

Ministrów stanowiących wykazy tabelaryczne tych usług oraz w przypadku złożonej definicji robót budowlanych wskazano na rodzaje się w tym zakresie wątpliwości, w szczególności odnoszące się do przepisów Prawa budowlanego.

5. Wskazano na wyłączenia całkowite i częściowe stosowania p.z.p. w podziale na grupy (I–IV) o charakterze przedmiotowym i wartościowym.
6. W przypadku zamówień mieszanych, tj. występujących w różnych kombinacjach mieszanych dostaw, usług i robót budowlanych w danym zamówieniu, wskazano na właściwe ustawowe zakwalifikowanie zamówienia do jednej z kategorii.
7. Dokonano podziału zamówień publicznych na podstawie zaproponowanych kryteriów, tj. według: podmiotu zamawiającego, rodzaju przedmiotu zamówienia, wartości zamówienia i progów określonych w art. 11 ust. 8 p.z.p., źródeł finansowania, stopnia: uzewnętrznienia, konkurencyjności i innowacyjności.

1.4. Zasady kształtujące rynek zamówień publicznych w Polsce i jego cechy

Zamawiający będący w roli organizatora postępowania o udzielenie zamówienia publicznego ma obowiązek przestrzegania fundamentalnych zasad udzielania zamówień publicznych, które są niezbędne do prawidłowego funkcjonowania całego systemu zamówień publicznych i stanowią jednocześnie gwarancje realizacji zasad konstytucyjnych⁶².

W literaturze podnosi się czasami argument negatywnego oddziaływania konsekwentnego przestrzegania zasad udzielania zamówień publicznych. Mianowicie zagrożeniem dla ekonomicznej skuteczności zamówień publicznych może być wzrost kosztów administracyjnych ponoszonych przez zamawiającego (konieczność oceny zwiększonej liczby ofert), wzrost ryzyka w przypadku zawierania umowy z nieznanymi i niesprawdzonymi, ale najtańszymi oferentami, czy też utrata możliwości czerpania korzyści z długoterminowej współpracy z jednym oferentem⁶³. Trudno jednak wyobrazić sobie istnienie systemu zamówień

⁶² Zasady konstytucyjne mające wpływ na zakres wolności gospodarczej a zasady zamówień publicznych zob. szerzej: P. Soroka, *Zamówienia publiczne a wolność gospodarcza*, s. 140–144, [w:] *Zamówienia publiczne – stan obecny i perspektywy*, (red.) T. Kocowski, J. Kaspryszyn, Prace Naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego we Wrocławiu, nr 270, Wydawnictwo UE we Wrocławiu, Wrocław 2012.

⁶³ M. Królikowska-Olczak (red.), *Prawo europejskie w systemie polskiej gospodarki*, Difin, Warszawa 2005, s. 48.

publicznych bez wpisanych w jego funkcjonowanie zasad udzielania zamówień publicznych.

Należy zaznaczyć, że już w art. 1 p.z.p. „Ustawa określa zasady i tryb udzielania zamówień publicznych (...)”, ustawodawca przypisuje nadrzędne i znaczące miejsce w ustawie właśnie zasadom udzielania zamówień publicznych, a ich wyszczególnienie odnajdujemy w rozdziale 2 (art. 7–10) p.z.p. zatytułowanym *Zasady udzielania zamówień*⁶⁴. Są to: **zasada zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, zasada zachowania bezstronności i obiektywizmu, zasada udzielania zamówienia wyłącznie wykonawcom wybranym zgodnie z przepisami ustawy, zasada jawności, zasada zachowania formy pisemnej i języka polskiego oraz zasada prymatu trybów podstawowych nad pozostałymi.**

Przejawy zasad wyrażonych w przepisach prawa odnajdujemy w całej ustawie. Ważną cechą owych zasad jest ich powszechność, obowiązują one bowiem na każdym etapie zamówienia publicznego i dotyczą każdego trybu jego udzielania. Co istotne, zasady te wzajemnie się przenikają i uzupełniają bez względu na rodzaj zamówienia, tryb jego udzielenia czy stosowanie przepisów szczególnych⁶⁵, np. poprzez obligatoryjne wyłączenie z postępowania osób, których bezstronność mogłaby budzić wątpliwości, zamawiający gwarantuje zachowanie zasady uczciwej konkurencji czy prowadzenie postępowania w formie pisemnej służy realizacji zasady jawności postępowania i zachowania jego przejrzystości. Ponadto Prezes Urzędu Zamówień Publicznych został również zobligowany ustawowo na podstawie dyspozycji art. 154 pkt 11) p.z.p. w ramach obowiązków do czuwania nad przestrzeganiem zasad systemu zamówień przez zamawiających, w szczególności dokonywania kontroli procesu udzielania zamówień w zakresie przewidzianym ustawą.

Pierwszą zasadą, którą należy omówić, jest wyrażona w art. 7 ust. 1. p.z.p. **zasada zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.** Zasada równego traktowania wykonawców dotyczy postępowania wyłącznie samego zamawiającego wobec wykonawców i tylko przez zamawiającego może być naruszona, natomiast „uczciwa konkurencja” jest pojęciem szer-

⁶⁴ Należy w pełni zgodzić się z P. Wiśniewskim, że zasady prawa zamówień publicznych mogą być również rekonstruowane z zespołu przepisów. Przykładem takiej zasady prawa zamówień publicznych jest zasada wszczęcia postępowania wyłącznie w celu udzielenia zamówienia publicznego. Zob.: P. Wiśniewski, *Zasady prawa zamówień publicznych – wybrane zagadnienia*, Prawo Zamówień Publicznych, nr 1/2008, czy zasada decentralizacji; zob.: P. Szustakiewicz, *Zasady prawa zamówień publicznych*, Publicus, Warszawa 2007, s. 187.

⁶⁵ M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, wyd. 4, Wolters Kluwer, Warszawa 2010, s. 105.

szym dotyczącym nie tylko relacji na linii zamawiający–wykonawca, ale także relacji między samymi wykonawcami⁶⁶.

Na zamawiającym ciąży obowiązek przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, a więc taki, który nie będzie eliminować z udziału w postępowaniu określonej grupy wykonawców bądź nie będzie stwarzać określonej grupie wykonawców uprzywilejowanej pozycji⁶⁷. Z kolei zasada równego traktowania wykonawców zobowiązuje zamawiającego do jednakowego traktowania wykonawców bez stosowania jakichkolwiek preferencji podmiotowych, tj. dyskryminowania wykonawców ze względu na ich formę organizacyjno-prawną, udział oznaczonych osób fizycznych, strukturę własnościową tych podmiotów, pochodzenie wykonawców (krajowi czy zagraniczni)⁶⁸. Z analizy orzecznictwa wynika, że nierówne traktowanie wykonawców przejawia się głównie w odmiennej ocenie tych samych faktów lub w wyciąganiu różnych konsekwencji z takich samych okoliczności⁶⁹. Odstępstwem od zasady równego traktowania wykonawców jest art. 40 ust. 5a (poinformowanie o wszczęciu postępowania znanych wykonawców) oraz art. 138 c ust. 1 pkt 4) (stosowanie preferencji unijnych w zamówieniach sektorowych)⁷⁰.

Ze względu na fakt, że omawiana zasada przez komentatorów p.z.p. jest często uznawana za najważniejszą wśród wszystkich zasad, w tabeli 6. zwrócono uwagę na najważniejsze przepisy prawa zamówień publicznych odnoszące się do tej zasady w zakresie zachowania uczciwej konkurencji.

Tabela 6. Najważniejsze przepisy prawa zamówień publicznych odnoszące się do zasady wyrażonej w art. 7 ust. 1 (uczciwa konkurencja)

| Podstawa prawna | Brzmienie |
|-----------------------|---|
| Art. 24 ust. 2 pkt 5) | Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się również wykonawców, którzy należąc do tej samej grupy kapitałowej (...), złożyli odrębne oferty lub wnioski o dopuszczenie do udziału w tym samym postępowaniu, chyba że wykażą, że istniejące między nimi powiązania nie prowadzą do zachwiania uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami (...) |

⁶⁶ M. Wieloński, *Realizacja interesu publicznego w prawie zamówień publicznych*, Wydawnictwo Uniwersytetu Warszawskiego Wydział Dziennikarstwa i Nauk Politycznych, Warszawa 2012, s. 61.

⁶⁷ J.E. Nowicki, A. Bazan, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2014, s. 112.

⁶⁸ A. Panasiuk, *System zamówień publicznych w Polsce*, Olympus, Szkoła Wyższa im. Romalda Kudlińskiego w Warszawie, Warszawa 2004, s. 66.

⁶⁹ M. Partyka, *Równe traktowanie wykonawców*, *Przetargi Publiczne*, nr 4/2014, s. 14.

⁷⁰ J.E. Nowicki, A. Bazan, *Prawo...*, op.cit., s. 114.

| | |
|-----------------------|--|
| Art. 24b ust. 2 | Zamawiający, oceniając wyjaśnienia, bierze pod uwagę obiektywne czynniki, w szczególności wpływ powiązań, o których mowa w art. 24 ust. 2 pkt 5), istniejących między przedsiębiorcami na ich zachowania w postępowaniu oraz przestrzeganie zasady uczciwej konkurencji . |
| Art. 27 ust.3 | Wybrany sposób przekazywania oświadczeń, wniosków, zawiadomień oraz informacji nie może ograniczać konkurencji ; zawsze dopuszczalna jest forma pisemna, z zastrzeżeniem wyjątków przewidzianych w p.z.p. |
| Art. 29 ust. 2 | Przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję . |
| Art. 31a ust. 2 | Dialog techniczny prowadzi się w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie potencjalnych wykonawców i oferowanych przez nich rozwiązań. |
| Art. 51 ust. 1 | Zamawiający zaprasza do składania ofert wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, w liczbie określonej w ogłoszeniu zapewniającej konkurencję , nie mniejszej niż 5 i nie większej niż 20. |
| Art. 57 ust. 2 | Zamawiający zaprasza do składania ofert wstępnych wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, w liczbie określonej w ogłoszeniu o zamówieniu, zapewniającej konkurencję , nie mniejszej niż 3, a jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, nie mniejszej niż 5. |
| Art. 60 d ust. 2 | Zamawiający zaprasza do dialogu konkurencyjnego wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, w liczbie określonej w ogłoszeniu o zamówieniu, zapewniającej konkurencję , nie mniejszej niż 3, a jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, nie mniejszej niż 5. |
| Art. 63 ust. 3 | Zamawiający zaprasza do negocjacji wykonawców w liczbie zapewniającej konkurencję , nie mniejszej niż 5, chyba że ze względu na specjalistyczny charakter zamówienia liczba wykonawców mogących je wykonać jest mniejsza, jednak nie mniejsza niż 2. |
| Art. 71 ust. 1 | Zamawiający wszczyna postępowanie w trybie zapytania o cenę, zapraszając do składania ofert taką liczbę wykonawców (...), która zapewnia konkurencję oraz wybór najkorzystniejszej oferty, nie mniej niż 5. |
| Art. 89 ust. 1 pkt 3) | Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. |
| Art. 100 ust. 4 | Zamawiający nie może wykorzystywać umowy ramowej do ograniczania konkurencji . |
| Art. 102 ust.4 | Zamawiający nie może wykorzystywać dynamicznego systemu zakupów do ograniczania konkurencji . |

Źródło: opracowanie własne na podstawie p.z.p. i J.E. Nowicki, A. Bazan, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2014, s. 113–114.

Czynności związane z przygotowaniem i przeprowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia wykonują osoby zapewniające **bezstronność i obiektywizm**, co wypełnia zasadę wynikającą z brzmienia art. 7 ust. 2 w związku z art. 17 ust. 1 p.z.p. Osoby te mają bezwzględny ustawowy wymóg złożenia, pod rygorem odpowiedzialności karnej za składanie fałszywych zeznań, pisemnego oświadczenia o braku lub istnieniu okoliczności powodujących wyłączenie, określonych w katalogu art. 17 p.z.p. Wśród tych okoliczności wskazuje się: ubieganie się o zamówienie przez pracownika zamawiającego, zależności rodzinne, byłe zatrudnienie w określonej formie u wykonawcy ubiegającego się o zamówienie, inne okoliczności prawne lub faktyczne mogące budzić uzasadnione wątpliwości co do bezstronności osoby za przestępstwa wskazane w art. 24 ust. 1 pkt 4)–8). Zasada bezstronności i obiektywizmu oraz obowiązek w jej ramach składania stosownego oświadczenia poza kierownikiem zamawiającego dotyczy wyłącznie jego pracowników (najczęściej członków komisji przetargowej) i innych osób wykonujących czynności w danym postępowaniu (np. pełnomocnika kierownika zamawiającego, powołanych biegłych, rzeczoznawców, ekspertów). W literaturze przedmiotu podkreśla się, że tylko szczególne przypadki i bardzo dobrze udowodnione mogą zasługiwać na uznanie działania poszczególnych osób biorących udział w postępowaniu po stronie zamawiającego za działania naruszające omawianą zasadę⁷¹.

W art. 7 ust. 3 p.z.p. mającym charakter bezwzględnie obowiązujący została wskazana przez ustawodawcę **zasada udzielania zamówienia wyłącznie wykonawcom wybranym zgodnie z przepisami ustawy**. Zasada legalizmu udzielenia zamówienia wybranemu wykonawcy ma na celu zabezpieczenie interesu publicznego i eliminowanie sytuacji korupcjogennych poprzez „niedopuszczalną zmianę podmiotową umowy zawartej w następstwie przetargu, umożliwiającą przejście zamówienia publicznego”⁷². Tym samym tylko wykonawca uczestniczący w danym postępowaniu, który został poddany reżimowi p.z.p. i którego oferta została uznana za najkorzystniejszą, ma prawo realizować dane zamówienie i tym samym żaden inny podmiot nie może wejść w trakcie wykonywania umowy ws. zamówienia publicznego w prawa i obowiązki wykonawcy wyłonionego w wyniku przeprowadzonego postępowania. W świetle tego umowa wykonawcy dotycząca cesji roszczenia o zawarcie umowy ws. zamówienia publicznego na inną osobę jest nieważna. Istnieją jednak wyjątki, które dopuszczają w określonych prawnych okolicznościach zmianę podmiotową wykonawcy. Wyjątkiem od omawianej zasady jest zmiana wykonawcy na skutek sprzedaży przedsiębiorstwa i przystąpienia do długu, co oznacza, że do czasu realizacji

⁷¹ K. Opalski, *Zasada bezstronności*, Przetargi Publiczne, nr 1/2014, s. 16.

⁷² Wyrok SN z dnia 13.01.2004 r., V CK 97/03, Biul. SN 2004, nr 6, s. 7.

umowy pierwotny wykonawca odpowiada za zobowiązania bez ograniczenia, a odpowiedzialność nabywcy ogranicza się do zakupionej części przedsiębiorstwa⁷³. Dopuszczalna jest również sukcesja generalna w postaci przejścia z mocy prawa ogółu praw i obowiązków jednego podmiotu na drugi, np. w wyniku łączenia spółek (art. 492 § 1 k.s.h.) albo ich podziału (art. 528 k.s.h.)⁷⁴.

W świetle kolejnej **zasady jawności**, o której mowa w art. 8, wszystkie czynności podejmowane przez zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego powinny być jawne (m.in. ogłoszenia, oferty, protokół z postępowania, umowa). Zasada jawności kreowana przez przepisy p.z.p. wpisuje się w konstytucyjne prawo obywatela do uzyskiwania informacji o działalności organów władzy publicznej, które zostało rozwinięte w przepisach ustawy o dostępie do informacji publicznej. Wyjątek dotyczy informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w myśl ustawy z.n.k., o ile zostały one skutecznie zastrzeżone przez wykonawcę co do ich nieudostępnienia innym wykonawcom bądź osobom zainteresowanym. Ponadto zamawiającego obowiązuje zachowanie poufności co do informacji technicznych i handlowych uzyskanych od wykonawców w drodze negocjacji oraz dialogu konkurencyjnego, a w przypadku zamówienia obejmującego informacje niejawne ograniczenia dostępu do informacji jedynie dla osób posiadających odpowiednie poświadczenie bezpieczeństwa. Zasada jawności zapewnia brak anonimowości na rynku zamówień publicznych, każde bowiem działanie wykonawcy czy decyzja zamawiającego są skonkretyzowane co do podmiotu i wywołują określone skutki prawne (np. wykluczenie wykonawcy, odrzucenie oferty czy wniesienie odwołania). Zasada jawności znajduje rozwinięcie m.in. w przepisie art. 86 ust. 2 p.z.p. (otwarcie ofert jest jawne), art. 96 ust. 3 p.z.p. (protokół wraz z załącznikami jest jawny), art. 139 ust. 3 p.z.p. (umowy są jawne i podlegają udostępnianiu na zasadach określonych w przepisach o dostępie do informacji publicznej).

Kolejna **zasada zachowania formy pisemnej i języka polskiego** wyrażona została w art. 9 ust. 1 i 2 p.z.p. Zasada pisemności obowiązuje w każdym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, niezależnie od zastosowanego trybu, i dotyczy zarówno zamawiającego przygotowującego dokumentację, jak też wykonawcy, którzy w ten sposób przekazują oświadczenia i zawiadomienia zamawiającemu⁷⁵. Zasada pisemności realizowana jest przez stosowanie pisemnej formy dla postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (np. ofertę

⁷³ A. Mościcka, *Dopuszczalność zmiany wykonawcy*, Monitor Zamówień Publicznych, nr 3/2014, s. 17–18.

⁷⁴ L. Bogacz, M. Łempicka, G. Pyliński, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz. Stan prawny na dzień 16 sierpnia 2006 r.*, Oficyna Wydawnicza „Branta”, Bydgoszcz–Warszawa 2006, s. 89.

⁷⁵ K. Jachowska, *Forma pisemna w postępowaniu*, Przetargi Publiczne, nr 12/2013, s. 19.

składa się pod rygorem nieważności w formie pisemnej czy w trakcie prowadzenia postępowania zamawiający sporządza pisemny protokół postępowania), jak również dla umowy zawartej z wykonawcą wyłonionym w postępowaniu (zachowanie pisemności pod rygorem nieważności wymaga uzupełnienie, zmiana, rozwiązanie czy odstąpienie od umowy). Należy zauważyć, że obecnie obserwuje się, ze względu na postęp techniczny i dążenie do coraz większego zapewnienia sprawności działania, wypieranie formy pisemnej w zamówieniach publicznych innymi formami porozumiewania, np. faksem czy drogą elektroniczną, dając tym samym swobodę wyboru formy komunikacji przez zamawiającego w odniesieniu do oświadczeń, wniosków, zawiadomień i informacji (art. 27 ust. 1). Ważne jest, aby wybrany przez zamawiającego sposób porozumiewania nie ograniczał uczciwej konkurencji.

Drugim elementem charakteryzowanej zasady jest to, że wszystkie dokumenty w postępowaniu (np. ogłoszenie, SIWZ, protokół z postępowania) przygotowywane przez zamawiającego muszą być sporządzone w języku polskim. W wyjątkowych przypadkach dopuszcza się ich składanie w języku obcym, co winno się znaleźć w zamieszczeniu takiej informacji w wyznaczonej sekcji ogłoszenia bądź na drodze wyrażenia zgody zamawiającego na podstawie art. 9 ust. 3 („W szczególnie uzasadnionych przypadkach zamawiający może wyrazić zgodę na złożenie wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, oświadczeń, oferty oraz innych dokumentów również w jednym z języków powszechnie używanych w handlu międzynarodowym lub języku kraju, w którym zamówienie jest udzielane”). Dodatkowo należy odwołać się do aktów wykonawczych p.z.p., które konkretyzują sytuację, gdy dokument został sporządzony w języku obcym⁷⁶. Mianowicie zgodnie z § 7 ust. 4 rozporządzenia w sprawie rodzaju dokumentów dokumenty sporządzone w języku obcym są składane wraz z tłumaczeniem na język polski (tłumaczenie nie jest wymagane, jeżeli zamawiający wyraził zgodę, o której mowa w art. 9 ust. 3 p.z.p.). Z kolei zgodnie z § 19 ust. 1 rozporządzenia w sprawie odwołań rozprawa odbywa się w języku polskim, przy czym już ust. 2 rzeczonoego paragrafu dopuszcza udział w rozprawie tłumacza przysięgłego w sytuacji, jeżeli strona oraz uczestnik postępowania odwoławczego nie władają językiem polskim.

Ostatnia zasada zamówień publicznych odnosi się do **prymatu trybów podstawowych nad pozostałymi** i została wyrażona odpowiednio w art. 10 ust. 1 p.z.p. (dla zamawiających klasycznych) oraz art. 134 ust. 1 p.z.p. (dla zamawiających sektorowych). Jej główną cechą jest możliwość wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przez zamawiającego w trybach podstawowych zawsze bez konieczności uzasadniania przesłanek ustawowych, o ile

⁷⁶ K. Jachowska, *Język polski w zamówieniach*, Przetargi Publiczne, nr 2/2014, s. 27.

oczywiście mają zastosowanie przepisy p.z.p. co do przekroczenia progu wartościowego zwolnienia ustawowego przy jego oszacowaniu⁷⁷. Tryby pozostałe wymagają już uzasadnienia faktycznego i prawnego zastosowania danego trybu udzielenia zamówienia. Dla zamawiających klasycznych obowiązuje zasada prymatu przetargu nieograniczonego i przetargu ograniczonego nad trybami nieprzetargowymi (negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego, negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki, zapytania o cenę albo licytacji elektronicznej). Z kolei dla zamawiających sektorowych obowiązuje zasada przetargu nieograniczonego, przetargu ograniczonego i negocjacji z ogłoszeniem nad trybami nieprzetargowymi (negocjacje bez ogłoszenia i zamówienie z wolnej ręki) możliwymi do zastosowania tylko w przypadkach określonych w ustawie.

Dopełnieniem zasad kształtujących rynek zamówień publicznych w Polsce będzie dokonanie próby identyfikacji i scharakteryzowania głównych **cech omawianego rynku**. Poznanie tych cech pozwoli zrozumieć jego specyfikę i odmiennosć funkcjonowania od innych rynków, ponieważ rynek zamówień publicznych w Polsce poddany został szczególnemu reżimowi ze strony p.z.p.

Wydaje się, że katalog cech rynku zamówień publicznych powinien otworzyć jego **interdyscyplinarny charakter**. Jak słusznie zauważył H. Zalewski, system zamówień publicznych ma u podstaw dwa przeplatające się i powiązane ze sobą wątki, a mianowicie ekonomiczne i prawne⁷⁸. Pierwszy dotyczy poszukiwania i zarazem ustalania takich sposobów postępowania, które prowadzą do racjonalnego wydatkowania środków publicznych. Drugi z nich stanowi regulacje prawne, które nakazują, aby zachowania zamawiającego ukierunkowane były na racjonalne gospodarowanie środkami. Wskazane wątki są zresztą zbieżne z postulatem, że „prawo zamówień publicznych powinno być ekonomicznie efektywne”⁷⁹. Można z całą odpowiedzialnością zaryzykować twierdzenie, że w literaturze przedmiotu przeważa prawny aspekt zamówień publicznych, natomiast wymiar ekonomiczny jest ciągle niewystarczający i wymaga poszerzenia pola obserwacji i analiz stanowiących fundament regulacji prawnych. Tym samym rynek zamówień publicznych, który stanowi zainteresowanie różnych dyscyplin wiedzy, umożliwi szeroki kontekst wnioskowania z pożytkiem dla zapewnienia pożądaných i właściwych kierunków zmian dokonywanych na tym rynku. Konsekwencje ekonomiczne powodują lub mogą powodować niemal wszystkie zna-

⁷⁷ W przypadku zamówień przekraczających równowartość 30 000 euro (zamawiający klasyczni), 414 000 dla dostaw i usług i 5 186 000 euro dla robót budowlanych (zamawiający sektorowi).

⁷⁸ H. Zalewski, *System zamówień publicznych w Polsce*, Ośrodek Doradztwa i Doskonalenia Kadr, Gdańsk 2002, s. 5.

⁷⁹ J. Balcewicz, *Efektywność prawa zamówień publicznych*, Monitor Zamówień Publicznych, nr 11/2010, s. 52–53.

ne prawoznawstwu regulacje prawne⁸⁰. Na zależności między różnymi dyscyplinami prawa wskazano w rozdziale 2 punkt 2.1. książki i jednocześnie jej autorzy starali się nie zaniedbać aspektu ekonomiczno-rynkowego, który będzie wypełniał poczynione refleksje i towarzyszył podjętym rozważaniom.

Wyodrębniając rynek zamówień publicznych spośród innych rynków, należy wskazać na jego **cechy wynikające z następujących uwarunkowań**⁸¹. Po pierwsze, o ile po stronie podmiotowej rynku dostrzega się praktycznie tę samą grupę wykonawców co do formy organizacyjno-prawnej jak na innych rynkach z różnicą w zakresie posiadanych uprawnień czy doświadczenia, o tyle już kategoria zamawiających ujawniających potrzeby i zamiary zakupowe jest ograniczona i ściśle sprecyzowana podmiotowo w art. 3 p.z.p. oraz stanowi o jego specyfice i odrębności. Po drugie, na rynku zamówień publicznych istnieje wyodrębniony przedmiot transakcji i negocjacji (dostawy, usługi i roboty budowlane), których podział czy łączenie w ramach mieszanych kombinacji, jak również opis i szacowanie poddawane są konkretnym regułom p.z.p. I wreszcie, po trzecie, rynek zamówień publicznych jako miejsce styku podmiotów popytu i podaży w ujęciu przestrzennym zawężony jest do miejsca zawarcia umowy wyłącznie do siedziby zamawiającego, gdzie odbywają się m.in. negocjacje (w przypadku niektórych trybów), proces składania ofert i ich otwarcia oraz wgląd do jawnego protokołu z postępowania. Jedynie w sytuacji konfliktów między głównymi uczestnikami rynku zamówień publicznych miejscem spotkań, w przypadku wniesienia odwołania przez wykonawcę, jest KIO w Warszawie bądź sąd rozpatrujący orzeczenia KIO.

Do nielicznych, a zarazem pewnych i stabilnych elementów systemu zamówień publicznych, które jawią się w warunkach nieustających nowelizacji p.z.p. oraz są głęboko zakorzenione w świadomości samych zamawiających i wykonawców, należą **zasady prawa zamówień publicznych**. Stanowią one trwałe filary rynku zamówień publicznych wzmacniające mechanizm uczciwej konkurencji i zapewniające wykonawcom ochronę przed nieuprawnionymi zachowaniami zamawiającego. Ich szerszego omówienia dokonano w niniejszym punkcie.

Rynek zamówień publicznych jest również **miejszem ścierania się interesu publicznego reprezentowanego przez zamawiającego i interesu prywatnego strony wykonawcy**. Różnice interesów i ich konfrontacja w warunkach gospodarki rynkowej umożliwiają efektywne dokonywanie wyborów, co wskazuje na istotną cechę rzeczoności rynku uwarunkowaną względami zachowania racjonalności gospodarowania środkami podlegającymi przepisom p.z.p.

⁸⁰ J. Balcewicz, *Efektywność...*, s. 53, za: A. Bator, *Instrumentalizacja jako założenie ekonomicznej analizy prawa*, [w:] *Analiza ekonomiczna w zastosowaniach prawniczych*, (red.) J. Stelmach, M. Soniewiecka, Oficyna a Wolters Kluwer business, Warszawa 2007, s. 29.

⁸¹ Por.: *Polski rynek usług transportowych...*, op.cit, s. 22–23.

Immanentną cechą rynku zamówień publicznych jest **konkurencja** spowodowana udziałem w tym rynku wielu podmiotów o różnych formach własności i możliwościami, jakie stwarzają przepisy prawa w zakresie wspólnego składania oferty w ramach konsorcjum, udziału podwykonawców w realizacji części przedmiotu zamówienia czy „pożyczaniu” zasobów od podmiotów trzecich celem spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Na dopuszczalne prawem kombinacje stosunków, jakie mogą zachodzić między wykonawcami, wskazano w punkcie 2.6. rozdziału 2. Charakteryzowany rynek jest otwarty i zorientowany na otoczenie, natomiast same zaburzenia konkurencyjności są spowodowane niewłaściwym zachowaniem samych uczestników rynku zamówień publicznych.

Z powyższym związana jest negatywna cecha rynku zamówień publicznych w Polsce, jaką jest **stosunkowo wysokie ryzyko wystąpienia nadużyć i nieprawidłowości** ze strony zamawiającego oraz nieuczciwych praktyk stosowanych przez wykonawców. Wynika to z faktu, że zamawiający jest najczęściej dysponentem, a nie właścicielem, środków podlegających p.z.p., stąd często mogą wystąpić zaniedbania, faworyzowanie lokalnych wykonawców czy nawet korupcja. Z kolei ze strony wykonawców istnieje zagrożenie zaistnienia nieuczciwych praktyk w walce konkurencyjnej o pozyskanie danego zamówienia publicznego. Tematyka ta została obszernie zaprezentowana w punkcie 3.3. rozdziału 3.

Między głównymi uczestnikami rynku zamówień publicznych następuje również **asymetria informacji** i specyficzna zależność. Asymetria informacji wynika z faktu, że zamawiający ze względu na obszerny i zdywersyfikowany katalog obowiązków związanych z realizacją zadań, poza koniecznością stosowania procedur, dysponują słabą znajomością rynku i tym samym zdecydowanie mniejszą wiedzą w zakresie warunków realizacji przedmiotu zamówienia niż profesjonalni uczestnicy rynku ze strony wykonawców, stale funkcjonujący w warunkach rynkowych. Mają oni bogate doświadczenie w danej branży, natomiast stopień znajomości przez nich przepisów p.z.p., szczególnie w przypadku małych przedsiębiorstw, jest niewystarczający. W literaturze przedmiotu podnoszony jest nawet pogląd, że system zamówień publicznych generuje rażącą dysproporcję w sytuacji prawnej zamawiających i wykonawców⁸². Z kolei specyficzna zależność między tymi uczestnikami rynku zamówień publicznych polega na tym, że zamawiający inicjuje i organizuje postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, będąc często jego dyktatorem, z kolei wykonawca po złożeniu oferty nie może już jej wycofać ani odstąpić od zawarcia umowy w przypadku uznania jego oferty za najkorzystniejszą bez konsekwencji finansowych, np. w postaci utraty wadium.

⁸² P. Przychodzeń, M. Kuźma, J. Jerka, *Potrzeba na nowo zdefiniować system zamówień publicznych*, *Zamówienia Publiczne*, nr 3/2014, s. 28.

Zdecentralizowany charakter rynku zamówień publicznych w Polsce jest kolejną istotną cechą tego rynku wyrażającą się decentralizacją decyzji operacyjnych dotyczących sfery realnej⁸³. Wszelkie prawa i obowiązki wynikające z p.z.p. dotyczą bowiem konkretnego zamawiającego wymienionego w katalogu art. 3 p.z.p., który podejmuje samodzielnie decyzje i również ponosi za nie odpowiedzialność, w szczególności za prawidłowe pod względem prawnym i ekonomicznym rozdysponowanie środków publicznych. Prawa i obowiązki uczestników rynku zamówień publicznych uzależnione etapem postępowania zostały wskazane w punktach 2.3.–2.5. rozdziału 2. Dobrym przykładem będzie gmina jako samodzielny podmiot prawa i dysponent środków publicznych będący zamawiającym zobowiązany do stosowania przepisów p.z.p.⁸⁴. Kontrola zamawiającego obejmuje działania wewnątrzsystemowe (kontrola w ramach postępowania odwoławczego i kontrola Prezesa UZP), jak również działania innych podmiotów wyposażonych w kompetencje do dokonywania kontroli zamawiającego, np. RIO czy NIK. Interwencjonizm państwowy w zakresie zamówień publicznych dostrzega się także w sferze regulacyjnej (stanowienia prawa). Problematyka kontroli zamówień publicznych w zakresie naruszenia dyscypliny finansów publicznych stała się przedmiotem szerszego zainteresowania autorów książki w punkcie 3.4. rozdziału 3.

Jak już wspomniano, rynek zamówień publicznych w Polsce jest sformalizowany i odznacza się własną specyfiką, co niejako wymusza jego dwie kolejne cechy, tj. **przejrzystość i przewidywalność**. Specyfikę rynku zamówień publicznych można dostrzec w jego organizacji, tj. w systemie środków ochrony prawnej (patrz punkt 3.2. rozdziału 3 książki), jak też w ograniczeniach swobody kontraktowania, m.in. w postaci wyboru wykonawcy na podstawie sformalizowanych procedur w ramach trybów udzielania zamówienia, wymogów zachowania formy pisemnej umowy pod rygorem jej nieważności, określonych ustawowo terminów, np. składania ofert czy związania ofertą, jak również konieczności przewidzenia zmian istotnych do treści zawieranej umowy. P.z.p. normuje w sposób przejrzysty prawa i obowiązki uczestników rynku zamówień publicznych, przez co staje się on również przewidywalny, tj. określone reguły prawa pozwalają przewidzieć możliwe scenariusze zdarzeń, jakie mogą wystąpić na linii relacji zamawiający i wykonawcy (patrz punkt 2.3.– 2.5. rozdziału 2). Z przejrzystością omawianego rynku związany jest także nieograniczony dostęp do informacji o rynku, wykonawcy bowiem jako strona podaźowa rynku zamówień publicznych mają jednakowe możliwości dostępu do informacji w zakresie

⁸³ T. Grzeszczyk, *Podręcznik zamówień publicznych...*, op.cit., s. 38.

⁸⁴ T. Grzeszczyk, *Zamówienia publiczne gmin. Ustawa o zamówieniach publicznych. System. Organizacja. Finanse. Umowy. Rozliczenia. Stan prawny na dzień 15 października 1995 r.*, Kantor Wydawniczy Zakamycze, Kraków 1996, s. 97.

czynności dokonywanych przez zamawiającego. Dodatkowo, ze względu na element planowania w zamówieniach publicznych, wykonawca może dowiedzieć się o planach dotyczących zamówień publicznych zamawiającego za pośrednictwem sporządzanych wstępnych ogłoszeń informacyjnych czy ogłoszeń o zamiarze zawarcia umowy. Ponadto jawność budżetu zamawiającego pochodzącego z sektora publicznego pozwala wykonawcom zapoznać się z rozmiarem finansowym zadań zabezpieczonych w jego budżecie.

W związku ze sformalizowanym charakterem rynku zamówień publicznych zaznacza się kolejna cecha tego rynku, czyli jego **regulacyjny** charakter. Rynek jest regulatorem cen zawieranych kontraktów na dostawy, usługi i roboty budowlane oraz zachowań jego głównych uczestników. Konieczność oszacowania ryzyka kontraktowania już na etapie przygotowania oferty czy brak swobodnej zmiany umowy w trakcie jej obowiązywania w przypadku nieprzewidzenia tych zmian jeszcze przed jej zawarciem przesądza o jego odrębności od struktury cenowej dostaw, usług i robót budowlanych dostępnych na wolnym rynku nieregulowanym przepisami p.z.p. Dostrzega się również niejednorodność rynku zamówień publicznych przejawiającą się w dużych różnicach cen między podobnymi, ale mało porównywalnymi obiektami.

Ze względu na zmienny charakter przepisów prawa tworzących rynek zamówień publicznych w Polsce, których bezpośrednim skutkiem są częste nowelizacje p.z.p., można nakreślić kolejną jego cechę związaną z **niestabilnością rzeźzonego rynku w czasie** na skutek turbulentnego otoczenia prawnego. Jest to związane z tym, że ustawa regulująca zasady udzielania zamówień publicznych ze wszystkimi jej konsekwencjami dla całości gospodarki musi pogodzić ze sobą dwie sprzeczności, tj. musi być na tyle uniwersalna, aby można było udzielić zamówień skrajnie różnych (np. specjalistyczny sprzęt medyczny, roboty budowlane, prace badawczo-rozwojowe), oraz musi być na tyle szczegółowa, aby zapewnić w pełni jednoznaczne i obiektywne prowadzenie procedur⁸⁵. Ta wewnętrzna dualność w odniesieniu do całej gospodarki, charakteryzująca się ciągłymi zmianami, wymusza na ustawodawcy konieczność modyfikowania i ciągłego dostosowywania ustawy do tych zmian oraz wymaga zapewnienia doskonalenia kadr po stronie głównych uczestników tworzących strukturę podmiotową tego rynku.

Rynek zamówień publicznych ma również charakter **gwarantowany** co do źródeł finansowania umowy zawartej w wyniku udzielenia zamówienia wybranemu wykonawcy. Zaciągnięcie zobowiązania przez zamawiającego, będącego

⁸⁵ W. Starzyńska, J. Szymański, *Wybrane aspekty nowelizacji Prawa zamówień publicznych a obowiązki podmiotów zamawiających*, s. 265, [w:] *Ekonomiczne i prawne zagadnienia zamówień publicznych. Polska na tle Unii Europejskiej (monografia naukowa)*, (red.) A. Borowicz, M. Królikowska-Olczak, J. Sadowy, W. Starzyńska, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2010.

jednostką sektora finansów publicznych, bez pełnego pokrycia w jego budżecie jest obarczone poważnymi sankcjami z tytułu naruszenia dyscypliny finansów publicznych⁸⁶.

Konstatując powyższe, można dojść do następujących wniosków:

1. Obowiązujące zasady udzielania zamówień publicznych mają dwa oblicza, a mianowicie:
 - a) jedno jest związane z faktem, że stają się one immanentnym elementem umożliwienia sprawowania kontroli i nadzoru nad systemem zamówień publicznych zarówno przez Prezesa UZP, jak i przez wykonawców bezpośrednio zainteresowanych uzyskaniem zamówienia publicznego,
 - b) na drugie oblicze zasad należy spojrzeć przez pryzmat wymiaru rynkowego, gdyż organizacja postępowania o udzielenie zamówienia publicznego poprzez zachowanie odpowiednich zasad udzielania zamówień ma umożliwić naturalne działanie sił rynkowych w warunkach konkurencji w żaden sposób niezaburzonej nieuprawnionymi zachowaniami zamawiających będącymi w opozycji do tych zasad. Zasady udzielania zamówień publicznych powinny stać się więc „motywem przewodnim” każdego zachowania i działania zamawiającego, a ich naruszenie znajduje odzwierciedlenie w środkach ochrony prawnej wnoszonych przez wykonawców i stanowi dotkliwie konsekwencje dla samego zamawiającego.
2. Zespół cech, który został nakreślony w niniejszym punkcie, przesądza o specyfice i odrębności rynku zamówień publicznych od innych rynków. Autorzy wskazali w szczególności na:
 - a) zasady prawa zamówień publicznych, które stanowią trwałe filary rynku zamówień publicznych,
 - b) wyodrębnienie rynku zamówień publicznych spośród innych rynków poprzez skonkretyzowany katalog zamawiających w art. 3 p.z.p., przedmiot transakcji i negocjacji poddany specyfice p.z.p. i powiązany z alokacją środków publicznych, jak również ograniczone miejsce spotkań głównych uczestników rynku,
 - c) mechanizm konkurencji regulujący stosunki między zamawiającymi i wykonawcami, a także na zaburzenia konkurencji ze strony tych uczestników rynku i asymetrię informacji między nimi,

⁸⁶ Zgodnie z art. 15 ustawy o.n.d.f.p. „naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest zaciągnięcie zobowiązania bez upoważnienia określonego ustawą budżetową, uchwałą budżetową lub planem finansowym albo z przekroczeniem zakresu tego upoważnienia lub z naruszeniem przepisów dotyczących zaciągnięcia zobowiązań przez jednostkę sektora finansów publicznych”.

- d) zdecentralizowany i sformalizowany charakter rynku zamówień publicznych wyrażający się autonomią w sferze decyzyjnej zamawiającego i ograniczoną swobodą kontraktowania zamówień publicznych, jak też przejrzystością i przewidywalnością na tym rynku,
- e) regulacyjny charakter rzonego rynku zarówno w odniesieniu do kształtowania struktury cenowej, jak i zachowań głównych uczestników rynku,
- f) niestabilność prawną rynku zamówień w czasie,
- g) gwarantowany charakter rynku przejawiający się pewnym zabezpieczeniem finansowym potrzeb zamawiającego w jego budżecie pokrywającym cenę najkorzystniejszej oferty wykonawcy.

1.5. Bariery w dostępie do rynku zamówień publicznych

Analizując system zamówień publicznych w Polsce, należy zwrócić uwagę na zagadnienie dostępu do rynku zamówień publicznych przez pryzmat barier, które uniemożliwiają, zwłaszcza małym i średnim podmiotom rynkowym, aktywność w obszarze pozyskiwania zamówień. Identyfikacja tych barier staje się niezwykle ważna, mają one bowiem wpływ m.in. na:

- 1) destabilizację rozwoju gospodarki jako całości, co ma ogromne znaczenie z gospodarczego punktu widzenia,
- 2) zakłócenia konkurencji w dostępie do zamówień publicznych przez wykonawców,
- 3) spadek wydajności alokacji środków podlegających wydatkowaniu na podstawie przepisów p.z.p.,
- 4) negatywny wizerunek zamówień publicznych w opinii różnych środowisk, głównie inwestorów będących również wykonawcami.

Dlatego autorzy książki dokonają próby zinventaryzowania tych barier na podstawie zaproponowanej ich systematyki, wyrażając swoje zdanie w tym zakresie wyważone dogłębną lekturą literatury przedmiotu zarówno zwartej, jak i artykułowej (schemat 5.).

Analizując obecny poziom barier w dostępie do rynku zamówień publicznych, można dojść do wniosku, że ustawodawca w wielu miejscach, na drodze nowelizacji, doprowadził do ich zniesienia, ułatwiając tym samym dostęp do rynku zamówień publicznych. Widać w tym zakresie coraz większą elastyczność zachowania ustawodawcy w wyniku bacznej analizy stanowisk i propozycji zgłaszanych przez środowiska zainteresowane zmianami, co niezwykle pozytywnie wpływa na dostępność tego rynku dla wszystkich wykonawców zainteresowanych udziałem na nim. Często zresztą zgłaszane zmiany i ich uwzględnienie