnego zakresu udziału, wkładu danego wykonawcy w realizacji zamówienia, na które się powołuje⁴⁹³.

W sytuacji, gdy zdaniem zamawiającego oferta budzi wątpliwości, to zgodnie z treścią art. 26 ustawy PZP może on wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień. W takim przypadku nie może jednak dojść do zmiany oferty wykonawcy. Jeżeli więc wykonawca nie powoływał się na doświadczenie podmiotu trzeciego, nie może dokonać zmiany oferty poprzez wskazanie doświadczenia lub zdolności innego podmiotu. Zostało to potwierdzone wyrokiem wydanym w sprawie *Esaprojekt*, zgodnie z którym:

„[...] art. 51 dyrektywy 2004/18 w związku z art. 2 tej dyrektywy należy interpretować w ten sposób, że stoi on na przeszkodzie temu, by po upływie terminu zgłoszeń do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wykonawca przekazał instytucji zamawiającej, w celu wykazania, że spełnia on warunki uczestnictwa w postępowaniu w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, dokumenty, których nie zawierała jego pierwotna oferta, takie jak umowa zamówienia zrealizowanego przez podmiot trzeci oraz jego zobowiązanie do oddania do dyspozycji tego wykonawcy zdolności i środków niezbędnych do realizacji rozpatrywanego zamówienia⁴⁹⁴.

⁴⁹² Wyrok TSUE z dnia 2 czerwca 2016 r. sygn. akt C-27/15.

⁴⁹³ Wyrok TSUE z dnia 4 maja 2017 r. sygn. akt C-387/14 (*Esaprojekt*).

⁴⁹⁴ Tamże.

Z tego orzeczenia TSUE wynika, że w sytuacji, gdy wykonawca nie powoływał się na zasoby podmiotu trzeciego w pierwotnej ofercie, nie może on na wezwanie zamawiającego uzupełnić oferty o oświadczenie o udostępnieniu zasobów przez inny podmiot. Z drugiej jednak strony TSUE nie wyklucza możliwości dokonania zmiany podmiotu trzeciego – jeżeli w pierwotnej ofercie wykonawca przewidywał konieczność korzystania z zasobów, a w toku weryfikacji oferty okazało się, że dostęp do tych zasobów lub ich zgodność z postępowaniem budzi wątpliwości. W takim przypadku wykonawca może zmienić podmiot trzeci, z którego zasobów korzysta, lub wykazać, że samodzielnie jest w stanie wykonać takie zamówienie⁴⁹⁵. W odpowiedzi na wezwanie z art. 26 ust. 3 ustawy PZP wykonawca przedkłada wymagane dokumenty niezawierające błędów, dotyczące zgłoszonego podmiotu trzeciego, lub wszystkie dokumenty dotyczące nowego podmiotu trzeciego, lub osobiście potwierdza spełnienie warunku, który miał zostać spełniony przez udostępnienie zasobów⁴⁹⁶. Nowa ustawa PZP wprowadza zapis w zakresie możliwości zmiany podmiotu trzeciego wprost, dzięki czemu, nie powinny pojawiać się w tym zakresie kolejne wątpliwości⁴⁹⁷.

Możliwość powołania się na zdolności innych podmiotów ma za zadanie zwiększyć konkurencyjność postępowania i otworzyć je na większą grupę podmiotów, przy równoczesnym zapewnieniu odpowiedniej jakości wykonywanej usługi. Konstrukcja ta zwiększa konkurencyjność postępowania. Nie widać przy tym bezpośrednich elementów przyczyniających się do realizacji celów strategicznych – instrument ten przyczynia się do realizacji celów strategicznych w takim zakresie, jak zasada konkurencyjności. Poleganie na doświadczeniu podmiotu trzeciego daje podstawę do stworzenia warunków gwarantujących dostęp do postępowania na równych warunkach również tym podmiotom, które wprawdzie nie wykonywały dotychczas podobnego zamówienia, natomiast mają dostęp do *know-how* pozwalającego na wykonanie usługi na odpowiednim poziomie jakości. Konstrukcja ta byłaby bezużyteczna, gdyby polegała jedynie na złożeniu oświadczenia przez podmiot trzeci dysponujący odpowiednimi zasobami. Ważne jest bowiem, by wykonawca miał realny dostęp do wiedzy posiadanej przez inny podmiot. W związku z tym zamawiający powinien zapewnić sobie narzędzia pozwalające na weryfikację rzeczywistego korzystania z zasobów podmiotu trzeciego.

⁴⁹⁵ Wyrok KIO z dnia 21 listopada 2017 r. o sygn. akt KIO 2336/17.

⁴⁹⁶ Relacja art. 22a ust. 6 do art. 26 ust. 3 ustawy – *Prawo zamówień publicznych*.

⁴⁹⁷ Art. 123 Nowej ustawy PZP.

3.4 Kryteria oceny ofert

Zamawiający zobowiązany jest do wyboru oferty najkorzystniejszej ekonomicznie. Jak już to zostało wyjaśnione wcześniej, o tym, czy coś jest najkorzystniejsze, nie musi i prawie zawsze nie powinna decydować cena. Zamawiający powinien uwzględnić również inne czynniki:

„[...] aspekty środowiskowe lub społeczne (np. czy książki zostały wydrukowane na papierze z makulatury lub na papierze z drewna pochodzącego ze zrównoważonej gospodarki drzewnej, koszt przypisany ekologicznym efektom zewnętrznym lub też czy promowano integrację społeczną osób defaworyzowanych lub członków słabszych grup społecznych wśród osób wyznaczonych do wykonania zamówienia)⁴⁹⁸.”

To, co dodatkowo ułatwia stosowanie kryteriów środowiskowych, to brak wymogu od zamawiających, by określili wartość monetarną wprowadzonych rozwiązań środowiskowych lub społecznych.

Kryteria oceny ofert pozwalają więc znacząco wpłynąć na realizację celów zamówień publicznych. Ważne jednak, aby ustalone kryteria oceny ofert realnie pozwalały na złożenie oferty o lepszej jakości. Powszechnie wskazuje się na fikcję kryteriów pozacenowych, które w istocie stanowią jedynie wypełnienie obowiązku przewidzianego w ustawie PZP z 2004 r.⁴⁹⁹ – jak choćby wprowadzenie kryterium dotyczącego długości gwarancji czy czasu realizacji, które w istocie nie stanowi wartości dodanej oferty, ponieważ wszyscy wykonawcy oferują najdłuższy punktowany okres gwarancji lub ograniczeni są postanowieniami producentów. To kryterium natomiast jest najczęściej stosowanym przez zamawiających kryterium pozacenowym – w 2018 r. było stosowane w 61 proc. zamówień poniżej progów unijnych i w 40 proc. zamówień powyżej progów unijnych⁵⁰⁰. Drugim najczęściej stosowanym kryterium jest termin realizacji zamówienia. Również w tym przypadku bardzo często kryterium to nie pozwala zapewnić lepszej usługi, a skrócenie terminu dostawy o kilka dni czy miesiące nie w każdym przypadku będzie miało istotne znaczenie dla zamawiającego⁵⁰¹.

⁴⁹⁸ Motyw 93. preambuły Dyrektywy klasycznej.

⁴⁹⁹ Art. 91 ust. 2a ustawy PZP.

⁵⁰⁰ *Sprawozdanie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych w 2018 r.* Warszawa 2019, s. 41. Źródło: <https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/analizy-systemowe/sprawozdania-o-funkcjonowaniu-systemu-zamowien-publicznych> [dostęp: 20.04.2021].

⁵⁰¹ Tylko w szczególnych przypadkach termin będzie miał rzeczywiste znaczenie dla zamawiającego, z drugiej jednak strony, jeżeli zamawiający potrzebuje wykonania usługi, dostawy lub robót w określonym terminie, może termin ten wskazać w opisie przedmiotu zamówienia.

Kryterium to było stosowane w 31 proc. zamówień poniżej progów i 40 proc. zamówień powyżej progów⁵⁰². W tej sytuacji pomimo istnienia kryteriów pozacenowych decydujące znaczenie ma cena. Dodatkowo, wprowadzenie kryteriów, których głównym i decydującym aspektem jest cena, wpływa na obniżenie aktywności wykonawców na rynku zamówień publicznych, co potwierdza raport przeprowadzony przez UZP z 2019 r.⁵⁰³ Jako główną przyczynę braku lub niskiego zainteresowania udziałem w postępowaniach o udzielenia zamówienia publicznego wskazano cenę jako kryterium faktycznie decydujące o wyborze oferty najistotniejszej.

Przyczyną takiego stanu rzeczy jest niski poziom wiedzy zamawiających w zakresie możliwości stosowania kryteriów wpływających realnie na realizację celów strategicznych. Z danych wynikających z przeprowadzonego raportu UZP w 2017 r. wynika, że 6 proc. badanych przedstawicieli zamawiających nie było w stanie wskazać ani jednego celu społecznego, a w przypadku realizacji celów środowiskowych liczba ta przekraczała 12 proc., przy czym większość respondentów potrafiła wymienić tylko jeden cel⁵⁰⁴. Od tego czasu UZP prowadził wiele akcji edukacyjnych i szkoleniowych, co powinno poprawić poziom wiedzy zamawiających. W takich okolicznościach jednak trudno spodziewać się niestandardowych rozwiązań w przygotowaniu kryteriów oceny ofert.

Zamawiający mają dużą swobodę w możliwości kształtowania kryteriów ocen. Przykładowy katalog kryteriów udzielenia zamówienia wskazany w art. 67 Dyrektywy klasycznej wskazuje wartość techniczną, właściwości funkcjonalne czy aspekty środowiskowe, natomiast w zależności od przedmiotu zamówienia mogą zostać dopasowane także inne parametry istotne z punktu widzenia zamawiającego: może on oczekiwać dostarczenia próbek i na tej podstawie przyznać odpowiednią liczbę punktów; może też skorzystać z rozwiązań przewidzianych w ustawie, tj. przykładowo wprowadzić kryterium promujące zatrudnienie osób niepełnosprawnych. Możliwe jest również oczekiwanie wykonania usług dodatkowych,

⁵⁰² *Sprawozdanie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych w 2018 r.* Warszawa 2019, s. 41. Źródło: <https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/analizy-systemowe/sprawozdania-o-funkcjonowaniu-systemu-zamowien-publicznych> [dostęp: 20.04.2021].

⁵⁰³ *Raport z badania dotyczącego niskiej konkurencyjności w zamówieniach publicznych.* Warszawa 2019, s. 18. Źródło: https://www.uzp.gov.pl/__data/assets/pdf_file/0020/42077/Raport-z-badania-dotyczacego-niskiej-konkurencyjnosci-w-zamowieniach-publicznych.pdf [dostęp: 20.04.2021].

⁵⁰⁴ *Stan zrównoważonych zamówień publicznych w 2017 roku – raport.* Źródło: https://www.uzp.gov.pl/__data/assets/pdf_file/0024/39255/Stan-zrownowazonych-zamowien-publicznych-w-2017-roku-raport.pdf [dostęp: 20.04.2021].

mogących przyczynić się do realizacji celów strategicznych. Przykładem jest kryterium wyróżnione w II edycji Konkursu Prezesa UZP na zaproponowanie pozacenowych kryteriów oceny ofert. W tym przypadku zamawiający przewidział w zamówieniu na usługi między innymi tłumaczeń symultanicznych możliwość zapewnienia tłumacza języka migowego, przyznając w tym zakresie dodatkowe punkty wykonawcom, którzy są w stanie zaoferować tę usługę⁵⁰⁵.

W ramach dobrych praktyk UZP przedstawił rozwiązanie związane z urzeczywistnianiem celu zamówień prośrodowiskowych. W zamówieniu, którego przedmiotem była budowa oczyszczalni ścieków, zamawiający przewidział trzy środowiskowe kryteria, takie jak poziom odwadniania osadów, deklarowana moc ogniw fotowoltaicznych czy poprawa charakterystyki energetycznej budynków⁵⁰⁶. Możliwe jest stosowanie „zielonych kryteriów” również w zamówieniach na usługi podstawowe, takie jak sprzątanie obiektów itp. W takim przypadku zamawiający może przyznać dodatkowe punkty wykonawcom, którzy będą wykorzystywali środki czystości przyjazne środowisku i posiadające odpowiedni certyfikat.

Zamawiający może również wprowadzić kryterium oparte na cyklu życia produktu. Rachunek kosztów cyklu życia jest przedstawiany jako kluczowy instrument wspierania innowacji i osiągnięcia celów zrównoważonego rozwoju. Powodem wprowadzania kryterium opartego na koszcie cyklu życia jest uwidocznienie ukrytych kosztów i efektów zewnętrznych podczas procesu udzielania zamówienia, a zwłaszcza na etapie oceny oferty⁵⁰⁷. Dodatkowo pozwala ono na uwzględnienie całościowego wpływu danego produktu lub usługi na środowisko, między innymi poprzez zbadanie zanieczyszczenia związanego z wytworzeniem lub samym użytkowaniem produktu. W Dyrektywie klasycznej wymieniono niektóre rodzaje kosztów, które powinny zostać ujęte w kosztach cyklu życia produktu, tj.: (a) koszty ukryte, które są kosztami ponoszonymi przez instytucję zamawiającą lub innych użytkowników, takie jak koszty związane z nabyciem produktu, koszty użytkowania (zużycie energii i innych zasobów), koszty utrzymania, koszty wycofania z eksploatacji; (b) efekty zewnętrzne, które są

⁵⁰⁵ Wyniki konkursu dostępne są pod adresem: <https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/dobre-praktyki/forum-dobrych-praktyk2/pozacenowe-kryteria-oceny-ofert-konkurs-prezesa-uzp> [dostęp: 20.04.2021].

⁵⁰⁶ *Dobre praktyki z zakresu zielonych zamówień publicznych*. Źródło: https://www.uzp.gov.pl/_data/assets/pdf_file/0028/39565/Dobre-praktyki-z-zakresu-zielonych-zamowien-publicznych.pdf [dostęp: 20.04.2021].

⁵⁰⁷ Ch. Bovis: *Life-Cycle Costing in the New EU Public Procurement Directives*. “European Procurement & Public Private Partnership Law Review” 2018, nr 3, s. 169–170.

kosztami przypisywanymi efektom zewnętrznym związanym ze środowiskiem związanym z produktem, usługą lub pracami podczas jego cyklu życia, pod warunkiem, że ich wartość można ustalić i zweryfikować⁵⁰⁸. Dyrektywa klasyczna nie przewiduje jednej uniwersalnej metodologii, ale wskazuje na możliwość stosowania jednej lub kilku zharmonizowanych metodologii w przyszłości. Zgodnie z treścią art. 68 ust. 3 Dyrektywy klasycznej „w przypadku gdy na mocy unijnego aktu ustawodawczego obowiązkowa stała się jakakolwiek wspólna metoda kalkulacji kosztów cyklu życia, do oszacowania tych kosztów stosowana będzie ta wspólna metoda”.

Warto zaznaczyć, że niezależnie od stosowanych kryteriów, zamawiający musi pamiętać o działaniu w zgodzie z zasadami zamówień publicznych. Oznacza to, że kryteria powinny być przejrzyste, związane z zamówieniem, proporcjonalne; powinny pozwolić na wybór oferty najkorzystniejszej i nie mogą w sposób nieuzasadniony ograniczać konkurencji postępowania. Dlatego też, przykładowo, jeżeli zamawiający wymaga certyfikatów, powinien dopuścić również możliwość przedstawienia dokumentów równoważnych.

Kryteria oceny ofert mogą więc w istotny sposób wpłynąć na realizację celów strategicznych. Zamawiający może promować (przez przydzielenie odpowiedniej punktacji) rozwiązania pozytywnie wpływające na środowisko czy wspierające rozwój społeczeństwa. W ten sposób zachęca się wykonawców do oferowania coraz to lepszych, bardziej innowacyjnych rozwiązań. Realność zastosowania tego instrumentu prawnego zależy będzie jednak od tego, czy dojdzie do profesjonalizacji kadr zamawiających.

4. Tryby udzielania zamówień publicznych

Nie wszystkie procedury jednakowo wpływają na realizację celów strategicznych. Pewne tryby w przeważającej liczbie przypadków nie realizują celów strategicznych, a wręcz w wielu przypadkach im wręcz przeszkadzają. Przykładem może być powszechnie używany przetarg nieograniczony (lub mniej popularny przetarg ograniczony – stosowany w 2018 r. w 0,34 proc. wszystkich postępowań⁵⁰⁹), który zwykle: (a) nie pozwala na wprowadzenie innowacyjnych rozwiązań, ponieważ już na początku zamawiający musi posiadać wszelkie informacje na temat przedmiotu zamówienia; (b) nie pozwala na wprowadzenie modyfikacji

⁵⁰⁸ Art. 68 Dyrektywy klasycznej.

⁵⁰⁹ *Sprawozdanie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych w 2018 r.* Warszawa 2019, s. 36. Źródło: <https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/analizy-systemowe/sprawozdania-o-funkcjonowaniu-systemu-zamowien-publicznych> [dostęp: 20.04.2021].

pozwalających na lepsze dopasowanie zamówienia do potrzeb zamawiającego; (c) w przeważających przypadkach decydującym kryterium oceny ofert jest cena, co negatywnie wpływa na dostęp do rozwiązań wyższej jakości. Problem przetargu nieograniczonego bardzo często sprowadza się do nieumiejętnego przygotowania zamówienia, braku znajomości procedur, kryteriów, standardów i dobrych praktyk, których zastosowanie pozwoliłoby zwiększyć realizację celów strategicznych. Przetarg nieograniczony mógłby prowadzić do realizacji celów strategicznych, gdyby zamawiający wykorzystywali dialog techniczny, co – jak już wskazane zostało wcześniej – nie ma miejsca.

Zastosowanie trybu z wolnej ręki również nie wpływa pozytywnie na realizację celów strategicznych. Wprawdzie w tym przypadku dopuszczalne są negocjacje, natomiast przeprowadzane są one jedynie z jednym podmiotem, co skutkuje ograniczeniem konkurencyjności postępowania. Tryb zamówienia z wolnej ręki może być stosowany wyłącznie, jeśli w danym przypadku zachodzi co najmniej jedna z okoliczności wymienionych w art. 214 ust. 1 Nowej ustawy PZP. Przesłanki te nie mogą być interpretowane wykładnią rozszerzającą⁵¹⁰. Z wykorzystaniem tego trybu wiążą się te same problemy, jak w przypadku przetargu nieograniczonego, przy dodatkowym pominięciu zasad równego traktowania, przejrzystości i konkurencyjności postępowania. Jest to więc środek nieposiadający „dobrych cech”. Dlatego też jego zastosowanie powinno być uzasadnione wyjątkowymi okolicznościami. Na polskim rynku zamówień publicznych zamówienia z wolnej ręki stanowiły w 2018 r. 9,45 proc. wszystkich postępowań, co daje im drugą pozycję (za przetargiem nieograniczonym, który wykorzystywany był w 88 proc. przeprowadzonych postępowań) na liście najczęściej stosowanych trybów⁵¹¹. Na trzecim miejscu pod względem stosowania uplasował się tryb – zapytanie o cenę, stosowany w przypadku dostaw lub usług powszechnie dostępnych o ustalonych standardach jakościowych⁵¹². Tryb ten jest jednak neutralny dla realizacji celów strategicznych – ze względu na przedmiot takich zamówień⁵¹³. Łącznie pozostałe tryby,

⁵¹⁰ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 6 lipca 2001 r. o sygn. akt III RN 16/01.

⁵¹¹ *Sprawozdanie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych w 2018 r.* Warszawa 2019. Źródło: <https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/analizy-systemowe/sprawozdania-o-funkcjonowaniu-systemu-zamowien-publicznych> [dostęp: 20.04.2021].

⁵¹² Art. 70 ustawy PZP.

⁵¹³ Okazjonalnie może się zdarzyć, że zamawiający dokona wyboru produktu pozytywnie wpływającego na realizację celów; jest to jednak mało prawdopodobne.

tj. negocjacje z ogłoszeniem, dialog konkurencyjny, negocjacje bez ogłoszenia oraz partnerstwo innowacyjne i licytacja elektroniczna, stanowią zaledwie 0,35 proc. postępowań⁵¹⁴.

Analiza rynku zamówień publicznych w Europie skutkowałą podkreśleniem roli trybów negocjacyjnych w Dyrektywie klasycznej. Zgodnie z jej treścią:

„[...] wykorzystanie dialogu konkurencyjnego znacznie się zwiększyło pod względem wartości zamówień. Dialog ten okazuje się użyteczny w przypadkach, w których instytucje zamawiające nie są w stanie zdefiniować sposobu zaspokojenia swoich potrzeb ani ocenić, co może zaoferować im rynek pod względem rozwiązań technicznych, finansowych lub prawnych. Do takiej sytuacji może dojść w szczególności w przypadku projektów innowacyjnych [...]”⁵¹⁵.

Zwrócono uwagę na fakt, że bardziej elastyczne tryby, oparte na współpracy pomiędzy wykonawcami i zamawiającymi, pozwalają osiągać lepsze rezultaty w realizacji innowacji. Poniżej zostaną opisane procedury, które stanowią istotne narzędzie do realizacji celów strategicznych.

4.1 Partnerstwo innowacyjne

Partnerstwo innowacyjne jest szczególną procedurą, której celem jest opracowanie innowacyjnego rozwiązania w odpowiedzi na zapotrzebowanie rynku⁵¹⁶. Opiera się na długotrwałej współpracy pomiędzy zamawiającym i wykonawcą/wykonawcami, poprzedzonej negocjacjami pozwalającymi na jasne określenie celów zamówienia. Co odróżnia to postępowanie od pozostałych, to możliwość zmiany podmiotu, z którym współpracuje zamawiający.

Wybór partnerstwa innowacyjnego wymaga od zamawiających przeprowadzenia gruntownej analizy rynku pozwalającej stwierdzić, że na rynku nie ma produktu, usługi lub roboty budowlanej odpowiadającej potrzebom zamawiającego i w związku z tym konieczne jest ich stworzenie⁵¹⁷. Dlatego też istnieje duże prawdopodobieństwo, że instrument ten nie będzie wykorzystywany również na gruncie Nowej ustawy PZP.

Rolą zamawiającego w tym postępowaniu jest określenie zapotrzebowania. Wykonawcy muszą wiedzieć, jaki jest charakter i zakres zamówienia, aby mogli zdecydować się, czy chcą ubiegać się o udział w partnerstwie innowacyjnym. Na tym etapie zamawiający

⁵¹⁴ Uzasadnienie do projektu Nowej ustawy PZP, s. 2.

⁵¹⁵ Motyw 42. preambuły Dyrektywy klasycznej.

⁵¹⁶ *Prawo zamówień publicznych. Komentarz do art. 73a PZP...*

⁵¹⁷ *Zamówienia publiczne w Unii Europejskiej po modernizacji – nowe unijne dyrektywy koordynujące procedury udzielania zamówień publicznych...*, s. 46–48.

musi również określić ramy współpracy i liczbę wykonawców, z którymi zamawiający będzie współpracował. W samym postępowaniu natomiast mogą uczestniczyć tylko wykonawcy zaproszeni przez zamawiającego, po dokonaniu przez niego kwalifikacji podmiotowej. Tryb partnerstwa innowacyjnego jest więc podobny do na przykład dialogu konkurencyjnego, gdzie w ostatecznych negocjacjach biorą udział tylko te podmioty, które pozytywnie przeszły ocenę wstępną zamawiającego⁵¹⁸.

Ze względu na specyfikę postępowania nie mamy do czynienia ze standardowym SWZ. Zadaniem zamawiającego jest przygotowanie opisu potrzeb i wymagań. Po pierwsze, zamawiający musi określić minimalne wymagania, jakie musi spełnić wykonawca, by mógł uczestniczyć w postępowaniu. Po drugie, musi określić kryteria, którymi będzie się kierował przy wyborze wykonawców. Są to czynności, które pojawiają się również w innych trybach. Co nowego, zamawiający musi przygotować opis etapów realizacji zamówienia, wraz z określeniem celu, do którego dąży, wraz celami pośrednimi. Dodatkowo musi określić warunki zakończenia partnerstwa w całości lub z jednym podmiotem biorącym udział w zamówieniu. Na koniec, zamawiający powinien ustalić warunki zakupu dostaw, usług lub robót budowlanych będących wynikiem prac badawczo-rozwojowych. W ten sposób wykonawcy mogą ocenić, czy oferowane warunki są akceptowalne i w konsekwencji podjąć decyzję o uczestnictwie w postępowaniu.

W trakcie postępowania może dojść do zmiany wykonawcy biorącego udział w zamówieniu, co stanowi cechę szczególną tego trybu. Partnerstwo innowacyjne opiera się na dwóch odrębnych, ale ściśle powiązanych procesach. Pierwszy polega na opracowaniu innowacyjnego produktu, usługi lub robót budowlanych, drugi natomiast – na ich wyprodukowaniu i zakupie. Może się zdarzyć, że jeden i drugi etap będzie wykonywany przez inny podmiot.

Partnerstwo innowacyjne zostało przewidziane w Nowej ustawie PZP zarówno dla zamówień o wartości równej i powyżej progów UE, jak i dla zamówień podprogowych. Główną zmianą w tym postępowaniu jest zniesienie solidarnej odpowiedzialności wykonawców wspólnie realizujących zamówienie. W przypadku partnerstwa innowacyjnego każdy z wykonawców ponosi odpowiedzialność za wykonanie umowy i wniesienie zabezpieczenia

⁵¹⁸ M. Angel Bernal Blay: *The Strategic Use of Public Procurement in Support of Innovation*. "European Procurement & Public Private Partnership Law Review (EPPPL)" 2014, nr 3, s. 3–11.

należytego wykonania umowy w części, którą wykonuje zgodnie z umową zawartą między tymi wykonawcami⁵¹⁹. Co interesujące, opis potrzeb i wymagań został przewidziany już nie tylko dla partnerstwa innowacyjnego, ale również dla negocjacji z ogłoszeniem oraz dialogu konkurencyjnego. Widać więc, że prawodawca zwraca uwagę na konieczność zwiększenia udziału negocjacji w postępowaniu.

Partnerstwo innowacyjne jest narzędziem dedykowanym do realizacji celu strategicznego jakim jest innowacyjność. Celem tego trybu jest zapewnienie warunków tworzenia produktów, usług lub robót nie dostępnych na rynku, a których pojawienie się jest, zdaniem zamawiającego, zasadne. Zwraca się uwagę, że partnerstwo w dotychczasowej formie jest obarczone zbyt rygorystycznymi obostrzeniami, co skutkuje minimalnym zastosowaniem go przez zamawiających – w 2018 r. na poziomie 0,01 proc wszystkich zamówień⁵²⁰. Dlatego też konieczne jest uelastycznienie istniejących procedur⁵²¹.

Mając na uwadze powyższe, w ocenie autora nie można uznać partnerstwa innowacyjnego za dobry środek do realizacji celów strategicznych. Niskie zainteresowanie zamawiających wskazuje na niechęć do korzystania z narzędzia, które miało przyczynić się bezpośrednio do zwiększenia innowacyjności zamówień. Nie można więc mówić o skuteczności tego narzędzia.

4.2 Dialog konkurencyjny

Dialog konkurencyjny to tryb, który najlepiej sprawdza się w przy projektach skomplikowanych, gdzie zamawiający nie posiada pełnej wiedzy, by móc w pełni przeprowadzić postępowanie w trybie przetargowym. Dzięki tej procedurze możliwe jest uzyskanie niezbędnych informacji pozwalających na utworzenie SIWZ. Procedura ta składa się z następujących etapów: (a) zamawiający publikuje informację o ogłoszeniu, (b) w odpowiedzi wykonawcy składają wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, (c) zamawiający dokonuje oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i rozpoczyna dialog z wybranymi wykonawcami, (d) tworzona jest dokumentacja przetargowa, na podstawie której

⁵¹⁹ Art. 445 Nowej ustawy PZP.

⁵²⁰ *Sprawozdanie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych w 2018 r.* Warszawa 2019, s. 36. Źródło: <https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/analizy-systemowe/sprawozdania-o-funkcjonowaniu-systemu-zamowien-publicznych> [dostęp: 20.04.2021].

⁵²¹ I. Skubiszak-Kalinowska, W. Wiktorowska: *Prawo zamówień publicznych. Komentarz do art. 73a.* Warszawa 2017, s. 714–740.

wykonawcy składają ostateczne oferty. Dopuszcza się również dodatkowy etap polegający na przeprowadzeniu negocjacji z wykonawcą, który złożył ofertę najkorzystniejszą.

Dialog konkurencyjny został również opisany w art. 48 Dyrektywy klasycznej. Dodatkowo w motywach podkreśla się istotną rolę dialogu konkurencyjnego przy realizacji projektów innowacyjnych, dużych projektów zintegrowanej infrastruktury transportowej, dużych sieci komputerowych lub projektów wymagających złożonego i ustrukturyzowanego finansowania⁵²². W stosunku do gotowych usług lub dostaw, które mogą być zrealizowane przez wielu różnych wykonawców działających na rynku, ustawodawca unijny wskazuje, że nie powinno się korzystać tej procedury⁵²³. Mając na uwadze fakt, że dialog konkurencyjny na gruncie ustawy PZP z 2004 r. w roku 2019 r. był wykorzystany w 0,03 proc. liczby wszystkich zamówień i poziom ten nie różni się znacznie od wcześniejszych lat funkcjonowania tego trybu⁵²⁴, realne zastosowanie tego instrumentu nie będzie miało miejsca.

4.3 Tryb podstawowy Nowej ustawy PZP

Tryb podstawowy został wprowadzony do Nowej ustawy PZP dla zamówień poniżej progów unijnych, tj. o wartości mniejszej niż wyrażona w art. 4 Dyrektywy klasycznej. Z punktu widzenia Unii Europejskiej zamówienia poniżej tych kwot powinny być regulowane przez państwa członkowskie z zachowaniem podstawowych zasad prawa pierwotnego, takich jak: zasada swobodnego przepływu towarów, wolności zakładania przedsiębiorstw i prowadzenia działalności gospodarczej; niedyskryminacji; wzajemnego uznawania; proporcjonalności; przejrzystości⁵²⁵. Ustawa PZP z 2004 r. nie przewidywała odrębnego trybu dla zamówień poniżej progów unijnych. Wprowadzała jedynie pojedyncze postanowienia zakładające pewne uproszczenia i krótsze terminy do mniejszych postępowań. Zgodnie z Nową ustawą PZP w przypadku zamówień poniżej progów unijnych będzie można skorzystać z partnerstwa innowacyjnego, negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki lub całkowicie nowego trybu podstawowego dostępnego w trzech wariantach. Ma on na celu uelastyczyć zamówienia o stosunkowo niskiej wartości. Daje on zamawiającym trzy możliwości:

⁵²² Motyw 42. Dyrektywy klasycznej.

⁵²³ Motyw 43. Dyrektywy klasycznej.

⁵²⁴ *Sprawozdanie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych w 2019 r.* Warszawa 2020, s. 36. Źródło: <https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/analizy-systemowe/sprawozdania-o-funkcjonowaniu-systemu-zamowien-publicznych> [dostęp: 20.04.2021].

⁵²⁵ K. Bartusik: *Zamówienia publiczne w Unii Europejskiej – regulacje prawne.* „Zeszyty Naukowe / Uniwersytet Ekonomiczny w Krakowie” 2007, nr 753, s. 231–233.

- wybrania najkorzystniejszej oferty bez przeprowadzenia negocjacji (jest to wariant analogiczny do dotychczasowego przetargu nieograniczonego) – zamawiający określa wszystkie warunki w dokumentacji zamówienia i wybiera ofertę najkorzystniejszą zgodnie z ustalonymi dokumentacji kryteriami oceny ofert;
- negocjowania treści ofert w celu ich ulepszenia, o ile przewidział taką możliwość – wariant ten pozwala zamawiającemu przeprowadzenie negocjacji z wykonawcą niektórych, wcześniej przewidzianych w dokumentacji, elementów oferty (co istotne, pomimo że zamawiający przewidział możliwość przeprowadzenia negocjacji, może z nich zrezygnować, nawet po otwarciu ofert⁵²⁶); w tym trybie, zamawiający powinien dokładnie wiedzieć czego oczekuje od wykonawców – OPZ stanowi kompletną całość, oferty wykonawców są jawne od dnia otwarcia ofert, a mogą zmienić się tylko w zakresie przewidzianym w dokumentacji dotyczącym kryteriów oceny ofert;
- negocjowania treści ofert złożonych w celu ich ulepszenia (co może dotyczyć również warunków zamówienia, w celu podniesienia jego efektywności) – pozwala on na modyfikację, doprecyzowanie i uzupełnienie warunków zamówienia, co nie było dopuszczalne w wariantcie II; w tym przypadku nie mamy przygotowanego OPZ – tworzy się on na etapie prowadzenia negocjacji z wykonawcami, którzy złożyli oferty wstępne⁵²⁷.

Nowa ustawa PZP wprowadziła znaczące zmiany w zamówieniach poniżej progów unijnych. Najważniejsze elementy to uelastycznienie i uproszczenie procedur i zwiększenie roli negocjacji w zamówieniach publicznych, które, jak zostało to wskazane w motywie 42. Dyrektywy klasycznej, mają istotny wpływ na realizację celów strategicznych. Z założenia tryb podstawowy ma zachęcić zamawiających do stosowania procedur nastawionych na dialog z wykonawcą. Dotychczas zamawiający niechętnie korzystali z trybów dwuetapowych, gdzie w pierwszej kolejności składane były wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Zastosowanie trzeciego wariantu będzie miało największe znaczenie dla realizacji celów strategicznych. Wynika to z możliwości kształtowania opisu przedmiotu zamówienia wspólnie z wykonawcą. Zamawiający jest zobowiązany do przedstawienia potrzeb, natomiast w wyniku współpracy i zastosowania rozwiązań zaoferowanych przez wykonawców powstanie

⁵²⁶ Wydaje się nieprawidłowe uznanie, że zamawiający może również odstąpić od przeprowadzenia negocjacji w momencie, gdy ta czynność była przeprowadzona z przynajmniej jednym wykonawcą. W innym przypadku doszłoby do naruszenia zasady równego traktowania podmiotów w postępowaniu i konkurencyjności postępowania.

⁵²⁷ Uzasadnienie do projektu ustawy z dnia 11 września 2019 r. – *Prawo zamówień publicznych*.

opis przedmiotu zamówienia. W ten sposób powstają warunki sprzyjające wprowadzaniu rozwiązań innowacyjnych i prośrodowiskowych. Z drugiej strony, zamawiający niechętnie stosują rozwiązania oparte na negocjacjach (pomimo że również w ustawie PZP mieli do nich dostęp). W 2019 r. negocjacje z ogłoszeniem zostały zastosowane w 0,06 proc. wszystkich zamówień, a dialog konkurencyjny – 0,03 proc. zamówień⁵²⁸. Dlatego też istnieje wysokie prawdopodobieństwo, że wariant trzeci trybu podstawowego, choć najbardziej wspierający cele strategiczne, pozostanie nieużywany.

W ocenie autora występują dwa czynniki wpływające na ograniczenie stosowania trybów negocjacyjnych w zamówieniach publicznych.

Pierwszym jest brak umiejętności prowadzenia negocjacji – nieumiejętność prowadzenia negocjacji, brak znajomości technik negocjacyjnych oraz brak przygotowania zamawiających do prowadzenia negocjacji z wykonawcami, skutkuje nieefektywnymi negocjacjami, tj. takimi, które nie zapewniają porozumienia wszystkich stron podejmujących rozmowę⁵²⁹.

Drugim jest obawa przed kontrolą, kwestionującą rozwiązania nieszablonowe – analiza systemu kontroli w Polsce wykazała, że zamawiający chętniej korzystają z przetargu nieograniczonego, ponieważ takie postępowania są kontrolowane krócej i rzadziej:

„Działania instytucji kontrolnych w tym zakresie mogą być interpretowane przez część zamawiających jako uciążliwe. Już samo badanie zasadności przesłanek do zastosowania innego trybu niż podstawowy powoduje, że procedura kontroli jest dłuższa”⁵³⁰.

Generalnie zamawiający unikają pozostałych trybów, ponieważ przy ich zastosowaniu występuje większa możliwość popełnienia błędu. Równocześnie większość przeprowadzanych kontroli to kontrole *ex post*, które zwykle nie pozwalają na ewentualne usunięcie uchybień. W istocie aktualny mechanizm kontroli skutkuje „karaniem” zamawiających za działania

⁵²⁸ *Sprawozdanie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych w 2019 r.* Warszawa 2020, s. 36. Źródło: <https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/analizy-systemowe/sprawozdania-o-funkcjonowaniu-systemu-zamowien-publicznych> [dostęp: 20.04.2021].

⁵²⁹ M. Tabernacka: *Negocjacje i mediacje w sferze publicznej.* Warszawa 2009, s. 19.

⁵³⁰ *Raport z badania systemu kontroli zamówień publicznych i jego wpływu na funkcjonowanie rynku zamówień publicznych.* Warszawa 2013, s. 10. Źródło: https://www.parp.gov.pl/storage/publications/pdf/2013_system_kontroli_zp.pdf [dostęp: 20.04.2021].

niestandardowe i nastawione na realizację celów strategicznych. W takim środowisku trudno o pojawienie się rozwiązań nieszablonowych.

Co istotne, powyższe czynniki wpływające na ograniczenie stosowania trybów negocjacyjnych to czynniki pozaprawne. Oznacza to, że wprowadzenie nowych wariantów, a także zwiększenie elastyczności trybów, najprawdopodobniej nie wpłynie znacząco na ich zwiększone zastosowanie.

5. Środki ochrony prawnej

Nowa ustawa PZP wprowadza istotne zmiany do środków ochrony prawnej. Jak zostało wskazane w materiałach legislacyjnych, dotychczasowe postanowienia ustawy PZP z 2004 r. prawidłowo implementowały wytyczne dyrektywy odwoławczej Parlamentu Europejskiego i Rady nr 2007/66/WE z dnia 11 grudnia 2007 r. zmieniającej dyrektywy Rady nr 89/665/EWG i nr 92/13/EWG w zakresie poprawy skuteczności procedur odwoławczych w dziedzinie zamówień publicznych. Nowa ustawa PZP ma na celu rozwiązać istniejące problemy praktyczne związane z ochroną interesów przedsiębiorców⁵³¹.

Nowa ustawa PZP wprowadza zasadę trzyosobowego składu KIO w przypadku zamówień o wartości równej lub przekraczającej progi unijne⁵³². Prezes Izby natomiast może modyfikować skład orzekający w zależności od stopnia złożoności sprawy. Dotychczasowo odwołania były rozpatrywane w składzie jednoosobowym, co często skutkowało niejednolitą linią orzecniczą Izby. Wprowadzono również przymus adwokacko-radcowski, co w znacznym stopniu wpłynie na przebieg postępowania. Zgodnie z treścią art. 510 Nowej ustawy PZP:

„1. Pełnomocnikiem może być adwokat lub radca prawny, a ponadto osoba sprawująca zarząd majątkiem lub interesami strony oraz osoba pozostająca ze stroną w stosunku zlecenia, jeżeli przedmiot sprawy wchodzi w zakres tego zlecenia. 2. Pełnomocnikiem osoby prawnej lub przedsiębiorcy, w tym nieposiadającego osobowości prawnej, może być również pracownik tej jednostki”.

W mojej ocenie, jeżeli przymus ten pozostanie⁵³³, może mieć negatywny wpływ na funkcjonowanie zamówień. W pierwszej kolejności wymaga podkreślenia, że w wielu

⁵³¹ Uzasadnienie do projektu Nowej ustawy PZP, s. 102.

⁵³² Art. 487 ust. 1 Nowej ustawy PZP.

⁵³³ Wprowadzenie przymusu adwokacko-radcowskiego jest powszechnie krytykowane, ze względu na specyfikę rynku zamówień publicznych, w którym istotną rolę odgrywają eksperci i doradcy z zakresu zamówień, którzy bardzo często nie posiadają nawet wykształcenia prawniczego, natomiast ze względu na wieloletnie doświadczenie na tym rynku posiadają większą wiedzę niż

przypadkach radcowie prawni lub adwokaci nie mają wiedzy z zakresu zamówień publicznych – jest to postępowanie odmienne, wyróżniające się dużą szczegółowością zagadnień, szczególnie technicznych. Dlatego też specjalistami zamówień publicznych bardzo często stają się na przykład inżynierowie. Z drugiej strony, prawodawca zrezygnował z odesłania do odpowiedniego stosowania do postępowania odwoławczego przepisów Ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. – *Kodeks postępowania cywilnego* (Dz. U. z 2018 r. poz. 1360, z późn. zm.) o sądzie polubownym (arbitrażowym). Wiedza prawnicza, a tym samym przymus adwokacko-radcowski, może wpłynąć na zbliżenie procedury przed KIO do powszechnych postępowań cywilnych.

Istotna zmiana pojawiała się w postępowaniu skargowym. Dotychczasowo skargi na orzeczenia KIO były rozpatrywane przez sąd okręgowy właściwy ze względu na siedzibę zamawiającego. W konsekwencji skargi z zakresu zamówień publicznych były rozpatrywane przez sądy powszechne, które często nie mają doświadczenia w sprawach tego rodzaju. Zgodnie z treścią Nowej ustawy PZP sądem wyłącznie właściwym do rozpoznawania skarg staje się Sąd Okręgowy w Warszawie – sąd zamówień publicznych⁵³⁴. Zmiana ta ma zapewnić skrócenie czas rozpatrywania spraw oraz zapewnienie najwyższej jakości wydawanych orzeczeń⁵³⁵. Zwraca się również uwagę, że utworzenie jednego sądu do spraw zamówień publicznych powinno wpłynąć pozytywnie na jednolitość orzecznictwa⁵³⁶.

Utworzenie jednego sądu właściwego do rozpatrywania spraw z zakresu zamówień publicznych może istotnie przyczynić się do realizacji celów strategicznych. Sędziowie orzekający w tym sądzie będą stopniowo specjalizować się w sprawach z zakresu zamówień publicznych. Częsty kontakt ze sprawami z zakresu zamówień publicznych powinien skutkować rozwijaniem się wysoko wykwalifikowanej kadry. Dlatego też zapewnienie wyspecjalizowanego sądu powinno zwiększyć efektywność zamówień. Istotą tej zmiany jest jednak zapewnienie kadry, która będzie miała świadomość celów strategicznych i kierunku zmian.

przeciwny prawnik. Dlatego też istnieje możliwość zrezygnowania przez prawodawcę z tego obowiązku. Zob. *Eksperci od zamówień publicznych mogą zostać pozbawieni możliwości reprezentowania stron sporów przetargowych*. Źródło: <https://prawo.gazetaprawna.pl/artykuly/1407672,kio-eksperti-od-zamowien-publicznych.html>.

⁵³⁴ Art. 580 ust. 1 Nowej ustawy PZP.

⁵³⁵ Uzasadnienie do projektu Nowej ustawy PZP, s. 120.

⁵³⁶ *Koncepcja nowego Prawa Zamówień Publicznych*. Warszawa 2018, s. 86. Źródło: https://www.uzp.gov.pl/__data/assets/pdf_file/0029/36875/Koncepcja_nowego_prawa_zamowien_publicznych.pdf [dostęp: 20.04.2021].

Nowa ustawa PZP wprowadziła również możliwość rozwiązywania sporów przy pomocy alternatywnych metod rozwiązywania sporów (*Alternative Dispute Resolution – ADR*), takich jak mediacja czy koncyliacja. Zgodnie z treścią art. 591 ust. 1 Nowej ustawy PZP:

„W sprawie majątkowej, w której zawarcie ugody jest dopuszczalne, każda ze stron umowy, w przypadku sporu wynikającego z zamówienia, może złożyć wniosek o przeprowadzenie mediacji lub inne polubowne rozwiązanie sporu do Sądu Polubownego przy Prokuraturii Generalnej Rzeczypospolitej Polskiej, wybranego mediatora albo osoby prowadzącej inne polubowne rozwiązanie sporu”⁵³⁷.

Możliwe jest więc skorzystanie z usług mediatorów pracujących w sądzie polubownym, jak i wybranie przez osobę wybraną przez same strony sporu.

ADR może mieć istotne znaczenie długofalowe dla realizacji celów strategicznych. O ile trudno dostrzec bezpośredni wpływ ADR na realizację celów strategicznych, w szczególności w sytuacji, gdy umowa pomiędzy zamawiającym a wykonawcą jest już zawarta, natomiast w mojej ocenie ważne jest spojrzeć na skutki ADR niebezpośrednie, a istotne dla systemu zamówień publicznych. Rozwiązanie sporu przy użyciu ADR zwiększa satysfakcję stron z efektu ugody. ADR zapewnia lepsze dopasowanie rozwiązania do potrzeb obu stron niż orzeczenia sądowe⁵³⁸. Dodatkowo obniża koszty postępowania i zmniejsza jego formalizm. W takim postępowaniu istotne jest odnalezienie konsensusu i wspólnego rozwiązania. W takich warunkach istnieje możliwość kontynuowania współpracy, która w przypadku skierowania sprawy do sądu kończyła się, a zamawiający zostawał z rozpoczętym i niezrealizowanym zamówieniem. Wykorzystywanie ADR w zamówieniach publicznych może przyczynić się do odbudowania relacji z wykonawcą, zwiększenia zaufania do podmiotu publicznego i zacieśnienia współpracy pomiędzy sektorem publicznym i prywatnym. Takie warunki sprzyjają realizacji celów strategicznych, co widać między innymi w przypadku trybów negocjacyjnych, które pokazują, że dialog przyczynia się do efektywniejszego wydatkowania środków publicznych.

6. Wykonanie umowy

Kluczowe zmiany nastąpiły w zakresie wykonania umowy w sprawie zamówienia publicznego. Ustawa PZP z 2004 r. zawierała dość okrojone regulacje związane z samą treścią

⁵³⁷ Art. 591 ust. 1 Nowej ustawy PZP.

⁵³⁸ M. Skibińska: *Zalety i wady mediacji jako sposobu rozwiązywania sporów cywilnych*. „Kwartalnik ADR” 2010, nr 3, s. 104.

umowy; w przeważającym zakresie wyznaczała jedynie podstawowe postanowienia takiej umowy. Ten instrument prawny ma szczególne znaczenie dla efektywności zamówień publicznych, ponieważ powstaje w trakcie przygotowywania postępowania, a następnie wdraża założenia postępowania o udzielenie zamówienia podczas realizacji zamówienia. Umowa stanowi nośnik informacji pomiędzy celami zamawiającego a rezultatem zamówienia. W przypadku Nowej ustawy PZP nastąpił przełom w spojrzeniu na umowę o zamówienie. Nowe przepisy mają szansę rozwiązać dużą część problemów wykonawców związanych z nierównym traktowaniem stron i wykorzystywaniem przez zamawiających ich pozycji dominującej. Zgodnie z treścią art. 431 Nowej ustawy PZP „zamawiający i wykonawca wybrany w postępowaniu o udzielenie zamówienia obowiązani są współdziałać przy wykonaniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, zwanej dalej *umową*, w celu należytej realizacji zamówienia”. Przepis ten wprowadza zasadę współdziałania stron umowy, chociaż zasada nie stanowi *novum*. Zasada współdziałania stron stosunku prawnego funkcjonuje na gruncie art. 354 KC i powinna być interpretowana w ten sam sposób. Wprowadzenie tej zasady do Nowej ustawy PZP jest podkreśleniem, że celem postępowania jest zapewnienie realnej współpracy pomiędzy zamawiającym i wykonawcą⁵³⁹.

Nowa ustawa PZP wprowadziła również następujące zmiany:

- określiła ustawowy katalog tzw. klauzul abuzywnych (art. 433 Nowej ustawy PZP) – wskazany katalog klauzul chroni wykonawcę przed szczególnie niekorzystnymi dla niego zapisami umowy, tj. odpowiedzialność za opóźnienie lub okoliczności, za które ponosi zamawiający; zgodnie z art. 469 pkt. 8 katalog klauzul może zostać rozszerzony przez Prezesa UZP;
- wprowadziła katalog postanowień, które powinny zostać wprowadzone do umowy o udzielenie zamówienia – zadaniem tej regulacji jest ograniczenie przenoszenia zbyt dużego ryzyka na wykonawcę i zbyt jednej stronności umowy⁵⁴⁰;
- w przypadku umów na roboty budowlane lub usługi, zawieranych na okres dłuższy niż 12 miesięcy, uregulowała kwestię waloryzacji wynagrodzenia w przypadku zmian ceny materiałów lub kosztów (art. 439 Nowej Ustawy PZP);
- przewidziana została możliwość udzielania zaliczek we wszystkich zamówieniach (art. 442 Nowej ustawy PZP), a w przypadku umów zawieranych na okres dłuższy niż

⁵³⁹ M. Jaworska: *Komentarz do art. 431 PZP*. W: *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*. Red. M. Jaworska i in., Warszawa 2021.

⁵⁴⁰ Uzasadnienie do projektu Nowej ustawy PZP, s. 82–83.

12 miesięcy wprowadzono obowiązek udzielania zaliczek lub płatności wynagrodzenia w częściach (art. 443 Nowej ustawy PZP).

Wprowadzone regulacje istotnie zwiększają ochronę wykonawcy. Oczywiście jest, że rygorystyczne zapisy dotyczące kar umownych czy przenoszenie ryzyka na wykonawcę mają istotny wpływ na wysokość ceny i jego ostateczne wykonanie. W sytuacji, gdy wykonawca nie jest należycie chroniony, jego działania skierowane są na niwelowanie strat, a nie na rzetelne wykonanie zamówienia⁵⁴¹.

Nowa ustawa PZP wyszła naprzeciw problemom, które dotychczas występowały podczas przeprowadzania postępowań o udzielenie zamówienia. Jak wynika z badania przeprowadzonego przez Polską Agencję Rozwoju Przedsiębiorczości, zrealizowanego w ramach projektu „Nowe podejście do zamówień publicznych”, 72 proc. badanych przedsiębiorców zwróciło uwagę na konieczność wprowadzenia zmian w przepisach dających możliwość negocjowania umowy z zamawiającym przed realizacją zamówienia i w trakcie realizacji pod wpływem ważnych okoliczności. Prawie 30 proc. wykonawców, w tym 64 proc. średnich przedsiębiorstw i aż 94 proc. wykonawców z sektora budownictwa, spotkało się z umową opartą o prymat interesów zamawiającego⁵⁴². W późniejszych badaniach jednymi z głównych wskazywanych powodów, dla których wykonawcy rezygnują z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, były niekorzystne postanowienia umowne i zbyt wysokie kary umowne⁵⁴³. Wprowadzone zmiany związane z uregulowaniem umowy o udzielenie zamówienia publicznego przy zachowaniu dobrych rozwiązań (związanych m.in. ze zwiększeniem elastyczności umowy) odpowiadają wprost na potrzeby sektora prywatnego. Przede wszystkim powinny zwiększyć liczbę składanych ofert i obniżyć ich cenę⁵⁴⁴. Zmiany w zakresie treści umowy o zamówienie będą miały realne zastosowanie w każdym postępowaniu i każdy zamawiający będzie musiał się stosować do nowych regulacji. Dlatego też zmiany związane z uregulowaniem umowy o udzielenie zamówienia publicznego powinny przyczynić się znacząco do realizacji celów strategicznych.

⁵⁴¹ J. Pieróg: *Czy warto udzielać efektywnych zamówień?* „Zamówienia publiczne Doradca” 2020, nr 1, s. 17.

⁵⁴² *Raport z badania systemu kontroli zamówień publicznych i jego wpływu na funkcjonowanie rynku zamówień publicznych*. Warszawa 2013, s. 75–78. Źródło: https://www.parp.gov.pl/storage/publications/pdf/2013_system_kontroli_zp.pdf [dostęp: 20.04.2021].

⁵⁴³ *Raport z badania dotyczącego niskiej konkurencyjności w zamówieniach publicznych*. Warszawa 2019. Źródło: https://www.uzp.gov.pl/__data/assets/pdf_file/0020/42077/Raport-z-badania-dotyczacego-niskiej-konkurencyjnosci-w-zamowieniach-publicznych.pdf [dostęp: 20.04.2021].

⁵⁴⁴ Uzasadnienie do projektu Nowej ustawy PZP, s. 82.

7. Podsumowanie

Analiza instrumentów prawnych opartych na treści Nowej ustawy PZP wskazuje na pozytywny kierunek zmian wprowadzanych przez prawodawcę. Pozytywny w tym przypadku należy rozumieć jako zgodny z celami strategicznymi i kierunkiem rozwoju zamówień w Europie. Prawodawca w dużo pełniejszy sposób implementował założenia Dyrektywy klasycznej. Położył większy nacisk na zapewnienie lepszego planowania zamówień i budżetu, prawidłowego określania potrzeb i możliwości zamawiającego. Ponadto pozwala na zacieśnienie współpracy sektora prywatnego i publicznego. Nowa ustawa PZP zapewnia narzędzia do realizacji celów strategicznych, a instrumenty w niej zawarte stanowią „dobry środek” do realizacji celów strategicznych. Nowa ustawa PZP skupiła się na całym procesie udzielania zamówienia publicznego, podkreślając dwa aspekty, które dotychczasowo nie były głównym przedmiotem zainteresowania.

Po pierwsze, zwrócono szczególną uwagę na konieczność właściwego planowania zamówień publicznych i ich przygotowania. Kluczowe stało się wprowadzenie polityki zakupowej, planowania długo- i krótkookresowego w celu lepszego przygotowania się do zamówienia i spojrzenia na zamówienia nie tylko pod kątem zaspokajania aktualnych potrzeb, ale również w celu wykorzystania zamówień jako narzędzi do realizacji strategii państwa. W tym kontekście pojawiła się również nowa konstrukcja – analiza potrzeb, która zobowiązuje zamawiających do zweryfikowania możliwości realizacji celów strategicznych w zamówieniu. Prawidłowe wykorzystanie narzędzi do planowania powinno mieć kluczowe znaczenie realizacji celów strategicznych.

Drugi aspekt, który wcześniej nie był przedmiotem szczególnej uwagi na gruncie zamówień publicznych, to czas po zawarciu umowy o udzielenie zamówienia publicznego, czyli wykonanie zamówienia. Można było mieć wrażenie, że celem postępowania było same zawarcie umowy, a nie, to czy zostanie ona wykonana. Nowa ustawa PZP położyła duży nacisk na kompleksowe spojrzenie na zamówienie od samej koncepcji do końcowego rezultatu. W ten sposób wybranie wykonawcy przestaje być celem samym w sobie, a pozwala zamawiającym spojrzeć na własne działania w dalszej perspektywie.

Pozostałe zmiany zaproponowane w Nowej ustawie PZP również sprzyjają realizacji celów strategicznych. Są ważne, natomiast nie innowacyjne w równym stopniu, co zmiany wyżej opisane. Wynika to jednak z faktu, że warunki udzielania zamówienia, tryby zamówień czy możliwość kontroli była zwykle przedmiotem szczególnej uwagi prawodawcy i doktryny.

W ocenie autora Nowa ustawa PZP jest dobrym narzędziem, pozwalającym na realizację celów strategicznych w różnych zamówieniach – zarówno przy zaspokajaniu podstawowych potrzeb zamawiającego, jak i przy skomplikowanych i kosztownych projektach. W tej sytuacji istotnym czynnikiem wpływającym na realizację celów stają się ludzie, którzy będą z tych narzędzi korzystać.

Zakończenie

Cel jest pojęciem dynamicznym, pokazującym proces i zmianę stanu lub sytuacji, zmierzającym do osiągnięcia innego, oczekiwanego stanu. Stanowi jeden z elementów wypowiedzi łączący przyczynę i skutek danego działania. Cele określone dla prawa zamówień publicznych stanowią cele pośrednie do realizacji celów gospodarki państwa, uzewnętrzniają wartości, które w danym społeczeństwie są uznawane w danym przedziale czasowym. Każda norma wprowadzona do systemu prawnego powinna zbliżać rzeczywistość do stanu pożądanego. Wyodrębniony pod kątem funkcjonalnym zbiór norm tworzy instrumenty prawne, które mogą i powinny stanowić środek do realizacji celów. Nie można dopuścić jednak do realizacji celów bez poszanowania zasad. Zadaniem zasad jest możliwość dokonania oceny środków do realizacji określonych celów – w taki sposób, by można było uznać, że dany środek jest etycznie akceptowany w społeczeństwie. Zasady nie są jednak celami same w sobie, lecz funkcjonują w systemie prawnym jako filtr, wyznaczając granice podejmowanych działań.

Zamówienia publiczne są częścią całego systemu prawnego, dlatego też nie jest możliwe przeprowadzenie analizy zamówień bez umiejscowienia ich w strukturze systemu prawa. Przyjmując teleologiczną koncepcję systemu prawa, należy uznać, że cele wyznaczone przez państwo lub wspólnotę taką jak UE, powinny bezpośrednio wpływać na zamówienia publiczne. W tym celu konieczne jest przeanalizowanie dokumentów programowych i strategii, które pozwalają na wyprowadzenie celów kluczowych dla danego społeczeństwa. Przeprowadzenie takiej analizy wymaga wykorzystania odpowiednich narzędzi: wykładni celowościowej – która pozwala na ustalenie intencji prawodawcy, co jest szczególnie istotne w przypadku, gdy cel nie został wyrażony wprost oraz oceny instrumentalnej. To ostatnie narzędzie jest niezbędne do zweryfikowania, czy podejmowane działania w rzeczywistości przyczyniają się do realizacji celów. Ocena instrumentalna nie pozwala na subiektywne wyrażanie własnych przekonań – można ją zweryfikować przy zastosowaniu reguł logiki.

Celem niniejszej pracy było zweryfikowanie, czy zamówienia publiczne mogą zapewnić efektywne wydatkowanie środków publicznych przy równoczesnym wspieraniu rozwoju społeczno-gospodarczego państwa, a Nowa ustawa PZP stanowi dobre narzędzie do realizacji tego rozwoju.

Przyjęta w pracy hipoteza wymagała ustalenia, czym jest efektywność wydatkowania środków publicznych. W kontekście zamówień publicznych efektywność interpretuje się, zgodnie z powyższymi rozważaniami, jako prowadzenie zamówienia w sposób sprawny, szybki, w celu uzyskania najlepszego stosunku uzyskanych efektów do poniesionych nakładów (zasada *Best Value for Money*). Przyjęcie takiej definicji byłoby niekompletne, ponieważ pomija ona postępującą instrumentalizację zamówień publicznych. Wskazuje się na konieczność realizacji dodatkowych celów, oprócz celu podstawowego jakim jest nabycie dóbr, realizacja robót budowlanych lub wykonanie usług przy zachowaniu jak najkorzystniejszej relacji jakości do ceny⁵⁴⁵. Prawidłowe określenie celów wymagało przeprowadzenia dokładnej analizy dokumentów programowych państwa oraz organizacji, do których to państwo należy, materiałów legislacyjnych i preambuł (jeżeli takie są tworzone).

Potwierdzeniem prawidłowego określenia celu jest orzecznictwo, które powinno urzeczywistniać cele określone przez prawodawcę. Prawidłowe określenie celów zamówień publicznych ma zasadnicze znaczenie dla funkcjonowania tego systemu.

Po pierwsze, cele określają kierunek działania. Pozwalają określić wartości, którymi powinniśmy się kierować przy podejmowaniu decyzji związanych z:

- tworzeniem i realizacją zamówień – zamawiający są zobowiązani do uwzględniania celów strategicznych przy ustalaniu treści dokumentacji przetargowej; SWZ powinno uwzględniać opis przedmiotu zamówienia, warunki udziału w postępowaniu oraz kryteria oceny ofert w taki sposób, by jak najpełniej realizowały cele strategiczne;
- kontrolą zamówień – organy kontrolujące działania uczestników systemu zamówień publicznych i rozstrzygające spory powstałe na tym gruncie powinny dokonywać oceny działań pod kątem realizacji celów strategicznych;

⁵⁴⁵ *Nowe podejście do zamówień publicznych. Zamówienia publiczne a małe średnie przedsiębiorstwa, innowacje i zrównoważony rozwój*. Warszawa 2010, s. 7. Źródło: https://www.uzp.gov.pl/_data/assets/pdf_file/0022/30694/Nowe_podejscie_do_zamowien_publicznych_broszura_inf_2010.pdf [dostęp: 20.04.2021].

- wykładnią przepisów prawa zamówień publicznych – cele strategiczne stanowią podstawę do stosowania wykładni celowościowej; w ten sposób możliwie jest zapewnienie jednolitej i spójnej interpretacji przepisów.

Po drugie, stanowią urzeczywistnienie wartości uznawanych i akceptowanych przez społeczeństwo. Jest to zgodne z poglądem, że rynek prywatny nie jest w stanie samodzielnie kształtować gospodarki w taki sposób, by gospodarka ta odzwierciedlała potrzeby i wartości społeczeństwa. Wolny rynek opiera się w głównej mierze na szeroko pojętym zysku – dopóki realizacja celów społecznych lub środowiskowych nie stanie się opłacalna, rynek nie będzie jej zaspakajał. W związku z tym rolą państwa jest korygowanie działań wolnego rynku w celu zapewnienia przynajmniej minimalnych standardów zakupów dbających o wspólne dobro.

Po trzecie, prawidłowe określenie celów zamówień publicznych pozwala na świadome wyznaczanie dalszych kierunków zmian. Wiedząc, dokąd zmierzamy, możliwe jest zmodyfikowanie kursu i dopasowanie do nowych potrzeb. Cele stanowią więc podstawę i trzon systemu zamówień publicznych.

Określenie celów zamówień publicznych jest procesem. Dlatego też konieczne było ustalenie etymologii celów zamówień publicznych. Dzięki temu możliwe było wskazanie aktualnych celów zamówień i przewidywany kierunek zmian. Analiza historyczna na gruncie prawa europejskiego i polskiego pokazuje, że aktualnie wyznaczone cele ewoluowały na przestrzeni ostatnich kilkudziesięciu lat. Przez ten okres zmieniało się postrzeganie roli zamówień publicznych. Stopniowo przyjmowano, że zamówienia mogą pełnić istotną funkcję w kształtowaniu polityki gospodarczej państwa. Skoro więc zamówienia przestały służyć jedynie wydatkowaniu środków publicznych przy wykorzystaniu wyłącznie kryterium cenowego, potrzebne było ustalenie, jaką rolę mają pełnić zamówienia publiczne. Istotną rolę w kształtowaniu się systemu zamówień publicznych w Polsce miała Unia Europejska i orzeczenia TSUE. W związku z tym, pomimo że w okresie PRL nie istniały możliwości rozwoju zamówień publicznych, aktualnie szukamy rozwiązań, które pozwolą przybliżyć nas do sprawdzonych rozwiązań UE.

Kluczowe dla polskiego systemu zamówień publicznych były regulacje UE oraz umowy międzynarodowe ratyfikowane przez UE i Polskę. Pierwszy okres rozwoju zamówień publicznych to otwarcie rynków wewnętrznych na wykonawców z innych krajów, zwiększenie konkurencyjności i zapewnienie równości uczestników biorących udział w postępowaniu. Zasada konkurencyjności stanowiła fundament funkcjonowania zamówień w Europie. Wraz

z pogłębianiem się współpracy państw członkowskich dostrzec można było rosnące wykorzystanie zamówień do realizacji aspektów środowiskowych i prospołecznych. Ważną rolę w tym procesie pełnił TSUE, który popierał takie działania w momencie, w którym regulacje dotyczące zamówień publicznych takich możliwości nie przewidywały. Punktem zwrotnym stało się przyjęcie Strategii 2020, która wprost wskazała, jakie wartości są dla UE kluczowe i jaka jest rola zamówień publicznych w ich realizacji. Konsekwencją przyjęcia tego dokumentu było wejście w życie Dyrektywy klasycznej, której działania miały służyć realizacji celów wyznaczonych przez Strategię 2020. Dyrektywa ta w dalszym ciągu obowiązuje i wpływa na kształt systemu zamówień publicznych w Polsce. Kolejnym ważnym punktem w ewolucji celów zamówień publicznych i historii UE było przyjęcie *New Green Deal*, w którym przedstawiona została strategia UE w walce z postępującym zanieczyszczeniem środowiska.

Celami strategicznymi zamówień publicznych są:

- zamówienia prośrodowiskowe – zapewnienie zrównoważonego rozwoju opartego na efektywnym wykorzystaniu surowców naturalnych i stosowaniu rozwiązań przyjaznych środowisku;
- zamówienia prospołeczne – oparte na założeniu, że rynek pracy powinien cechować się bezpieczeństwem i elastycznością, a zamówienia mogą wpływać na tworzenie nowych miejsc pracy, ośrodków kultury i rozwoju oraz na funkcjonowanie określonych grup społecznych;
- zamówienia innowacyjne – stosowane przez poszczególne państwa w celu uzyskania nowych (niedostępnych na rynku) produktów lub usług, w celu zwiększenia efektywności istniejących produktów.

Zamówienia publiczne również w Polsce przestały być narzędziem służącym jedynie zaspokojeniu potrzeb zakupowych zamawiających. Polska jest członkiem UE, dlatego też zmieniająca się rola zamówień w UE przyczyniła się do zmiany postrzegania zamówień publicznych również w naszym kraju. Analiza systemu zamówień publicznych w Polsce wskazuje na niski poziom realizacji celów strategicznych. Najlepiej polscy zamawiający wypadają pod kątem uwzględniania w zamówieniach aspektów prospołecznych. Ten aspekt został uwzględniony w 2018 r. w ponad 20 proc. ogólnej liczby zamówień publicznych, których

łączna wartość stanowiła 43,99 proc. łącznej wartości zamówień⁵⁴⁶, a w 2019 r. poziom ten został utrzymany. Aspekty zielone i innowacyjne wykorzystywane są dużo rzadziej (dotyczą ok. 1 proc. liczby wszystkich zamówień). Patrząc na dane przedstawione przez UZP, należy stwierdzić, że zamówienia publiczne w Polsce nie realizują celów strategicznych. Nie można jednak powiedzieć, że Polska nie podejmuje żadnych działań w celu poprawy tego stanu. Prawodawca dostrzegł, że kluczowym problemem systemu jest brak powiązania wydatków z realizacją polityki oraz celów strategicznych państwa⁵⁴⁷. Odpowiedzią prawodawcy na ten problem jest funkcjonująca od 1 stycznia 2021 r. Nowa ustawa PZP.

Analiza Nowej ustawy PZP wskazuje na nowoczesne podejście prawodawcy do roli zamówień publicznych w Polsce. Ustawa ta odeszła od prymatu konkurencyjności. Aktualnie istotne jest zapewnienie jak najlepszej relacji jakości do ceny. Zamawiający posiadają narzędzia pozwalające na stworzenie zamówień, które realnie mogą przyczynić się do realizacji celów. Zaproponowane w Nowej ustawie PZP rozwiązania pozwalają na tworzenie projektów innowacyjnych, zrównoważonych i nastawionych na włączenie społeczne.

Stworzenie warunków umożliwiających przeprowadzenie zamówień publicznych ukierunkowanych na realizację celów strategicznych jest jednym z najważniejszych zadań Polski. Dlatego też istotnym elementem niniejszej pracy było ustalenie, jakimi celami kieruje się system zamówień w Polsce. Zamówienia publiczne, jako narzędzie istotnie wpływające na gospodarkę kraju, powinny być wykorzystywane w taki sposób, by zwiększyć zakres zamówień zrównoważonych i innowacyjnych, nastawionych na włączenie społeczne. Zarówno Unia Europejska, jak i TSUE oraz organizacje międzynarodowe zajmujące się rozwojem zamówień publicznych, wskazują na istotną rolę zamówień w realizacji celów strategicznych, jako narzędzia pozwalającego na rozwój gospodarki.

Czy konstrukcje prawne określone w Nowej ustawie PZP stanowią dobry środek do realizacji celów strategicznych? Brak jeszcze możliwości przeprowadzenia oceny zastosowania nowych narzędzi. Mając jednak na uwadze doświadczenia państw członkowskich UE, widać nowe perspektywy dla tego systemu. Analiza teoretyczna pokazuje, że nowe konstrukcje

⁵⁴⁶ *Sprawozdanie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych w 2018 r.* Warszawa 2019, s. 36. Źródło: <https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/analizy-systemowe/sprawozdania-o-funkcjonowaniu-systemu-zamowien-publicznych> [dostęp: 20.04.2021].

⁵⁴⁷ Uzasadnienie do projektu Nowej ustawy PZP, s. 2

prawne dają zamawiającym dużo możliwości w realizowaniu celów strategicznych. Trudno jednak ocenić, czy polscy zamawiający będą potrafili wykorzystać przyznane im narzędzia.

W niniejszej pracy został zaproponowany system pozwalający na przeprowadzenie oceny podejmowanych przez zamawiających działań w trakcie tworzenia zamówienia. Rozwiązanie to powinno pomóc w rozwiązaniu problemu kolizji celów. Narzędzie to pozwala na określenie wag realizacji poszczególnych celów strategicznych. Rezultatem tego procesu jest możliwość oceny, czy zamawiający w pełni realizuje zasadę efektywności, tj. czy w największym możliwym stopniu uwzględnia aspekty społeczne, środowiskowe i innowacyjne przy tworzeniu zamówienia. Narzędzie to może być przydatne do realizacji obowiązku wynikającego z art. 83 ust. 3 pkt 4) Nowej ustawy PZP – w takim przypadku stanowić będzie autorefleksję, czy podjęte działania są wystarczające.

Niniejsza rozprawa potwierdza, że cele zamówień publicznych nie ograniczają się wyłącznie do przedmiotu zamówień publicznych, tj. dokonania zakupu dostaw, usług lub robót budowlanych przy zachowaniu warunków uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, lecz stanowią istotne narzędzie do zapewnienia stałego wzrostu gospodarczego kraju, w szczególności poprzez prowadzenie zrównoważonej polityki gospodarczej sprzyjającej zapobieganiu wykluczeniu społecznemu i gospodarczemu.

Co istotne, wyznaczenie celów jest zjawiskiem dynamicznym. Aktualnie wyznaczone cele mogą się w przyszłości zmienić, część z nich może utracić na znaczeniu lub zdominować pozostałe. Dlatego też konieczne jest regularne monitorowanie trendów społecznych, działań organizacji międzynarodowych, organów UE oraz decyzji państwa. Tylko w ten sposób możliwe będzie prawidłowe określenie celów danego systemu prawnego.

Postępy w realizacji celów strategicznych powinny być na bieżąco monitorowane, co pozwoli na systematyczną ocenę stopnia ich realizacji oraz identyfikację czynników zagrażających osiągnięciu oczekiwanych rezultatów.

Bibliografia

1. Literatura

1. M. Ahlt, M. Szpunar: *Prawo europejskie*. Warszawa 2002.
2. R. Alexy: *On the Structure of Legal Principles*. „Ratio Juris” 2000, nr 3.
3. R. Alexy: *Theorie der Grundrechte*. Baden-Baden 1985.
4. R. Anderson, W. Kovacic, A. Müller: *Ensuring Integrity and Competition in Public Procurement Markets: A Dual Challenge for Good Governance*. W: *The WTO Regime on Government Procurement: Recent Developments and Challenges Ahead*. Red. S. Arrowsmith, R. Anderson, Cambridge 2011.
5. M. Angel Bernal Blay: *The Strategic Use of Public Procurement in Support of Innovation*. “European Procurement & Public Private Partnership Law Review (EPPPL)” 2014, nr 3.
6. S. Appelt, F. Galindo-Rueda: *Measuring the Link between Public Procurement and Innovation*. “OECD Science, Technology and Industry Working Papers” 2016, nr 3.
7. S. Arrowsmith, P. Kunzlik: *Social and Environmental Policies in EC Public Procurement Law* CUP. Cambridge 2009.
8. K. Bartusik: *Zamówienia publiczne w Unii Europejskiej – regulacje prawne*. „Zeszyty Naukowe / Uniwersytet Ekonomiczny w Krakowie” 2007, nr 753.
9. M. Bielikow-Kucharska: *Odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych w obszarze zamówień publicznych*, Warszawa 2016.
10. S. Bobowski, J. Gola: *Pomiar efektywności rynku zamówień publicznych – przyczynek teoretyczny do badań ekonomicznych*. „Prace Naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego we Wrocławiu. Ekonomia” 2017, nr 2.
11. P. Bogdanowicz: *The Application of the Principle of Proportionality to Modifications of Public Contracts*. “European Procurement & Public Private Partnership Law Review (EPPPL)” 2016, nr 3.
12. A. Borkowski, A. Chełmoński, M. Guziński, K. Kiczka, L. Kieres, T. Kocowski, M. Szydło: *Administracyjne prawo gospodarcze*, Warszawa 2003.
13. Ch. Bovis: *Efficiency and Effectiveness in Public Sector Management: The Regulation of Public Markets and Public-Private Partnerships and Its Impact on Contemporary Theories of Public Administration*. “European Procurement & Public Private Partnership Law Review” 2013, nr 2.
14. Ch. Bovis: *EU Public Procurement Law*. Cheltenham 2007.

15. Ch. Bovis: *Life-Cycle Costing in the New EU Public Procurement Directives*. "European Procurement & Public Private Partnership Law Review" 2018, nr 3.
16. Ch. Bovis: *Research handbook on EU Public Procurement Law*. Cheltenham 2016.
17. M. Burgi, B. Brandmeier: *Quality as an Interacting Award Criterion under Current and Future EU-Law*. "European Procurement & Public Private Partnership Law Review" 2014, nr 1.
18. R. Caranta, M. Trybus: *The Law of Green and Social Procurement in Europe*. Kopenhaga 2010.
19. C.F. Chao, C.C. Hsu, H.S. Yeh: *The relationship between information transparency and firm value: evidence from Taiwan*. "International Journal of Business Excellence" 2010, nr 2.
20. R. Clement, F. Gogoll, M. Kiy, W. Terlau, W. Veit: *Praxis der Wirtschaftspolitik. Theorie und ihre Anwendung spielend lernen*. München 2011.
21. P. Czastka: *Etyczne aspekty postępowania o udzielenie zamówienia publicznego*. „Zamówienia Publiczne Doradca” 2014, nr 1.
22. A. Doliwa: *Prawo cywilne – część ogólna*. Warszawa 2004.
23. B. Druzin: *Why does Soft Law have any Power anyway?* „Asian Journal of International Law” 2017, nr 7.
24. R. Dworkin: *Biorąc prawa poważnie*. Tłum. T. Kowalski, Warszawa 1998.
25. M. Dybowski, *Ronalda Dworkina koncepcja zasad prawa*. „Ruch prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2001, z. 3.
26. F. Emmert, M. Morawiecki: *Prawo europejskie*. Warszawa–Wrocław 2000.
27. A. Erechemla: *Ochrona wybranych instrumentów prawa ochrony środowiska w zapewnieniu bezpieczeństwa walorów przyrodniczych i turystycznych*. W: *IV Konferencja Naukowo – Techniczna „Błękitny San”*. Nozdrzec 2007.
28. J.M. Fernández Martín: *The EC Procurement Rules: A Critical Analysis*. Oxford 1996.
29. *Finanse publiczne i prawo finansowe*. Red. C. Kosikowski, E. Ruśkowski. Warszawa 2003.
30. M. Fritzhand: *Główne zagadnienia i kierunki metaetyki*. Warszawa 1970.
31. W. Gasparski: *Decyzje i etyka. Normy uczciwości*. „Decydent & Decision Maker” 2008, nr 74.
32. J. Gola, S. Bobowski: *Istota elektroniczacji w systemie zamówień publicznych*. „Prace Naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego we Wrocławiu” 2017, nr 497.
33. M. Golding: *Legal Reasoning*. Nowy Jork 1984.

34. M. Grochowski: *Pojęcie celu studia semantyczne*. Wrocław 1980.
35. T. Grzeszczyk: *Zamówienia publiczne w reformowanej gospodarce polskiej. Doświadczenia i przyszłość*. Częstochowa 1996.
36. A. Hamrol: *Zarządzanie jakością z przykładami*. Warszawa 2007.
37. W. Hartung, M. Bağlaj, T. Michalczyk, M. Wojciechowski, J. Krysa, K. Kuźma: *Dyrektywa 2014/24/UE w sprawie zamówień publicznych. Komentarz*. Warszawa 2017.
38. A. Horodecka: *Cele polityki gospodarczej w różnych podejściach metodologicznych ekonomii*. „Gospodarka Narodowa” 2011, nr 7-8.
39. A. Horodecka: *Ewolucja celów polityki gospodarczej. Rola zmian otoczenia*. Warszawa 2008.
40. K. Horubski: *Administracyjnoprawne instrumenty realizacji zamówienia publicznego*. Warszawa 2017.
41. *Informacja o działalności Krajowej Izby Odwoławczej w 2018 roku*. Warszawa 2019.
42. M. Jaworska: *Komentarz do art. 431 PZP. W: Prawo zamówień publicznych. Komentarz*. Red. M. Jaworska i in., Warszawa 2021.
43. S. Jodłowski: *Rozwój polskich określników celu*. W: *Sprawozdania Towarzystwa Naukowego we Lwowie XIV*, Lwów 1976.
44. J. Kaja: *Metodologiczne zagadnienia teorii polityki gospodarczej/ W: II Ogólnopolska Konferencja Naukowa Katedr Polityki Gospodarczej pt. „Polityka gospodarcza w teorii i praktyce”*. Warszawa-Miedzeszyn 1996 (materiały konferencyjne).
45. M. Kania: *Zasada efektywności w nowym Prawie zamówień publicznych*. „Kwartalnik PZP” 2020, nr 1.
46. K. Kokocińska: *Instytucjonalno-prawne podstawy współpracy samorządu województwa z rządem w zakresie polityki regionalnej*. „Ruch prawniczy, ekonomiczny i socjologiczny” 2008, z. 3.
47. A. Kopańska: *Partnerstwo publiczno-prywatne – wzory brytyjskie. Czego możemy się z nich nauczyć*. „Studia Regionalne i Lokalne” 2006, nr 3.
48. E. Kosieradzka, M. Zdyb: *Zasada państwa prawnego na gruncie prawa administracyjnego w kontekście współczesnych wyzwań*. „Studia Iuridica Lublinensia” 2016, nr 1.
49. W. Kowal: *Skuteczność i efektywność – zróżnicowanie i aspekty interpretacji*. „Organizacja i Kierowanie” 2013, nr 4.
50. G. Kozuń-Cieślak: *Efektywność – rozważania nad istotą i typologią*. „Kwartalnik Kolegium Ekonomiczno-Społecznego. Studia i Prace” 2013, nr 4.

51. J. Kulczycka, M. Góralczyk: *Znaczenie i możliwości stosowania oceny cyklu życia (LCA) i kosztów cyklu życia (LCC) w ekologicznych zamówieniach publicznych*. W: *Zielone zamówienia publiczne*. Warszawa 2009.
52. G. Łaszczyca, Cz. Martysz, A. Matan: *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*. Warszawa 2010.
53. H. Leibenstein: *Allocative Efficiency vs. „X-Efficiency”*. “The American Economic Review” 1966, nr 3.
54. M. Lemke: *Zamówienia publiczne w Unii Europejskiej, Dyrektywy dotyczące zamówień publicznych na usługi, dostawy i roboty budowlane*. Warszawa 2001.
55. W. Lewandowski: *Drogi rozwoju gospodarczego Polski w latach 1926–1931*. Warszawa 1931.
56. O. Lissowski: *Efektywność zamówień publicznych, Studia Ekonomiczne*. „Zeszyty Naukowe Wydziałowe Uniwersytetu Ekonomicznego w Katowicach” 2013, nr 168.
57. T. Lubińska: *Nowe zarządzanie publiczne: skuteczność i efektywność: budżet zadaniowy w Polsce*. Warszawa 2009.
58. J. Maliszewska-Nienartowicz: *Rozwój zasady proporcjonalności w europejskim prawie wspólnotowym*. „Studia Europejskie” 2006, nr 1.
59. G. Maroń: *Formuła ważenia zasad prawa jako mechanizm usuwania ich kolizji na przykładzie koncepcji Roberta Alexego*. „Zeszyty naukowe Uniwersytetu Rzeszowskiego: Seria prawnicza” 2009, z. 53.
60. M. Mazzucato: *Mission-Oriented Research & Innovation in the European Union missions a problem-solving approach to fuel innovation-led growth*. Bruksela 2018.
61. M. Mazzucato: *Przedsiębiorcze państwo Obalić mit o relacji sektora publicznego i prywatnego*. Warszawa 2017.
62. M. Mazzucato: *The Entrepreneurial State. Debunking Public vs. Private Sector Myths*. Londyn 2013.
63. Ch. McCrudden: *Buying Social Justice. Equality, Government Procurement & Legal Change*. Oxford 2007.
64. A. Michalska: *Prawo a normy techniczne w państwie socjalistycznym*. Poznań 1968.
65. B. Mikołajczyk: *Obraz innowacyjności gospodarek w krajach UE mierzony wskaźnikiem SII. Studia Ekonomiczne*. „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego w Katowicach” 2016, nr 282.
66. E.A. Norek: *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*. Wyd. II, Warszawa 2006.
67. J. Nowacki, Z. Tobor: *Wstęp do prawoznawstwa*. Warszawa 2007.

68. A. Nowak: *Organizacja Współpracy Gospodarczej i Rozwoju*. W: T. Łoś-Nowak: *Organizacje w stosunkach międzynarodowych. Istota – mechanizmy działania – zasięg*. Wrocław 2004.
69. H. Nowicki: *Cele systemu zamówień publicznych*. „Prace naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego we Wrocławiu” 2017, nr 497.
70. H. Nowicki: *Prawo zamówień publicznych instrumentem kreowania innowacyjnej gospodarki*. W: *Prawne instrumenty oddziaływania na gospodarkę*. Red. A. Powałowki, Warszawa 2016.
71. H. Nowicki: *Wprowadzenie do systemu zamówień publicznych*. W: *System zamówień publicznych w Polsce*. Red. J. Sadowy. Warszawa 2013.
72. H. Nowicki, P. Nowicki: *Partnerstwo publiczno-prywatne jako element systemu zamówień publicznych*. „Studia BAS” 2014, nr 3.
73. P. Nowicki: *Aksjologia prawa zamówień publicznych. Pomiędzy efektywnością ekonomiczną a instrumentalizacją*. Toruń 2019.
74. P. Nowicki: *Efektywne zamówienia publiczne jako rezultat stosowania nowego podejścia do zamówień publicznych*. Warszawa 2013.
75. P. Nowicki: *Wiele hałasu o nic? Kilka uwag o instrumentalizacji prawa i roli państwa w gospodarce na przykładzie prawa zamówień publicznych*. W: *Państwo a gospodarka, Interes publiczny w prawie gospodarczym*. Red. H. Nowicki, P. Nowicki, K. Kucharski, Toruń 2018.
76. M. Ossowska: *O dwóch rodzajach ocen*. „Kwartalnik filozoficzny” 1946, z. 2-4.
77. A. Panasiuk: *Wpływ rozwiązań przyjętych w dyrektywie 2014/23 UE na kształt pojęcia koncesji zdefiniowanego w u stawie o u mowie koncesji na roboty budowlane lub usługi*. „Studia Prawno-ekonomiczne” 2017, t. CIII.
78. D. Piasta: *Zamówienia publiczne w świetle procedur Światowej Organizacji Handlu Umowa o zamówieniach publicznych (GPA)*. Warszawa 2001.
79. J. Pieróg: *Czy warto udzielać efektywnych zamówień?* „Zamówienia publiczne Doradca” 2020, nr 1.
80. *Prawo zamówień publicznych. Komentarz do art. 73a PZP*. Red. M. Jaworska, D. Grześkowiak-Stojek, J. Jarnicka, A. Matusiak, C.H. Beck, Warszawa 2020.
81. E. Przeszło: *Przetarg jako forma rozporządzania mieniem publicznym*. „Przegląd Prawa Handlowego” 1996, nr 6.
82. B. Puczkowski: *Efektywność zarządzania środkami publicznymi*. Olsztyn 2014.

83. A. Pyszka: *Istota efektywności. Definicje i wymiary*, *Studia Ekonomiczne*. „Zeszyty naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego w Katowicach” 2015, nr 230.
84. *Raport o stanie sektora małych i średnich przedsiębiorstw w Polsce*. Red. R. Zakrzewski, A. Skowrońska, Warszawa 2019.
85. H. Rot: *Jedność i podziały systemu prawa socjalistycznego*. Wrocław 1971.
86. H. Rot: *Problemy dychotomii prawa publicznego i prywatnego*, „Przegląd Prawa i Administracji” 1976, nr 307.
87. A. Rutkowska: *Teoretyczne aspekty efektywności – pojęcie i metody pomiaru*. „Zarządzanie i Finanse” 2011, nr 1.
88. O. Rytel: *Rozwój zamówień publicznych w Polsce*. „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Przyrodniczo-Humanistycznego w Siedlcach” 2012, nr 95.
89. J. Sadowy: *Cele systemu zamówień publicznych i ich realizacja na przestrzeni 15 lat w świetle sprawozdań prezesa urzędu*. W: *XV-lecie systemu zamówień publicznych w Polsce*. Red. H. Nowicki, J. Sadowy, Toruń – Warszawa, 2009.
90. M. Sierpińska, T. Jachna: *Ocena przedsiębiorstwa według standardów światowych*. Warszawa 2004.
91. M. Skibińska: *Zalety i wady mediacji jako sposobu rozwiązywania sporów cywilnych*. „Kwartalnik ADR” 2010, nr 3.
92. E. Skrzypek: *Jakość i efektywność*. Lublin 2000.
93. I. Skubiszak-Kalinowska, W. Wiktorowska: *Prawo zamówień publicznych. Komentarz do art. 73a*. Warszawa 2017.
94. E. Smoktunowicz: *Doświadczenia historyczne w zakresie przetargów na roboty budowlane*. „Rynek Zamówień Publicznych” 1997, nr 1.
95. A. Sołtysińska: *Zamówienia publiczne w Unii Europejskiej sektor użyteczności publicznej*. Warszawa 2000.
96. K. Strzyczkowski: *Prawo gospodarcze publiczne*. Warszawa 2011.
97. S. Szober: *Jak wyrażamy cel*. „Poradnik językowy” 1936-1937, nr 3.
98. R. Szostak: *Kilka uwag o roli zasad udzielania zamówień publicznych*. „Zamówienia Publiczne Doradca” 2020, nr 2.
99. R. Szostak: *O potrzebie zmian kompleksowych w prawie zamówień publicznych*. W: *Funkcjonowanie systemu zamówień publicznych – aktualne problemy i propozycje rozwiązań*. Red. M. Stręciwilk, A. Panasiuk, Warszawa 2017.
100. R. Szostak: *Zakres i struktura prawa zamówień publicznych*. „Prawo Zamówień Publicznych” 2013, nr 4.

101. P. Szustakiewicz: *Zamówienia publiczne jako hybrydalna dziedzina prawa*. „Zamówienia Publiczne Doradca” 2007, nr 5.
102. P. Szustakiewicz: *Zasady prawa zamówień publicznych*. Warszawa 2007.
103. M. Szydło: *Prawna koncepcja zamówienia publicznego*. Warszawa 2014.
104. A. Śledzińska-Simon: *Zasada równości i zasada niedyskryminacji w prawie Unii Europejskiej*. W: *Zasada równości i zasada niedyskryminacji*. Red. B. Kłos, J. Szymańczak. „Studia Biura Analiz Sejmowych Kancelarii Sejmu” 2011, nr 2.
105. M. Tabernacka: *Negocjacje i mediacje w sferze publicznej*. Warszawa 2009.
106. S. Tkacz: *O zintegrowanej koncepcji zasad prawa w polskim prawoznawstwie (Od dogmatyki do teorii)*. Toruń 2014.
107. Z. Tobor: *Charakterystyka ocen instrumentalnych i instrumentalne oceny przepisów prawnych*. Katowice 1986.
108. Z. Tobor: *W poszukiwaniu intencji prawodawcy*. Warszawa 2013.
109. F. Tros, T. Wilthagen: *The concept of „Flexicurity”. A new approach to regulating employment and labour markets*. “Flexicurity Research Paper” 2003, nr 4.
110. M. Trybus: *Supporting social considerations through public procurement: A legal perspective*. W: *Public Procurement Policy*. Red. G. Piga, T. Tatrai, Routledge 2016.
111. D. Tyrawa D: *Międzynarodowe standardy zamówień publicznych – wybrane aspekty*. „Przegląd Prawno-Ekonomiczny” 2007, nr 1.
112. D. Tyrawa: *Przedsiębiorca a globalizacja prawa na przykładzie prawa publicznego*. W: *Prawo administracyjne i gospodarcze a sytuacja przedsiębiorcy na rynku polskim*. Red. M. Górską, K. Zapała, Kielce 2014.
113. O. Weinberg: *Philosophische Bemerkungen zur Sollszatzlogik*. Praga 1968.
114. B. Wiczerzyńska: *Efektywność zamówień publicznych w wymiarze prawnym, ekonomicznym i społecznym*. „Rocznik Administracji Publicznej” 2016, nr 2.
115. *Wiele hałasu o nic? Kilka uwag o instrumentalizacji prawa i roli państwa w gospodarce na przykładzie prawa zamówień publicznych*. W: *Państwo a gospodarka : Interes publiczny w prawie gospodarczym*. Red. H. Nowicki, P. Nowicki, K. Kucharski. Toruń 2018
116. W. Wołodkiewicz, M. Zabłocka: *Prawo rzymskie. Instytucje*. Warszawa 1996.
117. G.H. von Wright: *The Varieties of Goodness*. Londyn 1964.
118. S. Wronkowska, M. Zieliński, Z. Ziemiński: *Zasady prawa. Zagadnienia podstawowe*. Warszawa 1974.
119. J. Wróblewski: *Zagadnienia teorii wykładni prawa ludowego*. Warszawa 1959.

120. J. Wróblewski: *Zasady tworzenia prawa*. Warszawa 1989.
121. M. Zaborowski: *Optimum*. „Economic Studies” 2019, nr 3.
122. B. Zaharia: Joint Venture. “Journal of Law and Public Administration” 2016, nr 2.
123. *Zamówienia publiczne w Unii Europejskiej po modernizacji – nowe unijne dyrektywy koordynujące procedury udzielania zamówień publicznych*. Red. M. Olejarz, Warszawa 2014.
124. L. Zawadowski: *On the Clauses of Pseudo-Purpose*. “Eos” 1951, nr 44/1.
125. A. Zdebel-Zygmunt, J. Rokicki: *System zamówień publicznych w Polsce*. Warszawa 2014.
126. M. Zieliński: *Wykładnia prawa. Zasady-reguły-wskazówki*. Warszawa 2002.
127. Z. Ziemiński: *Logika praktyczna*. Warszawa 1975.
128. Z. Ziemiński: *Szkice z metodologii szczegółowych nauk prawnych*. Poznań 1983.
129. B. Ziębicki: *Efektywność a jakość w sektorze publicznym*. W: *Spoleczne aspekty przeobrażeń organizacyjnych*. Red. A. Potocki, Warszawa 2007.

2. Akty prawne – prawo międzynarodowe

1. Decyzja Rady z dnia 2 grudnia 2013 r. dotycząca zawarcia Protokołu zmieniającego Porozumienie w sprawie zamówień rządowych, Dz. U. UE L68, tom 57, 7 marca 2014 r.
2. Decyzja Rady z dnia 2 grudnia 2013 r. dotycząca zawarcia Protokołu zmieniającego Porozumienie w sprawie zamówień rządowych, Dz. U. UE L68, tom 57, 7 marca 2014 r.
3. 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, OJ L 134, 30.4.2004.
4. 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, OJ L 134, 30.4.2004.
5. Dyrektywa 66/683 / EWG z dnia 7 listopada 1966 r. znosząca wszelkie różnice w traktowaniu krajowych produktów i produktów, które na mocy art. 9 i 10 Traktatu muszą mieć możliwość swobodnego przemieszczania się, w odniesieniu do przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych zakazujących korzystania z takich przywożonych produktów i nakładających obowiązek używania produktów krajowych lub uzależniających zysk od takiego wykorzystania, OJ L 220, 30.11.1966.

6. Dyrektywa 70/32/EWG z dnia 17 grudnia 1969 r. w sprawie dostaw towarów dla państwa, jego władz lokalnych oraz osób prawnych prawa publicznego, OJ L 13, 19.1.1970.
7. Dyrektywa 71/305 z 26 lipca 1971 r. z dnia 26 lipca 1971 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, OJ L 185, 16.8.1971.
8. Dyrektywa Komisji Europejskiej 88/301 z dnia 16 maja 1988 r. w sprawie konkurencji na rynkach końcowych urządzeń telekomunikacyjnych.
9. Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE (Tekst mający znaczenie dla EOG) (Dz.U. L 94 z 28.3.2014, s. 65).
10. Dyrektywa Rady 92/50/EWG z dnia 18 czerwca 1992 r. odnosząca się do koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na usługi, OJ L 209, 24.7.1992.
11. Dyrektywa Rady Wspólnot Europejskich 88/295/EEC z dnia 22 marca 1988 r. zmieniająca Dyrektywę 77/62/EEC dotyczącą koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na dostawy i uchylająca niektóre przepisy dyrektywy 80/767 / EWG, JOL_1988_127_R_0001_004.
12. Dyrektywa Rady Wspólnot Europejskich 93/38 z dnia 14 czerwca 1993 w sprawie koordynowania postępowań o udzielenie zamówienia przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i telekomunikacji, L 199 , 09/08/1993 P. 0084 – 0138.
13. Dyrektywa Rady z dnia 14 czerwca 1993 r. dotycząca koordynacji procedur w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy nr 93/36/EWG, Dz. U. L 199 z 9.8.1993.
14. Dyrektywa Rady z dnia 14 czerwca 1993 r. dotycząca koordynacji procedur w zakresie udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, 93/37/EWG.
15. Komisja Europejska: *White Paper on the completion of the internal market* (14 June 1985). Źródło: https://www.cvce.eu/content/publication/2002/1/23/0d72b347-b235-4c9d-bb71-ba38824f5d49/publishable_en.pdf [dostęp: 20.04.2021].
16. Komisja Europejska: *Zielona Księga. Zamówienia publiczne w Unii Europejskiej w poszukiwaniu rozwiązań*, 1998.
17. Komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady Europejskiej, Rady, Komitetu Ekonomiczno-Społecznego i Komitetu Regionów: *Europejski Zielony Ład*. Bruksela 2019. COM (2019) 640 final
18. Komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego oraz Komitetu Regionów: *Zamówienia publiczne na rzecz poprawy stanu środowiska z dnia 16 lipca 2008 r.* KOM(2008) 400 wersja ostateczna.

19. Komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego i Komitetu Regionów dnia 11 marca 2020 r.: *Nowy plan działania UE dotyczący gospodarki o obiegu zamkniętym na rzecz czystszej i bardziej konkurencyjnej Europy*. Bruksela 2020. COM(2020) 98.
20. Komunikat Komisji: *Europa 2020 „Strategia na rzecz inteligentnego i zrównoważonego rozwoju sprzyjającego włączeniu społecznemu” z dnia 3 marca 2010 r.* Bruksela 2010.
21. Komunikat Komisji: *Nowa strategia przemysłowa dla Europy z dnia 10 marca 2020 r.* Bruksela 2020. COM(2020) 102.
22. Komunikat wyjaśniający Komisji w sprawie koncesji na mocy prawa wspólnotowego. Official Journal C 121 , 29/04/2000 P. 0002 – 0013.
23. Porozumienie Paryskie, Dz. U. UE z dnia 19 października 2016 r., L 282/4.
24. Porozumienie WTO w sprawie Zamówień Rządowych (GPA), 1994.
25. Rezolucja Zgromadzenia Ogólnego ONZ przyjęta w dniu 25 września 2015 r.: *Przekształcamy nasz świat: Agenda na rzecz zrównoważonego rozwoju 2030*. A/RES/70/1.
26. Rozporządzenie Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia.
27. Single European Act, Dz.U. L 169 z dnia 29 czerwca 1987 r.
28. Strategia przyjęta uchwałą nr 8 Rady Ministrów z dnia 14 lutego 2017 r. w sprawie przyjęcia Strategii na rzecz Odpowiedzialnego Rozwoju do roku 2020 (z perspektywą do 2030 r.).
29. Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej z 13 grudnia 2007 r. (Dz. U. UE 2012/C 326/01)
30. Traktat Unii Europejskiej z 13 grudnia 2007 r. (Dz. U. UE 2012/C 326/01)
31. Traktat ustanawiający Europejską Wspólnotę Gospodarczą i Traktat ustanawiający Europejską Wspólnotę Energii Atomowej (Traktaty rzymskie) – dwie umowy międzynarodowe z dnia 25 marca 1957 r.
32. Traktat ustanawiający Europejską Wspólnotę Węgla i Stali – podpisany w Paryżu 18 kwietnia 1951, EUR-Lex: 11951K/TXT.
33. *UNCITRAL Model Law on Public Procurement* (dokument z dnia 1 lipca 2011 r.). A/66/17, annex I.

3. Akty prawne – prawo krajowe

1. Rozporządzenie o dostawach i robotach na rzecz Skarbu Państwa, samorządu oraz instytucji prawa publicznego Rady Ministrów o dostawach i robotach na rzecz Skarbu Państwa, samorządu oraz instytucji prawa publicznego (Dz. Ust. nr 13 z 1937 r. poz. 92).
2. Strategia przyjęta uchwałą nr 17 Rady Ministrów z dnia 12 lutego 2013 r. w sprawie przyjęcia strategii *Sprawne Państwo 2020*.
3. Strategia przyjęta uchwałą nr 8 Rady Ministrów z dnia 14 lutego 2017 r. w sprawie przyjęcia *Strategii na rzecz Odpowiedzialnego Rozwoju do roku 2020 (z perspektywą do 2030 r.)*.
4. Uchwała Rady Ministrów z dnia 23 maja 1983 roku w sprawie zamówień rządowych na realizację wybranych inwestycji centralnych lub uchwała Rady Ministrów z dnia 4 listopada 1983 roku w sprawie zamówień rządowych na materiały i wyroby.
5. Układ Ogólny w sprawie Taryf Celnych i Handlu (ang. General Agreement on Tariffs and Trade, GATT). Sprawą zamówień publicznych zajmowano się w szczególności w Rundzie Tokijskiej i Urugwajskiej.
6. UNCITRAL Model Law on Public Procurement, dokument z dnia 1 lipca 2011 r. A/66/17, annex I.
7. Ustawa o finansach publicznych (Dz.U. 2009 Nr 157, poz. 1240, t.j. Dz.U. z 2019 r. poz. 869).
8. Ustawa o zmianie ustawy – *Prawo zamówień publicznych* oraz niektórych innych ustaw z dnia 22 czerwca 2016 r. (Dz.U. Z 2016 r. Poz. 1020).
9. Ustawa o zmianie ustawy – *Prawo zamówień publicznych* z dnia 29 sierpnia 2014 r. (Dz.U. z 2014 r. poz. 1232 zm.).
10. Ustawa z dnia 11 września 2019 r. *Prawo zamówień publicznych* (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019, z 2020 r. poz. 288.).
11. Ustawa z dnia 14 czerwca 1960 r. *Kodeks postępowania administracyjnego* (Dz.U. 1960 nr 30 poz. 168).
12. Ustawa z dnia 15 lutego 1933 r. o dostawach i robotach na rzecz Skarbu Państwa, samorządu oraz instytucji prawa publicznego. Dz. Ust. nr 19 z 1933 r. z dnia 24 marca 1933 r. poz. 127, 128.
13. Ustawa z dnia 15 września 2000 r. *Kodeks spółek handlowych* (Dz.U. 2000 nr 94 poz. 1037).
14. Ustawa z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. 1993 nr 47 poz. 211).

15. Ustawa z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. 2007 nr 50 poz. 331).
16. Ustawa z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz.U. 2005 nr 14 poz. 114).
17. Ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. – *Kodeks postępowania cywilnego* (Dz.U. 1964 nr 43 poz. 296).
18. Ustawa z dnia 18 lipca 2002 r. o świadczeniu usług drogą elektroniczną (Dz. U. z 2019 r. poz. 123 i 730).
19. Ustawa z dnia 18 listopada 1948 r. o dostawach, robotach i usługach na rzecz Skarbu Państwa, samorządu oraz niektórych kategorii osób prawnych, Dz.U. 1948 nr 63 poz. 494
20. Ustawa z dnia 19 lipca 2019 r. o zmianie niektórych ustaw w celu ograniczenia zatorów płatniczych (Dz.U. z 2019 r. poz. 1649)
21. Ustawa z dnia 20 lipca 2018 r. zmieniająca ustawę – *Prawo zamówień publicznych* oraz ustawę o zmianie ustawy – *Prawo zamówień publicznych* oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2018 r. poz. 1603)
22. Ustawa z dnia 21 października 2016 r. o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi (Dz.U. 2016 poz. 1920).
23. Ustawa z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – *Prawo zamówień publicznych* oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. 2016 poz. 1020).
24. Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – *Kodeks cywilny* (Dz.U. 1964 nr 16 poz. 93).
25. Ustawa z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz.U. 2009 nr 157 poz. 1240).
26. Ustawa z dnia 28 grudnia 1957 r. o dostawach, robotach i usługach na rzecz jednostek państwowych (Dz.U. 1958 nr 3 poz. 7).
27. Ustawa z dnia 28 października 2002 r. o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary (Dz.U. 2002 nr 197 poz. 1661).
28. Ustawa z dnia 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy – *Prawo zamówień publicznych* (Dz.U. 2014 poz. 1232).
29. Ustawa z dnia 30 czerwca 2000 r. *Prawo własności przemysłowej* (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 776, z 2018 r. poz. 2302, z 2019 r. poz. 501, 2309).
30. Ustawa z dnia 30 maja 2008 r. o niektórych formach wspierania działalności innowacyjnej (Dz. U. 2008 Nr 116 poz. 730 ze zm.).
31. Ustawa z dnia 30 sierpnia 2002 r. *Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi* (Dz.U. 2002 nr 153 poz. 1270).

32. Ustawa z dnia 5 sierpnia 2010 r. o ochronie informacji niejawnych (Dz.U. 2010 nr 182 poz. 1228).
33. Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – *Kodeks karny* (Dz.U. 1997 nr 88 poz. 553).
34. Ustawa z dnia 6 grudnia 2006 r. o zasadach prowadzenia polityki rozwoju (Dz.U. 2006 Nr 227 poz. 1658).
35. Ustawa z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej (Dz.U. 2001 nr 112 poz. 1198).
36. Ustawa z dnia 7 lipca 1994 r. – *Prawo budowlane* (Dz.U. 1994 nr 89 poz. 414).
37. Ustawa z dnia 9 maja 2014 r. o informowaniu o cenach towarów i usług (Dz.U. 2014 poz. 915).

4. Orzeczenia TSUE

1. Postanowienie TSUE z dnia 13 lipca 2017 r., sygn. akt C 35/17 .
2. Wyrok TSUE z dnia 16 lipca 1956 r. w sprawie *Fédération Charbonnière de Belgique* przeciwko Wysokiej Władzy EWWiS sygn. akt C-8/55.
3. Wyrok TSUE z dnia 17 grudnia 1970 r. w sprawie *Internationale Handelsgesellschaft mbH* przeciwko Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel. sygn. akt C-11/70.
4. Wyrok TSUE z 10 lutego 1982 r. w sprawie *Transporoute et travaux*, sygn. akt 76/8.
5. Wyrok TSUE z dnia 4 marca 1982 r. w sprawie *H.P. Gauff Ingenieure GmbH & Co. KG v Commission of the European Communities*, sygn. akt 182/80.
6. Wyrok TSUE z dnia 28 października 1982 r. w sprawie *Groupement des Agences de voyages, Asbl, v Commission of the European Communities*, sygn. akt 135/81.
7. Wyrok TSUE z dnia 10 lipca 1984 r. w sprawie *STS Consorzio per Sistemi di Telecomunicazione via Satellite SpA v Commission of the European Communities*, sygn. akt 126/83.
8. Wyrok TSUE z dnia 19 września 1985 r. w sprawie *Murri Frères v Commission of the European Communities*, sygn. akt 33/82.
9. Wyrok TSUE z dnia 26 listopada 1985 w sprawie *Commission of the European Communities v CO.DE.MI. SpA*, sygn. akt 318/81.

10. Wyrok TSUE z dnia 23 stycznia 1986 r. w sprawie Centrale Marketinggesellschaft der deutschen Agrarwirtschaft mbH przeciwko Europejskiej Wspólnocie Gospodarczej, sygn. akt 251/84.
11. Wyrok TSUE z 24 czerwca 1986 r. w sprawie Développement SA and Clemessy v Commission of the European Communities, sygn. akt 267/82.
12. Wyrok TSUE z dnia 20 września 1988 r. w sprawie Gebroeders Beentjes BV przeciwko Państwu Holenderskiemu, sygn. akt 31/87.
13. Wyrok TSUE z 22 września 1988 r., w sprawie Dundalk, sygn. akt C 45/87.
14. Wyrok TSUE z dnia 13 listopada 1990 r., w sprawie The Queen przeciwko Minister of Agriculture, Fisheries and Food and Secretary of State for Health, ex parte: Fedesa i inni, sygn. akt C-331/788.
15. Wyrok TSUE z dnia 10 listopada 1998 r., sygn. akt C 360/96.
16. Wyrok TSUE z 26 września 2000 r., w sprawie Komisja przeciwko Francji, sygn. akt C 225/98.
17. Wyrok TSUE z dnia 17 września 2002 r. w sprawie Concordia Bus Finland Oy Ab, przeciwko Helsingin kaupunki i HKL-Bussiliikenne, sygn. akt C-513/99.
18. Wyrok TSUE z dnia 4 grudnia 2003 r., w sprawie EVN AG, Wienstrom GmbH przeciwko Republiką Austrii, sygn. akt C-448/01.
19. Wyrok TSUE z dnia 27 października 2005 r. w sprawie Contse SA, sygn. akt C-234/03.
20. Wyrok TSUE z dnia 3 kwietnia 2008 r. w sprawie Dirk Ruffert przeciwko landowi Dolnej Saksonii, sygn. akt. C 346/06.
21. Wyrok TSUE z dnia 10 maja 2012 r., Komisja Europejska przeciwko Królestwu Niderlandów, sygn. akt C-368/10.
22. Wyrok TSUE z dnia 18 września 2014 r. w sprawie Bundesdruckerei, sygn. akt C 549/13.
23. Wyrok TSUE z dnia 17 listopada 2015 r. w sprawie Regiopost, sygn. akt C 115/14.
24. Wyrok TSUE z dnia 14 stycznia 2016 r., sygn. akt C-234/14.
25. Wyrok TSUE z dnia 2 czerwca 2016 r. sygn. akt C-27/15.
26. Wyrok TSUE z dnia 4 maja 2017 r. w sprawie Esaprojekt sygn. akt C-387/14.
27. Wyrok TSUE z dnia 20 września 2018 r. w sprawie Montte, sygn. akt C-546/16.
28. Wyrok TSUE z dnia 25 października 2018 r. w sprawie Roche Lietuva, sygn. akt C 413/17.
29. Wyrok TSUE z dnia 26 września 2019 r. w sprawie Vitali SpA, sygn. akt C-63/18.
30. Wyrok TSUE z dnia 30 stycznia 2020 r. w sprawie Tim SpA, sygn. akt C-395/18.

5. Orzeczenia KIO

1. Wyrok KIO z dnia 18 września 2009 r. o sygn. akt KIO/KD 31/09.
2. Wyrok KIO z dnia 28 lutego 2012 r. o sygn. akt 229/12.
3. Wyrok KIO z dnia 20 czerwca 2012 r. o sygn. akt KIO 1180/12.
4. Wyrok KIO z dnia 14 sierpnia 2012 r. o sygn. akt KIO 1312/12.
5. Wyrok KIO z dnia 4 czerwca 2013 r. o sygn. akt KIO 1187/13.
6. Wyrok KIO z dnia 9 stycznia 2014 r. o sygn. akt KIO 2932/13.
7. Wyrok KIO z dnia 20 stycznia 2014 r. o sygn. akt KIO 3001/13.
8. Wyrok KIO z dnia 23 stycznia 2015 r. o sygn. akt KIO 2621/14, KIO 2676/14, KIO 2730/14.
9. Wyrok KIO z dnia 24 listopada 2016 r. o sygn. akt: KIO 2101/16.
10. Wyrok KIO z dnia 17 lipca 2017 r. o sygn. akt KIO 1339/17.
11. Wyrok KIO z dnia 21 listopada 2017 r. o sygn. akt KIO 2336/17.
12. Wyrok KIO z 4 czerwca 2019 r. o sygn. akt KIO 916/19.

6. Orzeczenia polskich sądów

1. Orzeczenie TK z dnia 26 kwietnia 1995 r. o sygn. akt K 11/94.
2. Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 6 lipca 2001 r. o sygn. akt III RN 16/01.
3. Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Gliwicach z dnia 1 grudnia 2009 r., sygn. akt III SA/GI 1173/09.
4. Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Opolu z dnia 23 września 2014 r. o sygn. akt I SA/Op 422/14.
5. Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 22 lutego 2017 r. o sygn. akt II GSK 1732/15.
6. Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Gliwicach z dnia 14 marca 2017 r. o sygn. akt IV SA/GI 430/16.
7. Wyrok Sądu Okręgowego w Szczecinie z dnia 14 marca 2017 r. o sygn. akt II Ca 1626/16.

7. Dokumenty elektroniczne

1. *10 filarów Zielonego Nowego Ładu dla Europy*. Źródło: <https://www.gndforeurope.com/10-pillars-of-the-green-new-deal-for-europe> [dostęp: 20.04.2021].
2. *Akty wykonawcze do ustawy Pzp z 2004 r.* Źródło: <https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/prawo-zamowien-publicznych-regulacje/prawo-krajowe/akty-wykonawcze> [dostęp: 20.04.2021].
3. *Badania OECD z 2017 r. dotyczącego krajowych statystyk dotyczących innowacji oraz Eurostatu, Wspólnotowego badania innowacji (CIS- 2014)*. Źródło: www.oecd.org/sti/inno-stats.htm [dostęp: 20.04.2021].
4. *Buying for social impact. Good practice from around the EU*. Bruksela 2019. Źródło: <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/3498035f-5137-11ea-aece-01aa75ed71a1> [dostęp: 20.04.2021].
5. *Cel*. W: *Słownik Języka Polskiego PWN*. Źródło: <https://sjp.pwn.pl/szukaj/cel.html> [dostęp: 20.04.2021].
6. *Commission Working Doc., Green Paper on the modernisation of EU public procurement policy: Towards a more efficient European Procurement Market*. Źródło: http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/docs/2011/public_procurement/synthesis_document_en.pdf [dostęp: 20.04.2021].
7. *Dobre praktyki w społecznie odpowiedzialnych zamówieniach publicznych*. Źródło: https://ec.europa.eu/info/policies/public-procurement/support-tools-public-buyers/social-procurement_pl#dobre-praktyki-w-spoecznie-odpowiedzialnych-zamwieniach-publicznych [dostęp: 20.04.2021].
8. *Dobre praktyki z zakresu zielonych zamówień publicznych*. Źródło: https://www.uzp.gov.pl/__data/assets/pdf_file/0028/39565/Dobre-praktyki-z-zakresu-zielonych-zamowien-publicznych.pdf [dostęp: 20.04.2021].
9. *Efektywność*. W: *Słownik Języka Polskiego PWN*. Źródło: <https://sjp.pwn.pl/slowniki/efektywno%C5%9B%C4%87.html> [dostęp: 20.04.2021].
10. *Ekologiczne zakupy! Podręcznik dotyczący zielonych zamówień publicznych*. Luksemburg 2016. Źródło: https://ec.europa.eu/environment/gpp/pdf/handbook_pl.pdf [dostęp: 20.04.2021].
11. *Eksperci od zamówień publicznych mogą zostać pozbawieni możliwości reprezentowania stron sporów przetargowych*. Źródło: <https://prawo.gazetaprawna.pl/artykuly/1407672,kio-eksperti-od-zamowien-publicznych.html> [dostęp: 20.04.2021].

12. *Elektroniczna postać oferty*. Źródło: <http://bezwadium.pl/2019/03/22/elektroniczna-postac-oferty/> [dostęp: 20.04.2021].
13. *European Innovation Scoreboard 2019* Źródło: <https://ec.europa.eu/docsroom/documents/36084> [dostęp: 20.04.2021].
14. *Europejska tablica wyników innowacji 2019*. Źródło: https://ec.europa.eu/poland/news/190617_innovations_pl [dostęp: 20.04.2021]
15. *Executive summary*. W: *European Innovation Scoreboard 2019*. Źródło: <https://ec.europa.eu/docsroom/documents/36084> [dostęp: 20.01.2021].
16. *Flexicurity w wymiarze regionalnym (województwo podlaskie) Raport z badań, Izba Rzemieślnicza i Przedsiębiorczości w Białymstoku*, Źródło: <https://depot.ceon.pl/handle/123456789/9072> [dostęp: 20.04.2021].
17. *GPP Good Practice*, Źródło: https://ec.europa.eu/environment/gpp/case_group_en.htm [dostęp: 20.04.2021].
18. *Green Paper on the modernisation of EU public procurement policy: Towards a more efficient European Procurement Market*. Brussels 2011. Źródło: http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/docs/2011/public_procurement/synthesis_document_en.pdf [dostęp: 20.04.2021].
19. *Green Public Procurement in the City of Vienna, Impact Analysis*. Źródło: <https://www.wien.gv.at/english/environment/protection/pdf/impact-analysis.pdf> [dostęp: 20.04.2021].
20. *Guidance on procurement regulations to be promulgated in accordance with article 4 of the UNCITRAL Model Law on Public Procurement*. Źródło: https://www.uzp.gov.pl/_data/assets/pdf_file/0018/28206/Guidance_on_procurement_regulations.pdf [dostęp: 20.04.2021].
21. *Guide to Enactment of the UNCITRAL Model Law on Public Procurement*. Źródło: https://uncitral.un.org/en/texts/procurement/modellaw/public_procurement/guide [dostęp: 20.04.2021].
22. *HMRC Sustainable Procurement Strategy*. Źródło: https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/310632/HMRC_Sustainable_Procurement_Strategy.pdf [dostęp: 20.04.2021]
23. *Informacja o działalności Krajowej Izby Odwoławczej w 2018 roku*. Źródło: https://www.uzp.gov.pl/_data/assets/pdf_file/0013/42160/Informacja-o-dzialalnosci-Krajowej-Izby-Odwoławczej-w-2018-r..pdf [dostęp: 20.04.2021]

24. „Informator Urzędu Zamówień Publicznych” 2019, nr 2. Źródło: https://www.pzp.pl/images/Publikacje/Informator_uzp/INFORMATOR-nr-2_2019.pdf [dostęp: 20.04.2021].
25. *Innovation Procurement and H2020 support*. Źródło: http://eafip.eu/wp-content/uploads/2015/12/Session-1_Vassilis_Tsanidis_Prague_2017.pdf [dostęp: 20.04.2021].
26. *Jakość*. W: *Słownik Języka Polskiego PWN*. Źródło: <https://sjp.pwn.pl/sjp/jakosc;2467307.html> [dostęp: 20.04.2021]
27. *Koncepcja nowego Prawa Zamówień Publicznych*. Warszawa 2018. Źródło: https://www.uzp.gov.pl/__data/assets/pdf_file/0029/36875/Koncepcja_nowego_prawa_zamowien_publicznych.pdf [dostęp: 20.04.2021].
28. *Kwestie społeczne w zakupach Przewodnik dotyczący uwzględniania kwestii społecznych w zamówieniach publicznych*. Źródło: <https://op.europa.eu/pl/publication-detail/-/publication/cb70c481-0e29-4040-9be2-c408cddf081f> [dostęp: 20.04.2021].
29. *Kryteria zielonych zamówień w UE*. Źródło: https://ec.europa.eu/environment/gpp/eu_gpp_criteria_en.htm [dostęp: 20.04.2021].
30. *Lisbon European council 23 and 24 march 2000 presidency conclusions*. Źródło: http://www.europarl.europa.eu/summits/lis1_en.htm [dostęp: 20.04.2021].
31. *Making socially responsible public procurement work: 71 good practice cases*. Źródło: <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/69fc6007-a970-11ea-bb7a-01aa75ed71a1> [dostęp: 20.04.2021].
32. *Mapping out good practices for promoting green public procurement*. Paryż 2013. Źródło: https://www.oecd.org/gov/ethics/Mapping%20out%20good%20practices%20for%20promoting%20green%20public%20procurement%20GOV_PGC_ETH_2013_3.pdf [dostęp: 20.04.2021].
33. *Methodology For Assessing Procurement Systems (MAPS)*. Źródło: <http://www.mapsinitiative.org/methodology/MAPS-methodology-for-assessing-procurement-systems.pdf> [dostęp: 20.04.2021].
34. *Monitoring innowacyjności polskich przedsiębiorstw. Wyniki II edycji badania 2019*. Warszawa 2019. Źródło: <https://www.parp.gov.pl/storage/publications/pdf/Raport-2019--II-edycja-Monitoring-innowacyjnoci-polskich-przedsiębiorstw.pdf> [dostęp: 20.04.2021].
35. *Nowe podejście do zamówień publicznych. Zamówienia publiczne a małe średnie przedsiębiorstwa, innowacje i zrównoważony rozwój*. Warszawa 2010, s. 7. Źródło:

- https://www.uzp.gov.pl/__data/assets/pdf_file/0022/30694/Nowe_podejscie_do_zamowien_publicznych_broszura_inf_2010.pdf [dostęp: 20.04.2021].
36. *Nowość*. W: *Słownik Języka Polskiego PWN*. Źródło: <https://sjp.pwn.pl/sjp/nowość;2491052.html> [dostęp: 20.04.2021].
 37. *Opinia Rzecznik Generalnej Juliane Kokott z dnia 15 grudnia 2011 r. w sprawie C-368/10 Komisja Europejska przeciwko Królestwu Niderlandów*. Źródło: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/PDF/?uri=CELEX:62010CC0368> [dostęp: 20.04.2021].
 38. *Opinia UZP: Przygotowanie przez zamawiających planu postępowań o udzielenie zamówień*. Źródło: <https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/interpretacja-przepisow/pytania-i-odpowiedzi-dotyczace-nowelizacji-ustawy-prawo-zamowien-publicznych-2/przygotowanie-przez-zamawiajacych-planu-postepowan-o-udzielenie-zamowien> [dostęp: 20.04.2021].
 39. *Oslo Manual 2018: Guidelines for Collecting, Reporting and Using Data on Innovation, 4th Edition, The Measurement of Scientific, Technological and Innovation Activities*. Paryż–Luksemburg 2018. Źródło: <https://www.oecd.org/science/oslo-manual-2018-9789264304604-en.htm> [dostęp: 20.04.2021].
 40. *Productivity public procurement*. Źródło: <http://www.oecd.org/gov/public-procurement/publications/productivity-public-procurement.pdf> [dostęp: 20.04.2021].
 41. *Productivity in Public Procurement, A Case Study of Finland: Measuring the Efficiency and Effectiveness of Public Procurement* Źródło: <http://www.oecd.org/gov/public-procurement/publications/productivity-public-procurement.pdf> [dostęp: 20.04.2021].
 42. *Public Procurement for Innovation, Good Practices and Strategies*. Paryż 2017. Źródło: https://read.oecd-ilibrary.org/governance/public-procurement-for-innovation_9789264265820-en#page1 [dostęp: 20.04.2021].
 43. *Raport o stanie sektora małych i średnich przedsiębiorstw w Polsce*. Źródło: https://www.parp.gov.pl/storage/publications/pdf/ROSS-2020_30_06.pdf [dostęp: 20.04.2021].
 44. *Raport z badania dotyczącego niskiej konkurencyjności w zamówieniach publicznych*. Warszawa 2019. Źródło: https://www.uzp.gov.pl/__data/assets/pdf_file/0020/42077/Raport-z-badania-dotyczacego-niskiej-konkurencyjnosc-i-w-zamowieniach-publicznych.pdf [dostęp: 20.04.2021].

45. *Raport z badania systemu kontroli zamówień publicznych i jego wpływu na funkcjonowanie rynku zamówień publicznych.* Warszawa 2013. Źródło: https://www.parp.gov.pl/storage/publications/pdf/2013_system_kontroli_zp.pdf [dostęp: 20.04.2021].
46. *Recommendation of the Council on Public Procurement.* Źródło: <http://www.oecd.org/gov/public-procurement/recommendation/> [dostęp: 20.04.2021].
47. *Relacja art. 22a ust. 6 do art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Opinia UZP.* Źródło: <https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/interpretacja-przepisow/pytania-i-odpowiedzi-dotyczace-nowelizacji-ustawy-prawo-zamowien-publicznych-2/relacja-art.-22a-ust.-6-do-art.-26-ust2.-3-ustawy-prawo-zamowien-publicznych> [dostęp: 20.04.2021].
48. *Report of the World Commission on Environment and Development: Our Common Future.* 1987. Źródło: <https://sustainabledevelopment.un.org/content/documents/5987our-common-future.pdf> [dostęp: 20.04.2021]
49. *Smart Procurement : Going green: best practices for green procurement - AUSTRIA Vienna ÖkoKauf programme,* Źródło: <http://www.oecd.org/gov/ethics/gpp-procurement-Austria-%C3%96koKauf.pdf> [dostęp: 20.04.2021].
50. *Sprawozdanie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych w 2018 r.* Warszawa 2019. Źródło: <https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/analizy-systemowe/sprawozdania-o-funkcjonowaniu-systemu-zamowien-publicznych> [dostęp: 20.04.2021].
51. *Sprawozdanie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych w 2019 r.* Warszawa 2020. Źródło: <https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/analizy-systemowe/sprawozdania-o-funkcjonowaniu-systemu-zamowien-publicznych> [dostęp: 20.04.2021].
52. *Stan zrównoważonych zamówień publicznych w 2017 roku – raport.* Źródło: https://www.uzp.gov.pl/__data/assets/pdf_file/0024/39255/Stan-zrownowazonych-zamowien-publicznych-w-2017-roku-raport.pdf [dostęp: 20.04.2021].
53. *Sustainable Procurement of the year* Źródło: <http://www.procuraplus.org/awards/awards-2016/> [dostęp: 20.04.2021].
54. *Sustainable public procurement.* Źródło: <https://www.upphandlingsmyndigheten.se/en/sustainable-public-procurement/>

- sustainable-procurement-criteria/about-the-criteria/requirements-at-different-levels/ [dostęp: 20.04.2021].
55. *Środek*. W: *Słownik Języka Polskiego PWN*. Źródło: <https://sjp.pwn.pl/szukaj/%C5%9Brodek.html> [dostęp: 20.04.2021].
 56. *The European Assistance for Innovation Procurement initiative*. Źródło: <https://eafip.eu/about/> [dostęp: 20.04.2021].
 57. *The polluter-pays principle OECD analyses and recommendations environment directorate*. Źródło: [https://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=OCDE/GD\(92\)81&docLanguage=En](https://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=OCDE/GD(92)81&docLanguage=En) [dostęp: 20.04.2021].
 58. *The road to Circular Public Procurement*. Źródło: <http://circularpp.eu/the-road-to-circular-public-procurement/> [dostęp: 20.04.2021].
 59. *Uwzględnianie aspektów społecznych w zamówieniach publicznych, Zaktualizowane porady i informacje na temat odpowiedzialnych społecznie zamówień publicznych*. Źródło: https://ec.europa.eu/info/policies/public-procurement/support-tools-public-buyers/social-procurement_pl#dobre-praktyki-w-spoecznie-odpowiedzialnych-zamwieniach-publicznych [dostęp: 20.04.2021].
 60. *Uzasadnienie do projektu ustawy z dnia 10 czerwca 1994 r. o zamówieniach publicznych (druk 310 i 310A) (tekst pierwotny Dz.U. nr 76, poz. 344)*. Źródło: <http://orka.sejm.gov.pl/proc2.nsf/opisy/310.htm> [dostęp: 20.04.2021].
 61. *Uzasadnienie do projektu ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. 2019 poz. 2019)*. Źródło: <https://www.sejm.gov.pl/Sejm8.nsf/druk.xsp?nr=3624> [dostęp: 20.04.2021].
 62. *Zalecenia Rady Ministrów w sprawie uwzględniania przez administrację rządową aspektów społecznych w zamówieniach publicznych, 29 marca 2017 r.* Źródło: https://www.uzp.gov.pl/__data/assets/pdf_file/0020/34535/Zalecenia-RM.pdf [dostęp: 20.04.2021].

Spis tabel

Tabela 1 - Realizacja celów strategicznych.....	113
Tabela 2 – Wspólnotowego badania innowacji (CIS- 2014). OECD 2014.....	180
Tabela 3 – Europejska tablica wyników innowacji w 2019 r.....	181

Spis diagramów

Diagram 1: Definicja celu	19
Diagram 2: Proces realizacji celu	21
Diagram 3: Ocena instrumentu, jako „dobrego środka” do realizacji celu	34
Diagram 4: Struktura sytemu zamówień publicznych.....	41
Diagram 5: Hierarchia celów i zasad prawa	47