



Zagadnienia finansowoprawne zamówień publicznych w działalności jednostek samorządu terytorialnego

Wiesława Miemiec

Wrocław 2013



Prace Naukowe
Wydziału Prawa, Administracji i Ekonomii
Uniwersytetu Wrocławskiego

Seria:

e-Monografie

Nr 24

Dostęp online: <http://www.bibliotekacyfrowa.pl/dlibra/publication/40799>

Wiesława Miemiec

**Zagadnienia finansowoprawne
zamówień publicznych
w działalności jednostek samorządu
terytorialnego**

Wrocław 2013

Komitety Redakcyjny

Przewodniczący – prof. dr hab. Leonard Górnicki

Członek – mgr Bożena Górna

Recenzent:

Prof. dr hab. Marek Mazurkiewicz

© Copyright by Wiesława Miemiec

Korekta:

Ewa Gałyga-Michowska

Projekt i wykonanie okładki:

Marta Pawlak

Skład i opracowanie techniczne:

Krzysztof Mruszczak

Wydawca

Prawnicza i Ekonomiczna Biblioteka Cyfrowa

ISBN 978-83-61370-85-7

Spis treści

Wykaz skrótów	9
----------------------------	----------

Wstęp.....	13
-------------------	-----------

Rozdział I

Podstawy prawne, pojęcie i zasady udzielania zamówień publicznych 17

1. Źródła prawa zamówień publicznych	17
2. Pojęcie i cel zamówień publicznych	27
3. Podmioty udzielające zamówień publicznych	33
4. Przedmiot zamówień publicznych	40
5. Wykonawcy zamówień publicznych	43
6. Ogólne zasady udzielania zamówień publicznych według prawa Unii Europejskiej i prawa krajowego	45

Rozdział II

Jednostka samorządu terytorialnego jako zamawiający 51

1. Zakres zadań jednostek samorządu terytorialnego a zamówienia publiczne ..	51
2. Formy organizacyjne realizowania zadań jednostek samorządu terytorialnego w zakresie zamówień publicznych.....	64
2.1. Uwagi wprowadzające	64
2.2. Podstawowe zasady gospodarki finansowej jednostki budżetowej.....	65
2.3. Podstawowe zasady gospodarki finansowej zakładu budżetowego	67
3. Obowiązki jednostki samorządu terytorialnego związane z przygotowaniem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego a ograniczenia wynikające z treści wieloletniej prognozy finansowej	69
3.1. Uwagi wprowadzające	69
3.2. Zamówienia publiczne a treść i procedura opracowywania i uchwalania wieloletniej prognozy finansowej	73
4. Obowiązki związane z przygotowaniem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego a budżet jednostki samorządu terytorialnego	83
5. Szacowanie i ustalenie wartości zamówienia publicznego	98
6. Kryteria wyboru oferty	106

Rozdział III

Wydatki jednostki samorządu terytorialnego ponoszone

w celu realizacji zamówień publicznych	111
1. Charakter prawny umowy o udzielenie zamówienia publicznego	111
2. Zasady dokonywania wydatków przez jednostki samorządu terytorialnego w związku z realizacją zamówień publicznych	121
3. Formy wydatków dokonywanych przez jednostki samorządu terytorialnego w związku z finansowaniem zamówień publicznych.....	129
4. Zasady wykonywania budżetu jednostki samorządu terytorialnego i dokonywania zmian w budżecie a realizacja umowy zamówienia publicznego.....	140
4.1. Zasady wykonywania uchwalonego budżetu jednostki samorządu terytorialnego	140
4.2. Zmiany budżetu jednostki samorządu terytorialnego w trakcie roku i zmiany w budżecie	143
4.2.1. Przenoszenie planowanych wydatków w budżecie.....	144
4.2.2. Zwiększenie planowanych wydatków z rezerw budżetowych.....	145
4.2.3. Blokowanie planowanych wydatków budżetowych	146
5. Zasady realizacji przez jednostki samorządu terytorialnego zamówień publicznych finansowanych z udziałem bezzwrotnych środków europejskich.....	148

Rozdział IV

Nieprawidłowości w procesie udzielania zamówień publicznych

i ich kontrola.....	165
1. Pojęcie nieprawidłowości w związku z zamówieniami publicznymi w prawie Unii Europejskiej i w ustawie Prawo zamówień publicznych	165
2. Rodzaje kontroli zamówień publicznych udzielanych przez jednostki samorządu terytorialnego, podmioty kontrolujące i skutki kontroli.....	169
3. Sankcje z tytułu nieprawidłowości w realizacji zamówień publicznych finansowanych z udziałem dotacji przekazywanych przez jednostki samorządu terytorialnego	182

4. Sankcje z tytułu nieprawidłowości w udzielonych przez jednostki samorządu terytorialnego zamówieniach publicznych finansowanych z udziałem bezzwrotnych środków europejskich	185
---	-----

Rozdział V

Odpowiedzialność jednostki samorządu terytorialnego za naruszenie dyscypliny finansów publicznych związana z realizacją zamówień publicznych

1. Pojęcie i zasady ponoszenia odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych w związku z udzieleniem i realizacją zamówienia publicznego.....	199
2. Ogólna charakterystyka postępowania w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych.....	207
3. Zakres podmiotowy odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych w związku z udzieleniem i realizacją zamówienia publicznego	211
4. Zakres przedmiotowy odpowiedzialności w związku z udzieleniem i realizacją zamówienia publicznego	215
4.1. Uwagi wprowadzające	215
4.2. Delikty poprzedzające zawarcie umowy o udzielenie zamówienia publicznego	216
4.3. Delikty związane z zawarciem umowy o udzielenie zamówienia publicznego	226
4.4. Delikty popełnione po udzieleniu zamówienia publicznego w związku z jego wykonywaniem	244
4.5. Delikty stanowiące niewykonanie lub nienależyte wykonanie przez kierownika jednostki sektora finansów publicznych obowiązków w zakresie kontroli zarządczej	245

Rozdział VI

Uwagi końcowe

Bibliografia

Wykaz literatury.....	259
Źródła prawa.....	269
Wykaz orzecznictwa	276
Inne źródła	279

Wykaz skrótów

BGK	Bank Gospodarstwa Krajowego
BZP	Biuletyn Zamówień Publicznych
CBOSA	Centralna Baza Orzeczeń Sądów Administracyjnych
COCOLAF	Advisory Committee for the Coordination of Fraud Prevention (Komitet Doradczy Europejskiego Urzędu ds. Zwalczania Nadużyć Finansowych)
CPV	Common Procurement Vocabulary (Wspólny Słownik Zamówień)
Dz.U.	Dziennik Ustaw
EFTA	European Free Trade Association (Europejskie Porozumienie o Wolnym Handlu)
EKSL	Europejska Karta Samorządu Lokalnego
EMAS	Eco-Management and Audit Scheme (system ek zarządzania i audytu)
GKO	Główna Komisja Orzekająca w Sprawach o Naruszenie Dyscypliny Finansów Publicznych
GPA	Government Procurement Agreement (Porozumienie w sprawie zakupów rządowych)
INTOSAI	The International Organization of Supreme Audit Institutions (Międzynarodowa Organizacja Najwyższych Organów Kontroli)

j.s.t.	jednostka samorządu terytorialnego
Kc	ustawa Kodeks cywilny
k.k.	ustawa Kodeks karny
k.k.s.	ustawa Kodeks karny skarbowy
Kpa	ustawa Kodeks postępowania administracyjnego
Kpc	ustawa Kodeks postępowania cywilnego
KIO	Krajowa Izba Odwoławcza
MP	Monitor Polski
NIK	Najwyższa Izba Kontroli
ONZ	Organizacja Narodów Zjednoczonych
o.p.	Ordynacja podatkowa
PKB	produkt krajowy brutto
Pzp	ustawa Prawo zamówień publicznych
RIO	Regionalna Izba Obrachunkowa
RP	Rzeczpospolita Polska
SIWZ	specyfikacja istotnych warunków zamówienia
SN	Sąd Najwyższy
TFUE	Traktat o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej
TSUE	Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej
UE	Unia Europejska
u.f.p.	ustawa o finansach publicznych
u.g.k.	ustawa o gospodarce komunalnej

UNCITRAL	United Nations Commission on International Trade Law (Komisja Narodów Zjednoczonych ds. Międzynarodowego Prawa Handlowego)
u.n.d.f.p.	ustawa o naruszeniu dyscypliny finansów publicznych
u.s.g.	ustawa o samorządzie gminnym
u.s.p.	ustawa o samorządzie powiatowym
u.s.w.	ustawa o samorządzie województwa
u.z.p.p.r.	ustawa o zasadach prowadzenia polityki rozwoju
UZP	Urząd Zamówień Publicznych
WE	Wspólnoty Europejskie
w.p.f.	wieloletnia prognoza finansowa
WTO	World Trade Organization (Światowa Organizacja Handlu)
Zb.Orz.	Zbiór Orzecznictwa

Wstęp

Jednostki samorządu terytorialnego (j.s.t.) w granicach ustawowo przyznanej samodzielności realizują między innymi zadania własne w zakresie użyteczności publicznej, czyniąc to we własnym imieniu i na własną odpowiedzialność. W toku wykonywania tych zadań j.s.t. zlecają usługi, dostawy oraz wykonywanie robót budowlanych, wykorzystując do tych celów środki finansowe mające status środków publicznych. W takich sytuacjach obowiązane są do stosowania przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. Wynika to zarówno z zakresu obowiązywania tej ustawy, jak i statusu j.s.t. jako jednostek sektora finansów publicznych. Zamówienia publiczne, rozumiane jako umowy odpłatne zawierane między zamawiającym a wykonawcą, których przedmiot stanowią usługi, dostawy i roboty budowlane, regulowane są przez zróżnicowany katalog aktów normatywnych. Biorąc pod uwagę ich miejsce w strukturze źródeł prawa, można wyróżnić zarówno regulacje prawa międzynarodowego, prawa Unii Europejskiej (UE) jak i prawa krajowego.

Regulacje prawa międzynarodowego i prawa UE zostaną w niniejszej pracy wykorzystane wyłącznie do zdefiniowania pojęcia i zakresu podstawowych instytucji prawa zamówień publicznych. W ramach prawa krajowego zamówienia publiczne udzielane przez j.s.t. regulowane są nie tylko przez przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych, ale także przez ustawę o koncesji na roboty budowlane lub usługi. Ponadto znajdują tutaj zastosowanie przepisy tworzące system prawny samorządu terytorialnego oraz odrębne regulacje tworzące system finansów publicznych, ze szczególnym uwzględnieniem systemu finansowego samorządu terytorialnego.

Regulacje prawne z zakresu samorządu terytorialnego stwarzają zróżnicowane możliwości finansowania zadań przez j.s.t. Dotyczy to między innymi wspólnego finansowania zamówień publicznych w ramach zawieranych porozumień, związków i stowarzyszeń j.s.t., czy też przekazywania przez j.s.t. zadań w celu udzielenia zamówień publicznych, z wykorzystaniem formy umowy lub porozumienia, jednostkom niezaliczonym do sektora publicznego. Źródłem finansowania takich zamówień będą wówczas nie tylko środki publiczne, ale także środki prywatne. Możliwe jest też, na podstawie przepisów ustawy o gospodarce komunalnej, współfinansowanie przez j.s.t. zamówień z udziałem innych form organizacyjnych, takich jak spółki prawa handlowego. Przepisy ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym, czy przepisy ustawy o działalności pożytku pu-

blicznego i wolontariacie, umożliwiają powierzenie wykonywania zadań związanych z udzielaniem zamówień publicznych osobom fizycznym, osobom prawnym lub jednostkom organizacyjnym nieposiadającym osobowości prawnej.

Zamówienia publiczne udzielane przez j.s.t. są najczęściej realizowane za pośrednictwem własnych jednostek organizacyjnych, mających status jednostek sektora finansów publicznych. Przedmiotem pracy będą wyłącznie zamówienia publiczne udzielane przez j.s.t. w celu realizacji dostaw, usług i robót budowlanych za pośrednictwem własnych jednostek organizacyjnych, tj. jednostek budżetowych i samorządowych zakładów budżetowych, na podstawie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. Taki wybór zakresu badań jest uzasadniony faktem, iż tego rodzaju zamówienia dominują w całkowitej puli zamówień publicznych udzielanych w Polsce. Wyłączono z zakresu rozważań formy i tryb udzielania zamówień publicznych regulowane ustawą o koncesji na roboty budowlane lub usługi. Finansowanie zamówień publicznych z udziałem środków prywatnych jak dotąd nie znalazło bowiem w Polsce szerszego zastosowania.

Na zagadnienia finansowoprawne, które wyznaczają ramy działania j.s.t. przy udzielaniu zamówień publicznych, dominujący wpływ mają regulacje systemu finansów publicznych, ze szczególnym wskazaniem na zasady tworzące odrębny reżim prawny określający możliwości zaciągania przez j.s.t. zobowiązań oraz dokonywania wydatków służących finansowaniu tych zamówień. Jeżeli zamówienie publiczne jest finansowane z udziałem środków pochodzących z bezzwrotnej pomocy zagranicznej, nakładają się na to dodatkowe wymogi wynikające z regulacji dotyczących wykorzystywania takich środków. Zakres zagadnień finansowoprawnych musi także obejmować skutki związane z nieprawidłowym sposobem postępowania na etapie przygotowania i realizacji zamówienia publicznego. Stąd obok sankcji wynikających z prawa UE i z ustawy o finansach publicznych, przedmiotem badań będzie także odpowiedzialność o charakterze represyjnym, określona przez ustawę o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych.

Reżim prawny obowiązujący j.s.t. jako zamawiającego jest więc zróżnicowany. Obejmuje regulacje prawne tworzące różne systemy. Czynności związane z przygotowaniem i udzieleniem zamówienia podlegają zatem regulacji o zróżnicowanym charakterze prawnym. Stąd analiza przeprowadzana w poszczególnych rozdziałach pracy będzie miała charakter wieloaspektowy.

Celem analizy złożonego systemu regulacji prawnej determinującej udzielanie zamówień publicznych przez j.s.t. jest przede wszystkim rozważenie kwestii, czy obowiązujący system prawny umożliwia zaciąganie zobowiązań i dokonywanie wydatków w celu sfinansowania zamówień publicznych w sposób racjonalny, respektując przy tym

konstytucyjną zasadę samodzielności finansowej j.s.t. Tak określony przedmiot oraz cel badań zostaną szerzej zaprezentowane w kolejnych rozdziałach.

Polskie prawo zamówień publicznych, implementując cele prawa pierwotnego UE do procedury udzielenia zamówień publicznych, wskazuje na obowiązek przestrzegania zasad wynikających z prawa UE, wyznaczających poszczególne etapy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Przedmiotem badań w rozdziale I, wprowadzającym, będą zatem zagadnienia obowiązujące w tym zakresie struktury źródeł prawa. Przedstawiono tam zwięzłą charakterystykę zasad unijnego i krajowego prawa zamówień publicznych oraz celowości szczególnego unormowania obowiązujących w tym przypadku procedur. Nie pominięto również definicji najważniejszych pojęć związanych z zamówieniami publicznymi przewidzianych w prawie UE i w przepisach prawa krajowego.

Analizując zadania j.s.t. jako zamawiających, rozważania przeprowadzone w rozdziale II koncentrować się będą na tych instytucjach finansowoprawnych, które obligują do udzielenia koniecznych upoważnień w celu zaciągania zobowiązań. Przedmiotem tego rozdziału będą także obowiązki związane z planowaniem środków publicznych przewidzianych dla sfinansowania przedsięwzięć służących realizacji zamówień publicznych w ramach planowania wieloletniego (wieloletni plan finansowy), jak i planowania rocznego (planowanie budżetowe). Zbadanie tej problematyki wiąże się z ustaleniem obowiązujących w tym zakresie zasad umożliwiających zabezpieczenie środków pieniężnych nie tylko dla ustalenia limitu wartości zamówienia, ale także dla możliwości sfinansowania realizacji najkorzystniejszej wybranej oferty. Stąd w końcowej części tego rozdziału zawarte są rozważania związane z wymogami determinującymi ustalenie wartości zamówienia oraz z zasadami dokonywania wyboru najkorzystniejszej oferty.

Przedmiotem analizy w rozdziale III są instrumenty finansowoprawne umożliwiające realizację zawartej umowy o udzielenie zamówienia publicznego. Po ustaleniu hybrydowego charakteru prawnego tej umowy przedstawiono i zbadano publicznoprawne ograniczenia związane z jej realizacją. Wykonywanie umowy o udzielenie zamówienia publicznego wiąże się przede wszystkim z koniecznością przestrzegania szczególnych wymogów dotyczących dokonywania wydatków. Regulacje obowiązujące w tym zakresie tworzą kolejny złożony reżim prawny, wynikający z ustawy o finansach publicznych. Z uwagi na to, że znaczna część zamówień publicznych udzielanych przez j.s.t. jest współfinansowana z bezzwrotnych środków zagranicznych, przedmiot badań w tym rozdziale jest poszerzony o regulacje prawne umożliwiające finansowanie zamówień publicznych z udziałem tych środków.

Wykorzystywanie środków publicznych do finansowania zamówień publicznych podlega kontroli sprawowanej przez ustawowo w tym celu powołane organy. Zagadnienia dotyczące nieprawidłowości występujących w związku z przygotowaniem i udziele-

niem zamówień publicznych stanowią przedmiot rozdziału IV. Nie sposób było pominąć także sankcji związanych z ujawnionymi w tym zakresie nieprawidłowościami, przewidzianych w regulacjach UE i w ustawie o finansach publicznych.

Niezależnie od odpowiedzialności przewidzianej w przepisach ustawy o finansach publicznych, podmioty uczestniczące w procedurze udzielania zamówień publicznych ponoszą także odpowiedzialność z tytułu naruszenia dyscypliny finansów publicznych. Odpowiedzialność ta jest nie tylko gwarantem ładu finansów publicznych, ale zapewnia także uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców na rynku zamówień publicznych. W rozdziale V dokonano zatem, w oparciu o obowiązujący system normatywny, szczegółowego zbadania deliktów związanych wszystkimi etapami procedury udzielania zamówienia publicznego, z uwzględnieniem orzecznictwa ukształtowanego w tym zakresie. Omawiane delikty stanowią egemplifikację problemów finansowoprawnych, jakie napotykają j.s.t. udzielające zamówień publicznych.

Ostatni, VI rozdział monografii jest podsumowaniem, w którym zwrócono uwagę na zagadnienia warte dalszej dyskusji. Poddano także ocenie ustawodawstwo normujące udzielanie zamówień publicznych przez j.s.t., wskazując na te elementy, które mogą stwarzać zagrożenia dla należytego wykonywania przez j.s.t. przypisanych im zadań.

Monografia jest zaadresowana przede wszystkim do osób, dla których zagadnienia finansowoprawne zamówień publicznych są przedmiotem studiów lub działalności naukowej. Może okazać się także przydatna dla osób zawodowo zajmujących się zamówieniami publicznymi udzielanymi przez jednostki samorządu terytorialnego oraz kontrolą tych zamówień. Wyrażam nadzieję, że zapoznanie się z treścią niniejszej pracy ułatwi i przybliży studiowanie zagadnień finansowoprawnych determinujących udzielanie zamówień publicznych przez j.s.t. za pośrednictwem własnych jednostek organizacyjnych, mających status jednostek sektora finansów publicznych.

Rozdział I

Podstawy prawne, pojęcie i zasady udzielania zamówień publicznych

1. Źródła prawa zamówień publicznych

Na podstawy prawne zamówień publicznych składa się szereg aktów normatywnych o zróżnicowanej treści i terytorialnej mocy obowiązującej, usytuowanych w różnym miejscu w systemie źródeł prawa. W pierwszym rzędzie, z racji jej uniwersalnego charakteru i ogólnoświatowego zasięgu, należy wymienić Ustawę modelową ONZ w sprawie zamawiania towarów, robót budowlanych i usług z dnia 15 czerwca 1994 r., przygotowaną przez Komisję Narodów Zjednoczonych ds. Międzynarodowego Prawa Handlowego (United Nations Commission on International Trade Law – UNCITRAL). Nowa Ustawa modelowa weszła w życie 1 lipca 2001 r. i zastąpiła poprzednio obowiązującą. Zachowała jednak większość dotychczasowych rozwiązań. Istotnym uzupełnieniem jej treści są klauzule dotyczące elektronicznych środków wymiany danych.

Zasadniczymi celami ustawy wymienionymi w jej preambule są: maksymalizowanie oszczędności i efektywności zamówień publicznych; zachęcanie do uczestniczenia w postępowaniu w sprawie zamówienia poprzez wspieranie konkurencji między wykonawcami i dostawcami (tam, gdzie jest to właściwe – również o różnej przynależności państwowej); działanie na rzecz rzetelnego i równorzędnego traktowania wykonawców i dostawców; dążenie do przejrzystości oraz uczciwości, rzetelności i publicznego zaufania do procesu zamawiania. Celem Ustawy modelowej jest ponadto wspieranie harmonizacji standardów międzynarodowych w dziedzinie zamówień publicznych, wynikających przede wszystkim z Konwencji Narodów Zjednoczonych przeciwko korupcji. Konwencja ta, która weszła w życie 14 grudnia 2005 r., jest aktem międzynarodowym o uniwersalnym zasięgu i została ratyfikowana przez Polskę w dniu 15 września 2006 r.¹ Zawiera między innymi przepisy dotyczące środków ochrony, odnoszących się zarówno do sektora publicznego, jak i prywatnego (w tym związanych z praniem pieniędzy), a także regulacje związane z odpowiedzialnością

¹ Dz.U. z 2007 r., Nr 84, poz. 563.

osób prawnych, obejmujące między innymi przekupstwo krajowych i zagranicznych funkcjonariuszy publicznych.

Ustawa modelowa UNCITRAL ma charakter ramowy. Ustanawia podstawowe zasady prawne regulujące zamówienia publiczne. Może funkcjonować samodzielnie. Może też zostać uzupełniona przez bardziej szczegółowe przepisy wykonawcze wprowadzone przez organ lub władzę państwa przyjmującego tę ustawę. W Ustawie modelowej zawarte są bezpośrednie odwołania do aktów Światowej Organizacji Handlu (World Trade Organization – WTO), Banku Światowego oraz Unii Europejskiej.

Porozumienie WTO w sprawie zakupów rządowych (Government Procurement Agreement – GPA) stanowi umowę wielostronną² zawartą w ramach tej organizacji. Reguluje ono procedury udzielania zamówień przez rządy tych państw, które w ramach swojego członkostwa w WTO zdecydowały się być stroną GPA. Oznacza to, że nie wszystkie państwa członkowskie Światowej Organizacji Handlu są zobowiązane do przestrzegania GPA.

Cele GPA sformułowane w preambule to:

- 1) stworzenie wielostronnych ram dla praw i zobowiązań z poszanowaniem ustaw i przepisów, procedur i praktyk związanych z zamówieniami publicznymi, ze względu na osiągnięcie większego stopnia liberalizacji i wzrostu światowego handlu oraz ulepszenie międzynarodowych ram dla zasad prowadzenia handlu światowego,
- 2) zapewnienie przejrzystości ustaw, przepisów, procedur i praktyk w zakresie zamówień publicznych,
- 3) ustanowienie procedur międzynarodowych zawiadamiania, konsultacji, nadzoru i rozstrzygania sporów w celu zapewnienia sprawiedliwego, szybkiego i skutecznego egzekwowania postanowień międzynarodowych dotyczących zamówień publicznych oraz utrzymania równowagi praw i obowiązków na możliwie jak najwyższym poziomie.

Porozumienie GPA zostało podpisane w dniu 15 kwietnia 1994 r. w Marakeszu, wraz z zakończeniem Rundy Urugwajskiej. Było to, obok wspomnianej Ustawy modelowej UNCITRAL, jedno z najważniejszych wydarzeń w historii międzynarodowego systemu zamówień publicznych. Systematycznie wzrasta rola, jaką w ramach WTO odgrywa GPA. Jest to spowodowane wzrastającą rolą zamówień publicznych, zwiększającą się liczbą państw-członków GPA oraz perspektywą przystąpienia nowych państw, w tym państw obecnie szybko się rozwijających.

² Tzw. *plurilateral agreement*, zob. B. Hoekman, M.M. Kostecki, *Ekonomia światowego systemu handlu. WTO: zasady i mechanizmy negocjacji*, wyd. 2, Wrocław 2011, s. 544 i n.

Porozumienie w swym zakresie regulacji opiera się na strukturze określonej w literaturze przedmiotu mianem „zróżnicowanej geometrii”. Strony umowy wynegocjowały między sobą różny zakres liberalizacji rynku zamówień publicznych. W konsekwencji rozwiązania krajowe poszczególnych sygnatariuszy listy różnią się między sobą. W trakcie negocjacji miało bowiem miejsce porównywanie wartości zamówień, jakie poszczególne strony zamierzają otworzyć dla wykonawców z innych państw. Celem było doprowadzenie do wzajemności w tym zakresie, rozumianej w taki sposób, żeby dane państwo otworzyło swój rynek zamówień publicznych dla wykonawców z innego państwa będącego stroną Porozumienia tylko w takim zakresie, w jakim przedsiębiorcy z tego państwa mają zapewniony niedyskryminacyjny dostęp do zamówień w drugim państwie³.

Wszystkie państwa Unii Europejskiej są obecnie stronami Porozumienia GPA. Porozumienie stanowi część prawa unijnego. Przystąpienie do Porozumienia było negocjowane przez Komisję, która miała mandat do prowadzenia tych negocjacji nie tylko w imieniu istniejącej wówczas Wspólnoty, ale również w imieniu jej poszczególnych państw członkowskich. Decyzją Rady 94/800/WE z dnia 22 grudnia 1994 r.⁴ porozumienia osiągnięte w trakcie Rundy Urugwajskiej zostały podpisane w imieniu Wspólnoty Europejskiej, w zakresie dotyczącym jej kompetencji. Decyzja ta zawiera w preambule stwierdzenie, że żaden przepis umowy tworzącej Światową Organizację Handlu oraz jej załączników nie ma bezpośredniej skuteczności. Jedną z załączonych umów jest właśnie Porozumienie w sprawie zamówień publicznych. Oznacza to, że Rada, ratyfikując umowy międzynarodowe, wyłączyła jego bezpośrednią skuteczność. Za brakiem bezpośredniej skuteczności przemawia również wprowadzanie zmian do obowiązujących dyrektyw regulujących procedury udzielania zamówień publicznych, mających na celu dostosowanie ich do przepisów Porozumienia⁵.

Bardzo szeroki zasięg (obejmujący wszystkich beneficjentów Banku Światowego) mają również przygotowane w styczniu 2011 r. przez Bank Światowy Wytyczne dla pożyczkobiorców w sprawie zamawiania towarów, robót i usług, oprócz konsultingowych, finansowanych bądź współfinansowanych ze środków Międzynarodowego Banku Odbudowy i Rozwoju⁶. Podobnie jak w poprzednio omówionych aktach, celem tych wytycznych jest zachowanie przejrzystości procedur zamówień publicznych i realizacja zasady równych szans. Pożyczkobiorca, odpowiedzialny za przygotowanie i wdrożenie

³ D. Piasta, *Zamówienia publiczne w świetle procedur Światowej Organizacji Handlu*, Warszawa 2001, s. 30.

⁴ Dz.U. L 336 z 23.12.1994, Polskie wydanie specjalne: Rozdział 11 Tom 21 P. 80–81.

⁵ D. Piasta, *Zamówienia publiczne ...*, s. 80–83.

⁶ The World Bank, *Guidelines. Procurement of Goods, Works, and Services under IBRD and IDA Credits & Grants by World Bank Borrowers*, Washington 2011.

projektu współfinansowanego przez Bank Światowy, przyjmuje na siebie odpowiedzialność również za zarządzanie tym projektem. Środki pozyskane z pożyczki mogą być wykorzystane wyłącznie na cel, na jaki pożyczka została przyznana, z należytym uwzględnieniem efektywności ekonomicznej oraz niezależnie od wszelkich czynników politycznych lub pozaekonomicznych. W tym celu Bank ustala szczegółowe procedury mające na celu zapewnienie jednakowej informacji dla oferentów z krajów rozwiniętych i rozwijających się. Bank w ten sposób ustanawia jednakowe szanse konkurencyjne o dostarczanie towarów, robót i usług niebędących konsultingowymi. Procedury te mają zagwarantować przejrzystość procesu udzielania zamówień.

Odrębną grupę stanowi prawodawstwo Unii Europejskiej (wcześniej Wspólnot Europejskich). Składa się nań całość prawodawstwa Wspólnot Europejskich i Unii Europejskiej, która tworzy unijny dorobek prawny, nazywany *acquis communautaire*. Dla państw będących członkami Unii Europejskiej dorobek ten jest podstawą do kształtowania własnego porządku prawnego. Tworzą go nie tylko akty prawne, lecz także przyjęte sposoby jego rozumienia i stosowania, polityki wspólnotowe, orzecznictwo sądowe, zwyczaje, a także wartości tkwiące u podstaw funkcjonowania UE⁷. Aktami prawnymi Unii Europejskiej mającymi pierwszorzędne znaczenie są Traktat o Unii Europejskiej⁸, na podstawie którego Unia Europejska uzyskała osobowość prawną, oraz Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej⁹. W traktatach nie poruszono wprost kwestii zamówień publicznych. Sformułowano natomiast podstawowe zasady dotyczące rynku wewnętrznego UE. Został on stworzony jako unia celna (art. 28 ust. 1 TFUE), czyli obszar bez granic wewnętrznych, na którym jest zapewniony swobodny przepływ towarów, osób, usług i kapitału (art. 26 ust. 2 TFUE). Uczestnikami tego rynku są podmioty pochodzące z państw członkowskich, bez względu na miejsce ich siedziby czy miejsce działalności. TFUE formułuje podstawowe zasady: zakazu ograniczania swobody przedsiębiorczości (art. 49 TFUE), zakazu ograniczania bądź zakłócania konkurencji (art. 101 ust. 1 TFUE), prowadzenia polityki gospodarczej w poszanowaniu zasady otwartej gospodarki rynkowej z wolną konkurencją (art. 119 ust. 1; art. 120 TFUE). Na podstawie art. 103 ust. 1 TFUE Rada, na wniosek Komisji i po konsultacji z Parlamentem Europejskim, wydaje rozporządzenia lub dyrektywy w celu zastosowania tych zasad.

⁷ S. Biernat, *Źródła prawa Unii Europejskiej*, [w:] J. Barcz (red.), *Prawo Unii Europejskiej*, wyd. 3, Warszawa 2006, s. 1 i n.

⁸ Traktat o Unii Europejskiej z dnia 7 lutego 1992 r., wersja skonsolidowana, Dz.U. C 326/13 z 26.10.2012, zwany dalej TUE.

⁹ Dz.U. z 2007 r., Nr 203, poz. 1569, wersja skonsolidowana Dz.U. C 326/47 z 26.10.2012, dalej zwany TFUE.

Dla zamówień publicznych istotne są dyrektywy kierowane do państw członkowskich UE, wiążące w odniesieniu do rezultatu, który ma być osiągnięty. Organom krajowym pozostawia się jednak swobodę wyboru formy i środków jej wdrażania. Najważniejsze są następujące dyrektywy:

- 1) dyrektywa 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień na roboty budowlane, dostawy i usługi (tzw. dyrektywa **klasyczna**)¹⁰,
- 2) 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 (tzw. dyrektywa **sektorowa**)¹¹,
- 3) dyrektywa Rady 89/665/EWG z dnia 21 grudnia 1989 r. w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane¹²,
- 4) dyrektywa 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 grudnia 2007 r. zmieniająca dyrektywy Rady 89/665/EWG i 92/13/EWG w zakresie poprawy skuteczności procedur odwoławczych w dziedzinie udzielania zamówień publicznych (tzw. dyrektywa **odwoławcza**)¹³,
- 5) dyrektywa Rady 92/13/EWG z dnia 25 lutego 1992 r. koordynująca przepisy ustawowe, wykonawcze i administracyjne odnoszące się do stosowania przepisów unijnych w procedurach zamówień publicznych podmiotów działających w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i telekomunikacji¹⁴,
- 6) dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/81/WE z dnia 13 lipca 2009 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania niektórych zamówień na roboty budowlane, dostawy i usługi przez instytucje lub podmioty zamawiające w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa i zmieniająca dyrektywy 2004/17/WE i 2004/18/WE (tzw. dyrektywa **obronna**)¹⁵.

¹⁰ Dz.U. L 134/114 z 30.04.2004, Polskie wydanie specjalne: Rozdział 06 Tom 07 P. 132–262.

¹¹ Dz.U. L 134/1 z 30.04.2004, Polskie wydanie specjalne: Rozdział 06 Tom 07 P. 19–131.

¹² Dz.U. L 395/33 z 30.12.1989, Polskie wydanie specjalne: Rozdział 06 Tom 01 P. 246–248.

¹³ Dz.U. L 335/31 z 20.12.2007.

¹⁴ Dz.U. L 76/14 z 23.03.1992, Polskie wydanie specjalne: Rozdział 06 Tom 01 P. 315–321.

¹⁵ Dz.U. L 216/76 z 20.08.2009.

Oprócz wymienionych dyrektyw do katalogu źródeł prawa zamówień publicznych Unii Europejskiej należy również zaliczyć następujące dyrektywy:

- 1) dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/33/WE z dnia 23 kwietnia 2009 r. w sprawie promowania ekologicznie czystych i energooszczędnych pojazdów transportu drogowego¹⁶,
- 2) dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2006/32/WE z dnia 5 kwietnia 2006 r. w sprawie efektywności końcowego wykorzystania energii i usług energetycznych oraz uchylająca dyrektywę Rady 93/79/EWG¹⁷,
- 3) dyrektywa Rady 92/75/EWG z dnia 22 września 1992 r. w sprawie wskazania poprzez etykietowanie oraz standardowe informacje o produkcie, zużycia energii oraz innych zasobów przez urządzenia gospodarstwa domowego¹⁸,
- 4) dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2010/30/UE z dnia 19 maja 2010 r. w sprawie wskazania poprzez etykietowanie oraz standardowe informacje o produkcie, zużycia energii oraz innych zasobów przez produkty związane z energią¹⁹,
- 5) dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2010/31/UE z dnia 19 maja 2010 r. w sprawie charakterystyki energetycznej budynków²⁰.

Wszystkie wymienione dyrektywy zawierają dwie grupy przepisów – regulacje materialnoprawne i regulacje proceduralnoprawne. Jako akty prawa unijnego muszą być implementowane do porządku prawnego państw członkowskich z uwzględnieniem zasad ogólnych, określających relacje między prawem pierwotnym a wtórnym. Nie są jednak adresowane wprost do krajowych podmiotów prawa. Nie stanowią zatem bezpośredniego źródła uprawnień lub obowiązków jednostek. Państwa członkowskie UE są zobowiązane do uwzględnienia w przepisach prawa krajowego celu ogólnego regulacji przewidzianych w dyrektywach. Na gruncie prawa zamówień publicznych należy przez to rozumieć, iż w prawie krajowym należy przewidzieć rozwiązania, które umożliwią osiągnięcie celów wyrażonych w odpowiednich dyrektywach dotyczących zamówień publicznych. W przypadku rozbieżności pomiędzy przepisem dyrektywy a rozwiązaniem prawa wewnętrznego, interpretacja prawa wewnętrznego winna być dokonywana z uwzględnie-

¹⁶ Dz.U. L 120/5 z 15.05.2009.

¹⁷ Dz.U. L 114/64 z 27.04.2006.

¹⁸ Dz.U. L 297/16 z 13.10.1992, Polskie wydanie specjalne: Rozdział 13 Tom 011 P. 216–219, uchylona przez Dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2010/30/UE z dnia 19 maja 2010 r. w sprawie wskazania poprzez etykietowanie oraz standardowe informacje o produkcie, zużycia energii oraz innych zasobów przez produkty związane z energią, Dz.U. L 153/1 z 18.06.2010.

¹⁹ Dz.U. L 153/1 z 18.06.2010.

²⁰ Dz.U. L 153/13 z 18.06.2010.

niem ogólnych zasad wynikających z dyrektyw unijnych, tj. z uwzględnieniem niedyskryminacji, ochrony konkurencji, równego traktowania oraz przejrzystości²¹.

Odmienne charakter prawny mają rozporządzenia. Mają one zasięg ogólny. Wiążą w całości i są bezpośrednio stosowane we wszystkich państwach członkowskich. Adresatami norm rozporządzeń są zarówno instytucje i organy unijne, jak i same państwa członkowskie oraz jednostki – osoby fizyczne i prawne²². Rozporządzenia unijne stanowią zatem bezpośrednio źródło prawa także dla jednostek samorządu terytorialnego. Kwestii zamówień publicznych dotyczą przede wszystkim:

- 1) rozporządzenie (WE) nr 2195/2002 Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie Wspólnego Słownika Zamówień (Common Procurement Vocabulary – CPV)²³,
- 2) rozporządzenie Komisji (WE) nr 1564/2005 z dnia 7 września 2005 r. ustanawiające standardowe formularze do publikacji ogłoszeń w ramach procedur zamówień publicznych zgodnie z dyrektywami 2004/17/WE i 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady²⁴,
- 3) rozporządzenie Komisji (WE) nr 1150/2009 z dnia 10 listopada 2009 r. zmieniające rozporządzenie (WE) nr 1564/2005 w odniesieniu do standardowych formularzy do publikacji ogłoszeń w ramach procedur zamówień publicznych zgodnie z dyrektywami Rady 89/665/EWG i 92/13/EWG²⁵,
- 4) rozporządzenie Komisji (WE) nr 1177/2009 z dnia 30 listopada 2009 r. zmieniające dyrektywy 2004/17/WE, 2004/18/WE i 2009/81/WE Parlamentu Europejskiego i Rady w odniesieniu do progów obowiązujących w zakresie procedur udzielania zamówień²⁶,
- 5) rozporządzenie (WE) nr 1370/2007 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 23 października 2007 r. dotyczące usług publicznych w zakresie kolejowego i dro-

²¹ L. Kieres, *Europejskie prawo zamówień publicznych*, [w:] M. Guziński (red.), *Zamówienia publiczne jako przedmiot regulacji prawnej. Podręcznik uniwersytecki*, Wrocław 2012, s. 17.

²² A. Czajka, *Wpływ europejskiego soft law na polskie ustawodawstwo w dziedzinie zamówień publicznych*, [w:] *Prawo wobec wyzwań współczesności*, tom 7, Materiały sesji naukowej Poznań, 07.12.2010, s. 136.

²³ Dz.U. L 74/1 z 15.03.2008.

²⁴ Dz.U. L 257/1 z 01.10.2005, uchylone przez rozporządzenie wykonawcze Komisji (UE) nr 842/2011 z dnia 19 sierpnia 2011 r. ustanawiające standardowe formularze do publikacji ogłoszeń w dziedzinie zamówień publicznych i uchylające rozporządzenie (WE) nr 1564/2005 Dz.U. L 222/1 z 27.08.2011.

²⁵ Dz.U. L 313/3 z 28.11.2009. uchylone przez rozporządzenie wykonawcze Komisji (UE) nr 842/2011 z dnia 19 sierpnia 2011 r. ustanawiające standardowe formularze do publikacji ogłoszeń w dziedzinie zamówień publicznych i uchylające rozporządzenie (WE) nr 1564/200, Dz.U. L 222/1 z 27.08.2011.

²⁶ Dz.U. L 314/64 z 01.12.2009.

- gowego transportu pasażerskiego oraz uchylające rozporządzenia Rady (EWG) nr 1191/69 i 1107/70²⁷,
- 6) rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 106/2008 z dnia 15 stycznia 2008 r. w sprawie wspólnotowego programu znakowania efektywności energetycznej urządzeń biurowych (Energy Star)²⁸,
- 7) rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 66/2010 z dnia 25 listopada 2010 r. w sprawie oznakowania ekologicznego (nowe rozporządzenie Ecolabel) oraz decyzje Komisji 2001/681/WE i 2006/193/WE²⁹,
- 8) rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 1221/2009 z dnia 25 listopada 2009 r. w sprawie dobrowolnego udziału organizacji w systemie zarządzania i audytu we Wspólnocie (EMAS), uchylające rozporządzenie nr 761/2001 (nowe rozporządzenie EMAS)³⁰,
- 9) rozporządzenie Rady (WE, Euroatom) nr 2988/1995 z dnia 18 grudnia 1995 r. w sprawie ochrony interesów gospodarczych Wspólnot Europejskich³¹,
- 10) rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE, Euroatom) nr 996/2012 z dnia 22 października 2012 r. w sprawie zasad finansowych mających zastosowanie do budżetu ogólnego Unii Europejskiej, oraz uchylające rozporządzenie Rady (WE), Euroatom nr 1605/2002³²,
- 11) rozporządzenie Rady (WE) nr 1083/2006 z dnia 11 lipca 2006 r. ustanawiające przepisy ogólne dotyczące Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego oraz Funduszu Spójności i uchylające rozporządzenie (WE) nr 1260/1999³³, zwane także **rozporządzeniem ramowym**.

Ważnym elementem *acquis communautaire*, rozumianego jako całość dorobku prawnego UE, są obok dyrektyw i rozporządzeń także decyzje, zalecenia i opinie wydawane na podstawie art. 288 TFUE. Decyzje mają najczęściej charakter indywidualny i są wiążące dla ich adresatów. Pełnią rolę zbliżoną do decyzji administracyjnych w krajowych porządkach prawnych. Wymienione w art. 288 TFUE zalecenia i opinie mają na-

²⁷ Dz.Urz. UE L 315/1 z 03.12.2007.

²⁸ Dz.U. L 39/1 z 13.02.2008.

²⁹ Dz.U. L 27/1 z 30.01.2010.

³⁰ Dz.U. L 342/1 z 22.12.2009.

³¹ Dz.U. 312/1 z 23.12.1995, Polskie wydanie specjalne: Rozdział 01 Tom 01 P. 340–43.

³² Dz.U. L 298/1 z 26.10.2012.

³³ Dz.U. L 210/25 z 31.07.2006.

tomiast charakter niewiążący, podobnie jak wiele innych instrumentów stanowiących nieformalne instrumenty prawne. Można do nich zaliczyć konkluzje, deklaracje, komunikaty, obwieszczenia, kodeksy, wyjaśnienia i wytyczne. W literaturze takie akty prawne zaliczane są do kategorii aktów nienazwanych. Cechuje je brak wiążącej mocy prawnej. Są określane mianem „prawa miękkiego” (ang. *soft law*). Pojęcie to wprowadził McNair, analizując prawo traktatowe³⁴. Określił nim nieformalne instrumenty, które nie są ani prawem międzynarodowym, ani prawem zwyczajowym. Określają natomiast zasady, reguły oraz standardy zachowania oczekiwane od podmiotów prawa międzynarodowego. W prawie unijnym *soft law* odgrywa podobną rolę, stanowiąc wyraz oczekiwań stawianych państwom członkowskim w zakresie implementacji i stosowania prawa unijnego. Uzupełnia ono treść wiążących aktów prawnych, formułując normy i wartości, które powinny być wprowadzone do systemów prawnych państw członkowskich na zasadzie rekomendacji. Ma też niewątpliwy wpływ na orzecznictwo. Respektowanie *soft law* nie wynika jednak z prawa międzynarodowego. Ma raczej wymiar polityczny³⁵.

Zasady wynikające z postanowień wspomnianych dyrektyw doprecyzowuje Komunikat wyjaśniający Komisji Europejskiej dotyczący prawa unijnego obowiązującego w dziedzinie udzielania zamówień, które wcale nie są lub są jedynie częściowo objęte dyrektywami w sprawie zamówień publicznych³⁶.

Kwestie zamówień publicznych zostały uregulowane także w polskim prawodawstwie. Uczyniono to już przed II wojną światową, a mianowicie ustawą z dnia 15 lutego 1933 r. o dostawach i robotach na rzecz Skarbu Państwa, samorządu oraz instytucji prawa publicznego³⁷. Kolejne ustawy uchwalano w latach 1948, 1957, 1983 i 1994. Aktualnie obowiązuje ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych³⁸, która była wielokrotnie nowelizowana (w związku z dostosowaniem polskiego prawa zamówień publicznych do prawa Unii Europejskiej), ostatnio – w sposób znaczący – uczyniono to ustawą z dnia 12 października 2012 r. o zmianie ustawy Pzp oraz ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi³⁹. Obecna treść ustawy jest w zasadzie zgodna z dyrektywami UE i obowiązuje wraz z powołanymi wyżej rozporządzeniami UE.

Wskazać należy, że uchwalenie ustawy z dnia 9 stycznia 2009 r. o koncesji na roboty budowlane lub usługi spowodowało wyłączenie instytucji koncesji na roboty

³⁴ Lord McNair, *The law of treaties*, Oxford 1961.

³⁵ A. Czajka, *Wpływ europejskiego soft law...*, s. 137–138.

³⁶ Dz.U. C 179/02 z 01.08.2006.

³⁷ Dz.U. Nr 19, poz. 127.

³⁸ Tekst jedn. Dz.U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 ze zm., dalej zwana Pzp.

³⁹ Dz.U. z 2012 r., poz. 1271.

budowlane z ustawy Prawo zamówień publicznych. Koncesje na roboty budowlane i także na usługi niewątpliwie są kwalifikowaną postacią zamówienia publicznego, niemniej aktualnie objęte są regulacją odrębnej ustawy. Zagadnienia te, jak to ustalono we wstępie, nie będą przedmiotem rozważań w niniejszym opracowaniu.

Na polski system prawa zamówień publicznych składają się także przepisy innych ustaw, do których wprost odwołuje się Pzp. Dla potrzeb badanego zakresu należy wskazać przede wszystkim na:

- ustawę z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych⁴⁰,
- ustawę z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny⁴¹,
- ustawę z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego⁴²,
- ustawę z dnia 14 czerwca 1960 r. – Kodeks postępowania administracyjnego⁴³,
- ustawę z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych⁴⁴,
- ustawę z dnia 7 lipca 1994 r. – Prawo budowlane⁴⁵,
- ustawę z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej⁴⁶,
- ustawę z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji⁴⁷,
- ustawę z dnia 9 stycznia 2009 r. o koncesjach na roboty budowlane i usługi⁴⁸,
- ustawę z dnia 20 grudnia 1996 r. o gospodarce komunalnej⁴⁹,
- ustawę z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów⁵⁰.

Do katalogu źródeł prawa krajowego należy zaliczyć także akty wykonawcze do wyżej wymienionych ustaw. Stanowią one bardzo zróżnicowany i obszerny katalog i będą powoływane w poszczególnych fragmentach opracowania.

⁴⁰ Dz.U. Nr 157, poz. 1240 ze zm., dalej zwana u.f.p.

⁴¹ Dz.U. Nr 16, poz. 93 ze zm., dalej zwana Kc.

⁴² Dz.U. Nr 43, poz. 296 ze zm., dalej zwana Kpc.

⁴³ Tekst jedn. Dz.U. z 2000 r., Nr 98, poz. 1071 ze zm., dalej zwana Kpa.

⁴⁴ Tekst jedn. Dz.U. z 2013 r., poz. 168, dalej zwana u.n.d.f.p.

⁴⁵ Tekst jedn. Dz.U. z 2006 r., Nr 156, poz. 1118 ze zm.

⁴⁶ Dz.U. Nr 112, poz. 1198 ze zm.

⁴⁷ Tekst jedn. Dz.U. z 2003 r., Nr 153, poz. 1503 ze zm.

⁴⁸ Dz.U. Nr 19, poz. 101 ze zm.

⁴⁹ Dz.U. z 2011 r., Nr 45, poz. 236 ze zm.

⁵⁰ Dz. U. Nr 50, poz. 331 ze zm.

2. Pojęcie i cel zamówień publicznych

Celowość regulacji prawnych dotyczących zamówień publicznych wynika z podstawowych zasad kształtujących porządek prawny UE. Wskazuje na nie pkt 2 preambuły do dyrektywy klasycznej:

„Udzielanie zamówień, na które w Państwach Członkowskich zawarte zostały umowy w imieniu państwa, jednostek samorządu terytorialnego lub innych podmiotów prawa publicznego, podlega poszanowaniu zasad Traktatu, a w szczególności zasady swobody przepływu towarów, swobody przedsiębiorczości oraz swobody świadczenia usług, a także zasad, które się z nich wywodzą, takich jak: zasada równego traktowania, zasada niedyskryminacji, zasada wzajemnej uznawalności, zasada proporcjonalności oraz zasada przejrzystości. Niemniej jednak w przypadku zamówień publicznych powyżej pewnej wartości wskazane jest opracowanie unijnych przepisów koordynujących krajowe procedury udzielania takich zamówień, które będą oparte na tych zasadach w sposób umożliwiający ich skuteczne wdrożenie oraz zapewniający otwarcie zamówień publicznych na konkurencję. Wspomniane przepisy służące koordynacji powinny być zatem interpretowane zgodnie z wymienionymi powyżej regułami i zasadami oraz innymi regułami Traktatu”.

W powołanej preambule jako nadrzędne jawią się wartości leżące u podstaw samego utworzenia Unii Europejskiej jako obszaru wspólnego rynku. Chodzi tu o swobodny, nieograniczany wewnętrznymi przepisami państw członkowskich przepływ towarów, usług i osób. Podstawowe zasady związane z transgraniczną działalnością gospodarczą na obszarze wspólnego rynku to zasada równego traktowania, zasada niedyskryminacji, zasada wzajemnej uznawalności, zasada proporcjonalności oraz zasada przejrzystości. Dotyczą one wszelkich działań, w tym również udzielania zamówień publicznych. Prawodawca unijny w szczególności jednak sposób traktuje zamówienia publiczne, uznając, że jest to obszar działalności szczególnie narażony na brak transparencji i konkurencji. W świetle powołanej preambuły do dyrektywy obliuguje państwa członkowskie do odpowiedniego ukształtowania własnego ustawodawstwa dotyczącego zamówień publicznych, które będzie zgodne z zasadami tam wymienionymi. Postuluje się także, aby stworzyć system skoordynowanych procedur, wspólny dla wszystkich państw członkowskich UE, który będzie oparty na tych zasadach w sposób umożliwiający ich skuteczne wdrożenie oraz zapewniający otwarcie zamówień publicznych na konkurencję. Wszelkie wątpliwości dotyczące stosowania tych procedur powinny być interpretowane zgodnie z regułami i zasadami przewidzianymi w prawie pierwotnym i prawie wtórnym UE.

W polskim ustawodawstwie w art. 2 pkt 2 Pzp podana została definicja zamówień publicznych. Należy przez nie rozumieć umowy odpłatne zawierane między zamawia-

jącym a wykonawcą, których przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane. Definicja ta jest niemal identyczna z definicją zawartą w dyrektywie klasycznej UE (art. 1 ust. 1 pkt 2 lit. a), gdzie jako zamówienia publiczne określa się umowy o charakterze odpłatnym, zawierane na piśmie pomiędzy jedną lub więcej instytucjami zamawiającymi a jednym lub więcej wykonawcami, których przedmiotem jest wykonanie robót budowlanych, dostawa produktów lub świadczenie usług w rozumieniu wspomnianej dyrektywy.

Wymienione definicje mają charakter przedmiotowo-podmiotowy. Istotnym brakiem obu definicji jest wszakże pominięcie znaczenia określenia „publiczne”. Cechami odróżniającymi zamówienia publiczne od innych umów cywilnych o dostawy, usługi czy roboty budowlane są bowiem przede wszystkim:

- realizacja zamówienia w interesie publicznym,
- finansowanie zamówienia ze środków publicznych⁵¹.

Obydwa warunki muszą być spełnione jednocześnie. Samo wykonanie usług, dostaw lub robót budowlanych na rzecz zamawiającego, nawet jeżeli następuje na podstawie umowy i realizuje interes publiczny, nie kreuje zamówienia publicznego. Jak podkreśla się w literaturze, zamówienia publiczne stanowią organizacyjną formę dysponowania funduszami publicznymi przez ściśle wskazane podmioty w celu uzyskania określonego rezultatu w warunkach konkurencji między takimi podmiotami, które mogą uzyskać prawo do realizacji usług, dostaw i robót budowlanych⁵².

Bardzo ważną cechą definiującą zamówienie publiczne jest odpłatny charakter umowy. W literaturze przedmiotu podkreśla się, że przez odpłatność należy rozumieć wzajemne przysporzenie. Wykonawca otrzymuje zapłatę za wykonane usługi, dostawy lub roboty budowlane, ale zamawiający w wyniku zrealizowanej umowy również musi uzyskać wymierne korzyści ekonomiczne⁵³. Zagadnienie to zostanie bardziej szczegółowo omówione w rozdziale III.

Cechą instytucji zamówień publicznych, regulowanych powyższą ustawą, jest wprowadzenie rozwiązań polegających na ustanowieniu określonego reżimu zachowania przy zawieraniu umów odpłatnych, których przedmiotem są usługi, dostawy, roboty budowlane. Reżim ten polega na określeniu zasad, sposobu i form zachowania zamawiającego w procesie wyłonienia wykonawcy zamówienia publicznego (udzielenia zamówienia).

⁵¹ M. Wieloński, *Realizacja interesu publicznego w prawie zamówień publicznych*, Warszawa 2012, s. 17 i n.

⁵² L. Kieres, *Europejskie prawo zamówień...*, s. 12.

⁵³ M. Szydło, *The Process of Granting Exclusive Rights in the Light of Treaty Rules on Free Movement*, „German Law Journal” 2011, nr 7, s. 1416.

wienia), poczynając od jego podjęcia (przygotowania i wszczęcia), poprzez wybór najkorzystniejszej oferty, kończąc na przystąpieniu do realizacji w oparciu o umowę, która zostanie zawarta (art. 2 pkt 7a Pzp).

Ustawowe regulacje dotyczą podjęcia działań w zakresie przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia, a więc ustalenia, czy dokonując zamówień, zamawiający sam przygotowuje i przeprowadza postępowanie w tym zakresie, działając przez swego kierownika, czy powierza przygotowanie i przeprowadzenie udzielenia zamówień własnej wydzielonej jednostce organizacyjnej lub osobie trzeciej (art. 15 Pzp), a ponadto ustalenia, czy w tym postępowaniu uczestniczy i w jakim zakresie komisja przetargowa (art. 19–20 Pzp). Dotyczą także konieczności sporządzenia specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ), czyli dokumentu określającego między innymi przedmiot zlecanego w drodze umowy zamówienia, warunki i wymogi ubiegania się o realizację zamówienia, termin jego realizacji, sposób sporządzenia i składania ofert, kryteria wyboru wykonawcy, istotne postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści umowy (art. 36 ust. 1 i 2 Pzp). Należy podkreślić, że zamawiający zobowiązani są nie tylko do sporządzenia tego dokumentu, zawierającego określoną ustawowo treść, ale także do uczynienia tego według wskazanych ustawowo reguł (art. 22, art. 29–34, art. 82, 91 Pzp).

Zamówienia publiczne wymagają także przestrzegania reguł odnoszących się bezpośrednio do wyłonienia wykonawcy zamówienia publicznego, poprzez uregulowanie: wszczęcia postępowania, oceny spełnienia warunków i wymogów udziału wykonawców w postępowaniu (art. 24–26 Pzp), oceny ważności ofert i samego postępowania (art. 89 i 93 Pzp) oraz wyboru najkorzystniejszej oferty (art. 2 pkt 5 Pzp). Wyłonienie wykonawcy zamówienia następuje nie w drodze swobodnej oceny, ale w oparciu o jawne kryteria (art. 91 Pzp), w przypadku jeżeli nie zachodzą ustawowe przesłanki nieważności postępowania (art. 93 Pzp). Jeżeli występują takie przesłanki, winno nastąpić unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a nie wyłonienie wykonawcy.

Ustalony ustawowo reżim udzielania zamówienia publicznego nie ogranicza się jedynie do postępowania w zakresie wyłonienia wykonawcy zamówienia (postępowania o udzielenie zamówienia), ale dotyczy także realizacji zamówienia publicznego w oparciu o zawartą umowę. Zgodnie z ustawą umowa nie może być sporządzana w dowolnej formie. Winna być zawarta pod rygorem nieważności w formy pisemnej (art. 139 Pzp). Może być ona zawierana – co do zasady – na czas oznaczony, na okres nie dłuższy niż 4 lata, chyba że ustawa przewiduje inaczej (art. 142 Pzp). Umowa ta jest jawna i podlega udostępnieniu na zasadach określonych w przepisach o dostępie do informacji publicznej. Zgodnie z ustawą treść umowy jest zdeterminowana zapisami zawartymi w specyfikacji oraz zawartymi w wybranej ofercie. Zakres świadczeń wykonawcy winien być tożsamy z jego zobowiązaniami zawartymi w ofercie (art. 140 Pzp). Zakazane jest nato-

miast dokonywanie istotnych zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy zadania, chyba że powierzający przewidział możliwość dokonania takiej zmiany w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji oraz określił warunki takiej zmiany. Zmiana dokonana wbrew temu ograniczeniu jest nieważna (art. 144 Pzp). Ustawa wprowadza także szczególną możliwość odstąpienia przez zamawiającego od zawartej już umowy (art. 145 Pzp), a także określa przesłanki nieważności umowy (art. 146 Pzp).

Ta ogólna charakterystyka zasad udzielania zamówień publicznych zostanie rozwinęta w dalszych częściach opracowania.

Wspomniane wyżej pojęcie interesu publicznego ma ścisły związek z pojęciem dobra publicznego. Kryteriami odróżniającymi dobro publiczne od dobra prywatnego mogą być kryteria społeczne (użyteczność) lub ekonomiczne (odpłatność). Według kryterium użyteczności dobra prywatne od publicznych różni zasięg korzyści – ograniczony do jednej lub kilku osób, np. rodziny, bądź powszechny i nieograniczający korzystania z tego samego dobra przez inne osoby. Z punktu widzenia kryterium odpłatności istotne jest natomiast, czy źródłem odpłatności są fundusze prywatne czy też publiczne (np. budżet państwa lub budżety j.s.t.)⁵⁴.

Interes publiczny (traktowany dawniej równoważnie z interesem społecznym) jest jednym z podstawowych pojęć prawa administracyjnego⁵⁵. W nauce prawa, definiując administrację publiczną, wskazuje się jako jedną z jej konstytutywnych cech działania służące realizacji interesu publicznego⁵⁶. Jest to jednak pojęcie niedookreślone i nieostre, zaliczane przez naukę prawa do kategorii klauzul generalnych drugiego typu, czyli zakazujących stosowania subiektywnej hierarchii wartości i nakazujących odwoływanie się do systemów wartości ogólnych, przyjętych w danym miejscu i czasie⁵⁷.

Taki charakter pojęcia interesu publicznego sprawia, że obok definicji słownikowych pojawiło się w literaturze przedmiotu wiele wyjaśnień opartych na konfrontacji interesu publicznego z interesem jednostkowym. Cechą konstytutywną interesu publicznego byłoby zatem to, iż dotyczy on ogółu, nieokreślonej z góry liczby osób, a nie jednostki czy określonej grupy społecznej⁵⁸. W takich interpretacjach wskazuje

⁵⁴ S. Owsiak, *Finanse publiczne. Teoria i praktyka*, Wyd. Naukowe PWN, Warszawa 2005, s. 27.

⁵⁵ M. Wyrzykowski, *Pojęcie interesu społecznego w prawie administracyjnym*, Warszawa 1986, s. 9.

⁵⁶ Zob. np. J. Zimmermann, *Prawo administracyjne*, Warszawa 2008, s. 260; H. Izdebski, M. Kulesza, *Administracja publiczna. Zagadnienia ogólne*, Warszawa 2004, s. 93.

⁵⁷ W. Jakimowicz, *Wykładowia w prawie administracyjnym*, Kraków 2006, s. 23.

⁵⁸ Por. Wyrok Sądu Antymonopolowego z dnia 19 listopada 2001 r., sygn. XVII Ama 2/01 (Dz. Urz. UOKiK z 2002 r., Nr 1, poz. 47).

się na możliwe kolizje interesów jednostki z interesem publicznym, rozumianym jako nadrzędny⁵⁹. Znacznie częściej jednak wskazuje się w literaturze przedmiotu, że chociaż interes indywidualny nie pokrywa się z interesem publicznym, relacje między nimi mogą być zróżnicowane – od identyfikacji, poprzez obojętność, aż po ewidentną sprzeczność. Nigdy też interes publiczny nie będzie prostą sumą interesów prywatnych. Celem demokratycznego państwa prawa winno być harmonijne godzenie obu tych interesów. Coraz częściej na gruncie nauk społecznych wskazuje się na rolę grup społecznych jako uczestników życia publicznego. Interes publiczny w tym ujęciu stanowi wypadkową interesów grupowych, o których hierarchii trudno z góry orzec. Należy się też zgodzić z poglądem, iż wartości składające się na interes publiczny mogą mieć względem siebie konkurencyjny charakter – i to właśnie ma miejsce w przypadku zamówień publicznych. Należy też podzielić pogląd, że chociaż pojęcie interesu publicznego nie zostało w doktrynie precyzyjnie zdefiniowane⁶⁰, to zawsze określa stan pożądaný przez znaczną część lub większość niedookreślonej, abstrakcyjnie pojmowanej grupy ludzi, dotyczący tej grupy i odmienny lub nawet przeciwny interesom prywatnym⁶¹.

Kwestia finansowania zamówień publicznych ze środków publicznych nie jest jednoznaczna. W ustawowej definicji zamówienia publicznego nie określa się pochodzenia środków, które zamawiający przeznacza na realizację zamówienia publicznego. Nie zawsze zatem muszą to być środki publiczne w rozumieniu ustawy o finansach publicznych. Procedura zamówień publicznych obowiązuje jednak także wtedy, gdy podmiot publiczny określony prawnie jako zamawiający nie korzysta ze środków publicznych (np. w przypadku zamówień sektorowych).

W art. 2 Pzp, zawierającym objaśnienia pojęć, obok definicji zamawiającego, wykonawcy, usług, dostaw i robót budowlanych, podana jest także definicja środków publicznych. Odsyła ona do zakresu środków publicznych określonego w ustawie o finansach publicznych (art. 5 u.f.p.). Jednak ustawa ta również nie definiuje dochodów publicznych. W art. 5 ust. 2 u.f.p. wymienione zostały jedynie w kolejnych punktach rodzaje dochodów i przychodów, które ustawodawca zakwalifikował do środków publicznych. Wyczerpująco wymieniono tam pięć podstawowych kategorii środków publicznych, a następnie niektóre

⁵⁹ Por. teza wyroku NSA z dnia 18 stycznia 1995 r.: „najdalej nawet idące poglądy co do zakresu uwzględnienia słusznego interesu strony w postępowaniu administracyjnym przewidują, że granicą dla niego jest kolizja z interesem społecznym”, A/Wr 1386/94, „Przegląd Orzecznictwa Podatkowego” 1996, nr 6, poz. 181.

⁶⁰ Definicja podana w uchwale TK z dnia 12 marca 1997 r. (W 8/96 OTK 1997 nr 1, poz. 15) jako „korzyści płynące dla ogółu społeczeństwa z realizacji działań, przedsięwzięć, które są zadaniami państwa lub j.s.t.”, nie wyczerpuje złożoności zagadnienia.

⁶¹ M. Wieloński, *Realizacja interesu publicznego...*, s. 24.

z tych kategorii (dochody publiczne, środki europejskie, przychody budżetu państwa i budżetów j.s.t. oraz innych jednostek sektora finansów publicznych) szczegółowo wypełniono konkretnymi rodzajami środków. Katalog ten nie ma charakteru zamkniętego. Obejmuje też przychody jednostek sektora finansów publicznych pochodzące z prowadzonej przez nie działalności oraz z innych źródeł.

Do środków publicznych ustawodawca zaliczył także środki europejskie. W art. 5 ust. 1 pkt 2 u.f.p. przyjęto, iż do tej kategorii należy zaliczyć środki pochodzące z budżetu UE oraz niepodlegające zwrotowi środki z pomocy udzielanej przez państwa członkowskie Europejskiego Porozumienia o Wolnym Handlu (EFTA). Do środków pochodzących ze źródeł zagranicznych ustawodawca zalicza także inne bezzwrotne środki zagraniczne. Szczegółowe ustalenie rodzaju środków pochodzących z tych źródeł znajduje się w art. 5 ust. 3 u.f.p. Wymienione wyżej środki publiczne będące w gestii j.s.t. są wykorzystywane przez j.s.t. jako źródło finansowania zamówień publicznych. Najistotniejszą rolę dla finansowania zamówień publicznych przez j.s.t. odgrywają dochody i przychody j.s.t., w tym przede wszystkim źródła zwrotne, a także bezzwrotne środki zagraniczne pochodzące głównie z funduszy UE oraz od państw EFTA.

Zamówienia publiczne udzielane w ramach projektów współfinansowanych ze środków UE podlegają tym samym zasadom kwalifikacji przedmiotowej, co zamówienia finansowane ze środków własnych zamawiającego. Istotne różnice polegają na tym, że zamawiający, udzielając zamówień w ramach projektów współfinansowanych ze środków UE, jest związany zasadami wynikającymi z prawa unijnego, w tym także należącymi do kategorii *soft law* (dokumenty i wytyczne instytucji udzielającej wsparcia).

Interes publiczny w realizacji zamówień publicznych jest związany z gospodarowaniem środkami publicznymi. W związku z tym pojawiają się tu kryteria ekonomiczne. Wobec ograniczonej ilości i dostępności środków publicznych ich wydatkowanie musi być oszczędne i uzasadnione rachunkiem ekonomicznym. Zasady gospodarowania środkami publicznymi określono w sposób ogólny w art. 44 ust. 3 pkt 1 u.f.p. – jako dokonywanie wydatków w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem zasad uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów oraz optymalnego doboru metod i środków służących osiągnięciu założonych celów.

W kontekście zamówień publicznych cele te należy rozumieć szeroko. Celem jest bowiem nie tylko pełna i terminowa realizacja zadania, dokonana zgodnie z obowiązującymi przepisami, lecz także ochrona wartości uznanych za nadrzędne, w tym szeroko rozumianego interesu publicznego. Rzutuje to na kryteria wyboru oferty w procedurze zamówień publicznych. Obok kryteriów ekonomicznych (najniższej ceny lub oferty najkorzystniejszej ekonomicznie z punktu widzenia instytucji zamawiającej) – tzw. kryte-

riów pierwszorzędnych lub pierwszoplanowych⁶² – bierze się pod uwagę kryteria „drugorzędne” („drugoplanowe”). Nie dotyczą one szeroko pojętej racjonalności i efektywności ekonomicznej, lecz odnoszą się do pewnych pozytywnych i pożądaných stanów rzeczy, będących celami działania państwa jako takiego. Do celów tych można zaliczyć: zwalczanie bezrobocia, promowanie słabo rozwiniętych i niedoinwestowanych regionów kraju, ochronę środowiska, popieranie grup ludności będących w trudniejszej sytuacji niż pozostała część społeczeństwa (np. osoby starsze lub niepełnosprawne). Instytucja zamawiająca może tak kształtować przebieg postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, aby były uwzględnione cele realizujące interes publiczny. Jakkolwiek stosowanie takich kryteriów wyboru ofert było kwestionowane, to orzecznictwo TSUE dopuszcza je pod warunkiem pełnego poszanowania traktatowych zasad niedyskryminacji, swobody prowadzenia działalności gospodarczej i swobody świadczenia usług. W jednym z orzeczeń TSUE przyjął posługiwanie się takim drugoplanowym kryterium nie tylko jako kryterium dopuszczenia wykonawcy do udziału w postępowaniu, ale także jako kryterium wyboru oferty⁶³. W innym orzeczeniu TSUE uznał, że kryterium przyczyniania się przez wybranego wykonawcę do zwalczania lokalnego bezrobocia może zostać przez instytucję zamawiającą zastosowane jako jedno z kryteriów wyboru oferty pod warunkiem, że będzie zgodne z zasadą niedyskryminacji i regułami swobodnego przepływu oraz że zostanie w odpowiedni sposób ogłoszone⁶⁴.

Interes publiczny, dominujący przy wyborze oferty, wymaga uwzględnienia obok kryteriów ekonomicznych także kryteriów realizacji celów społecznych.

3. Podmioty udzielające zamówień publicznych

Krąg podmiotów zaliczanych do uczestników zamówień publicznych po stronie zamawiającego jest określony w dyrektywach poprzez wskazanie instytucji zamawiającej. Według art. 1 ust. 9 dyrektywy klasycznej oraz art. 2 ust. 1 lit. a dyrektywy 2004/17 – kategoria „instytucje zamawiające” obejmuje państwo, jednostki samorządu terytorialnego, podmioty prawa publicznego, związki złożone z jednej lub wielu takich jednostek lub z jednego lub wielu podmiotów prawa publicznego. Definicja ta w kolejnych punktach rozwija określenie „podmiot prawa publicznego”. Instytucja może być uznana za pod-

⁶² M. Szydło, *Udzielenie zamówienia publicznego jako pomoc państwa w rozumieniu art. 87 ust. 1 Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2007, z. 2, s. 371.

⁶³ Orzeczenie TSUE w sprawie 31/87 *Gebroeders Beentjes BV v. Holandia*, Zb.Orz. 1988, s. 4635, pkt 28–31, 36–37.

⁶⁴ Orzeczenie TSUE w sprawie C-225/98 *Komisja v. Francja*, Zb.Orz. 2000, s. I-7445, pkt 58–54.

miot prawa publicznego, jeżeli posiada osobowość prawną, została ustanowiona w szczególnym celu zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym, niemających charakteru przemysłowego ani handlowego (zatem takich, których zaspokojenie leży w interesie publicznym), a ponadto spełnia jeden z następujących warunków: jest finansowana w całości lub w przeważającej części przez organy państwowe, samorządowe lub inne instytucje prawa publicznego, podlega nadzorowi w odniesieniu do zarządu instytucji, ponad połowę składu jej organu kierowniczego stanowią osoby mianowane przez organy państwowe, samorządowe lub inne instytucje prawa publicznego. Dyrektywa 2004/17 zalicza także przedsiębiorstwa publiczne do kategorii instytucji zamawiającej.

Wśród instytucji zamawiających wymienione są także jednostki samorządu terytorialnego. Szczególną pozycję tych jednostek w porządku prawnym UE eksponuje art. 4 ust. 2 TFUE, według którego „Unia szanuje równość Państw Członkowskich wobec Traktatów, jak również ich tożsamość narodową, nierozzerwalnie związaną z ich podstawowymi strukturami politycznymi i konstytucyjnymi, w tym w odniesieniu do samorządu regionalnego i lokalnego”.

Według ogólnej definicji zawartej w art. 2 pkt 12 Pzp, podmiotem udzielającym zamówienia publicznego (zamawiającym) może być osoba fizyczna, osoba prawna albo jednostka organizacyjna nieposiadająca osobowości prawnej obowiązana do stosowania ustawy. Artykuł 3 Pzp zawiera natomiast wykaz kategorii podmiotów zamawiających. Katalog ten jest bardzo obszerny.

W pierwszej kolejności ustawodawca zalicza do tych podmiotów jednostki sektora finansów publicznych w rozumieniu ustawy o finansach publicznych, a zatem wszystkie j.s.t., (art. 9 u.f.p.) oraz niemające takiego statusu państwowe jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej, czyli instytucje państwowe niezaliczone do sektora finansów publicznych, ale uznane za organy państwowe w rozumieniu dyrektywy klasycznej (art. 3 ust. 2 pkt 1 i 2 Pzp). Są one obowiązane do stosowania ustawy Pzp bezwarunkowo.

W dalszej kolejności przepisy art. 3 ust. 1 Pzp wymieniają w pkt 3–7 podmioty, które są zobowiązane do stosowania ustawy jedynie wówczas, gdy spełnią określone warunki. Będą to inne niż zaliczone do sektora finansów publicznych osoby prawne, utworzone w szczególnym celu zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym, niemających charakteru przemysłowego ani handlowego. Będą one podmiotami podlegającymi ustawie Pzp, jeżeli jednostki sektora finansów publicznych lub inne państwowe jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej, pojedynczo lub wspólnie, bezpośrednio lub przez inny podmiot: a) finansują je w ponad 50%, lub b) posiadają ponad połowę udziałów albo akcji, lub c) sprawują nadzór nad organem zarządzającym, lub też d) mają prawo do powoływania ponad połowy składu organu nadzorczego lub

zarządzającego. Obowiązane do stosowania przepisów ustawy są także związki wszystkich wymienionych powyżej podmiotów, niezależnie od konieczności spełnienia jakichkolwiek dalszych przesłanek (art. 3 ust. 1 pkt 3 i 3a Pzp).

Kolejną grupę stanowią inne niż wcześniej wymienione kategorie podmiotów, jeżeli dokonują zamówień sektorowych określonych w art. 132 Pzp. Będą one podlegać ustawie po spełnieniu jednego z dwóch warunków: 1) działalność podmiotu jest wykonywana na podstawie ustaw szczególnych lub wyłącznych (tj. praw przyznanych w drodze ustawy lub decyzji administracyjnej) albo 2) pozostają pod dominującym wpływem podmiotów wskazanych w art. 3 ust. 1 pkt 1–3a Pzp. Dominujący wpływ może polegać na a) finansowaniu ich w ponad 50%, lub b) posiadaniu ponad połowy udziałów albo akcji, albo c) posiadaniu ponad połowy głosów wynikających z udziałów albo akcji, lub d) sprawowaniu nadzoru nad organem zarządzającym, albo też e) posiadaniu prawa do powoływania ponad połowy składu organu zarządzającego (art. 3 ust. 1 pkt 4 Pzp).

Następną grupę tworzą jednostki inne niż zaliczone do sektora finansów publicznych lub do państwowych jednostek organizacyjnych nieposiadających osobowości prawnej. Są one zobowiązane do stosowania przepisów Pzp, jeżeli udział środków publicznych w wartości udzielanego zamówienia przekracza 50% lub jeżeli zamówienie jest w co najmniej 50% finansowane przez podmioty, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1–3a Pzp. Zamówienie takie musi ponadto dotyczyć robót budowlanych obejmujących wykonanie czynności w zakresie inżynierii lądowej lub wodnej, budowy szpitali, obiektów sportowych, rekreacyjnych lub wypoczynkowych, budynków szkolnych, budynków szkół wyższych lub budynków wykorzystywanych przez administrację publiczną lub usługi związane z takimi robotami budowlanymi, a wartość zamówienia będzie co najmniej równa progom unijnym określonym na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp. Wymienione wyżej przesłanki muszą być spełnione łącznie (art. 3 ust. 1 pkt 5).

Do ostatniej kategorii podmiotów zobowiązanych do stosowania przepisów Pzp należą w myśl art. 3 ust. 1 pkt 7 Pzp podmioty, z którymi zawarto umowę koncesji na roboty budowlane na podstawie ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi. Będzie to dotyczyło tylko takiego zakresu ich działalności, w jakim udzielają zamówień.

Pojęcie zamawiającego ustawodawca zarezerwował więc dla wyraźnie przewidzianego w art. 3 Pzp katalogu podmiotów. Będą to podmioty gospodarujące mieniem publicznym, głównie państwowe i samorządowe. Oprócz tych podmiotów publicznych regulacja ustawy Pzp obejmuje także inne podmioty gospodarujące składnikami mienia publicznego, o ile finansują swe zadania z udziałem środków publicznych lub

środków angażowanych przez jednostki publiczne bądź też gdy są to zadania publiczne realizowane na szczególnych zasadach⁶⁵.

Wskazane w ustawie podmioty uzyskają status zamawiającego, o ile będą dokonywać przedmiotowo kwalifikowanych zamówień na roboty budowlane, dostawy lub usługi, które w przeważającej mierze będą sfinansowane ze środków publicznych i o ile nie zachodzą ustawowe przesłanki wyłączenia stosowania Pzp. Można zatem przyjąć, że konstruując pojęcie zamawiającego, ustawodawca ograniczył cywilnoprawną swobodę zawierania umów. Zamawiającym może być zatem podmiot, który jest szczególnie kwalifikowany ustawowo, również w odniesieniu do wartości zamówienia. Zgodnie z art. 4 pkt 8 Pzp wartość ta musi wynosić co najmniej wyrażoną w złotych równoważność kwoty 14 000 euro.

Z uwagi na przyjęty w niniejszym opracowaniu zakres badań dalsze rozważania koncentrować się będą na zamawiającym, jakim jest j.s.t., i na jednostkach organizacyjnych funkcjonujących w ramach ich struktur, tj. samorządowych jednostkach budżetowych i samorządowych zakładach budżetowych. Zgodnie z ustaleniami dokonanymi w myśl art. 9 pkt 2, 3 i 4 u.f.p. podmioty te są zaliczone do sektora finansów publicznych⁶⁶. Zamawiającymi będącymi przedmiotem niniejszych badań będą zatem j.s.t. i samorządowe zakłady budżetowe wykonujące zadania wymienione w art. 14 u.f.p. oraz samorządowe jednostki budżetowe. Według art. 32 ust. 5 Pzp, wyodrębniona jednostka organizacyjna zamawiającego może udzielać zamówienia publicznego związanego z jej własną działalnością w zakresie posiadanej samodzielności finansowej.

Pojęcie samodzielności finansowej j.s.t. i samorządowych jednostek jest określone przez regulacje systemu finansowego j.s.t. W świetle tych regulacji podmioty te mają prawo do gromadzenia własnych dochodów, przychodów oraz dokonywania wydatków i rozchodów, a także prowadzenia gospodarki finansowej w oparciu o własny budżet⁶⁷. Samodzielność finansowa jednostek organizacyjnych j.s.t. jest zdeterminowana stanowiącym podstawę ich funkcjonowania planem finansowym, który przewidyuje określony zakres ich dochodów lub przychodów⁶⁸. Zasady dokonywania wydat-

⁶⁵ M. Guziński, *Przedsiębiorcy publiczni i zarząd mieniem publicznym*, [w:] A. Borkowski, A. Chełmoński, M. Guziński, K. Kiczka, L. Kieres, T. Kocowski, *Administracyjne prawo gospodarcze*, Wrocław 2005, s. 305.

⁶⁶ Nie będą więc do nich zaliczane spółki, w których j.s.t. posiada ponad połowę udziałów lub akcji albo sprawuje nadzór nad organem zarządzającym lub jednostki j.s.t. mają prawo do powoływania ponad połowy składu zarządu.

⁶⁷ I. Czaja-Hliniak, *Prawno-finansowe gwarancje samodzielności jednostek samorządu terytorialnego*, Wyższa Szkoła Administracji, Bielsko-Biała 2001, s. 66; J. Glumińska-Pawlic, *Samodzielność finansowa jednostek samorządu terytorialnego w Polsce*, Katowice 2003, s. 196.

⁶⁸ J. Małecki, *Z problematyki nadzoru nad finansami komunalnymi*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1991, z. 1, s. 43 i n.; *idem*, *Sądowa ochrona samodzielności*

ków lub finansowania kosztów danych jednostek są określone przez zasady determinujące dokonywanie wydatków określone przez ustawę o finansach publicznych, a także przez przepisy prawa wewnętrznego (np. w statucie, regulaminie organizacyjnym)⁶⁹.

Według art. 2 pkt 7a Pzp postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest wszczynane w drodze publicznego ogłoszenia o zamówieniu, przesłania zaproszenia do składania ofert bądź przesłania zaproszenia do negocjacji w celu dokonania wyboru oferty wykonawcy, z którym zostanie zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego, a w trybie zamówienia z wolnej ręki – wynegocjowania postanowień takiej umowy. Przepis ten określa więc ramy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Terminem wszczęcia postępowania jest moment uzewnętrznienia woli zamawiającego w sprawie zamówienia. Jest to w zasadzie data publikacji ogłoszenia o zamówieniu⁷⁰, od której następują czynności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego⁷¹. Celem tego postępowania jest dokonanie wyboru oferty wykonawcy, z którym zostanie zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego. W trybie zamówienia z wolnej ręki chodzi o wynegocjowanie treści takiej umowy. Odpowiada to istocie procedur udzielania zamówień publicznych, zmierzających do określenia zasad i sposobu wyłonienia kontrahenta (wykonawcy), z którym będzie zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego. Z przepisów Pzp wynika, iż wybór wykonawcy zamówienia publicznego oparty jest na wyborze najkorzystniejszej oferty (art. 91 Pzp). Cel procedur udzielania zamówień publicznych jest więc osiągnięty z chwilą dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty (art. 92 Pzp). Biorąc to pod uwagę podkreśla się, że z punktu widzenia postępowania o udzielenie zamówień publicznych nie jest istotne zawarcie umowy (udzielenie zamówienia publicznego), lecz wybór wykonawcy, któremu może być udzielone zamówienie (wybór najkorzystniejszej oferty), kończący postępowanie. Podobnie jest w zamówieniach udzielanych w trybie zamówienia z wolnej ręki, gdzie ustawodawca wiąże skutek w postaci zakończenia postępowania z chwilą ustalenia warunków przyszłej umowy, a nie z chwilą jej zawarcia⁷². Potwierdza to przepis art. 7 ust. 3 Pzp, według którego zamówienia publicznego udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

finansowej samorządu terytorialnego, [w:] *I Forum Samorządowe. Polska samorządność w integrującej się Europie*, Szczecin 2004, s. 324.

⁶⁹ Podobnie: J. Pieróg, *Komentarz do art. 32 Pzp*, [w:] J. Pieróg, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2012.

⁷⁰ Art. 40 ust. 1, art. 48 ust. 1, art. 56 ust. 1, art. 60c ust. 1, art. 75 Pzp.

⁷¹ Art. 17 ust. 1 i 2 Pzp.

⁷² Art. 2 pkt 7a Pzp.

Udzielenie zamówienia publicznego następuje wszakże z chwilą zawarcia umowy cywilnoprawnej, polegającej na złożeniu zgodnych oświadczeń woli jej stron, czyli zamawiającego i wykonawcy wyłonionego w wyniku zakończonego postępowania. Według art. 139 ust. 1 Pzp, do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Istotna jest zatem zdolność zamawiającego do składania oświadczeń woli.

Taką zdolność mają jednostki samorządu terytorialnego, którym przepisy ustaw samorządowych jako przepisy szczególne, do których odsyła art. 33 Kc, przyznają osobowość prawną⁷³. Zgodnie z art. 38 Kc, osoba prawna działa przez swoje organy w sposób przewidziany w ustawie i w opartym na niej statucie. Ustawa o samorządzie gminnym stanowi w art. 46 ust. 1, że oświadczenie woli w imieniu gminy w zakresie zarządu mieniem składa jednoosobowo wójt albo działający na podstawie jego upoważnienia zastępca wójta, samodzielnie albo wraz z inną upoważnioną przez wójta osobą. Ustawa o samorządzie powiatowym przyjmuje w art. 48 ust. 1, że oświadczenie woli w sprawach majątkowych w imieniu powiatu składają dwaj członkowie zarządu lub jeden członek zarządu i osoba upoważniona przez zarząd. Według art. 57 u.s.w. oświadczenia woli w imieniu województwa składa marszałek województwa wraz z członkiem zarządu województwa, chyba że statut województwa stanowi inaczej (ust. 1), a sejmik województwa może udzielić marszałkowi upoważnienia do składania jednoosobowo oświadczeń woli, innych niż przewidywane w statucie województwa (ust. 2).

Zamawiającym może też być związek komunalny, określony jako związek międzygminny czy związek powiatów, a także stowarzyszenie jednostek samorządu terytorialnego. Zarówno związek komunalny⁷⁴, jak i stowarzyszenie j.s.t.⁷⁵ mają osobowość prawną i mogą występować w obrocie cywilnoprawnym na zasadach określonych w ustawie bądź statucie⁷⁶. Ta kategoria zamawiających nie będzie wszakże przedmiotem dalszych rozważań.

Wyjaśnienia wymaga sytuacja prawna zamawiających będących samorządowymi zakładami budżetowymi czy samorządowymi jednostkami budżetowymi. Jak już stwier-

⁷³ Art. 2 ust. 2 ustawy z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym, tekst jedn. Dz.U. z 2001 r., Nr 142, poz. 1591, dalej zwana u.s.g.; art. 2 ust. 2 ustawy z dnia 5 czerwca 1998 r. o samorządzie powiatowym, tekst jedn. Dz.U. z 2001 r., Nr 142, poz. 1592, dalej zwana u.s.p.; art. 6 ust. 2 ustawy z dnia 5 czerwca 1998 r. o samorządzie województwa, tekst jedn. Dz.U. z 2001 r., Nr 142, poz. 1593, dalej zwana u.s.w.

⁷⁴ Art. u.s.g., art. 66 ust. 2 u.s.p.

⁷⁵ Art. 172 Konstytucji, art. 84 u.s.g., art. 65 u.s.p., art. 8b ust. 1 u.s.w., w zw. z art. 17 ust. 1 ustawy z dnia 7 kwietnia 1989 r. Prawo o stowarzyszeniach (tekst jedn. Dz.U. z 2001 r., Nr 79, poz. 855 z późn. zm.).

⁷⁶ Art. 10 ust. 1 pkt 6 Prawa o stowarzyszeniach w zw. z art. 38 K.c.

dzono, podmioty te mają status zamawiających jako jednostki sektora finansów publicznych. Z ustrojowoprawnego punktu widzenia są one jednak elementem składowym struktury j.s.t., za pomocą których są wykonywane zadania samorządowe⁷⁷. Z uwagi na to, że nie mają one osobowości cywilnoprawnej, na potrzeby obrotu cywilnoprawnego do tych podmiotów może mieć zastosowanie art. 33¹ § 1 Kc, według którego do jednostek organizacyjnych niebędących osobami prawnymi, którym ustawa przyznaje zdolność prawną, stosuje się odpowiednio przepisy o osobach prawnych. Należy wszakże uzupełnić ten przepis o istotną regulację zawartą w ustawach samorządowych. Zgodnie z art. 47 ust. 1 u.s.g. kierownicy jednostek organizacyjnych gminy nieposiadających osobowości prawnej działają jednoosobowo na podstawie pełnomocnictwa udzielonego przez wójta. Podobną regulację zawiera art. 56 ust. 1 u.s.w., według którego kierownicy wojewódzkich samorządowych jednostek organizacyjnych niemających osobowości prawnej działają jednoosobowo na podstawie pełnomocnictwa udzielonego przez zarząd województwa. Wynika z tego, że samorządowe gminne i wojewódzkie jednostki organizacyjne mogą mieć status zamawiających, jeżeli wynika to z upoważnienia udzielonego ich kierownikom przez wójta (burmistrza lub prezydenta miasta) bądź przez zarząd województwa.

Artykuł 48 ust. 2 u.s.p. stanowi natomiast w tym zakresie, że zarząd powiatu może upoważnić kierowników jednostek organizacyjnych powiatu do składania oświadczeń woli związanych z prowadzeniem bieżącej działalności powiatu. W świetle tej regulacji jednostki organizacyjne powiatu mogą mieć status zamawiających przy spełnieniu dwóch warunków, a mianowicie jeżeli zamówienie publiczne mieści się w zakresie prowadzenia bieżącej działalności powiatu i kierownik takiej jednostki dysponuje w tym zakresie upoważnieniem do składania oświadczeń woli. Bieżącą działalnością powiatu jest działalność charakterystyczna dla tej jednostki samorządu terytorialnego, o charakterze ciągłym. W literaturze podkreśla się, że zakres bieżącej działalności powinien być określony przedmiotowo bądź kwotowo w prawnym akcie wewnętrznym powiatu⁷⁸. W pozostałych przypadkach zamawiającym będzie powiat, w którego imieniu, zgodnie z art. 48 ust. 1 u.s.p., oświadczenie woli w sprawach majątkowych składają dwaj członkowie zarządu lub jeden członek zarządu i osoba upoważniona przez zarząd.

Alternatywą dla zamówień publicznych w ich klasycznej formie jest umowa koncesji i umowa o partnerstwie publiczno-prywatnym. Różnią się one od umów zamówienia publicznego formą wynagrodzenia, które uzyskuje strona prywatna z tytułu spełnienia określonych umową świadczeń na rzecz zamawiającego (podmiotu publicznego). Wynagrodzeniem koncesjonariusza na podstawie takiej umowy może być wyłączne pra-

⁷⁷ Art. 9 ust. 1 u.s.g., art. 6 ust. 1 u.s.p., art. 8 ust. 1 u.s.w.

⁷⁸ K. Bandarzewski, *Komentarz do art. 48 u.s.p.*, [w:] P. Chmielnicki (red.), *Komentarz do ustawy o samorządzie powiatowym*, Warszawa 2005, s. 359 i n.

wo do eksploatacji obiektu budowlanego, albo takie prawo wraz z płatnością koncesjodawcy w przypadku koncesji na roboty budowlane. W razie udzielenia koncesji na usługi wynagrodzeniem może być wyłączone prawo do wykonywania usług, w tym pobierania pożytków, albo takie prawo wraz z płatnością koncesjodawcy⁷⁹.

Na mocy ustawy z dnia 19 grudnia 2008 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym⁸⁰, podmioty publiczne i partnerzy prywatni mogą nawiązać współpracę, której celem jest wspólna realizacja przedsięwzięcia oparta na podziale zadań i ryzyk między podmiotem publicznym i partnerem prywatnym (art. 1 ust. 2 ustawy). W literaturze wskazuje się na liczne korzyści ekonomiczne wynikające z takiego rozwiązania, będącego alternatywą dla udzielenia zamówienia publicznego⁸¹. Obydwie formy umów nie będą jednak przedmiotem dalszych rozważań.

Jeżeli podmiotem udzielającym zamówienia publicznego jest beneficjent funduszy pomocowych UE, to jego obowiązki będą się kształtowały w zależności od tego, czy zostanie zakwalifikowany jako zamawiający w rozumieniu przepisów ustawy Pzp. Obowiązywać go będą wtedy wszystkie rygory tej ustawy, a ponadto dodatkowe wymagania związane z umową o dofinansowanie ze środków europejskich. Jeżeli jednak będzie on udzielał zamówień niepodlegających przepisom Pzp, to będą go obowiązywały akty normatywne i wytyczne programowe instytucji udzielającej wsparcia.

4. Przedmiot zamówień publicznych

Przedmiot zamówienia publicznego określono w art. 2 pkt 13 Pzp. Jest nim, podobnie jak w dyrektywie klasycznej, usługa, dostawa lub roboty budowlane. Każde z tych pojęć zdefiniowano w powołanym art. 2 Pzp.

Zgodnie z obecnie obowiązującym (zmienionym powołaną ustawą z dnia 12 października 2012 r.) brzmieniem ustawy Pzp, usługa została określona jako „wszelkie świadczenia, których przedmiotem nie są roboty budowlane lub dostawy, a są usługami określonymi w przepisach wydanych na podstawie art. 2a lub art. 2b”. Zgodnie z art. 2a Pzp, Prezes Rady Ministrów został upoważniony do określenia w drodze rozporządzenia wykazu usług priorytetowych i niepriorytetowych z uwzględnieniem postanowień dyrektywy 2004/18 WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. koordynującej procedury udzielenia zamówień przez podmioty działające w sektorach gospo-

⁷⁹ M. Lamch-Rejowska, Ł. Laszczyński, *Prawo zamówień publicznych. Praktyczny przewodnik dla zamawiających i wykonawców*, Warszawa 2012, s. 297.

⁸⁰ Dz.U. z 2009 r., Nr 19, poz. 100 ze zm.

⁸¹ A. Hareża, M. Szydło, W. Szydło, *Współpraca dla rozwoju regionu pomiędzy jednostkami samorządu terytorialnego a przedsiębiorcami geologicznymi i górnictwami*, Wrocław 2012, s. 54 i n.

darki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych. Kolejny art. 2b Pzp upoważnia również Prezesa Rady Ministrów do wydania rozporządzenia zawierającego wykaz usług priorytetowych i niepriorytetowych z uwzględnieniem postanowień dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/81/WE z dnia 13 lipca 2009 r. (tzw. dyrektywy obronnej). Obecnie nie jest to więc definicja wyłącznie negatywna, jak było to w poprzednio obowiązujących regulacjach.

Dostawa, w rozumieniu prawa zamówień publicznych, to zgodnie z art. 2 pkt 2 Pzp nabywanie rzeczy, praw oraz innych dóbr, w szczególności na podstawie umowy sprzedaży, dostawy, najmu, dzierżawy oraz leasingu. Przedmiotem dostaw mogą być jedynie takie rzeczy, prawa i dobra, które zgodnie z obowiązującymi przepisami mogą być przedmiotem obrotu⁸². Pojęcie „rzeczy” należy definiować zgodnie z art. 45 Kc, a więc jako przedmioty materialne, tj. o charakterze samoistnym, mogące występować samodzielnie w obrocie. Przez pojęcie „inne dobra” należy rozumieć różne formy energii, które nie mają charakteru materialnego, ale mogą być przedmiotem obrotu.

Określenie robót budowlanych w nowej wersji ustawy Pzp zostało zmienione. Według art. 2 pkt 8 Pzp należy przez nie rozumieć wykonanie albo zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 2c lub obiektu budowlanego, a także realizację obiektu budowlanego za pomocą dowolnych środków, zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego. Określenie obiektu budowlanego znajduje się w nowo dodanym punkcie 5d art. 2 Pzp. Przez obiekt budowlany należy rozumieć wynik całości robót budowlanych w zakresie budownictwa lub inżynierii lądowej i wodnej, który może samoistnie spełniać funkcję gospodarczą lub techniczną.

Definicja robót budowlanych podana w Pzp ma szerszy zakres przedmiotowy niż odpowiednia definicja w ustawie z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane⁸³. Obejmuje ona obok wykonania robót budowlanych także zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 2c Pzp, jak również realizację obiektu budowlanego za pomocą dowolnych środków, zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego.

Nowo wprowadzony do ustawy Pzp art. 2c, na który powołuje się definicja robót budowlanych, zawiera delegację ustawową dla Prezesa Rady Ministrów do określenia w drodze rozporządzenia wykazu robót budowlanych, z uwzględnieniem dyrektywy klasycznej i dyrektywy sektorowej. W tym zakresie obowiązuje od dnia 20 lutego 2013 r. rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 3 grudnia 2012 r. w sprawie wykazu

⁸² M. Stachowiak, *Komentarz do art. 2 Pzp*, [w:] M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, wyd. 4, Warszawa 2010, s. 28.

⁸³ Tekst jedn. Dz.U. z 2006 r., Nr 156, poz. 1118 ze zm.

robót budowlanych⁸⁴. Przypisuje ono poszczególnym kategoriom robót budowlanych odpowiednie kody Wspólnego Słownika Zamówień.

Zgodnie z art. 29 ust. 1 Pzp przedmiot zamówienia publicznego musi być właściwie opisany. Opis powinien być jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, z uwzględnieniem wszystkich wymagań i okoliczności, które mogą mieć wpływ na sporządzenie oferty. Zakazuje się (art. 29 ust. 3 Pzp) opisywania przedmiotu zamówienia za pomocą znaków towarowych, patentów lub pochodzenia. Jeżeli nie da się określić wystarczająco dokładnie przedmiotu zamówienia bez zastosowania znaków czy patentów, w opisie musi się znaleźć dopuszczenie rozwiązań równoważnych. Zakaz ten stanowi realizację naczelnej zasady systemu zamówień publicznych – uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. W praktyce zakaz ten jest bardzo często naruszany, i to nie wprost, lecz przez określenie przez zamawiającego takich parametrów czy rozwiązań technicznych, które wskazują na konkretną markę czy model produktu i w rezultacie mogą wskazywać na konkretnego wykonawcę⁸⁵.

Każdy przedmiot zamówienia publicznego musi być wyraźnie określony. Obok ustalenia jego wartości konieczne jest także podanie opisu. Opis ten, zgodnie z art. 29 ust. 1 Pzp, winien być przedstawiony w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, z uwzględnieniem wszystkich wymagań i okoliczności, które mogą mieć wpływ na sporządzenie oferty. W pewnych sytuacjach określonych w ustawie opis może nawet przesądzać o trybie, w jakim będzie prowadzone postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego. W opisie nie mogą się jednak znajdować określenia, które charakteryzują przedmiot zamówienia przez podanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia (art. 29 ust. 3 Pzp). Naruszałoby to naczelną zasadę systemu zamówień publicznych – uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Tylko w wyjątkowych sytuacjach, kiedy ze specyfiki przedmiotu zamówienia wynika, iż nie da się go wystarczająco dokładnie opisać bez użycia znaku lub patentu, ustawa dopuszcza taką możliwość⁸⁶. Na podstawie art. 30 Pzp możliwy jest opis przedmiotu zamówienia z użyciem cech technicznych i jakościowych (norm). Powołanie norm, aprobat, specyfikacji technicznych i systemów odniesienia wskazanych w tym przepisie obliuguje jednak zamawiającego do wskazania, że dopuszcza on rozwiązania równoważne opisywanym. Wykonawca, powołując się w ofercie na takie równoważne rozwiązania, winien wykazać, że spełniają one wymogi zamawiającego.

⁸⁴ Dz.U. z 2012 r., poz. 1372.

⁸⁵ M. Szorc, K. Zaczeniuk, *Wykonywanie zadań j.s.t. w trybie zamówień publicznych*, [w:] C. Kosikowski, J.M. Salachna (red.), *Finanse samorządowe. 580 pytań i odpowiedzi*, Warszawa 2012, s. 145–146.

⁸⁶ *Ibidem*, s. 144–145.

Ustawa Pzp przewiduje w art. 4 obszerny katalog wyłączeń przedmiotowych jej stosowania. Powodem takich wyłączeń może być szczególnie rodzaj chronionego interesu, którego charakter stoi w sprzeczności z zasadami udzielania zamówień publicznych (np. zamówienia objęte tajemnicą państwową), lub też fakt, że zawieranie umów danego rodzaju podlega innym procedurom (np. udzielanie dotacji na podstawie odrębnych ustaw)⁸⁷.

Tak samo, jak przy określeniu podmiotu, również i w przypadku ustalenia przedmiotu zamówienia publicznego ustawodawca ogranicza cywilnoprawną swobodę zawierania tego rodzaju umów, wskazując, że przedmiotem umowy mogą być wyłącznie dostawy, usługi i roboty budowlane.

5. Wykonawcy zamówień publicznych

Zgodnie z art. 2 pkt 11 Pzp wykonawcą zamówienia publicznego jest osoba fizyczna, osoba prawna lub jednostka organizacyjna nieposiadająca osobowości prawnej, która ubiega się o udzielenie zamówienia publicznego, złożyła ofertę lub zawarła umowę w sprawie zamówienia publicznego. Jest to definicja bardzo pojemna, obejmująca niemal wszystkie podmioty, a jedynym kryterium ograniczającym jest w niej sam przedmiot zamówienia publicznego. W tak sformułowanej definicji wykonawcą będzie więc zarówno dostawca towarów, jak i podmiot oferujący usługi czy prowadzący roboty budowlane.

Z przepisów Pzp nie wynika, aby o zamówienie publiczne mogły się ubiegać wyłącznie podmioty prowadzące działalność gospodarczą. Oznacza to, że wykonawcą może też być osoba fizyczna niebędąca przedsiębiorcą⁸⁸. Tak szeroko ujęty zbiór wykonawców zamówień publicznych jest odzwierciedleniem naczelnych zasad – niedyskryminacji, swobody przedsiębiorczości i równego traktowania – wymienionych w TFUE oraz w preambule do dyrektywy klasycznej, a także w art. 7 Pzp. Wykonawca musi jednak zawsze być podmiotem w rozumieniu prawa cywilnego, posiadać zdolność do czynności cywilnoprawnych. Podmiot zgłaszający uczestnictwo w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego dąży bowiem do zawarcia umowy cywilnoprawnej z zamawiającym⁸⁹.

Prawo realizacji zadań finansowanych ze środków publicznych przysługuje na podstawie art. 43 u.f.p. ogółowi podmiotów, chyba że odrębne ustawy stanowią inaczej. Wyrażona w tym przepisie powszechność dostępu do realizacji zadań finansowanych ze środków publicznych dla wszystkich podmiotów, niezależnie od ich przynależności do

⁸⁷ G. Karwatowicz, M. Lamch-Rejowska, *Zamówienia publiczne w projektach współfinansowanych ze środków unijnych*, Wrocław 2011, s. 39.

⁸⁸ J. Pieróg, *Komentarz do art. 2*, [w:] J. Pieróg, *Prawo zamówień...*

⁸⁹ P. Granecki, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2007, s. 23.

sektora publicznego lub prywatnego, jest realizacją podstawowej zasady równego traktowania wszystkich podmiotów, wyrażonej w dyrektywie klasycznej. Uznaje się też, że wdrożenie tej zasady powinno wpływać na wzrost konkurencyjności ofert, a w konsekwencji na obniżenie kosztów wykonywania zadań finansowanych ze środków publicznych⁹⁰. Przewidziane w ustawie ograniczenie tego prawa winno wynikać z ważnych społecznie względów. Jako przykład można podać art. 22 ust. 2 Pzp, na podstawie którego zamawiający może zastrzec w ogłoszeniu o zamówieniu, że o udzielenie zamówienia mogą się ubiegać wyłącznie wykonawcy (podmioty gospodarcze), u których ponad 50% zatrudnionych pracowników stanowią osoby niepełnosprawne.

Definicja wykonawcy ma charakter dynamiczny. Zbiór podmiotów kwalifikowanych jako wykonawcy na początku postępowania (ubieganie się o uzyskanie zamówienia, złożenie oferty) jest zazwyczaj znacznie szerszy niż na etapie zawarcia umowy, gdzie jest to jeden wybrany przez zamawiającego wykonawca. Należy jednak zwrócić uwagę na fakt, że zamawiający, określając szczegółowo przedmiot zamówienia (w specyfikacji istotnych warunków zamówienia i w ogłoszeniu), dokonuje pośrednio eliminacji niektórych wykonawców, którzy nie będą w stanie zapewnić realizacji zamówienia, nie będą uczestniczyć w postępowaniu.

Kolejną przesłanką mogącą istotnie wpływać na eliminację potencjalnych wykonawców jest wybór trybu udzielenia zamówienia publicznego. Ustawodawca, dopuszczając rozmaite tryby udzielania zamówienia, wprowadza ich hierarchię – od zawsze dopuszczalnych i mających prymat trybów przetargowych (przetargu nieograniczonego i przetargu ograniczonego) do najbardziej ograniczającego konkurencyjność trybu zamówienia z wolnej ręki. Ten ostatni tryb, którego stosowanie jest obwarowane wieloma zastrzeżeniami (art. 67 Pzp), zakłada *a priori* uczestnictwo tylko jednego wykonawcy od samego początku prowadzonego postępowania⁹¹. W pozostałych trybach nieprzetargowych zamawiający sam dokonuje selekcji wykonawców na początkowych etapach postępowania.

We wszystkich ustawowo przewidzianych trybach, w tym także w trybach przetargowych, dokonując zgodnie z art. 22 ust. 1 Pzp weryfikacji wykonawców, zamawiający ma prawo ustalić i ocenić warunki, jakim muszą oni odpowiadać. Może również wykluczyć z dalszego toku postępowania podmioty nieposiadające odpowiednich uprawnień, wiedzy, doświadczenia, niedysponujące potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia czy znajdujące się w niepomyślnej sytuacji ekonomicznej i finansowej.

⁹⁰ Z. Ofiarski, *Komentarz do art. 43*, [w:] M. Karlikowska, W. Miemiec, Z. Ofiarski, K. Sawicka, *Ustawa o finansach publicznych. Komentarz*, Wrocław 2010.

⁹¹ J. Jerzykowski, *Komentarz do art. 66*, [w:] M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, *Prawo zamówień...*, s. 316.

Zamawiający ma zatem szerokie możliwości wpływania na dobór wykonawców. Zawsze jednak musi przestrzegać zasady niedyskryminacji. Oznacza to stosowanie jednakowych kryteriów merytorycznych do wszystkich potencjalnych wykonawców. Kryteria te muszą być konsekwentnie stosowane na wszystkich etapach postępowania, a więc i podczas oceny już złożonych ofert prowadzącej do wyłonienia oferty najkorzystniejszej i zawarcia umowy. Należy tu wyraźnie podkreślić, że zamawiający wybiera ofertę, a nie wykonawcę, a dokonując wyboru, musi przestrzegać wszystkich zasad sformułowanych w przepisach prawa.

6. Ogólne zasady udzielania zamówień publicznych według prawa Unii Europejskiej i prawa krajowego

Zasady udzielania zamówień publicznych zawarte w prawie UE określa w lakoniczny sposób art. 2 dyrektywy 2004/18/WE: „Instytucje zamawiające zapewniają równe i niedyskryminacyjne traktowanie wykonawców oraz działają w sposób przejrzysty”. Niedyskryminujące traktowanie ma związek z art. 18 TFUE, który ustanawia ogólny zakaz dyskryminacji w prawie unijnym i ma bezpośrednie zastosowanie do wszelkich postępowań w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, niezależnie od wartości zamówienia. Jest to reguła oparta na idei niedyskryminacji arbitralnej, a krąg kryteriów niedyskryminacyjnych nie jest oznaczony⁹². Wywodzi się ona z norm dotyczących praw człowieka. TFUE transponuje tę zasadę do stosunków gospodarczych jako podstawę tworzenia wolnego rynku.

Reguła równości znajduje rozwinięcie w przepisach dyrektywy odnoszących się do kolejnych faz postępowania przetargowego. W literaturze podkreśla się, że właśnie ta reguła jest ściśle związana z zapewnieniem uczciwej konkurencji⁹³.

Zasada przejrzystości oznacza, że w procedurze przetargowej reguły są jasne oraz że istnieją środki służące do weryfikacji prawidłowości ich stosowania. Pojęcie to nie zostało w dyrektywie wyjaśnione. W orzecnictwie uznano, że wiąże się ona z dostępnością ogłoszeń o zamówieniu oraz efektywną kontrolą procedur udzielania zamówień w ramach wnoszonych środków odwoławczych⁹⁴.

Dyrektywy UE w sprawie zamówień publicznych obowiązują w porządku prawnym państw z uwzględnieniem zasad ogólnych, które wskazują na relacje między prawem pierwotnym i wtórnym UE a prawem wewnętrznym państw członkowskich. Z za-

⁹² J. Galster, C. Mik, *Podstawy europejskiego prawa wspólnotowego*, Toruń 1996, s. 187.

⁹³ S. Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement*, Londyn 1996, s. 462.

⁹⁴ Orzeczenie w sprawie C-324/98 *Telaustria Verlags GmbH and Telephonadress GmbH v. Telekom Austria and Herold Business Data AG*, ECR 2000, s. I-10745.

sad tych wynika pierwszeństwo regulacji prawa unijnego przed wewnętrznym porządkiem prawnym, co ma szczególne znaczenie w sytuacjach ewentualnych kolizji. Jeżeli ustawodawca wewnętrzny zaniechał implementacji rozwiązań dyrektyw do prawa wewnętrznego lub dokonał implementacji niezgodnie z ustaleniami dyrektyw, to zawarte w dyrektywach rozwiązania będą obowiązujące w krajowym porządku prawnym⁹⁵.

Ogólne zasady udzielania zamówień publicznych w prawie polskim sformułowane są w nieco inny sposób niż w dyrektywie klasycznej. Określa je ustawa Pzp w rozdziale 2 (art. 7–10) jako:

- zasada uczciwej konkurencji,
- zasada równego traktowania wykonawców,
- zasada bezstronności i obiektywizmu,
- zasada udzielania zamówienia wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy Pzp,
- zasada jawności,
- zasada zachowania formy pisemnej i stosowania języka polskiego,
- zasada prymatu przetargu nieograniczonego i ograniczonego.

Przepisy zawarte w rozdziale 2 Pzp mają bardzo istotne znaczenie w zamówieniach publicznych. W literaturze wyrażany jest pogląd, że przypisanie im nazwy „zasada” jest w pełni umotywowane. Przepisy te mają jednakowe zastosowanie do wszystkich trybów udzielania zamówień publicznych. Naruszenie czy pominięcie którejś z zasad jest uznawane za rażące naruszenie ustawy⁹⁶.

Zasada uczciwej konkurencji ma na celu chronienie sprawnie działającego rynku i przeciwdziałanie wykorzystywaniu na nim pozycji monopolistycznej. Uznaje się powszechnie, że konkurencja na rynku sprzyja efektywnemu wykorzystaniu środków finansowych. Zasada ta obowiązuje na wszystkich etapach przygotowania i prowadzenia postępowania. Obowiązuje zarówno zamawiającego, jak i wykonawców. Dotyczy to w szczególności opisu przedmiotu zamówienia i warunków stawianych wykonawcom.

Mając na względzie, by poprzez sformułowania przedmiotu zamówienia nie eliminować z postępowania konkretnego wykonawcy czy konkretnego produktu, ustawodawca wprowadził regułę, że zamawiający nie może przedmiotu zamówienia opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję (art. 29 ust. 2 Pzp).

⁹⁵ L. Kieres, *Europejskie Prawo zamówień publicznych*, [w:] M. Guziński (red.), *Zamówienia publiczne...*, s. 16–17.

⁹⁶ J. Pieróg, *Prawo zamówień...*, s. 53.

W ustawie nie ma definicji terminu „uczciwa”. Należy zatem odwołać się do stosownej regulacji ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Przedmiotu zamówienia nie można ponadto opisywać poprzez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, chyba że jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia i nie da się opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń. W takim przypadku istnieje jednak obowiązek umożliwienia potencjalnym wykonawcom złożenia oferty równoważnej (art. 29 ust. 3 Pzp).

Wyrazem realizacji zasady uczciwej konkurencji jest rozwiązanie określające, że wskazanie warunków udziału w postępowaniu, jak i opisu sposobu dokonania oceny spełniania tych warunków, powinno być związane z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalne do przedmiotu zamówienia (art. 22 ust. 4 Pzp). Jest to rozwiązanie ustawowe mające na celu dotarcie z informacją o wszczynanym postępowaniu do kręgu wszystkich potencjalnych wykonawców. Chodzi tu o publikację ogłoszeń o zamówieniu w określonych publikatorach i w określonej formie (art. 11, art. 27 ust. 3 Pzp). Przejawem realizacji tej zasady jest obowiązek zamawiającego eliminowania z postępowania wykonawców dopuszczających się względem siebie czynów nieuczciwej konkurencji poprzez odrzucanie złożonych przez nich ofert (89 ust. 1 pkt 3 Pzp).

Zasada równego traktowania wykonawców (niedyskryminacji) obowiązuje również na każdym etapie przygotowania i prowadzenia postępowania. Zakazuje ona stosowania przywilejów, ale też środków dyskryminujących wykonawców ze względu na status prawny, formę działania, miejsce zamieszkania, siedziby czy wykonywania działalności, przynależność państwową czy inne właściwości wykonawcy. Ocena złożonych ofert nie może być uzależniona od tych właściwości. Równe traktowanie wykonawców nakazuje zapewnić wszystkim wykonawcom jednakowy dostęp do informacji w tym samym czasie. Nakazuje ponadto dokonanie oceny złożonych ofert i wyboru najkorzystniejszej na podstawie jednakowych i znanych wszystkim wykonawcom kryteriów.

Zasada ta znajduje odzwierciedlenie w przepisach Pzp określających uprawnienia i obowiązki zamawiającego. Przejawia się to między innymi w tym, że zamawiający może żądać od wykonawców spełnienia takich samych warunków udziału w postępowaniu, takich samych oświadczeń i dokumentów potwierdzających ich spełnienie, a także że ich ocenianie winno nastąpić według wcześniej sprecyzowanych i znanych wykonawcom jednakowych reguł (art. 25–6 Pzp). Należy podkreślić, że zamawiający ma obowiązek zapewnienia wykonawcom równego dostępu do istotnych dla postępowania informacji w jednakowym czasie, w szczególności udostępnienia SIWZ i wyjaśnień jej treści. Zamawiający nie może również dowolnie zmieniać warunków udziału w postępowaniu i kryteriów oceny ofert, a zmiany postanowień SIWZ może dokonać jedynie

w szczególnie uzasadnionych przypadkach (art. 36 i 38 Pzp). Równe traktowanie wykonawców oznacza także, że jest wyznaczony taki sam termin składania ofert, a ich ocena i wybór najkorzystniejszej oferty następuje na podstawie jednakowych, znanych wszystkim wykonawcom, przesłanek i kryteriów (art. 86, 89 i art. 91 ust. 1 Pzp).

Zasada bezstronności i obiektywizmu nakłada obowiązek zapewnienia, aby w postępowaniu brały udział ze strony zamawiającego osoby niezwiązane z którymkolwiek z wykonawców uczestniczących w postępowaniu i niemające interesu osobistego w jego przebiegu i wyniku. Osoby te, pod rygorem odpowiedzialności karnej, muszą złożyć stosowne oświadczenia. Art. 17 ust. 1 Pzp przewiduje okoliczności wyłączające udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia po stronie zamawiającego osób, które pozostają w określonych związkach z wykonawcami. Gwarantem realizacji zasady bezstronności są oświadczenia o zaistnieniu lub braku istnienia okoliczności powodujących konieczność wyłączenia takich osób, a także konieczność powtórzenia podjętych czynności (art. 17 ust. 2 i 3 Pzp).

Zasada udzielania zamówienia wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy Pzp dotyczy wszystkich przepisów ustawy. Udzielenie zamówienia musi więc nastąpić przy zastosowaniu dozwolonego dla danej wartości zamówienia trybu i po dokonaniu wszystkich przewidzianych prawem czynności. Zasada ta wyklucza zmiany podmiotowe po stronie wykonawcy.

Zasada jawności określa obowiązki informacyjne, jakie winien spełnić zamawiający w toku całego postępowania o udzielenie zamówienia. Celem jest zagwarantowanie przejrzystości systemu zamówień publicznych. Wspomaga ona główne zasady konkurencyjności i równego traktowania wszystkich uczestników postępowania. W tym aspekcie zasada ta ma charakter wewnętrzny. Można jej jednak również przypisać charakter zewnętrzny. Informacje o zamówieniu winny bowiem docierać do wszystkich zainteresowanych osób⁹⁷.

Zasada zachowania formy pisemnej i stosowania języka polskiego służy zachowaniu zasady jawności i umożliwia kontrolę. Obowiązuje dla całego postępowania. Została rozwinęta w art. 96 ust. 1 Pzp, który wprowadza obowiązek sporządzenia jawnego pisemnego protokołu postępowania o udzielenie zamówienia.

Zasadę tę potwierdza i realizuje art. 27 ustawy stanowiący, że w postępowaniach o udzielenie zamówienia oświadczenia, wnioski, zawiadomienia oraz informacje zamawiający i wykonawcy przekazują, zgodnie z wyborem zamawiającego, pisemnie, faksem lub drogą elektroniczną. Jeżeli wnioski, oświadczenia lub zawiadomienia przekazano faksem lub drogą elektroniczną, każda ze stron na żądanie drugiej niezwłocznie

⁹⁷ M. Guziński, *Krajowe prawo zamówień publicznych*, [w:] M. Guziński (red.), *Zamówienia publiczne...*, s. 58.

potwierdza fakt ich otrzymania. Wyrazem tej zasady jest wymóg pisemnego utrwalania przebiegu postępowania, poprzez obowiązek sporządzania pisemnego protokołu postępowania o udzielenie zamówienia (art. 96 ust. 1 Pzp). Ustawa niekiedy wprost wskazuje, że niektóre czynności związane z postępowaniem muszą być dokumentowane w formie pisemnej. Dotyczy to między innymi oświadczenia o braku okoliczności wyłączającej osobę z udziału w postępowaniu (art. 17 ust. 2 Pzp), a także umowy w sprawie zamówienia publicznego (art. 139 ust. 2 Pzp). Z powyższą zasadą związany jest wymóg prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w języku polskim (art. 9 ust. 2 Pzp). Jedynie w szczególnie uzasadnionych przypadkach zamawiający może wyrazić zgodę na złożenie ich również w jednym z języków powszechnie używanych w handlu międzynarodowym lub języku kraju, w którym zamówienie jest udzielane.

Zasada prymatu przetargu nieograniczonego i ograniczonego uznaje oba te tryby za podstawowe i dopuszczalne bez ograniczeń. Każdy inny tryb dopuszczony przepisami Pzp (są nimi, zgodnie z art. 10 ust. 2 Pzp, tryb negocjacji, negocjacji z ogłoszeniem, dialog konkurencyjny, negocjacje bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki, zapytania o cenę oraz licytacja elektroniczna) wymaga spełnienia ustawowych przesłanek. Przesłanki te mają charakter funkcjonalny. Z okoliczności zaistniałego stanu faktycznego wynika bowiem, czy zamawiający będzie uprawniony do zastosowania trybu innego niż przetarg oraz jaki to będzie mógł być tryb⁹⁸.

Skorzystanie z takich trybów, uznawanych za ograniczające konkurencję, wiąże się z koniecznością spełnienia dodatkowych warunków. Ograniczenia i zaostrzony reżim postępowania wobec nieprzetargowych trybów postępowania mają na celu respektowanie dwóch najważniejszych zasad – uczciwej konkurencji i niedyskryminacji. Wybór trybu postępowania nie jest zatem w pełni pozostawiony decyzji zamawiającego.

Zasady ogólne prawa zamówień publicznych odwołują się wprost, przez przywołanie, do odpowiednich zasad przedsiębiorczości na wspólnym rynku UE. Są to zasady swobody, wolności i niedyskryminacji zawarte w prawie pierwotnym UE⁹⁹. Przepisy krajowe, implementując owe zasady, formułują bardziej szczegółowo wymagania wobec stron postępowania. Zasady ogólne stanowią uzupełnienie luk w przepisach szczegółowych. W razie problemów interpretacyjnych pozwalają na wykładnię zgodną z wolą ustawodawcy, rozstrzygającą powstałe problemy. Jednakże naruszenie przepisów szczególnych jest najczęściej jednoczesnym naruszeniem zasad zamówień publicznych¹⁰⁰.

⁹⁸ M. Lamch-Rejowska, Ł. Laszczyński, *Prawo zamówień publicznych...*, s. 169.

⁹⁹ L. Kieres, *Europejskie Prawo zamówień...*, s. 14–15.

¹⁰⁰ M. Wieloński, *Realizacja interesu publicznego...*, s. 57.

Zasadzie jawności służą przepisy rozdziału 3 działu I Pzp, zatytułowanego „Ogłoszenia”. Realizacji pozostałych zasad służą natomiast procedury normujące postępowanie o udzielenie zamówienia, będące przedmiotem działu II ustawy Pzp. Zasadniczymi celami owych procedur są:

- realizacja podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych,
- eliminacja nieprawidłowości,
- wyrównywanie szans podmiotów zaangażowanych w postępowanie,
- niwelowanie sprzeczności interesów zamawiających i wykonawców.

Omówione powyżej skrótkowo ogólne zasady postępowania przy udzielaniu zamówień publicznych są rozwinięte w przepisach szczegółowych regulujących kolejne etapy tego postępowania. Aspekty finansowoprawne dotyczące działań podejmowanych przez j.s.t. w związku z udzieleniem zamówienia publicznego będą przedmiotem kolejnych rozdziałów opracowania.

Rozdział II

Jednostka samorządu terytorialnego jako zamawiający

1. Zakres zadań jednostek samorządu terytorialnego a zamówienia publiczne

Zadania samorządu terytorialnego są zdeterminowane prawnie. Wynika to z zasady wyrażonej w art. 7 Konstytucji RP¹⁰¹, który stanowi, że organy władzy publicznej, a zatem także organy samorządu terytorialnego, działają na podstawie i w granicach prawa. Organy władzy publicznej, a więc i j.s.t., mogą zatem podejmować tylko takie działania, czy wykonywać tylko takie zadania, które są zdefiniowane prawnie i przydzielone prawnie takiemu organowi (kategorii organów) do wykonania. Wyjątkowo zadania mogą być określone przez sam podmiot władzy publicznej, kiedy prawo daje mu taką kompetencję. Biorąc to pod uwagę, przyjmuje się jako zasadę, że organy władzy publicznej mogą czynić tylko to, na co im prawo zezwala. W innej sytuacji są natomiast podmioty prywatne, których aktywność nie ogranicza się jedynie do czynienia tego, na co im prawo zezwala. Obejmuje bowiem także możliwość podejmowania działań niezakazanych przez prawo.

Ustrój i zadania samorządu terytorialnego ukształtowane są przepisami zawartymi w Konstytucji, w aktach prawa międzynarodowego (ponadnarodowego), w ustawach oraz w aktach wykonawczych wydanych do tych ustaw.

Regulacja konstytucyjna jest istotna dla określenia pozycji samorządu terytorialnego w strukturze państwa oraz zakresu zadań jednostek tego samorządu¹⁰². Poza powołanym art. 7 Konstytucja RP zawiera bardziej szczegółowe regulacje w tym zakresie. Wyodrębnia samorząd terytorialny obok administracji rządowej, jako formę ustrojową administracji publicznej. Przyjmuje w art. 15 zasadę decentralizacji władzy publicznej oraz wprowadza obowiązek takiego ustawowego kształtowania zasadniczego podziału terytorialnego państwa uwzględniającego więzi społeczne, gospodarcze lub kulturowe, który zapewnia jednostkom terytorialnym zdolność wykonywania zadań publicznych. W art. 16 Konstytucja gwarantuje samorządowi terytorialnemu (czyli ogółowi miesz-

¹⁰¹ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r., Dz.U. Nr 78, poz. 483 ze zm.

¹⁰² M. Miemiec, *Zadania samorządu terytorialnego*, [w:] W. Miemiec, K. Sawicka, M. Miemiec, *Prawo finansów publicznych sektora samorządowego*, Warszawa 2013, s. 31 i n.

kańców każdej jednostki zasadniczego podziału terytorialnego) udział w sprawowaniu władzy (administracji) publicznej.

Na ustalenie zakresu zadań samorządu terytorialnego ma także wpływ ratyfikowana przez Polskę Europejska Karta Samorządu Lokalnego¹⁰³, definiująca samorząd lokalny jako prawo i zdolność społeczności lokalnych, w granicach określonych prawem, do kierowania i zarządzania zasadniczą częścią spraw publicznych na ich własną odpowiedzialność i w interesie ich mieszkańców. Karta ustala także standardy dotyczące finansowania zadań przez j.s.t. Istotną rolę odgrywają tutaj postanowienia zawarte w art. 9 EKSL. Postanowienia zawarte w trzech pierwszych ustępach tego artykułu mają charakter obligatoryjny. Zgodnie z ich treścią własne zasoby finansowe społeczności lokalnej mają być wystarczające dla wykonania przekazanych zadań. Zasobami tymi społeczności lokalne powinny swobodnie dysponować w ramach wykonywania swoich kompetencji. Ponadto wysokość tych zasobów powinna być dostosowana do zakresu uprawnień przyznanych społecznościom przez Konstytucję lub przez ustawy. Należy również wskazać wymóg, aby część zasobów finansowych społeczności lokalnych pochodziła z opłat i podatków lokalnych, których stawkę mają prawo ustalać te społeczności w zakresie ustalonym przez ustawę¹⁰⁴. Pozostałe postanowienia art. 9 Karty zalecają między innymi, aby do systemu finansów lokalnych wprowadzono wyrównywanie finansowe, którego tryb i formy powinny być konsultowane z samorządem, a także ograniczony dostęp do rynku kapitałowego. Karta odwołuje się do zasady subsydiarności, przyjmując, że odpowiedzialność za sprawy publiczne powinny ponosić głównie organy władzy, znajdujące się najbliżej obywateli, którymi są niewątpliwie organy samorządu terytorialnego.

W rozdziale VII. *Samorząd terytorialny* Konstytucja rozwija regulację dotyczącą samorządu terytorialnego. W art. 166 zadania j.s.t. zostały podzielone na dwie kategorie – zadania własne i zadania zlecone. Zadania własne, które mają charakter podstawowy dla j.s.t., są określane jako zadania publiczne służące zaspokajaniu potrzeb wspólnoty samorządowej. Zadaniem zleconym są zadania administracji rządowej przekazywane j.s.t. w drodze ustawowej, jeżeli to wynika z uzasadnionych potrzeb państwa. Istotna dla ogólnego podziału zadań między administrację rządową a samorządową jest zasada wyrażona w art. 163 Konstytucji, według której samorząd terytorialny wykonuje zadania publiczne niezastrzeżone przez Konstytucję lub ustawy dla organów innych władz publicznych. W rozgraniczeniu zadań administracji rządowej od administracji samorządo-

¹⁰³ Dz.U. z 1994 r., Nr 124, poz. 607, dalej zwana EKSL.

¹⁰⁴ M. Mazurkiewicz, *Zakres finansów lokalnych i ich gwarancje konstytucyjne*, [w:] W. Miemieć, B. Cybulski (red.), *Samorządowy poradnik budżetowy na rok 1997*, Warszawa 1997, s. 225.

wej przyjęto więc zasadę domniemania właściwości samorządu terytorialnego. Zasada podziału zadań w samym systemie samorządu terytorialnego zawarta jest natomiast w art. 164 Konstytucji, według którego gmina jako podstawowa jednostka w strukturze samorządu terytorialnego wykonuje wszystkie zadania samorządu terytorialnego niezastrzeżone dla innych j.s.t. Stanowi to o domniemaniu właściwości gminy. W art. 2 ust. 2 u.s.w. przyjęto natomiast zasadę, że do zakresu działania samorządu województwa należy wykonywanie zadań publicznych o charakterze wojewódzkim niezastrzeżonych ustawami na rzecz organów administracji rządowej.

Można stwierdzić, że regulacja zadań samorządu terytorialnego zawarta w ustawach samorządowych powtarza oraz rozwija regulację zawartą w Konstytucji i EKSL, z tym, że ustawy samorządowe zawierają ponadto katalogi zadań j.s.t.

Wszystkie ustawy samorządowe przyjmują, że j.s.t. wykonują zadania publiczne w imieniu własnym i na własną odpowiedzialność¹⁰⁵. W przypadku samorządu powiatowego i samorządu województwa w ustawach zastrzeżono dodatkowo, że zadania te są określone ustawami. W wyniku tego zakresu zadań samorządu powiatowego i samorządu województwa są zamknięte ustawowo. Zakres zadań gminy jest natomiast otwarty, gdyż poza zadaniami wyraźnie ustawowo przekazanymi do wykonania, gmina może wykonywać inne lokalne zadania publiczne¹⁰⁶ zdefiniowane ustawowo, lecz niezastrzeżone (nieprzekazane) ustawowo na rzecz innych podmiotów. Regulacja ta stanowi także podstawę do podejmowania przez gminę nowych, dotychczas ustawowo niezdefiniowanych lokalnych zadań o charakterze publicznym i poszerzania w taki sposób zakresu zadań własnych¹⁰⁷. Może to jednak nastąpić jedynie wtedy, gdy nie naruszy to zdolności gminy do wykonywania ustawowych zadań obowiązkowych.

Wszystkie ustawy samorządowe zawierają katalog zadań własnych j.s.t. W art. 7 u.s.g. przyjmuje się, że do zadań własnych gminy należy zaspokajanie zbiorowych potrzeb gminnej wspólnoty samorządowej. Zadania te są przewidziane w 21 kategoriach: ładu przestrzennego, gospodarki nieruchomościami, ochrony środowiska i przyrody oraz gospodarki wodnej; gminnych dróg, ulic, mostów, placów oraz organizacji ruchu drogowego; wodociągów i zaopatrzenia w wodę, kanalizacji, usuwania i oczyszczania ścieków komunalnych, utrzymania czystości i porządku oraz urządzeń sanitarnych, wysypisk i unieszkodliwiania odpadów komunalnych, zaopatrzenia w energię elektryczną i ciepłą oraz gaz; działalności w zakresie telekomunikacji; lokalnego transportu zbioro-

¹⁰⁵ Art. 2 ust. 1 u.s.g.; art. 2 ust. 1, art. 4 ust. 1 u.s.p.; art. 6 ust. 1, art. 14 ust. 1 u.s.w.

¹⁰⁶ Należy podkreślić, że zakres zadań gminy jest ograniczony przez art. 6 u.s.g. do wykonywania zadań publicznych o znaczeniu lokalnym.

¹⁰⁷ Zob. np. H. Izdebski, *Samorząd terytorialny. Podstawy ustroju i działalności*, Warszawa 2006, s. 105; F.L. Knemeyer, *Bayerisches Kommunalrecht*, Stuttgart 2004, s. 43.

wego; ochrony zdrowia; pomocy społecznej, w tym ośrodków i zakładów opiekuńczych; wspierania rodziny i systemu pieczy zastępczej; gminnego budownictwa mieszkaniowego; edukacji publicznej; kultury, w tym bibliotek gminnych i innych instytucji kultury oraz ochrony zabytków i opieki nad zabytkami; kultury fizycznej i turystyki, w tym terenów rekreacyjnych i urządzeń sportowych; targowisk i hal targowych; zieleni gminnej i zadrzewień; cmentarzy gminnych; porządku publicznego i bezpieczeństwa obywateli oraz ochrony przeciwpożarowej i przeciwpowodziowej, w tym wyposażenia i utrzymania gminnego magazynu przeciwpowodziowego; utrzymania gminnych obiektów i urządzeń użyteczności publicznej oraz obiektów administracyjnych; polityki prorodzinnej, w tym zapewnienia kobietom w ciąży opieki socjalnej, medycznej i prawnej; wspierania i upowszechniania idei samorządowej, w tym tworzenia warunków do działania i rozwoju jednostek pomocniczych i wdrażania programów pobudzania aktywności obywatelskiej; promocji gminy; współpracy i działalności na rzecz organizacji pozarządowych oraz podmiotów wymienionych w art. 3 ust. 3 ustawy z dnia 24 kwietnia 2003 r. o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie¹⁰⁸; współpracy ze społecznościami lokalnymi i regionalnymi innych państw.

Artykuł 7 ust. 2 u.s.g. odsyła do ustaw, które nadają określonym gminnym zadaniom charakter obowiązkowy¹⁰⁹.

Zadania własne j.s.t. można przypisać do określonych kategorii, takich jak: infrastruktura techniczna, infrastruktura społeczna, porządek i bezpieczeństwo publiczne, ład przestrzenny i ekologiczny, a także kategorii zbiorczej, w której mieszczą się pozostałe zadania. Stosownie do tego zadania własne gminy można podzielić następująco:

- infrastruktura techniczna gminy (gminne drogi, ulice, mosty, place, wodociągi, kanalizacja, usuwanie i oczyszczanie ścieków komunalnych; utrzymywanie czystości, utrzymywanie urządzeń sanitarnych; wysypiska odpadów komunalnych oraz ich utylizacja; zaopatrzenie w energię elektryczną i ciepłą; komunalne budownictwo mieszkaniowe; lokalny transport zbiorowy; targowiska i hale targowe; gminne obiekty i urządzenia użyteczności publicznej oraz obiekty administracyjne);
- infrastruktura społeczna (ochrona zdrowia, pomoc społeczna, oświata, kultura, ochrona zabytków i opieka nad zabytkami, kultura fizyczna);

¹⁰⁸ Tekst jedn. Dz. U. z 2010 r., Nr 234, poz. 1536.

¹⁰⁹ Jako przykład takiej regulacji można wskazać art. 14a ust. 3 i 4 ustawy z dnia 7 września 1991 r. o systemie oświaty, Dz.U. z 2004 r., Nr 256, poz. 2572 ze zm.

- porządek i bezpieczeństwo publiczne (organizacja ruchu drogowego, porządek publiczny, ochrona przeciwpożarowa i przeciwpowodziowa, bezpieczeństwo sanitarne);
- ład przestrzenny i ekologiczny (planowanie przestrzenne, gospodarka terenami, ochrona środowiska);
- pozostałe zadania¹¹⁰.

Powyższe ogólnie określone zadania gminy sprecyzowano w powołanej ustawie z dnia 17 maja 1990 r. o podziale zadań i kompetencji określonych w ustawach szczególnych pomiędzy organy gminy a organy administracji rządowej oraz o zmianie niektórych ustaw, a także w później uchwalonych ustawach z zakresu materialnego prawa administracyjnego, w których określono podmioty oraz organy właściwe do załatwiania spraw z zakresu regulacji tych ustaw.

Ten katalog zadań nie jest więc zamknięty. Może ulegać zmianie na skutek uchwalenia nowych ustaw. Dotyczy to także zadań z zakresu administracji rządowej.

Tak ustalony ustawowo porządek kompetencyjno-zadaniowy może być w przypadku konkretnej gminy uzupełniony o zadania: z zakresu administracji rządowej, przekazane na podstawie porozumień z organami administracji rządowej (ust. 2); z zakresu właściwości powiatu oraz zadania z zakresu właściwości województwa przejęte do wykonania na podstawie porozumień z tymi jednostkami samorządu terytorialnego (ust. 2a); z zakresu właściwości innych gmin wykonywane na podstawie porozumień międzygminnych (art. 74 u.s.g.)¹¹¹; a także przekazane przez powiat w wyniku pozytywnego rozpatrzenia uzasadnionego wniosku gminy w sprawie przekazania jej zadania z zakresu swojej powiatu na warunkach ustalonych w porozumieniu (art. 4 ust. 5 u.s.p.).

Należy podkreślić, że z mocy porozumień zawartych z powiatem bądź samorządem województwa zakres zadań gminy może jedynie ulec zwiększeniu. Niedopuszczalne jest natomiast ograniczenie zadań własnych gminy i wyzbycie się części z nich przez przekazanie ich w drodze porozumienia powiatowi czy samorządowi województwa. Ustawa o samorządzie gminnym przewiduje wprawdzie możliwość przekazania innej jednostce samorządowej zadania należącego do gminy, jednak nie w drodze porozumienia z powiatem, lecz w drodze zawarcia w trybie art. 74 ust. 1 u.s.g. porozumienia międzygminnego, którego celem jest powierzenie jednej z gmin określonych w porozumieniu zadań publicznych, bądź przekazania w drodze porozumienia zadania własnego

¹¹⁰ Por. M. Miemiec, *Zakres działania gminy*, [w:] J. Boć (red.), *Prawo administracyjne*, Wrocław 2010, s. 198, 199.

¹¹¹ Przekazaniu nie mogą podlegać sprawy należące do wyłącznej właściwości organu gminy, np. uregulowane w art. 18 ust. 2 u.s.g.

innej gminie czy związkowi międzygminnemu. W obowiązującym prawie brak jest w zasadzie podstaw do przekazywania zadań samorządowych w drodze aktu indywidualnego (porozumienia) ze stopnia niższego na stopień wyższy czy z systemu samorządu terytorialnego do administracji rządowej. Zapobiega to procesowi recentralizacji czy rekoncentracji zadań. Jedynym wyjątkiem od tej reguły jest zwrot zadań uzyskanych w drodze porozumienia organowi, który je uprzednio przekazał.

Artykuł 4 ust. 1 ustawy o samorządzie powiatowym ustala katalog określonych ustawami kategorii zadań publicznych o charakterze ponadgminnym, które wykonuje powiat. Do tych kategorii należą zadania z zakresu: edukacji publicznej, promocji i ochrony zdrowia, pomocy społecznej, wspierania rodziny i systemu pieczy zastępczej; polityki prorodzinnej, wspierania osób niepełnosprawnych, transportu zbiorowego i dróg publicznych, kultury oraz ochrony zabytków i opieki nad zabytkami, kultury fizycznej i turystyki, geodezji, kartografii i katastru, gospodarki nieruchomościami, administracji architektoniczno-budowlanej, gospodarki wodnej, ochrony środowiska i przyrody, rolnictwa, leśnictwa i rybactwa śródlądowego, porządku publicznego i bezpieczeństwa obywateli, ochrony przeciwpowodziowej, w tym wyposażenia i utrzymania powiatowego magazynu przeciwpowodziowego, przeciwpożarowej i zapobiegania innym nadzwyczajnym zagrożeniom życia i zdrowia ludzi oraz środowiska, przeciwdziałania bezrobociu oraz aktywizacji lokalnego rynku pracy, ochrony praw konsumenta, utrzymania powiatowych obiektów i urzędzeń użyteczności publicznej oraz obiektów administracyjnych, obronności, promocji powiatu, współpracy i działalności na rzecz organizacji pozarządowych oraz podmiotów wymienionych w art. 3 ust. 3 ustawy z dnia 24 kwietnia 2003 r. o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie, działalności w zakresie telekomunikacji.

Zadania własne powiatu można podzielić następująco:

- infrastruktura techniczna (transport i drogi publiczne, gospodarka nieruchomościami, utrzymanie powiatowych obiektów i urzędzeń użyteczności publicznej);
- infrastruktura społeczna (edukacja publiczna, promocja i ochrona zdrowia, pomoc społeczna, polityka prorodzinna, wspieranie osób niepełnosprawnych, kultura i ochrona dóbr kultury, kultura fizyczna i turystyka, przeciwdziałanie bezrobociu oraz aktywizacja lokalnego rynku pracy, ochrona praw konsumenta, promocja powiatu, współpraca z organizacjami pozarządowymi);
- porządek i bezpieczeństwo publiczne (porządek publiczny i bezpieczeństwo obywateli, ochrona przeciwpowodziowa, przeciwpożarowa i zapobieganie innym nadzwyczajnym zagrożeniom życia i zdrowia ludzi, obronność, wykonywanie zadań powiatowych służb, inspekcji i straży);

- ład przestrzenny i ekologiczny (geodezja, kartografia i kataster, zagospodarowanie przestrzenne i nadzór budowlany, gospodarka wodna, rolnictwo, leśnictwo i rybactwo śródlądowe, ochrona środowiska);
- pozostałe zadania¹¹².

W art. 4 u.s.p. wymienione są także inne zadania powiatu. Zadaniem publicznym powiatu jest zapewnienie wykonywania określonych w ustawach zadań i kompetencji kierowników powiatowych służb, inspekcji i straży, będących zespolonymi organami terenowej administracji rządowej (ust. 2). Ustawy mogą określać inne zadania powiatu (ust. 3). Ustawa odsyła również do ustaw mogących określać niektóre sprawy należące do zakresu działania powiatu jako zadania z zakresu administracji rządowej, wykonywane przez powiat (ust. 4). Ustawa zastrzega, że określone w niej zadania powiatu nie mogą naruszać zakresu działania gmin (ust. 6). Artykuł 4a u.s.p. stanowi, że ustawy mogą nakładać na powiat obowiązek wykonywania zadań z zakresu organizacji przygotowań i przeprowadzenia wyborów powszechnych oraz referendów¹¹³.

Według art. 5 u.s.p. ustawowy porządek zadaniowy powiatu może być uzupełniony o konkretne zadania w trybie porozumień w sprawie wykonywania zadań publicznych z zakresu administracji rządowej, zawieranych przez powiat z organami administracji rządowej (ust. 1) oraz w sprawie powierzenia prowadzenia zadań publicznych z jednostkami lokalnego samorządu terytorialnego, a także z województwem, na którego obszarze znajduje się terytorium powiatu (ust. 2)¹¹⁴. Porozumienia podlegają ogłoszeniu w wojewódzkim dzienniku urzędowym (ust. 3). Do tych porozumień stosuje się odpowiednio przepisy ustawy o samorządzie gminnym (ust. 4). Szczególny przepis art. 4 ust. 5 u.s.p. przewiduje także sytuacje, w których powiat na uzasadniony wniosek zainteresowanej gminy przekazuje jej zadania z zakresu swojej właściwości na warunkach ustalonych w porozumieniu (ust. 5).

Na podstawie porozumień zawartych przez powiat z samorządem województwa zadania powiatu mogą jedynie ulec zwiększeniu. Niedopuszczalne jest bowiem ograniczenie zadań własnych powiatu i wyzbycie się części z nich przez przekazanie ich w drodze porozumienia samorządowi województwa. Ustawa o samorządzie powiatowym przewiduje wprawdzie możliwość przekazania innej jednostce samorządowej za-

¹¹² M. Miemiec, *Zakres działania powiatu*, [w:] J. Boć (red.), *Prawo administracyjne*, Wrocław 2010, s. 208.

¹¹³ Na podstawie art. 156 ustawy z dnia 5 stycznia 2011 r. Kodeks wyborczy, Dz.U. Nr 21, poz. 112.

¹¹⁴ Przekazaniu nie mogą podlegać sprawy należące do wyłącznej właściwości organu powiatu, np. uregulowane w art. 12 u.s.p.

dania należącego do powiatu, jednak nie w drodze porozumienia z samorządem województwa, lecz w drodze zawarcia porozumienia międzypowiatowego, którego celem jest powierzenie jednemu z powiatów określonych w porozumieniu zadań publicznych (art. 73 ust. 1 u.s.p.) bądź przekazanie w drodze porozumienia zadania własnego innemu powiatowi czy związkowi międzygminnemu (art. 65 u.s.p.). Jak już stwierdzono, w obowiązującym prawie brak jest w zasadzie podstaw do przekazywania zadań samorządowych w drodze aktu indywidualnego (porozumienia) ze stopnia niższego na stopień wyższy czy z systemu samorządu terytorialnego do administracji rządowej. Zapobiega to procesowi recentralizacji czy rekoncentracji zadań. Jedynym wyjątkiem od tej reguły jest zwrot przez powiat zadań uzyskanych w drodze porozumienia organowi, który je uprzednio przekazał.

Zadania powiatu zostały określone w ustawie z dnia 24 lipca 1998 r. o zmianie niektórych ustaw określających kompetencje organów administracji publicznej – w związku z reformą ustrojową państwa, a także w późniejszych ustawach z zakresu materialnego prawa administracyjnego.

Ten katalog zadań nie jest więc zamknięty. Może ulegać zmianie na skutek uchwalenia nowych ustaw.

Regionalne usytuowanie województwa sprawia, że jego samorząd jest właściwy w sprawach określania strategii rozwoju województwa, realizowanej poprzez programy wojewódzkie, uwzględniającej zgodnie z art. 11 ust. 1 u.s.w. następujące cele:

- 1) pielęgnowanie polskości oraz rozwój i kształtowanie świadomości narodowej, obywatelskiej i kulturowej mieszkańców, a także pielęgnowanie i rozwijanie tożsamości lokalnej,
- 2) pobudzanie aktywności gospodarczej,
- 3) podnoszenie poziomu konkurencyjności i innowacyjności gospodarki województwa,
- 4) zachowanie wartości środowiska kulturowego i przyrodniczego przy uwzględnieniu potrzeb przyszłych pokoleń,
- 5) kształtowanie i utrzymanie ładu przestrzennego.

Na strategię rozwoju województwa składa się: diagnoza sytuacji społeczno-gospodarczej województwa, określenie celów strategicznych polityki rozwoju województwa, określenie kierunków działań podejmowanych przez samorząd województwa dla osiągnięcia celów strategicznych polityki rozwoju województwa (art. 11 ust. 1c). W strategii rozwoju województwa uwzględniane są cele średniookresowej strategii rozwoju kraju, krajowej strategii rozwoju regionalnego, a także odpowiednich strategii ponadregionalnych. Strategia jest spójna z planem zagospodarowania przestrzennego województwa

(art. 11 ust. 1d). Samorząd województwa, każdorazowo w terminie 9 miesięcy od dnia wejścia w życie uchwały o przyjęciu lub aktualizacji strategii lub planu, dostosowuje do nich strategię rozwoju województwa (art. 11 ust. 1e).

Według art. 11 ust. 2 u.s.w. do zadań samorządu województwa należy prowadzenie polityki rozwoju województwa, która obejmuje: tworzenie warunków rozwoju gospodarczego, w tym kreowanie rynku pracy, utrzymanie i rozbudowę infrastruktury społecznej i technicznej o znaczeniu wojewódzkim, pozyskiwanie i łączenie środków finansowych – publicznych i prywatnych – w celu realizacji zadań z zakresu użyteczności publicznej, wspieranie i prowadzenie działań na rzecz podnoszenia poziomu wykształcenia obywateli, racjonalne korzystanie z zasobów przyrody oraz kształtowanie środowiska naturalnego, zgodnie z zasadą zrównoważonego rozwoju, wspieranie rozwoju nauki i współpracy między sferą nauki i gospodarki, popieranie postępu technologicznego oraz innowacji, wspieranie rozwoju kultury oraz sprawowanie opieki nad dziedzictwem kulturowym i jego racjonalne wykorzystywanie, promocję walorów i możliwości rozwojowych województwa, wspieranie i prowadzenie działań na rzecz integracji społecznej i przeciwdziałania wykluczeniu społecznemu.

Do zakresu działania samorządu województwa należy również wykonywanie zadań związanych z rozwojem regionalnym na obszarze województwa (art. 11 ust. 5 u.s.w.). Strategia rozwoju województwa jest realizowana przez programy wojewódzkie i regionalny program operacyjny, o których mowa w ustawie z dnia 6 grudnia 2006 r. o zasadach prowadzenia polityki rozwoju¹¹⁵ (art. 11 ust. 3 u.s.w.).

W art. 14 ust. 1 u.s.w. ustawodawca wymienił w formie katalogu otwartego określone ustawami zadania, które wykonuje samorząd województwa. W ramach zadań własnych samorządu województwa można wydzielić następujące kategorie:

- infrastruktura techniczna (drogi publiczne i transport);
- infrastruktura społeczna (edukacja publiczna, w tym szkolnictwo wyższe; promocja i ochrona zdrowia; kultura i ochrona jej dóbr; pomoc społeczna, polityka prorodzinna, kultura fizyczna i turystyka, ochrona praw konsumentów, przeciwdziałanie bezrobociu oraz aktywizacja lokalnego rynku pracy);
- bezpieczeństwo publiczne;
- ład przestrzenny i ekologiczny (modernizacja terenów wiejskich, zagospodarowanie przestrzenne, ochrona środowiska);
- inne zadania¹¹⁶.

¹¹⁵ Tekst jedn. Dz.U. z 2009 r., Nr 84, poz. 712.

¹¹⁶ M. Miemieć, *Zakres działania województwa*, [w:] J. Boć (red.), *Prawo administracyjne*, Wrocław 2010, s. 217.

Ustawy mogą ponadto określać sprawy należące do zakresu działania województwa jako zadania z zakresu administracji rządowej, wykonywane przez zarząd województwa (art. 14 ust. 2). Ustawy mogą także nakładać na województwo obowiązek wykonywania zadań z zakresu organizacji przygotowań i przeprowadzenia wyborów powszechnych oraz referendum (ust. 3).

Powyższe ogólnie określone zadania samorządu województwa zostały skonkretyzowane w powołanej ustawie z dnia 24 lipca 1998 r. o zmianie niektórych ustaw określających kompetencje organów administracji publicznej – w związku z reformą ustrojową państwa. Uzyskany w ten sposób katalog zadań nie ma charakteru zamkniętego, gdyż ustawy mogą określać inne zadania samorządu województwa. Ustawy mogą także określać sprawy należące do zakresu działania województwa jako zadania z zakresu administracji rządowej, wykonywane przez zarząd województwa.

Określony ustawowo porządek kompetencyjno-zadaniowy samorządu województwa może ulec zmianie w trybie przewidzianych w art. 8 u.s.w. porozumień zawieranych przez samorząd województwa w sprawie powierzenia prowadzenia zadań publicznych zawieranych z innymi województwami oraz z jednostkami samorządu lokalnego z obszaru województwa (ust. 2)¹¹⁷. Do porozumień stosuje się odpowiednio przepisy ustawy o samorządzie gminnym (ust. 3). Porozumienia te podlegają ogłoszeniu w wojewódzkim dzienniku urzędowym (ust. 4).

Każda jednostka samorządu terytorialnego jest odrębnym podmiotem prawa w strukturze organizacyjnej państwa, uczestniczącym we władzy państwowej poprzez wykonywanie zadań z zakresu terenowej administracji publicznej. Wspólnym czynnikiem wyróżniającym samorząd terytorialnego w omawianym zakresie jest to, że zadania własne mają dla j.s.t. charakter podstawowy i wyróżniający pośród administracji publicznej, a ich istotą jest zaspokajanie lokalnych i regionalnych potrzeb publicznych. Wskazał to Trybunał Konstytucyjny w wyroku z dnia 14 listopada 2000 r., podkreślając, że samorząd terytorialny jest strukturą służebną wobec obywateli, utworzoną dla zaspokojenia ich potrzeb oraz w celu urzeczywistnienia ich wolności i praw¹¹⁸. Zadania te mieszczą się w tradycyjnych dwóch obszarach, a mianowicie są to zadania własne oraz zadania zlecone administracji rządowej. Większość z zadań własnych mieści się w obszarze usług publicznych. Samodzielność w wykonywaniu tych zadań przez jednostki samorządu terytorialnego ograniczają przepisy ustawowe określające obowiązkowe za-

¹¹⁷ Przekazaniu nie mogą podlegać sprawy należące do wyłącznej właściwości organu województwa, np. uregulowane w art. 18 u.s.w.

¹¹⁸ Sygn. K 7/00, OTK 2000, nr 7, poz. 259; A. Haręza, M. Szydło, W. Szydło, *Współpraca dla rozwoju regionu pomiędzy jednostkami samorządu terytorialnego a przedsiębiorcami, geologicznymi i górniczymi*, Wrocław 2012, s. 15.

dania własne¹¹⁹. Jeśli tak wynika z ustawy, j.s.t. jest obowiązana je wykonać. Zaspokojenie ustawowo wymienionych potrzeb publicznych nie może być bowiem zależne od uznania aktualnych władz j.s.t. Wprowadzając kategorię zadań obowiązkowych, ustawa daje gwarancje ich wykonywania.

Jak już stwierdzono, cechą charakterystyczną zadań współczesnego samorządu terytorialnego jest ich świadczący czy usługowy charakter. Zjawisko to ma globalny charakter. Jednostki samorządu terytorialnego spełniają bowiem rolę podstawowych usługodawców w zakresie usług publicznych. W wyniku tego są one traktowane w Europie Zachodniej w coraz większym stopniu jako przedsiębiorstwa usługowe. Podkreśla się jednak równocześnie, że cele gospodarujących j.s.t. odróżniają się istotnie od celów przedsiębiorstw prywatnych. Wykonywanie zadań przez j.s.t. nie ma bowiem na celu maksymalizacji zysku, lecz maksymalizację ilości i jakości usług zbiorowych, a co za tym idzie – dobrobytu społeczeństwa. Dominuje zatem dążenie do osiągania celów rzeczowych wyznaczonych przez prawo. Ich zakres jest jednak bardziej kompleksowy niż gospodarujących podmiotów prywatnych. Na określanie celów j.s.t. mają wpływ różne środowiska społeczne czy polityczne. Z uwagi na to procedury w ustalaniu ważności (hierarchii) celów są bardziej złożone niż w gospodarce prywatnej. Wynika z tego także ich konfliktogeny charakter. Zwraca się jednak uwagę na postępującą racjonalizację działań gospodarczych j.s.t. Towarzyszy temu występowanie kolizji między racjonalizacją a legalnością, która jeszcze ciągle pozostaje podstawowym kryterium oceny wykonywania zadań administracji samorządowej. Z tego względu kryterium gospodarności było długo stawiane na drugim miejscu. W ostatnich latach zwraca się jednak w coraz większym stopniu uwagę na to kryterium¹²⁰. Sprawia to, że istotne są procedury zamówień publicznych, których celem jest między innymi uwzględnienie kryteriów legalności i gospodarności.

Jednostki samorządu terytorialnego oraz organy administracji rządowej umieszczone są w ramach terenowej administracji publicznej. Artykuł 2 ustawy z dnia 23 stycznia 2009 r. o wojewodzie i administracji rządowej w województwie¹²¹ stanowi, że zadania administracji rządowej w województwie wykonują: wojewoda; organy rządowej administracji zespolonej w województwie, w tym kierownicy zespolonych służb, inspekcji i straży; organy niezespolonej administracji rządowej; jednostki samorządu terytorialnego i ich związki, jeżeli wykonywanie przez nie zadań administracji rządowej wynika z odrębnych ustaw lub z zawartego porozumienia; starosta, jeżeli wykonywanie

¹¹⁹ Zadania zlecone mają z założenia charakter obowiązkowy.

¹²⁰ C. Blome, *Öffentliches Beschaffungsmarketing*, Berlin 2006, s. 14 i n.

¹²¹ Dz.U. Nr 31, poz. 206.

przez niego zadań administracji rządowej wynika z odrębnych ustaw; inne podmioty, jeżeli wykonywanie przez nie zadań administracji rządowej wynika z odrębnych ustaw.

Zadania administracji rządowej mogą być zatem wykonywane także przez j.s.t. lub przez samorządowe osoby prawne na podstawie ustaw (zadania zlecone) bądź na podstawie porozumienia zawartego z wojewodą w trybie art. 20 wspomnianej wyżej ustawy (zadania powierzone). W oparciu o ten przepis wojewoda może powierzyć prowadzenie, w jego imieniu, niektórych spraw z zakresu swej właściwości jednostkom samorządu terytorialnego lub kierownikom samorządowych osób prawnych funkcjonujących w województwie. Następuje to na podstawie porozumienia wojewody z organem wykonawczym j.s.t. lub kierownikiem samorządowej osoby prawnej. Porozumienie określa zasady sprawowania przez wojewodę kontroli nad prawidłowym wykonywaniem powierzonych zadań. Porozumienie jest ogłaszane w wojewódzkim dzienniku urzędowym wraz z załącznikami stanowiącymi jego integralną część. Zakres porozumienia może dotyczyć wykonywania zadań z zakresu administracji rządowej przez podmioty samorządowe, chyba że szczególny przepis ustawy to wyklucza¹²².

Jak już stwierdzono, według obowiązującego prawa zadania wykonywane przez j.s.t. mieszczą się w obszarze użyteczności publicznej. W rozumieniu ustawy o samorządzie gminnym zadaniami użyteczności publicznej są zadania własne gminy, określone w art. 7 ust. 1, których celem jest bieżące i nieprzerwane zaspokajanie zbiorowych potrzeb ludności w drodze świadczenia usług powszechnie dostępnych. Do pojęcia użyteczności publicznej z ustawy o samorządzie gminnym nawiązuje art. 1 ustawy z dnia 20 grudnia 1996 r. o gospodarce komunalnej¹²³. W przepisie tym przyjęto, że istotnym składnikiem użyteczności publicznej jest gospodarka komunalna obejmująca w szczególności zadania własne j.s.t., których celem jest bieżące i nieprzerwane zaspokajanie zbiorowych potrzeb ludności (wspólnoty samorządowej) w drodze świadczenia usług powszechnie dostępnych.

Pojęcie użyteczności publicznej jest istotne dla określenia zakresu zadań j.s.t., które mogą wprawdzie wykonywać zadania wykraczające poza użyteczność publiczną, lecz jedynie w zakresie uregulowanym ustawowo. Gmina może zatem prowadzić działalność gospodarczą wykraczającą poza zadania o charakterze użyteczności publicznej wyłącznie w przypadkach określonych w odrębnej ustawie (art. 9 ust. 2 u.s.g.). Chodzi o ustawę o gospodarce komunalnej, która w art. 10 stanowi, że poza sferą użyteczności publicznej gmina może tworzyć spółki prawa handlowego i przystępować do nich, jeżeli łącznie

¹²² Zob. np. art. 82a ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane, tekst jedn. Dz.U. z 2009 r., Nr 243, poz. 1623; art. 99 ustawy z dnia 20 czerwca 1997 r. Prawo o ruchu drogowym, tekst jedn. Dz.U. z 2012 r., poz. 1137.

¹²³ Dz.U. z 2011 r., Nr 45, poz. 236 ze zm., dalej zwana u.g.k.

spełni następujące warunki: istnieją niezaspokojone potrzeby wspólnoty samorządowej na rynku lokalnym; występujące w gminie bezrobocie w znacznym stopniu wpływa ujemnie na poziom życia wspólnoty samorządowej, a zastosowanie innych działań i wynikających z obowiązujących przepisów środków prawnych nie doprowadziło do aktywizacji gospodarczej, a w szczególności do znacznego ożywienia rynku lokalnego lub trwałego ograniczenia bezrobocia (ust. 1). Poza sferą użyteczności publicznej gmina może natomiast tworzyć spółki prawa handlowego i przystępować do nich również w sytuacji, jeżeli zbycie składnika mienia komunalnego mogącego stanowić wkład niepieniężny gminy do spółki albo rozporządzenie nim w inny sposób spowoduje dla gminy poważną stratę majątkową (ust. 2).

Ograniczenia dotyczące tworzenia spółek prawa handlowego i przystępowania do nich przez gminę, o których mowa w ust. 1 i 2, nie mają natomiast zastosowania do posiadania przez gminę akcji lub udziałów spółek zajmujących się czynnościami bankowymi, ubezpieczeniowymi oraz działalnością doradczą, promocyjną, edukacyjną i wydawniczą na rzecz samorządu terytorialnego, a także innych spółek ważnych dla rozwoju gminy, w tym klubów sportowych działających w formie spółki kapitałowej (ust. 3). Powiat nie może w ogóle prowadzić działalności gospodarczej wykraczającej poza zadania o charakterze użyteczności publicznej (art. 6 ust. 2 u.s.p.). Województwo poza sferą użyteczności publicznej może natomiast tworzyć jedynie spółki z ograniczoną odpowiedzialnością i spółki akcyjne oraz przystępować do nich, jeżeli ich działalność polega na wykonywaniu czynności promocyjnych, edukacyjnych, wydawniczych oraz na wykonywaniu działalności w zakresie telekomunikacji służących rozwojowi województwa (art. 13 ust. 2 u.s.w. w zw. z art. 10 ust. 4 u.g.k.).

Jednostki samorządu terytorialnego mogą przekazywać zadania własne podmiotom spoza struktury administracji publicznej na podstawie regulacji zawartej w ustawach samorządowych oraz w ustawie o gospodarce komunalnej. Według art. 3 ust. 1 u.g.k. jednostki samorządu terytorialnego mogą zatem w drodze umowy powierzać wykonywanie zadań z zakresu gospodarki komunalnej osobom fizycznym, osobom prawnym lub jednostkom organizacyjnym nieposiadającym osobowości prawnej, z uwzględnieniem przepisów ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych¹²⁴, w trybie przepisów ustawy z dnia 19 grudnia 2008 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym¹²⁵, przepisów ustawy z dnia 9 stycznia 2009 r. o koncesji na roboty budowlane lub usługi¹²⁶, przepisów usta-

¹²⁴ Dz.U. Nr 157, poz. 1240 ze zm.

¹²⁵ Dz.U. z 2009 r., Nr 19, poz. 100 ze zm.

¹²⁶ Dz.U. Nr 19, poz. 101 ze zm.

wy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych¹²⁷, przepisów ustawy z dnia 24 kwietnia 2003 r. o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie¹²⁸ i ustawy z dnia 16 grudnia 2010 r. o publicznym transporcie zbiorowym¹²⁹. Przepis ten odsyła także do zasad ogólnych determinujących przekazywanie zadań przez jednostki samorządu terytorialnego, przewidzianych zarówno w ustawach samorządowych (ustrojowych), jak i w innych ustawach, w tym w szczególności w ustawie o finansach publicznych.

2. Formy organizacyjne realizowania zadań jednostek samorządu terytorialnego w zakresie zamówień publicznych

2.1. Uwagi wprowadzające

W ustawach samorządowych (art. 2 ust. 1 u.s.g., art. 2 ust. 1 u.s.p., art. 6 ust. 1 pkt 1 u.s.w.) przyjęto, że jednostki samorządu terytorialnego wykonują określone ustawami zadania publiczne w imieniu własnym i na własną odpowiedzialność. Zasadą jest zatem wykonywanie zadań bezpośrednio przez j.s.t. W założeniu powinny one być w stanie wykonywać wszystkie ustawowe zadania. Świadczą o tym definicje gminy (art. 4 ust. 2 u.s.g.) i powiatu (art. 3 ust. 1 u.s.p.), według których przy tworzeniu, łączeniu, podziale, znoszeniu i ustalaniu granic gmin lub powiatów należy dążyć do tego, żeby gmina lub powiat obejmowały obszar możliwie jednorodny ze względu na układ osadniczy i przestrzenny oraz więzi społeczne i gospodarcze, zapewniające zdolność wykonywania zadań publicznych. Aby umożliwić wykonywanie tych zadań, ustawa daje gminie (art. 9 ust. 1 u.s.g.), powiatowi (art. 6 ust. 1 u.s.p.) oraz samorządowi województwa (art. 8 ust. 1 u.s.w.) kompetencje w zakresie tworzenia samorządowych jednostek organizacyjnych. Ustawy pozwalają wybór spośród form organizacyjnych o charakterze publicznoprawnym (administracyjnoprawnym, finansowoprawnym) lub cywilnoprawnym. Jednostka samorządu terytorialnego ma zatem możliwość wyboru formy organizacyjnej służącej wykonywaniu zadań tej jednostki w granicach określonych ustawowo. Wynika to z istoty decentralizacji jako swobody działania w granicach wyznaczonych ustawowo.

Specyfika zadań realizowanych przez j.s.t. determinuje także wybór organizacyjno-finansowych form prawnych, za pomocą których będą realizowane te zadania¹³⁰. Ustawa

¹²⁷ Dz.U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 ze zm.

¹²⁸ Dz.U. z 2010 r., Nr 234, poz. 1536.

¹²⁹ Dz.U. z 2011 r., Nr 5, poz. 13.

¹³⁰ M. Ofiarska, Z. Ofiarski, *Samodzielność jako fundamentalna wartość samorządu terytorialnego*, [w:] I. Czaja-Hliniak (red.), *Nauka prawa finansowego po I dekadzie XXI wieku. Księga pamiątkowa dedykowana Profesorowi Apoloniuszowi Kosteckiemu*, Kraków 2012, s. 338.

o gospodarce komunalnej wymienia w szczególności dwie formy organizacyjno-prawne właściwe dla realizowania własnej działalności gospodarczej j.s.t. Jest to samorządowy zakład budżetowy oraz spółka prawa handlowego. Ze względu na zróżnicowanie podmiotów świadczących usługi publiczne działalność j.s.t. w zakresie wyznaczonym przedmiotem badań w niniejszym opracowaniu jest analizowana w formach samorządowej jednostki budżetowej i samorządowego zakładu budżetowego. Są to jednostki, które w imieniu j.s.t. wykonują wyłącznie zadania z zakresu użyteczności publicznej. Jednostki samorządu terytorialnego mogą także przekazywać wykonanie zadań podmiotom prywatnym prowadzącym działalność gospodarczą samodzielnie albo w formie spółek, a także organizacjom pożytku publicznego. Te formy wykonywania zadań, jak już wspomniano, nie będą przedmiotem dalszych rozważań.

2.2. Podstawowe zasady gospodarki finansowej jednostki budżetowej

Gospodarkę finansową samorządowych jednostek budżetowych i zakładów budżetowych reguluje ustawa o finansach publicznych. Tworzenie, łączenie i likwidowanie jednostek budżetowych według art. 12 u.f.p. zastrzeżone jest do wyłącznej kompetencji organu stanowiącego j.s.t.

Zgodnie z art. 11 u.f.p. jednostki budżetowe to takie jednostki organizacyjne j.s.t., które nie posiadając osobowości prawnej, pokrywają swoje wydatki bezpośrednio z budżetu j.s.t., a pobrane dochody odprowadzają na rachunek budżetu j.s.t. Są zatem w pełni objęte przez budżet j.s.t. zarówno po stronie dochodów, jak i wydatków. Takie objęcie określane jest mianem budżetowania brutto. Jednostki budżetowe nie mogą z pozyskanych dochodów finansować własnych wydatków¹³¹. Wszystkie pozyskane przez samorządową jednostkę budżetową dochody są bowiem wyłącznie dochodami budżetu j.s.t. W ten sposób jest realizowana klasyczna zasada zupełności budżetu. Wydatki jednostek budżetowych są natomiast wydatkami budżetu j.s.t. Jednostki budżetowe dysponują zatem jedynie środkami, jakie zostały dla nich zaplanowane w budżecie. W ten sposób wyznaczono limit wydatków, mogących być w dyspozycji jednostek budżetowych.

Jednostka budżetowa działa na podstawie statutu, który określa nie tylko jej nazwę i siedzibę, ale także przedmiot i zakres działalności. Podstawą gospodarki finansowej jednostki budżetowej jest plan finansowy, który obejmuje jej dochody i wydatki. Procedura opracowywania planu jest uregulowana przepisami ustawy o finansach publicznych oraz rozporządzenia Ministra Finansów z dnia 7 grudnia 2010 r. w sprawie sposobu prowadzenia gospodarki finansowej jednostek budżetowych i samorządowych

¹³¹ Z wyjątkiem ustawowo określonych przypadków przewidzianych w art. 11a i art. 223 u.f.p.

zakładów budżetowych¹³². Procedura ta jest ściśle związana z procedurą opracowywania i uchwalania budżetu j.s.t. Sporządzony przez kierownika jednostki budżetowej projekt planu finansowego zawiera przewidziane limity wydatków oraz prognozę dochodów. Po uchwaleniu budżetu j.s.t. kierownik jednostki budżetowej jest zobowiązany dostosować te kwoty do wielkości ustalonych w uchwale budżetowej j.s.t. Plan podlega zatwierdzeniu przez kierownika jednostki budżetowej. Przewidziane w planie finansowym kwoty wydatków stanowią limity. Przeznaczenie ich nie może ulec zmianie, chyba że będzie to konsekwencją zmiany budżetu j.s.t. lub zmian w budżecie j.s.t., przeprowadzonych według zasad przewidzianych przez przepisy u.f.p. O dokonanych zmianach budżetu lub w budżecie zarząd j.s.t. musi zawiadomić kierownika samorządowej jednostki budżetowej. Na podstawie tego zawiadomienia kierownik jednostki jest zobowiązany dokonać zmian we własnym planie finansowym.

Zarząd j.s.t. może także upoważnić kierowników samorządowych jednostek budżetowych do wykorzystania instrumentu finansowoprawnego, jakim jest przeniesienie zaplanowanych wydatków budżetowych, ale jedynie pomiędzy paragrafami.

Dla omawianej problematyki istotne jest to, czy kierownik jednostki budżetowej, która nie posiada osobowości prawnej, może być zamawiającym w rozumieniu ustawy Pzp. Jak ustalono w rozdziale 1, kierownicy jednostek budżetowych, mimo iż te jednostki nie posiadają osobowości cywilnoprawnej, najczęściej są upoważnieni do czynności prawnych umożliwiających zawarcie umowy o udzielenie zamówienia publicznego. Na gruncie finansowoprawnym obok upoważnienia wynikającego z przepisów ustaw ustrojowych konieczne są także upoważnienia do zaciągania zobowiązań finansowych. Ustawa o finansach publicznych w art. 261 upoważnia kierownika jednostki budżetowej do samodzielnego zaciągania zobowiązań pieniężnych do wysokości kwot wydatków określonych w zatwierdzonym planie finansowym jednostki. Ponadto, zgodnie z art. 228 u.f.p., organ stanowiący j.s.t. może upoważnić zarząd do przekazania kierownikowi jednostki upoważnienia do zaciągania zobowiązań związanych z realizacją zamieszczonych w wieloletniej prognozie finansowej (dalej zwana w.p.f.) przedsięwzięć oraz z tytułu umów, których realizacja w roku budżetowym lub w latach następnych jest niezbędna dla zapewnienia ciągłości działania jednostek i z których wynikające płatności wykraczają poza rok budżetowy. Upoważnienia te, niezmiennie istotne dla realizowania zamówień publicznych przez jednostki budżetowe, stanowią przedmiot rozważań w dalszych rozdziałach opracowania.

¹³² Dz.U. Nr 241, poz. 1616.

2.3. Podstawowe zasady gospodarki finansowej zakładu budżetowego

Odminną formą organizacji finansowania zadań publicznych przez j.s.t. są samorządowe zakłady budżetowe. Zgodnie z art. 16 u.f.p. organ stanowiący j.s.t. jest uprawniony do tworzenia i likwidowania, a także do łączenia czy przekształcania w inną formę organizacyjną samorządowych zakładów budżetowych. Samorządowy zakład budżetowy może być tworzony wyłącznie w celu wykonywania zadań własnych j.s.t. o charakterze użyteczności publicznej, które w formie zamkniętego katalogu zostały wymienione w art. 14 u.f.p.

Gospodarka finansowa samorządowych zakładów budżetowych jest realizowana w oparciu o szczególne zasady finansowe, wyznaczone zarówno przez przepisy zawarte w art. 14–17 u.f.p., jak i w wydanych na podstawie art. 17 ust. 1 u.f.p. przepisach powołanego rozporządzenia Ministra Finansów z dnia 7 grudnia 2010 r.

Według art. 15 u.f.p. samorządowymi zakładami budżetowymi są takie jednostki organizacyjne, które odpłatnie wykonują zadania, pokrywając koszty swojej działalności z przychodów własnych oraz w granicach określonych przepisami ustawy u.f.p. z różnych dotacji otrzymywanych z budżetu j.s.t. Podstawą gospodarki finansowej samorządowego zakładu budżetowego jest roczny plan finansowy, obejmujący przychody, w tym dotacje z budżetu j.s.t., koszty działalności i inne obciążenia, a także stan środków obrotowych, stan należności i zobowiązań na początek i koniec okresu oraz rozliczenia z budżetem j.s.t. Plany przychodów i kosztów zakładów budżetowych są ujmowane w uchwale budżetowej j.s.t. w formie załącznika. Przychody i koszty przewidziane w planie finansowym ujmowane są w pełnej szczegółowości budżetowej. Muszą zatem zostać wskazane wszystkie źródła przychodów zakładu budżetowego, a także specyfikacja kosztów. Zakład budżetowy może także realizować inwestycje, które mogą być finansowane w całości lub jedynie dofinansowane z dotacji budżetowych.

Jeżeli planowane przychody zakładu budżetowego powiększone o planowany stan środków obrotowych na początek roku przekroczą kwotę przewidywanych kosztów działalności oraz stanu środków obrotowych na koniec roku, pojawia się nadwyżka środków obrotowych, którą zakład jest zobowiązany zgodnie z art. 15 ust. 7 u.f.p. wpłacić do budżetu, chyba że organ stanowiący j.s.t. postanowi inaczej. O sposobie wykorzystania ponadplanowych przychodów w takim przypadku będzie decydował kierownik zakładu budżetowego.

Zmian w planie finansowym zakładu budżetowego można dokonywać w ciągu roku w trybie odmiennym, niż ma miejsce w przypadku jednostek budżetowych. Na podstawie art. 15 pkt 8 u.f.p. zmiany w planie finansowym zakładu budżetowego mogą być dokonywane w ciągu roku w przypadku realizowania wyższych od planowanych

przychodów i kosztów, pod warunkiem, że nie spowoduje to zmniejszenia wpłat do budżetu j.s.t. ani zwiększenia dotacji z budżetu j.s.t. Wszelkie inne zmiany planu finansowego mogą być dokonane wyłącznie po uprzednim wprowadzeniu odpowiednich zmian w budżecie j.s.t.

Samorządowy zakład budżetowy może otrzymać z budżetu j.s.t. aż pięć rodzajów dotacji, wymienionych w art. 15 ust. 3–5 u.f.p., a mianowicie: dotację przedmiotową, dotację celową na zadania bieżące finansowane z udziałem niepodlegających zwrotowi środków z budżetu UE, państw EFTA oraz innych źródeł zagranicznych, dotację celową na finansowanie lub dofinansowanie kosztów realizacji inwestycji. Samorządowy zakład budżetowy może otrzymać także dotację podmiotową, w zakresie przewidzianym przez ustawy szczególne. Nowo utworzonemu zakładowi budżetowemu może być także, zgodnie z art. 15 ust. 5 u.f.p., przyznana jednorazowa dotacja z budżetu j.s.t. na pierwsze wyposażenie w środki obrotowe.

Tak duża różnorodność dotacji, jakie mogą otrzymywać zakłady budżetowe, wynika ze specyfiki realizowanych zadań. Jak to już wskazano, są to zadania z zakresu użyteczności publicznej wykonywane odpłatnie na rzecz społeczności lokalnych. Aby zapewnić powszechną dostępność do tych usług, ich ceny kalkuluje się czasami na poziomie niepokrywającym kosztów danej działalności. Przekazane dotacje pozwalają kontynuować działalność nawet wtedy, gdy przychody własne zakładu budżetowego nie pokryją kosztów. Suma kwot dotacji przedmiotowych, podmiotowych oraz na pierwsze wyposażenie dla zakładu budżetowego nie może jednak przekroczyć 50% kosztów jego działalności (art. 15 ust. 6 u.f.p.). Ustawodawca nie ustalił jednak limitu dla dotacji celowych na zadania bieżące finansowane z udziałem bezzwrotnych środków europejskich ani na dotacje celowe przeznaczone na finansowanie lub dofinansowanie kosztów realizacji inwestycji.

Podobnie jak w przypadku jednostek budżetowych, organ stanowiący j.s.t. może zgodnie z art. 228 u.f.p. upoważnić zarząd j.s.t. do przekazania kierownikowi zakładu budżetowego upoważnienia do zaciągania zobowiązań związanych z realizacją zamieszczonych w w.p.f. przedsięwzięć oraz z tytułu umów, których realizacja w roku budżetowym lub w latach następnych jest niezbędna dla zapewnienia ciągłości działania jednostek i z których wynikające płatności wykraczają poza rok budżetowy.

W przepisach u.f.p. brak jest wyraźnego przepisu umożliwiającego zaciąganie przez kierownika zakładu budżetowego zobowiązań, analogicznego do tego, który wynika z treści art. 261 u.f.p. dla kierownika samorządowej jednostki budżetowej. W tej sytuacji należy przyjąć, że kierownik samorządowego zakładu budżetowego, wyposażony w upoważnienie wynikające z regulacji ustaw samorządowych, będzie mógł zaciągać zobowiązania do sfinansowania zamówień publicznych na zasadach ogólnych wynikających z art. 46 i 52 u.f.p.

Reguła wykonywania przez jednostki samorządu terytorialnego własnych zadań przez własne struktury nie jest jednak bezwzględnie obowiązująca¹³³. Ustawy samorządowe stwarzają bowiem zróżnicowane możliwości przekazywania zadań przez jednostki samorządu terytorialnego. Dotyczy to w szczególności przekazywania zadań w ramach porozumień, związków i stowarzyszeń j.s.t. Problematyka ta wykracza wszakże poza ramy niniejszej pracy. Przedmiotem dalszych rozważań nie będą także inne formy organizacyjne realizujące zadania j.s.t, takie jak spółki prawa handlowego, a także powierzenie wykonywania zadań z zakresu gospodarki komunalnej osobom fizycznym, osobom prawnym lub jednostkom organizacyjnym nieposiadającym osobowości prawnej z uwzględnieniem przepisów ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym, ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi, a także przepisów ustawy o działalności pożytku publicznego i wolontariacie.

3. Obowiązki jednostki samorządu terytorialnego związane z przygotowaniem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego a ograniczenia wynikające z treści wieloletniej prognozy finansowej

3.1. Uwagi wprowadzające

Gospodarka finansowa j.s.t., jako podmiotów sektora finansów publicznych wyposażonych we władztwo publiczne i dysponujących środkami publicznymi w ramach prowadzonej gospodarki finansowej, podlega reglamentacji prawnej. Reglamentacja ta ma zróżnicowany charakter i zakres w zależności od rodzaju instytucji prawnofinansowej, która będzie miała zastosowanie w określonej sytuacji¹³⁴. Zgodnie z art. 216 ust. 1 Konstytucji RP, środki finansowe na cele publiczne są gromadzone i wydatkowane wyłącznie w sposób określony w ustawie. Zwrot „sposób gromadzenia i wydatkowania” odnosi się między innymi do ustawowego wymogu określenia podstaw prawnych i procedur wydatkowania środków publicznych, określenia struktur organizacyjnych, za pomocą których jest zarządzane i wydatkowane mienie finansowe podmiotów publicznych (pań-

¹³³ Niektóre przepisy ustawowe, jak np. art. 18 ust. 2 u.s.g.; art. 12 u.s.p.; art. 18 u.s.w., wiążą jednak wykonywanie zadań ściśle z określonym organem j.s.t.; użyte jest w takich sytuacjach określenie „właściwość wyłączna”; w takiej sytuacji określony organ ma monopol na załatwianie tych spraw; należy to wziąć pod uwagę przy określaniu zadań wykonywanych w różnych formach współdziałania j.s.t.

¹³⁴ W. Miemiec, *Pojęcie samodzielności finansowej jednostek samorządu terytorialnego*, [w:] W. Miemiec, K. Sawicka, M. Miemiec, *Prawo finansów publicznych sektora samorządowego*, Warszawa 2013, s. 54.

stwa, j.s.t.), ustawowego ustalenia zasad jawności i przejrzystości w odniesieniu do gromadzonych dochodów i realizowanych wydatków oraz określenia reguł, według których dokonywany jest tzw. obrót wewnętrzny wyznaczający transfery środków pieniężnych pomiędzy budżetem państwa a budżetami j.s.t., a także kwestii nadzoru i kontroli nad gospodarką finansową j.s.t.¹³⁵

Dokonując na podstawie ustaw i w imieniu własnym wydatków publicznych odzwierciedlających koszty wykonania zadań własnych, j.s.t. ustalają ich hierarchię, zakres i sposób realizacji¹³⁶. Występujące w tym zakresie zjawisko normatywizacji zasad i procesów zaciągania zobowiązań i sposobów realizowania wydatków powoduje, że przedmiotem reglamentacji prawnej są zagadnienia dotyczące nie tylko reguł wydatkowania (lub zakazu wydatkowania), ale także celów i wysokości wydatków. W literaturze podkreśla się, że najbardziej widocznym przykładem tych procesów są współcześnie między innymi regulacje dotyczące zamówień publicznych¹³⁷. Wydatki j.s.t. w konsekwencji zawarcia umowy o udzielenie zamówienia publicznego, tak jak inne wydatki publiczne, są dokonywane z zachowaniem granic prawa, przy respektowaniu nakazów i zakazów ich dokonywania, wynikających nie tylko z przepisów prawa finansowego, ale także z regulacji innych gałęzi prawa, w tym z uwzględnieniem materialnego prawa administracyjnego. Mamy zatem tutaj do czynienia z nałożeniem się regulacji tworzących system prawny zamówień publicznych pochodzący od prawodawcy unijnego i krajowego, w tym regulacji finansowoprawnych, a także administracyjnoprawnych. Dla niniejszych rozważań najistotniejsze są aspekty finansowoprawne, które determinują możliwość przygotowania czynności poprzedzających wybór wykonawcy zamówienia, jak i późniejszych, po zawarciu umowy o udzieleniu zamówienia, w związku z jego realizacją. Konieczność zastosowania w badanym zakresie instytucji i instrumentów finansowoprawnych ustanawia określone ograniczenia dotyczące nie tylko konieczności zabezpieczenia środków pieniężnych dla udzielanych zamówień publicznych, ale także wyznaczające zakres zaciąganych przez j.s.t. zobowiązań, będących rezultatem zawartej umowy o udzielenie zamówienia publicznego i zasad determinujących możliwość dokonywania wydatków w związku z realizacją udzielonych zamówień publicznych.

¹³⁵ T. Dębowska-Romanowska, *Prawo finansowe. Część konstytucyjna wraz z częścią ogólną*, Warszawa 2010, s. 117–118.

¹³⁶ Z. Ofiarski, *Dochody i wydatki jednostek samorządu terytorialnego*, [w:] W. Miemiec, B. Cybulski (red.), *Samorządowy poradnik budżetowy na 2004 r.*, Warszawa 2004, s. 119; J. Glumińska-Pawlic, *Wydatki i rozchody budżetowe jednostek samorządu terytorialnego*, [w:] C. Kosikowski (red.), *Finanse samorządowe 2008*, Warszawa 2008, s. 257 i n.

¹³⁷ T. Dębowska-Romanowska, *Wydatki publiczne, ich formy prawne oraz zasady realizacji w sektorze finansów publicznych*, [w:] E. Ruśkowski (red.), *System Prawa Finansowego*, t. II, *Prawo finansowe sektora finansów publicznych*, Warszawa 2010, s. 115.

Determinacja prawna w tym zakresie oznacza także realizowanie prawnie określonych obowiązków związanych z podstawową instytucją finansowoprawną dotyczącą organizacji zasobów pieniężnych, jaką jest budżet j.s.t. Chodzi przede wszystkim o instytucje związane z jego zakresem, strukturą, jak i procedurą, wyznaczające jego tworzenie, uchwalanie i wykonywanie. Nie można także pominąć norm prawnych wyznaczających proces planowania dochodów i wydatków oraz przychodów i rozchodów, kreujących wielkość zasobów finansowych będących w dyspozycji j.s.t, które umożliwiają przeznaczanie zgromadzonych w ten sposób zasobów, między innymi na finansowanie zamówień publicznych.

Planowanie w systemie finansowym j.s.t. realizowane jest w formie planów wieloletnich (strategie rozwoju, wieloletnia prognoza finansowa) i planów rocznych (budżet j.s.t). Zadania j.s.t. związane z zaspokajaniem zbiorowych potrzeb społeczności lokalnych mają także zapewnić właściwy standard świadczonych usług publicznych. Wymaga to stworzenia odpowiedniej infrastruktury, która często musi być realizowana w dłuższym horyzoncie czasowym. Konieczny jest zatem strategiczny plan rozwoju, obejmujący plan działań inwestycyjnych, w tym inwestycji infrastrukturalnych realizowanych z reguły w formie zamówień publicznych. Planowanie w dłuższym horyzoncie czasowym umożliwia ustalenie strategii rozwoju społeczno-gospodarczego j.s.t.¹³⁸

Takie akty planowania są powiązane z innymi kategoriami aktów planistycznych j.s.t. Między innymi należy wskazać:

- plan rozwoju lokalnego,
- studium uwarunkowań i kierunków zagospodarowania przestrzennego,
- miejscowy plan zagospodarowania przestrzennego,
- plan zamówień publicznych.

Spośród wymienionych wyżej dokumentów szczególne znaczenie dla omawianej problematyki mają wieloletnie plany inwestycyjne. W sposób syntetyzujący łączą one wieloletnie plany rozwoju lokalnego (regionalnego) oraz wieloletnie plany finansowe państwa. Istotne jest też, że plany inwestycyjne są z reguły związane z przewidywaniami dotyczącymi udzielania wieloletnich zamówień publicznych, zaplanowanych na poszczególne lata realizacji tego planu.

Zarządzanie strategiczne ukierunkowane jest nie tylko na wydłużenie horyzontu czasowego procesu planowania i wyboru celów rozwoju j.s.t. oraz zadań służących ich realizacji, ale również na wdrażanie ustalonych priorytetów, monitorowanie i kontrolę

¹³⁸ Art. 9 ustawy z dnia 6 grudnia 2006 r. o zasadach prowadzenia polityki rozwoju, Dz.U. Nr 227, poz. 1658 ze zm.

wykonania przyjętych ustaleń¹³⁹. Osiąganie celów rozwojowych, jakie stawia przed sobą j.s.t., wymaga więc działań długookresowych. Takie działania stwarzają warunki do racjonalnego gospodarowania zasobami pieniężnymi, sprzyjają efektywnemu wykorzystaniu czynników rozwoju oraz umożliwiają właściwą hierarchizację zadań, w tym również w zakresie zamówień publicznych. Umożliwiają także pozyskanie informacji o płynności finansowej, a więc o możliwościach determinujących nie tylko planowanie i finansowanie zamówień publicznych, ale przede wszystkim o możliwościach zamawiającego co do terminowego wywiązania się ze zobowiązania wobec wykonawcy zamówienia, czyli do terminowej zapłaty za świadczone dostawy, usługi i roboty budowlane.

Zawarcie umowy o udzielenie zamówienia publicznego wiąże się w pierwszym etapie z powstaniem zobowiązania wobec wykonawcy zamówienia wynikającego z tej umowy¹⁴⁰. W następstwie realizacji umowy będziemy mieli do czynienia z dokonywaniem płatności na podstawie umowy, realizowanych w prawnej formie wydatków budżetowych. Limity zobowiązań oraz wysokość i cele wydatków j.s.t. w związku z realizacją zamówień publicznych powinny, zgodnie z ustawą o finansach publicznych, znaleźć odzwierciedlenie w treści planów finansowych uchwalanych w jednostkach. Zakres determinacji finansowoprawnej zależy od czasu, na jaki zostało udzielone zamówienie publiczne, inaczej mówiąc, zależy od tego, czy będziemy mieli do czynienia z zamówieniami realizowanymi w ciągu roku budżetowego, czy w okresie wykraczającym poza ten rok. W przypadku zamówień publicznych zawieranych na okresy kilkuletnie, limity i cele przeznaczenia środków pieniężnych, jak i związane z nimi limity zobowiązań, powinny być przewidziane w treści w.p.f. W przypadku rocznych zamówień publicznych środki finansowe przeznaczone na ten cel znajdują odzwierciedlenie w treści budżetu j.s.t. Generalnie regulacje te kreują ograniczenia w odniesieniu do swobody umów o udzielenie zamówień publicznych. Należy zatem przedstawić i zbadać, w jaki sposób treść tych planów ogranicza tę swobodę. W pierwszej kolejności przedmiotem badania będą zagadnienia materialnoprawne i proceduralne związane z opracowaniem i uchwaleniem wieloletniej prognozy finansowej.

¹³⁹ Zob. H. Gawroński, *Zarządzanie strategiczne w samorządzie terytorialnym*, Warszawa 2010, s. 31 i n.

¹⁴⁰ Zawarcie umowy wiąże się z powstaniem zobowiązania w sensie prawnym. W ujęciu ekonomicznym jest to tzw. zaangażowanie, a zobowiązanie powstaje dopiero w chwili akceptacji dokumentów rozliczeniowych, np. faktur.

3.2. Zamówienia publiczne a treść i procedura opracowywania i uchwalania wieloletniej prognozy finansowej

Według art. 230 ust. 1 u.f.p., inicjatywa sporządzenia projektu uchwały w sprawie w.p.f. i jej zmian należy wyłącznie do zarządu j.s.t. Projekt takiej uchwały zarząd j.s.t. przedstawia wraz z projektem uchwały budżetowej regionalnej izbie obrachunkowej – celem zaopiniowania; a także organowi stanowiącemu j.s.t.

Organ stanowiący j.s.t. uchwała w.p.f. w prawnej formie uchwały nie później niż do 31 stycznia roku następującego po roku budżetowym (art. 230 ust. 6 u.f.p.)¹⁴¹. Zgodnie z art. 226 ust. 1 u.f.p., prognoza ta winna być realistyczna. Ustawa nie precyzuje jednak, jak należy rozumieć realistyczność prognozy. W komentarzach do ustawy o finansach publicznych uznaje się, że wystarczająca jest słownikowa interpretacja tego określenia¹⁴². W literaturze przedmiotu wskazuje się, że miarą realistyczności powinien być fakt, iż przesłanki wykorzystane przy opracowywaniu w.p.f. powinny umożliwiać rzeczywistą ocenę kształtowania się sytuacji finansowej j.s.t. w całym okresie objętym planem wieloletnim¹⁴³. Nie wydaje się jednak, aby to było możliwe. Wielkości przyjmowane zarówno w wieloletnich prognozach, jak i w rocznych planach (budżetach j.s.t.) w dużym stopniu zależą bowiem od czynników obiektywnych. Wpływ na treść tych planów mają nie tylko wskaźniki makroekonomiczne (wzrost PKB, stopa inflacji, stopa bezrobocia) powiązane z sytuacją gospodarczą kraju, ale również zmiany w zasadach finansowania zadań j.s.t.¹⁴⁴ Kształtowanie się dochodów j.s.t. pozostaje zatem w przeważającym stopniu poza jej wpływem. Swoboda dokonywania wydatków j.s.t. przewidzianych w wieloletniej prognozie może natomiast zostać w konkretnym roku ograniczona, np. przez obowiązek realizacji zadań własnych dodanych w trybie ustawowym.

Celem prognozy jest określenie dla każdego roku objętego planem i oszacowanie zdolności do finansowania zadań bieżących oraz przedsięwzięć inwestycyjnych j.s.t., z uwzględnieniem różnego rodzaju dochodów, a także przychodów, z powinnością za-

¹⁴¹ Powołany przepis nie ustala konkretnej daty, mówi jedynie, że omawianą uchwałę organ stanowiący j.s.t. podejmuje nie później niż uchwałę budżetową. Termin przewidziany dla uchwalenia uchwały budżetowej, zgodnie z art. 239 u.f.p. nie może być późniejszy niż 31 stycznia roku budżetowego. Posługując się wykładnią gramatyczną regulacji zawartej w przepisie art. 230 ust. 6 u.f.p., należy przyjąć, że organ stanowiący może podjąć uchwałę w sprawie w.p.f. w terminie wcześniejszym niż 31 stycznia roku budżetowego. W.p.f. może zostać uchwalona zatem w grudniu lub w listopadzie roku poprzedzającego rok budżetowy.

¹⁴² L. Lipiec-Warzecha, *Ustawa o finansach publicznych. Komentarz*, Warszawa 2011, s. 1035.

¹⁴³ C. Kosikowski, *Ustawa o finansach publicznych. Komentarz*, Warszawa 2011, s. 545.

¹⁴⁴ Zob. E. Czołpińska, *Wieloletnia prognoza finansowa w jednostkach samorządu terytorialnego*, „Finanse Komunalne” 2010, nr 5, s. 38 i n.

chowania płynności finansowej j.s.t.¹⁴⁵ Wieloletnia prognoza finansowa jest połączeniem trzech wzajemnie powiązanych elementów, a mianowicie:

- prognozy parametrów budżetowych (dochody, wydatki, przychody i rozchody),
- prognozy kwoty długu,
- wieloletnich przedsięwzięć.

Według art. 227 ust. 1 u.f.p. wieloletnia prognoza finansowa jest sporządzana na okres roku budżetowego oraz co najmniej trzech następujących po nim lat. Prognozę kwoty długu sporządza się natomiast na okres, na który zaciągnięto oraz planuje się zaciągnąć zobowiązania. W ustawie nie określono górnego limitu okresu, na jaki może być przygotowana w.p.f. Po upływie każdego roku budżetowego sporządzona na 4 lata w.p.f. musi zatem zostać uzupełniona i wydłużona o następny rok, ma więc charakter kroczący¹⁴⁶. W praktyce zdarzają się jednak przypadki, iż w treści prognozy są ustalone kwoty długu rodzące zobowiązania na okresy przekraczające nawet 50 lat. Zgodnie z brzmieniem art. 227 ust. 1 u.f.p., na taki okres powinna być wtedy także opracowana prognoza kwoty długu¹⁴⁷. Tak długi horyzont czasowy nie tylko nie służy realistyczności prognozy, ale właściwie ją eliminuje.

Zgodnie z art. 226 ust.1 u.f.p. prognoza powinna określać dla każdego roku, co najmniej:

- dochody budżetu w podziale na dochody bieżące i majątkowe, z wyszczególnieniem dochodów majątkowych pochodzących ze sprzedaży majątku;
- wydatki budżetu w podziale na wydatki bieżące i majątkowe z określonym ich uszczegółowieniem (wydatki na obsługę długu oraz wydatki związane z obsługą długu, udzielonymi poręczeniami i gwarancjami, kwoty wydatków bieżących i majątkowych wynikające z limitów wydatków na planowane i realizowane przedsięwzięcia);
- wynik budżetu;

¹⁴⁵ Zob. M. Bitner, K.S. Cichocki, *Standardy zarządzania długiem w jednostkach samorządu terytorialnego*, „Samorząd Terytorialny” 2009, nr 7–8, s. 57 i n.; H. Gawroński, *Zarządzanie strategiczne w samorządzie terytorialnym*, Warszawa 2010, s. 74; S. Krajewski, M. Mackiewicz, P. Krajewski, *Przygotowanie wieloletniej prognozy finansowej – wybrane problemy metodologiczne*, „Finanse Komunalne” 2010, nr 7–8, s. 52.

¹⁴⁶ Zob. wyrok WSA w Gliwicach z dnia 24 sierpnia 2011 r. (III SA/GL 838/11), LEX nr 1119996.

¹⁴⁷ Według obecnie obowiązującej regulacji art. 227 ust. 1 u.f.p., przedsięwzięcia będące elementem treści w.p.f. planuje się zawsze tylko na 4 lata.

- przeznaczenie nadwyżki albo sposób sfinansowania deficytu, jako następstwo prognozowanego wyniku budżetu w danym roku;
- przychody i rozchody budżetu, z uwzględnieniem długu zaciągniętego oraz planowanego do zaciągnięcia;
- kwoty wydatków bieżących i majątkowych wynikających z limitów wydatków na planowane i realizowane przedsięwzięcia;
- kwotę długu j.s.t., w tym relację, o której mowa w art. 243 u.f.p., oraz sposób sfinansowania spłaty długu.

Dla przedmiotu rozważań istotne są przede wszystkim zagadnienia dotyczące sposobu uregulowania w w.p.f. przedsięwzięć, ich struktura, łączne nakłady finansowe, limity wydatków w poszczególnych latach oraz limity zobowiązań, które mogą zostać zaciągnięte z tego tytułu. Ustalenia te będą bowiem miały wpływ na potencjalne zabezpieczenie finansowe dla zamówień publicznych realizowanych w poszczególnych latach.

Integralną część uchwały w sprawie wieloletniej prognozy finansowej, zgodnie z art. 226 ust. 3 u.f.p., stanowi wykaz przedsięwzięć będący załącznikiem do tej uchwały. W treści tego załącznika należy odrębnie dla każdego przedsięwzięcia określić nazwę i cel przedsięwzięcia, jednostkę organizacyjną odpowiedzialną za realizację lub koordynację jego wykonywania, okres realizacji, łączne nakłady finansowe, limity wydatków w poszczególnych latach oraz limity zobowiązań dotyczące poszczególnych zadań czy programów. Ustawa posłużyła się tutaj sformułowaniem imperatywnym, „określa się odrębnie dla każdego przedsięwzięcia”. Oznacza to, że w załączniku winny być ujęte wszystkie przedsięwzięcia planowane w j.s.t., realizowane w perspektywie przekraczającej rok budżetowy. Wobec każdego z nich należy ponadto obligatoryjnie ustalić wszystkie wyżej wskazane elementy.

Ustawodawca w art. 226 ust. 4 u.f.p. ustalił również, jak należy rozumieć pojęcie przedsięwzięcia. Obejmuje ono wieloletnie programy, projekty lub zadania, w tym związane z programami finansowanymi z udziałem środków, o których mowa w art. 5 ust. 1 pkt 2 i 3 u.f.p. (czyli środków pochodzących z budżetu UE i bezzwrotnych środków pomocy udzielanej przez państwa członkowskie EFTA, a także innych środków pochodzących ze źródeł zagranicznych niepodlegających zwrotowi) oraz z umowami o partnerstwie publiczno-prywatnym¹⁴⁸. Przedsięwzięciami w rozumieniu u.f.p. będą zatem

¹⁴⁸ Znacznie szerszą definicję przedsięwzięć ustawodawca ustala w przepisach ustawy z dnia 19 grudnia 2008 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym, Dz.U. z 2009 r., Nr 19, poz. 100 ze zm. Według art. 2 ust. 4 tej ustawy, użyte określenie przedsięwzięć oznacza: budowę lub remont obiektu budowlanego, świadczenie usług, wykonywanie dzieła, w szczególności wyposażenie składnika majątkowego w urządzenia podwyższające jego wartość lub użyteczność, lub inne świadczenie połączone z utrzymaniem lub zarządzaniem składnikiem majątkowym, który jest

wszelkie wieloletnie programy, projekty lub zadania, bez względu na to, czy dotyczą one wydatków majątkowych, np. inwestycji, czy wydatków bieżących. Istotny jest natomiast horyzont czasowy ich realizacji. Muszą być realizowane w okresie dłuższym niż rok budżetowy. Z reguły większość z nich będzie realizowana w formie zamówień publicznych. Jak wynika z powołanego przepisu, źródłem dofinansowywania przedsięwzięć mogą być również środki niebędące środkami własnymi j.s.t. Obok środków własnych, źródłem finansowania przedsięwzięć mogą być również bezzwrotne środki europejskie lub środki pieniężne stanowiące wkład partnera prywatnego w przypadku skorzystania z instrumentu partnerstwa publiczno-prywatnego. Możliwość wykorzystywania środków finansowych pochodzących z tych źródeł dla dofinansowywania przedsięwzięć stanowi dodatkowy argument za traktowaniem w.p.f. jako całościowego planu obejmującego wszelkie przedsięwzięcia j.s.t. wykraczające poza roczny okres realizacji. Nie bez znaczenia jest również fakt, że plan ten musi być corocznie uzupełniany o przedsięwzięcia, których rozpoczęcie planuje się w dalszych latach objętych planem. Wydatki i limity zobowiązań dotyczące przedsięwzięć mogą bowiem w świetle art. 227 ust. 1 dotyczyć tylko trzech kolejnych lat po roku budżetowym.

W wykazie przedsięwzięć, stanowiącym załącznik do uchwały w sprawie w.p.f., należy ustalić nie tylko łączne nakłady finansowe na konkretne projekty, programy czy zadania, ale także limity wydatków na kolejne lata oraz limity zobowiązań. Szczególnego podkreślenia wymaga fakt, iż ustalone w ten sposób kwoty należy traktować w zasadzie jako wiążące. Mogą one ulec zmianie jedynie z powodu zaistnienia dwóch sytuacji. Mianowicie w świetle art. 231 ust. 1 u.f.p. jakiegokolwiek zmniejszenie wielkości wydatków na realizację przedsięwzięć może nastąpić tylko w wyniku uchwały organu stanowiącego j.s.t., zmieniającej zakres wykonywania lub wstrzymującej wykonywanie przedsięwzięcia w danym roku budżetowym. Należy zatem przyjąć, iż brak aktywności organu stanowiącego j.s.t. co do zmiany zakresu wykonania lub wstrzymania wykonania przedsięwzięcia daje gwarancje co do zabezpieczenia kwot przewidzianych w załączniku do w.p.f. Powoduje również, że przewidziane w prognozie kwoty na zaplanowane

wykorzystywany do realizacji przedsięwzięcia publiczno-prywatnego lub jest z nim związany. Z definicji tej wynika, że przedsięwzięciem jest wspólna realizacja przez podmiot publiczny oraz partnera prywatnego określonego obiektu budowlanego, usług, dzieła lub innego świadczenia, połączona z koniecznością utrzymania lub zarządzania określonym składnikiem majątkowym związanym funkcjonalnie z realizowanym działaniem. Według art. 7 ustawy, na podstawie takiej umowy partner prywatny zobowiązuje się do realizacji przedsięwzięcia za wynagrodzeniem oraz poniesienia w całości albo w części wydatków na jego realizację lub poniesienia ich przez osobę trzecią, a podmiot publiczny zobowiązuje się do współdziałania w osiągnięciu celu przedsięwzięcia, w szczególności poprzez wniesienie wkładu własnego. Obowiązująca od czterech lat ustawa nie przyczyniła się jednak do istotnej poprawy infrastruktury materialnej w Polsce, instrument ten bowiem jest rzadko wykorzystywany. Faktyczne korzyści wynikające dla podmiotu prywatnego z tytułu realizacji wspólnie z podmiotem publicznym takiego przedsięwzięcia są zdecydowanie poniżej jego oczekiwań.

przedsięwzięcia powinny znaleźć zabezpieczenie w planie rocznym, tj. w treści budżetu j.s.t., w wysokości umożliwiającej ich terminowe zakończenie. W kolejnym ustępie omawianego przepisu u.f.p. ustawodawca idzie krok dalej i przewiduje, że w przypadku braku inicjatywy ze strony organu stanowiącego co do zaniechania lub okresowego wstrzymania realizacji przedsięwzięcia, ograniczenia jego zakresu rzeczowego albo zaplanowania przez zarząd j.s.t. w projekcie budżetu wydatków, które nie różnią się od przewidzianych w w.p.f. na realizację przedsięwzięcia, organ stanowiący traci prawo do zmniejszenia wydatków w uchwale budżetowej na realizację omawianych przedsięwzięć. Organ stanowiący może podjąć uchwałę zmniejszającą wydatki na finansowanie wskazanych przedsięwzięć wyłącznie za zgodą zarządu. Taka regulacja daje z jednej strony gwarancję zabezpieczenia środków na planowane zamówienia, ale z drugiej strony uzależnia tę stabilizację od zaistnienia wyżej wskazanych przesłanek oraz zachowania organu wykonawczego j.s.t. Nie można bowiem wykluczyć możliwości ewentualnego zmniejszenia przez zarząd j.s.t. kwoty wydatków w projekcie uchwały budżetowej w stosunku do limitów przyjętych w załączniku do w.p.f. dla danego przedsięwzięcia na dany rok. Taka sytuacja może mieć miejsce, jeżeli w wyniku przeprowadzonego przetargu okaże się, że cena najkorzystniejszej oferty jest niższa niż zaplanowana kwota w załączniku do w.p.f.

Podjęciu uchwały przez organ stanowiący o zmianie zakresu wykonywanych przedsięwzięć realizowanych z wykorzystaniem zamówień publicznych, lub nawet o ich wstrzymaniu, może towarzyszyć konieczność renegotjacji zawartych umów o udzielenie zamówienia publicznego. Jeżeli w wyniku takiej zmiany umowy o udzielenie zamówienia miałyby nastąpić także zmiany istotnych postanowień zawartej umowy wynikającej z treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy (chyba że zamawiający przewidział możliwość dokonania takiej zmiany w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz określił warunki takiej zmiany), wówczas zgodnie z art.144 Pzp zmiana takiej umowy podlega unieważnieniu. Może się to również wiązać z dodatkowymi karami umownymi na rzecz wybranego wykonawcy zamówienia publicznego, które mogą być dochodzone w postępowaniu przed sądami powszechnymi, na podstawie przepisów prawa cywilnego.

Dla praktycznej realizacji zamówień publicznych istotne znaczenie ma również wymóg, że w załączniku do w.p.f. powinien być ujęty limit zobowiązań dotyczący poszczególnych przedsięwzięć. Zgodnie z obowiązującymi zasadami granica tych zobowiązań jest ustalana w treści prognozy przez organ stanowiący. Do ustalania limitu zobowiązań organ stanowiący może upoważnić także organ wykonawczy j.s.t., a on z kolei może tę kompetencję przekazać kierownikom samorządowych jednostek organizacyj-

nych. Limit udzielanych zobowiązań w tym przypadku powinien być ustalony zgodnie z zasadami ogólnymi wyznaczającymi dopuszczalny pułap dla zaciągania zobowiązań przewidzianych w treści art. 46 ust.1 u.f.p. w stosunku do wszystkich jednostek sektora finansów publicznych. Według wskazanego przepisu, limit zaciąganych zobowiązań przez jednostki sektora finansów publicznych wyznaczany jest w danym roku przez plan wydatków lub kosztów jednostki. Kwoty przewidziane w planie należy pomniejszyć o płatności wynikające ze zobowiązań zaciągniętych w latach poprzednich.

Inaczej został uregulowany dopuszczalny limit zobowiązań w celu realizacji zadań w treści art. 261 u.f.p w stosunku do kierownika samorządowej jednostki budżetowej¹⁴⁹. Analizując tę kwestię, należy uwzględnić przepisy ustaw samorządowych, regulujące zasady działania kierowników samorządowych jednostek organizacyjnych¹⁵⁰. Upoważnienie to dotyczy jednak zaciągania zobowiązań w trakcie roku budżetowego, zostanie zatem przedstawione w rozdziale dotyczącym wykonania budżetu j.s.t.

Ustawodawca ustalił również szczególne reguły w stosunku do sytuacji przewidzianych w art. 136 ust. 4 i art. 153 u.f.p. Według art. 136 ust. 4 u.f.p. jednostki realizujące program wieloletni mogą zaciągać zobowiązania w celu sfinansowania w poszczególnych latach realizacji tego programu do wysokości łącznej kwoty wydatków określonych dla całego programu. Jeżeli program jest realizowany przez kilka podmiotów, wówczas zobowiązanie zaciągnięte przez każdy podmiot nie może przekroczyć kwoty planowanej dla danego podmiotu. Regulacja ta nie została jednak przewidziana w części dotyczącej budżetów j.s.t.

Szczególne uregulowanie znajduje się także w art. 153 u.f.p. Na podstawie tego przepisu Minister Finansów uzyskał nową kompetencję, umożliwiającą, na wniosek dysponenta części budżetowej, przyznanie swoistej promesy (zapewnienia) finansowania lub dofinansowania, w danym roku budżetowym ze środków budżetu państwa, jeżeli środki na ten cel zostały ujęte w rezerwie budżetowej oraz w kolejnych latach i dotyczą:

- projektów finansowanych ze środków, o których mowa w art. 5 ust. 1 pkt 2 u.f.p. (tj. ze środków pochodzących z budżetu UE i środków pochodzących od państw EFTA oraz innych źródeł zagranicznych niepodlegających zwrotowi),
- wydatków bieżących i inwestycyjnych,
- programów wieloletnich.

¹⁴⁹ Kierownik takiej jednostki, w świetle art. 261 u.f.p., może w celu realizacji zadań zaciągać zobowiązania pieniężne do wysokości kwot wydatków określonych w zatwierdzonym planie finansowym jednostki. Jest to samoistna podstawa do zaciągania zobowiązań, których wysokość nie przekracza określonych w planie finansowym wydatków.

¹⁵⁰ Art. 47 ust. 1 u.s.g., art. 48 ust. 2 u.s.p., art. 56 ust. 1 u.s.w.

Przyznane zapewnienie jest swoistym zabezpieczeniem środków pieniężnych ujętych w rezerwie budżetu państwa dla realizacji zadań wskazanych w powołanym przepisie, o ile dysponent części budżetowej wystąpi z takim wnioskiem do ministra finansów. Pośród j.s.t. takie zapewnienie może otrzymać jedynie samorząd województwa w związku z finansowaniem projektów finansowanych ze środków, o których mowa w art. 5 ust. 1 pkt 2 u.f.p. Wydanie takiej promesy przez Ministra Finansów będzie umożliwiało faktyczne zwiększenie limitu dla zobowiązań, które będzie mógł ustalić samorząd województwa w odniesieniu do przedsięwzięć finansowanych z udziałem powyższych środków.

Dodatkowe ograniczenia, zgodnie z art. 46 ust. 2 u.f.p., może wprowadzić zarząd j.s.t. w stosunku do zaciąganych zobowiązań przez podległe lub nadzorowane jednostki. Ustawa nie określa jednak ich charakteru. W konkretnym przypadku mogą one mieć charakter kwotowy. Mogą także być ustalane w odniesieniu do określonego przedziału czasowego¹⁵¹.

Dla realizacji zamówień publicznych przewidzianych w treści w.p.f. w odniesieniu do poszczególnych przedsięwzięć konieczne jest (z praktycznego punktu widzenia) upoważnienie konkretnego podmiotu. Uchwała w sprawie w.p.f. w części normatywnej może więc zawierać upoważnienie dla zarządu j.s.t. do zaciągania zobowiązań wykraczających poza granice roku budżetowego. Wprawdzie ustawodawca przewiduje fakultatywność takiego upoważnienia, ale konieczność jego wprowadzenia jest uzasadniona zapewnieniem sprawnego bieżącego zarządzania gospodarką j.s.t. oraz prawidłowego funkcjonowania urzędu j.s.t. i innych jednostek organizacyjnych wykonujących zadania samorządu terytorialnego. Zobowiązania te mogą dotyczyć realizacji przedsięwzięć zamieszczonych w załączniku do prognozy (art. 228 ust. 1 u.f.p.), a także zaciągania zobowiązań z tytułu takich umów, których realizacja w roku budżetowym i w latach następnych jest niezbędna dla zapewnienia ciągłości działania jednostki i z których wynikające płatności wykraczają poza rok budżetowy (art. 228 ust. 2 u.f.p.).

Zgodnie z art. 228 ust. 2 u.f.p., organ stanowiący j.s.t. może upoważnić zarząd do dekoncentracji, czyli przekazania uprawnień w zakresie możliwości zaciągania zobowiązań kierownikom jednostek organizacyjnych j.s.t. Możliwość takiego przekazania kompetencji budzi uzasadnione wątpliwości w literaturze przedmiotu¹⁵², gdzie wskazuje się na brak koherencji między art. 228 ust. 2 a art. 258 ust. 1 pkt 3 u.f.p. Dla pewnej kategorii umów, których realizacja jest niezbędna dla zapewnienia ciągłości działania jednostki, z których wynikają płatności wykraczające poza rok budżetowy, nieobjętych

¹⁵¹ Z. Ofiarski, *Komentarz do art. 46*, [w:] M. Karlikowska, W. Miemiec, Z. Ofiarski, K. Sawicka, *Ustawa o finansach publicznych. Komentarz*, Wrocław 2010, s. 144.

¹⁵² *Ibidem*, s. 1045.

definicją przedsięwzięcia w rozumieniu art. 226 ust. 4, kierownik jednostki organizacyjnej j.s.t. będzie mógł zaciągać zobowiązania.

Limity zobowiązań ustalane na podstawie limitów wydatków przewidzianych na poszczególne lata mogą być podstawą do zawarcia umowy o udzielenie zamówienia publicznego. Powinny zatem znaleźć odzwierciedlenie w treści załącznika do w.p.f.

Przed uchwaleniem obecnie obowiązującej ustawy o finansach publicznych organy stanowiące j.s.t. wykorzystywały, w przypadku braku upoważnienia do zaciągania zobowiązań w uchwale budżetowej, podstawę prawną umożliwiającą podjęcie odrębnej uchwały przez organ stanowiący do zaciągnięcia przez organ wykonawczy zobowiązania, pochodzącego z długoterminowych kredytów i pożyczek lub emisji papierów wartościowych w oparciu o przepisy ustaw samorządowych (art. 18 ust. 1 pkt 9 lit. c u.s.g., art. 12 pkt 8 lit. b i c u.s.p., art. 18 pkt 19 lit. b i c u.s.w.). Brakowało analogicznego upoważnienia w treści ustawy ustrojowej dla samorządu województwa¹⁵³. Regulacje ustaw samorządowych zawierają także podstawę prawną do zaciągania zobowiązań wykraczających poza rok budżetowy w celu sfinansowania inwestycji i remontów oraz innych niż remonty wydatków bieżących. Chodzi mianowicie o przepisy zawarte w art. 18 ust. 2 pkt 9 lit. e i pkt 10 u.s.g., oraz art. 12 pkt 8 lit. e i pkt 9 u.s.p. Mimo wprowadzenia upoważnienia do zaciągania zobowiązań w przepisach uchwały o w.p.f., które w zasadzie zastąpiły regulacje ustaw samorządowych, nie uchylono jednak tych regulacji. Nasuwa się więc pytanie, czy możliwe jest udzielenie upoważnienia przez organ stanowiący na zaciągnięcie zobowiązania przez zarząd j.s.t. w trakcie roku budżetowego w postaci umowy o udzielenie zamówienia publicznego w oparciu np. o art. 18 ust. 2 pkt 9 lit. e u.s.g., jeżeli nie zostało ono przewidziane w wieloletniej prognozie finansowej ani nie zostało zawarte w uchwale budżetowej. Stanowiska w tej sprawie są w nauce prawa podzielone¹⁵⁴. Przyjęcie poglądu, że jedyną dopuszczalną podstawą prawną dla przekazania upoważnienia

¹⁵³ Art. 184 ust. 1 pkt 10 lit. b u.f.p. przewidywał dopiero możliwość udzielenia przez organ stanowiący nowego upoważnienia do zaciągania umów, których realizacja w roku następnym jest niezbędna dla zapewnienia ciągłości działania jednostki, a termin zapłaty upływa w następnym roku. Z upoważnienia tego mogły korzystać organy stanowiące samorządu województwa dla udzielenia omawianego upoważnienia na rzecz organu wykonawczego. Sytuacja ta była jednak podstawą do innych kontrowersji, mianowicie na styku art. 184 ust. 1 pkt 10 lit. b i art. 188 ust. 2 pkt 3 u.f.p. Por. M. Legutko, *Wieloletnia prognoza finansowa jako podstawa zaciągania zobowiązań wieloletnich w świetle odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych*, [w:] M. Smąg, M. Winiarz (red.), *Dyscyplina finansów publicznych – Stan obecny i kierunki zmian*, Kraków 2011, s. 127.

¹⁵⁴ J.M. Salachna, *Granice samodzielności legislacyjnej jednostek samorządu terytorialnego. Studium prawnofinansowe na gruncie ustrojowym*, Gdańsk 2012, s. 188. W działalności nadzorczej RIO we Wrocławiu przyjmuje się, że gdy zadanie roczne dotyczy inwestycji lub remontu, ale będzie realizowane w następnym roku budżetowym, to w roku poprzedzającym jego realizację konieczne będzie zawarcie umowy w oparciu o przepisy powołanych ustaw samorządowych. Do w.p.f. nie można włączyć takiego zadania, ponieważ nie ma ono charakteru wieloletniego.

dla organów wykonawczych i dalej kierowników jednostek organizacyjnych może być wyłącznie art. 228 u.f.p., oznaczałoby jednak akceptację poglądu o nieracjonalnym ustawodawcy. Zasadny jest zatem wniosek, że powołane przepisy ustaw samorządowych, dopóki nie zostaną uchylone, mogą stanowić podstawę prawną dla udzielania przez organ stanowiący pełnomocnictwa dla organu wykonawczego do zaciągnięcia zobowiązania przy spełnieniu wyżej wskazanych przesłanek.

Warto także zwrócić uwagę, że zaciągnięcie zobowiązania bez upoważnienia określonego ustawą budżetową, uchwałą budżetową lub planem finansowym, albo z przekroczeniem zakresu tego upoważnienia lub z naruszeniem przepisów dotyczących zaciągania zobowiązań przez jednostkę sektora finansów publicznych, stanowi, według art. 15 u.n.d.f.p., naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Zagadnienie odpowiedzialności jest przedmiotem rozważań w rozdziale piątym.

Należy jednak podkreślić, że przekroczenie granic upoważnienia ustawodawcy wiąże z zaciągnięciem zobowiązania przekraczającego kwotę przeznaczoną na konkretny cel w obowiązującym i zatwierdzonym planie finansowym jednostki zaciągającej zobowiązanie w danym roku kalendarzowym lub zupełny brak środków przewidzianych na ten cel w tym planie. Plan finansowy wydatków jednostki jest bowiem nie tylko limitem wydatków przewidzianych do realizacji w danym roku, ale także limitem zobowiązań, w którego granicach dopuszczalne jest ich zaciąganie¹⁵⁵. Warto także podkreślić, że dla powstania odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych nie ma znaczenia, czy zaciągnięte w takiej sytuacji zobowiązanie stało się wymagalne. Deliktem naruszającym dyscyplinę będzie zatem każde zaciągnięte zobowiązanie z przekroczeniem granic upoważnienia, niezależnie od tego, czy jest ono wymagalne, czy też niewymagalne.

Po nowelizacji u.f.p.¹⁵⁶ obowiązkowym załącznikiem do wieloletniej prognozy finansowej jest objaśnienie przyjętych wartości. Jego sporządzenie wymaga objęcia analizą wielu czynników wpływających na sytuację finansową j.s.t. w prognozowanym okresie. Gwarancją spełnienia wymogu realistyczności prognozy jest przyjęcie odpowiedniej metodologii prac oraz obowiązek zamieszczania objaśnień towarzyszących jego ustaleniom. Wymaga to również oddzielenia pozycji, które podlegają prognozowaniu, od takich, które powinny być przedmiotem planowania. Planowaniu będą podlegały te pozycje budżetu, których wielkości są zdeterminowane już podjętymi działaniami j.s.t. i pozostają pod ścisłą kontrolą. Dotyczy to zwłaszcza wydatków majątkowych na planowane przedsięwzięcia¹⁵⁷.

¹⁵⁵ Orzeczenie GKO z dnia 18 czerwca 2001 r. DF/GKO-62/83-84/2001, LEX nr 51525.

¹⁵⁶ Ustawa z dnia 7 grudnia 2012 r. o zmianie niektórych ustaw w związku z realizacją ustawy budżetowej, Dz.U. z 2012 r., poz. 1456.

¹⁵⁷ K. Sawicka, *Wieloletnia prognoza finansowa*, [w:] W. Miemieć, K. Sawicka, M. Miemieć, *Prawo finansów publicznych sektora samorządowego*, Warszawa 2013, s. 61.

Określone w prognozie limity kwot dochodów i wydatków mają istotne znaczenie. Decydują bowiem o powiązanych z nimi kwotach przychodów i rozchodów, kwocie długu czy spłat zobowiązań z tytułu udzielonych zamówień publicznych. Kwoty te mogą być oszacowane przy wykorzystaniu analizy danych historycznych oraz na podstawie prognoz dokonywanych z użyciem metod statystycznych.

Analizy finansowe, jako źródło niezbędnych danych o zjawiskach finansowych, stanowią ważny czynnik w procesach podejmowania decyzji¹⁵⁸. Należy przeanalizować zdolność j.s.t. do generowania w budżecie nadwyżki operacyjnej, a także wartość i strukturę dochodów majątkowych oraz wielkość środków finansowych, jakie mogłyby być przeznaczone na pokrycie kosztów zadłużenia i realizację wydatków majątkowych. W orzecznictwie GKO podkreśla się, że zaciągnięcie zobowiązania wskutek zawarcia umowy o udzielenie zamówienia publicznego powinno być poprzedzone analizą skutków finansowych dla gospodarki finansowej j.s.t.¹⁵⁹ Wynikiem takiej analizy powinna być weryfikacja długookresowej stabilności finansowej j.s.t., umożliwiająca ocenę zdolności do obsługi zaciągniętego długu i utrzymania płynności finansowej w dłuższej perspektywie¹⁶⁰. Umożliwia także pozyskanie informacji na temat realnej możliwości finansowania przyszłych zamówień publicznych.

Wieloletnia prognoza finansowa jest powiązana z budżetem j.s.t. Relacja ta wymaga przeanalizowania, w jakim stopniu organy j.s.t., podejmując uchwałę budżetową, związane są wielkościami określonymi dla danego roku w w.p.f. oraz kiedy, z jaką częstotliwością i przez jaki organ powinny być dokonywane zmiany w prognozie. Minimalna zgodność wielkości wymagana przez ustawę (art. 229 u.f.p.) dotyczy wyniku budżetu (nadwyżki lub deficytu), związanych z nim kwot przychodów i rozchodów oraz długu j.s.t. W literaturze jest wyrażany pogląd, że wykorzystanie wieloletniego planowania finansowego do skutecznego zarządzania finansami lokalnymi wymaga nadrzędności wieloletniej prognozy finansowej¹⁶¹, czyli uznania prymatu prognozy nad budżetem. Sam budżet należałoby zaś uznać za roczne narzędzie realizacji prognozy¹⁶². Trudno się zgodzić z takim poglądem, jako że wszystkie niemal wielkości objęte prognozą (oprócz

¹⁵⁸ *Ibidem*, s. 68.

¹⁵⁹ Orzeczenie GKO z 20.04.2006 r., DF/GKO/Odw.-4900-19/26/06/327, „Biuletyn orzecznictwa w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych” 2006, nr 3, poz. 7, s. 35.

¹⁶⁰ S. Krajewski, M. Mackiewicz, P. Krajewski, *Przygotowanie wieloletniej prognozy finansowej – wybrane problemy metodologiczne*, „Finanse Komunalne” 2010, nr 7–8, s. 52.

¹⁶¹ B. Filipiak, M. Dylewski, *Kontrowersje związane ze sporządzaniem wieloletniej prognozy finansowej JST w związku z wdrożeniem budżetu zadaniowego*, „Finanse Komunalne” 2010, nr 12, s. 5 i n.

¹⁶² J. Kotlińska, *Wieloletnia prognoza finansowa – jak rozumieć przepisy ustawowe, aby je prawidłowo stosować*, „Finanse Komunalne” 2010, nr 10, dodatek specjalny, s. 20 i n.

limitów zobowiązań i w ograniczonym zakresie kwot wydatków na przedsięwzięcia, a także kwoty długu, jego spłat wraz z kosztami obsługi i spłat udzielonych poręczeń i gwarancji w poszczególnych latach), mogą zostać zmienione. Zmian takich wolno dokonać zarówno na etapie podejmowania uchwały budżetowej na dany rok, jak i poprzez wprowadzanie dozwolonych przez przepisy prawa zmian tej uchwały w trakcie roku budżetowego (art. 232 u.f.p.). Planowanie wieloletnie wywiera zatem wpływ na kształtowanie budżetu danego roku jedynie w ograniczonym zakresie. Dotyczy bowiem tylko najważniejszych elementów tego budżetu (art. 231 ust. 1 u.f.p.). Wszelkie zmiany budżetu, które wpływają na wynik budżetu (przez zwiększenie albo zmniejszenie nadwyżki lub deficytu), wymagają dokonania odpowiedniej korekty w w.p.f. Ta konieczność sprawia, że nie można uznać nadrzędności w.p.f. wobec uchwały budżetowej j.s.t. Przeciwnie, konieczność dostosowywania wielkości zawartych w w.p.f. do zapisów zmieniającej w trakcie roku uchwały budżetowej konstituuje akt zarządzania wieloletniego finansami lokalnymi jako pochodny w stosunku do decyzji operatywnych, właściwych rocznemu budżetowi¹⁶³.

Warto zwrócić uwagę na to, że w.p.f. to plan wieloletni, obejmujący co najmniej 4 lata, natomiast realizacja zamówienia publicznego może być zaplanowana w krótszym horyzoncie czasowym. Dlatego też problem finansowania wydatków związanych z realizacją zamówienia publicznego jest w szerszym zakresie powiązany z rocznym budżetem j.s.t.

4. Obowiązki związane z przygotowaniem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego a budżet jednostki samorządu terytorialnego

Ustalenia wieloletniej prognozy finansowej stanowią, w zakresie powyżej przedstawionym, swoiste wytyczne dla treści budżetu j.s.t. Oznacza to, że aby przewidziane w przedsięwzięciach konkretne zamówienia publiczne miały realne szanse realizacji, muszą także zostać ujęte w zaplanowanych wydatkach budżetu j.s.t. Ważne jest zatem, aby się zapoznać z wymogami prawnymi determinującymi planowanie, opracowywanie i wykonywanie budżetu. Znajomość tych zasad decyduje bowiem o skutecznej realizacji zamówień publicznych.

Zgodnie z art. 211 u.f.p., budżet j.s.t. stanowi podstawowy roczny plan dochodów i wydatków oraz przychodów i rozchodów, w którym wielkości są ujęte w odpowiednim stopniu szczegółowości na okres jednego roku budżetowego. W ten sposób ustawodaw-

¹⁶³ J.M. Salachna, *Wieloletnia prognoza finansowa jako przedmiot kontroli i nadzoru regionalnych izb obrachunkowych*, „Finanse Komunalne” 2010, nr 10, dodatek specjalny, s. 40.

ca określił zakres przedmiotowy tego planu oraz jego horyzont czasowy. Od innych planów finansowych uchwalanych w j.s.t. cechami odróżniającymi budżet, obok zakresu przedmiotowego, są także: jego zakres podmiotowy oraz forma i tryb, w jakiej jest uchwalany. Będąc publicznym planem finansowym, wyznacza w ten sposób zakres gospodarki finansowej j.s.t. realizowanej w konkretnym roku budżetowym. Posiada zatem szczególną rangę prawną¹⁶⁴. Budżet jest także rezultatem kompromisu politycznego między grupami interesów skupionych wokół władzy wykonawczej i uchwałodawczej j.s.t. Funkcja polityczna budżetu przejawia się w podziale kompetencji organów uczestniczących w procedurze uchwalania budżetu oraz w instytucji absolutorium udzielanego w ramach kontroli wykonania budżetu.

Podstawą gospodarki finansowej jednostek samorządu terytorialnego, zgodnie z art. 211 ust. 4, jest uchwała budżetowa. Jest ona opracowywana, uchwalana i wykonywana w sposób określony prawem, z koniecznością stosowania wspomnianych wyżej zasad budżetowych oraz zasad przewidzianych w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów w sprawie zasad techniki prawodawczej¹⁶⁵.

Uchwała budżetowa jako podstawa gospodarki finansowej składa się z części normatywnej zawierającej budżet wydatków oraz z załączników. Budżet jest zatem konstytutywnym i najważniejszym elementem uchwały budżetowej. Treść budżetu jest zdeterminowana określonymi zasadami budżetowymi. Do najważniejszych należą zasady: powszechności, jedności, równowagi, jawności, roczności i szczegółowości.

W treści budżetu muszą zostać określone ustawowo wskazane rodzaje dochodów i wydatków j.s.t. zaplanowane na dany rok budżetowy w celu sfinansowania zadań własnych oraz zadań zleconych ustawowo lub na podstawie porozumienia. Budżet powinien zatem, zgodnie z zasadą powszechności (zwaną także zasadą zupełności), obejmować całość dochodów i wydatków j.s.t. Jednostki organizacyjne, w stosunku do których ta zasada powinna mieć zastosowanie, winny być w całości objęte budżetem j.s.t. To klasyczne rozumienie zasady powszechności znajduje zastosowanie wobec jednostek budżetowych. Ta forma finansowania określana jest mianem metody finansowania brutto, zwanej także gospodarką budżetową *sensu stricto*.

W ramach systemu finansowego j.s.t. zdecydowana część jednostek organizacyjnych jest powiązana z budżetem j.s.t. jedynie określonymi rodzajami wpłat wynikających z prowadzonej działalności gospodarczej w zakresie użyteczności publicznej. Przychody pozyskane z tej działalności przeznaczane są na finansowanie kosztów tej

¹⁶⁴ J. Małecki, *Finanse gminy samorządowej de lege lata i de lege ferenda*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1991, nr 2, s. 37 i n.

¹⁶⁵ Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 czerwca 2000 r., Dz.U. Nr 100, poz. 908 ze zm.

działalności. Można zatem przyjąć, że nie będziemy mieli w takiej sytuacji do czynienia z objęciem gospodarki finansowej takich jednostek przez budżet j.s.t., a jedynie z powiązaniem z budżetem pewnymi elementami gospodarki tych jednostek. Metoda, według której funkcjonują takie formy organizacyjno-prawne, określana jest mianem finansowania netto albo gospodarki budżetowej *sensu largo* (pozbudżetowej).

Według obecnie obowiązujących przepisów do form finansowania netto, obok zakładów budżetowych (art. 14–17 u.f.p.), należy zaliczyć także wydzielony rachunek dochodów samorządowych jednostek budżetowych prowadzących działalność określoną w ustawie z dnia 7 września 1991 r. o systemie oświaty (art. 223 u.f.p.)¹⁶⁶, a także jednostki tworzone na podstawie odrębnych ustaw, czyli samorządowe instytucje kultury¹⁶⁷, samodzielne publiczne zakłady opieki zdrowotnej¹⁶⁸, inne samorządowe osoby prawne utworzone na podstawie odrębnych ustaw w celu wykonania zadań publicznych, np. wojewódzkie ośrodki ruchu drogowego¹⁶⁹, wojewódzkie ośrodki doradztwa rolniczego¹⁷⁰. Wymienione formy nie będą jednak przedmiotem dalszych rozważań.

W treści uchwały budżetowej są przewidziane, obok planowanych dochodów, wydatków, przychodów i rozchodów jednostek samorządu terytorialnego, także planowane dochody rachunku dochodów jednostek budżetowych prowadzących działalność określoną w ustawie o systemie oświaty i wydatków nimi finansowanych oraz plany przychodów i kosztów samorządowych zakładów budżetowych (jednostek organizacyjnych finansowanych netto). Uchwała budżetowa realizuje w ten sposób zasadę powszechności.

Zasada jedności budżetu rozpatrywana jest w dwóch aspektach. Wyróżnia się zasadę jedności materialnej oraz zasadę jedności formalnej. Zasada jedności materialnej formułuje wymóg, aby zgromadzone w budżecie dochody tworzyły jeden zasób środków pieniężnych przeznaczony na finansowanie całości wydatków budżetu j.s.t. Zasadę tę określa art. 42 ust. 2 u.f.p. Konkretnie rodzaje dochodów budżetowych nie powinny mieć z góry określonego celu przeznaczenia co do finansowania ściśle określonych wydatków budżetowych¹⁷¹. Zgodnie z tą zasadą dochody budżetowe mają ogólne przeznaczenie i *a priori* nie mogą być powiązane z konkretnymi wydatkami budżetu. Określa się ją

¹⁶⁶ Tekst jedn. Dz.U. z 2004 r., Nr 256, poz. 2572 ze zm.

¹⁶⁷ Ustawa z dnia 25 października 1991 r. o organizowaniu i prowadzeniu działalności kulturalnej, tekst jedn. Dz.U. z 2012 r., poz. 406.

¹⁶⁸ Ustawa z dnia 15 kwietnia 2011 r. o działalności leczniczej, tekst jedn. Dz.U. z 2013 r., poz. 217.

¹⁶⁹ Ustawa z dnia 20 czerwca 1997 r. – Prawo o ruchu drogowym, tekst jedn. Dz.U. z 2005 r., Nr 108, poz. 908 ze zm.

¹⁷⁰ Ustawa z dnia 22 października 2004 r. o jednostkach doradztwa rolniczego, Dz.U. z 2012 r., poz. 1414.

¹⁷¹ A. Drwiłło, J. Gliniecka, *Finanse gmin*, Gdańsk 1995, s. 154.

w literaturze mianem zasady niefunduszowania, z uwagi na zakaz przeznaczania środków publicznych pochodzących z poszczególnych tytułów na finansowanie imiennie wskazanych wydatków budżetowych¹⁷². Nie ma ona jednak charakteru bezwzględnie obowiązującego. Zgodnie z art. 42 ust. 3 i 4 u.f.p. zasada ta nie ma zastosowania do wydatków finansowanych z kredytów udzielanych przez międzynarodowe instytucje finansowe, o ile umowa tak stanowi, wydatków finansowanych ze środków europejskich, wydatków finansowanych ze środków, o których mowa w art. 5 ust. 3 pkt 5 i 6 u.f.p., a także do kosztów ponoszonych przez jednostki prowadzące działalność gospodarczą (np. samorządowe osoby prawne czy samorządowe zakłady budżetowe). Zasada ta nie będzie miała także zastosowania, jeżeli będzie to przewidziane przez odrębną ustawę, np. opłaty z tytułu wydawania zezwoleń na sprzedaż napojów alkoholowych¹⁷³ czy opłaty i kary ponoszone z tytułu gospodarczego korzystania ze środowiska¹⁷⁴.

Zasada jedności formalnej nakazuje natomiast, aby wszystkie dochody i wydatki były umieszczone w jednym akcie prawnym. Zasada ta, zgodnie z art. 211 u.f.p., jest w pełni respektowana na płaszczyźnie normatywnej determinującej system finansowy j.s.t.

Zasada równowagi budżetowej w klasycznym ujęciu nakazywała pełne pokrycie zaplanowanych wydatków dochodami budżetowymi. Niedopuszczalne było zatem uchwalenie budżetu z deficytem. Współcześnie sposób rozumienia tej zasady uległ zasadniczej zmianie. Dopuszcza się mianowicie zaplanowanie w treści budżetu wydatków w kwocie wyższej niż planowanych dochodów. Tym samym stworzono możliwość uchwalenia budżetu z deficytem, ale z jednoczesnym obowiązkiem wskazania źródła jego sfinansowania. Aby nie dopuścić do powstania nadmiernych deficytów budżetowych i w rezultacie powiększania długu j.s.t., ustawodawca ustala w art. 217 ust. 2 u.f.p. zamknięty katalog źródeł przychodów, z których może być sfinansowany deficyt budżetowy. Dominują wśród nich źródła zwrotne. Jeżeli w.p.f. jednostki obejmuje przedsięwzięcia inwestycyjne, wiążące się zwykle z zamówieniami publicznymi, to właśnie one najczęściej będą finansowane z przychodów rodzących zobowiązania dłużne. Trzeba jednak zaznaczyć, że tak rozumiana zasada równowagi musi być przestrzegana na wszystkich etapach procedury budżetowej. W związku z tym ustawa definiuje pojęcia nadwyżki i deficytu budżetu i ustala wyłączne rodzaje źródeł, które mogą służyć sfinansowaniu deficytu, a także dopuszczalne limity zadłużenia poszczególnych j.s.t.

¹⁷² W. Wójtowicz, *Podstawy prawa budżetowego*, [w:] W. Wójtowicz (red.), *Zarys finansów publicznych*, Warszawa 2011, s. 80 i n.; E. Ruśkowski, *Zasady budżetowe*, [w:] C. Kosikowski, E. Ruśkowski (red.), *Finanse publiczne i prawo finansowe*, Warszawa 2008, s. 296 i n.

¹⁷³ Ustawa z dnia 26 października 1982 r. o wychowaniu w trzeźwości i przeciwdziałaniu alkoholizmowi, tekst jedn. Dz.U. z 2012 r., poz. 1356.

¹⁷⁴ Ustawa z dnia 27 kwietnia 2001 r. Prawo ochrony środowiska, tekst jedn. Dz.U. z 2008 r., Nr 25, poz. 150.

Zasada jawności budżetu j.s.t. jest odzwierciedleniem ogólnej zasady jawności finansów publicznych. Jest ona wyrażona w art. 33 u.f.p. Ustawodawca przewidział także sposoby jej realizacji. Są nimi np. jawność debat w sprawach wieloletniej prognozy finansowej j.s.t., projektu uchwały budżetowej, podjęcia uchwały budżetowej, jawność debat nad wykonaniem budżetu, podawanie do publicznej wiadomości informacji o kwotach dotacji udzielanych z budżetu j.s.t., podawanie do publicznej wiadomości informacji dotyczących zasad, warunków i odpłatności za świadczone usługi, a także zapewnienie radnym dostępu do materiałów wskazanych w art. 34. u.f.p. Formalne zasady jawności samorządowej gospodarki budżetowej korespondują z zasadą jawności przewidzianą w art. 8 Pzp. Obydwie zasady dotyczą całego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak i całej procedury budżetowej j.s.t. Oznaczają także konieczność udostępniania informacji związanych z tym postępowaniem i istotnych dla niego. Obowiązek stosowania tej zasady umożliwia sprawowanie kontroli nad gospodarowaniem zasobami finansowymi j.s.t. i sposobem wykorzystania tych zasobów, a także prawidłowego przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Zgodnie z art. 37 ust. 1 u.f.p. zarząd j.s.t. jest zobowiązany podać do publicznej wiadomości nie tylko informacje o wykonaniu budżetu oraz o kwocie deficytu lub nadwyżki za konkretne okresy roku budżetowego, ale także kwotę wymagalnych zobowiązań wynikających z odrębnych ustaw, prawomocnych orzeczeń sądu lub ostatecznych decyzji administracyjnych, a także zobowiązań uznanych za bezsporne przez dłużnika, którym jest właściwa jednostka sektora finansów publicznych. Zarząd zobowiązany jest do podania wykazu podatników, którym udzielono ulg w spłacie podatku, a także do podania do publicznej wiadomości kwoty dotacji otrzymanych z budżetu j.s.t. oraz kwoty dotacji udzielonych innym j.s.t., wykaz udzielonych poręczeń i gwarancji ze wskazaniem podmiotów, których gwarancje i poręczenia dotyczą, a także wykaz podmiotów, którym udzielono pomocy publicznej. Ostatnie trzy z wymienionych informacji pozostają w określonym związku z realizacją zamówień publicznych, ponieważ mogą dotyczyć wykonawców umów o zamówienie publiczne zawieranych przez j.s.t. Tak realizowana zasada jawności, dotycząca treści budżetu i poszczególnych etapów procedury budżetowej, w pewnej mierze koresponduje z zasadą jawności sformułowaną w art. 8 Pzp oraz w art. 11 Pzp, zgodnie z którymi powszechnie dostępne muszą być informacje o planowanych zamówieniach publicznych oraz zmianach umowy o zamówienie publiczne.

Zasada roczności budżetu jest *expressis verbis* sformułowana w art. 211 ust. 2 i 3 u.f.p. Zgodnie z powołanymi przepisami budżet jest uchwalany na rok budżetowy, a rokiem budżetowym jest rok kalendarzowy. Aby można było w pełni zrealizować zasadę roczności, organ stanowiący j.s.t. powinien podjąć uchwałę budżetową przed rozpoczę-

ciem roku budżetowego (zgodnie z zasadą uprzedniości). Ustawodawca zezwala jednak, według art. 239 u.f.p., aby w szczególnie uzasadnionych wypadkach organ stanowiący j.s.t. podjął uchwałę budżetową do 31 stycznia roku budżetowego. Podjęcie uchwały budżetowej w tym terminie nie oznacza, że uchwała budżetowa będzie obowiązywała od daty jej opublikowania, a zatem powinna wejść w życie w trakcie roku budżetowego. Zgodnie z zasadą roczności uchwała budżetowa zawsze zacznie obowiązywać z dniem 1 stycznia roku budżetowego. W przypadku niepodjęcia uchwały budżetowej do 31 stycznia roku budżetowego, Regionalna Izba Obrachunkowa (RIO) do końca lutego roku budżetowego jest zobowiązana do ustalenia budżetu j.s.t. w zakresie zadań własnych oraz zadań zleconych. Podjęcie ustalenia zastępczego przez RIO może mieć wpływ na rozliczenie zamówień publicznych realizowanych w tym czasie przez j.s.t. Może się bowiem zdarzyć, że w ustaleniu zastępczym nie zostaną ujęte wszystkie zaplanowane wydatki, z których winny być sfinansowane początkowo zaplanowane zamówienia publiczne. Sytuacja taka może się przyczynić do opóźnienia realizacji zamówień. Organy j.s.t. mogą pozyskać konieczne do sfinansowania rozpoczętych zamówień publicznych środki finansowe dopiero w późniejszym okresie, poprzez wykorzystanie instrumentów finansowoprawnych umożliwiających dokonywanie zmian w budżecie w trakcie jego realizacji lub zmian budżetu w ciągu roku budżetowego.

Z dniem 31 grudnia wygasają niezrealizowane kwoty wydatków budżetu j.s.t., z zastrzeżeniem ust. 2 i 4 art. 263 u.f.p. Z tym dniem ustaje zatem prawo do dokonywania wydatków budżetowych zaplanowanych w budżecie na mijający rok budżetowy. Ustawodawca przewiduje jednak (art. 263 ust. 3 u.f.p.) wyjątek od tak rozumianej zasady roczności. Organ stanowiący j.s.t. może w drodze uchwały ustalić wykaz wydatków, które nie wygasną z końcem roku budżetowego (kalendarzowego), oraz określić ostateczny termin dla takich wydatków. W świetle ust. 4 omawianego przepisu, ostateczny termin wykonania wydatków nie może być dłuższy niż 30 czerwca roku następującego po roku budżetowym. Można zatem przyjąć, że jest to wyjątek od zasady roczności budżetu. Zakres instytucji wydatków niewygasających został przewidziany w art. 163 ust. 3 u.f.p. Mogą to być wydatki związane z realizacją umów o udzielenie zamówienia publicznego oraz z realizacją umów, które zostaną zawarte w wyniku ukończonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w którym dokonano już wyboru wykonawcy. Ustawodawca nie wskazał *expressis verbis* rodzaju wydatków, które mogą uzyskać status wydatków niewygasających. Zaliczył natomiast do tej kategorii niektóre wydatki z uwagi na cel, na jaki mogą być przeznaczone. Jako wydatki związane z realizacją umów w sprawie zamówienia publicznego mogą tu być zakwalifikowane tylko takie, których realizacja wynika z zawartej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Nie ma przy tym znaczenia zastosowana procedura, która decydowała o wyborze wyko-

nawcy zamówienia. Można zatem przyjąć, że potencjalnie wydatkami niewygasającymi będą mogły być wszelkie wydatki związane z realizacją odpłatnych umów, których przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane.

Kolejnym elementem zaliczanym do kategorii wydatków niewygasających jest także sytuacja, w której pod koniec roku budżetowego została już zakończona procedura postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w której wyniku doszło do wyboru wykonawcy, ale nie została jeszcze zawarta umowa. Przepis art. 263 u.f.p. zezwala wtedy na zastosowanie instytucji wydatków niewygasających wobec przewidzianej do zawarcia umowy. Jest to jednak obwarowane zastrzeżeniem, iż wybór wykonawcy, potwierdzony dokumentami sporządzonymi w związku z przeprowadzonym postępowaniem, musi nastąpić przed dniem podjęcia uchwały w sprawie wydatków niewygasających. Uznaje się tym samym, że wyłonienie wykonawcy jest skutecznym zakończeniem postępowania, prowadzącym do obligatoryjnego zawarcia umowy. Jest to zgodne z art. 92 Pzp, na mocy którego zamawiający jest zobowiązany do niezwłocznego powiadomienia wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty, o dokonanym wyborze, a także z art. 93 Pzp, szczegółowo wyliczającym warunki uzasadniające unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Jeżeli żaden z wymienionych w art. 93 Pzp warunków nie zostanie spełniony, to na podstawie art. 94 ust. 1 Pzp zamawiający zawiera umowę z wybranym wykonawcą. Nie może to jednak nastąpić wcześniej niż po upływie terminów wskazanych w powołanym przepisie. Owa wymagana zwłoka wynosi od 5 do 15 dni. Jest zależna od wartości zamówienia, od trybu, w jakim było przeprowadzone postępowanie, oraz od sposobu przesłania zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty. Możliwość zawarcia umowy przed upływem tych terminów ustawa dopuszcza tylko w kilku enumeratywnie wymienionych przypadkach (art. 94 ust. 2 Pzp).

Wymienione w art. 263 u.f.p. wydatki mogą być uznane za wygasające dopiero po podjęciu stosownej uchwały przez organ stanowiący przed zakończeniem roku budżetowego. W uchwale tej łącznie z wykazem wydatków, które nie wygasną z upływem roku budżetowego, organ stanowiący ustala także plan finansowy tych wydatków w podziale na działy i rozdziały klasyfikacji wydatków, z wyodrębnieniem wydatków majątkowych (art. 263 ust. 5 u.f.p.). Środki finansowe na wydatki przewidziane w takim wykazie muszą być przekazane na wyodrębnione subkonto podstawowego rachunku bankowego j.s.t. Ustawodawca przewidując, iż środki finansowe niewykorzystane w terminie wskazanym w uchwale organu stanowiącego j.s.t. muszą być przekazane na dochody budżetu j.s.t. w terminie 7 dni od dnia określonego w uchwale o wydatkach niewygasających, przesądza tym samym, że termin 30 czerw-

ca jest terminem ostatecznym i nie podlega prolongacie. W tej kwestii orzecznictwo RIO jest jednak zróżnicowane¹⁷⁵.

Zaliczenie do kategorii wydatków niewygasających środków pieniężnych przeznaczonych na finansowanie zamówień publicznych jest uzasadnione zasadą racjonalności, z uwagi z jednej strony na roczność budżetu, a z drugiej tym, że czas zakończenia realizacji zamówienia często przekracza okres roku budżetowego¹⁷⁶.

Układ budżetu jest zdeterminowany zasadą szczegółowości. W literaturze wyróżnia się szczegółowość rzeczową, ilościową i czasową¹⁷⁷. Dla prowadzonych rozważań najważniejsza jest szczegółowość rzeczowa, zwana też rodzajową. Polega ona na konstruowaniu budżetu z uwzględnieniem dochodów i przychodów według źródeł ich pozyskania, a wydatków i rozchodów według ich przeznaczenia. Wydatki zaplanowane w budżecie mogą być zatem dokonywane tylko zgodnie z ich przeznaczeniem, a jakakolwiek zmiana w tym zakresie musi być poprzedzona zmianą planu finansowego i budżetu lub zmianą w budżecie.

Według art. 39 u.f.p., układ budżetu j.s.t. powinien być zgodny z zasadami klasyfikacji dochodów i przychodów oraz wydatków i rozchodów. Klasyfikacja stanowi prawny system grupowania dochodów i przychodów oraz wydatków i rozchodów według przyjętych kryteriów na określone podziałki klasyfikacyjne. Dochody i wydatki budżetu j.s.t. klasyfikuje się według działów i rozdziałów określających rodzaj działalności oraz według paragrafów, które zgodnie z art. 39 ust. 1 pkt 2 określają rodzaj dochodu, przychodu lub wydatku oraz bezzwrotnych środków zagranicznych pochodzących z budżetu UE oraz państw EFTA.

Działy klasyfikacji budżetowej dzielone są na rozdziały, które są przewidziane dla konkretnych jednostek organizacyjnych funkcjonujących w ramach danego działu (np. w dziale 852 pomoc społeczna – rozdz. 85201 placówki opiekuńczo-wychowawcze). Rozdziały w ramach działu będą także przewidziane dla konkretnych zadań realizowanych w ramach danego rodzaju działalności (np. rozdz. 85215 – dodatki mieszkaniowe lub rozdz. 85278 – usuwanie skutków klęsk żywiołowych). W ramach paragrafów należy natomiast wyróżnić paragrafy dochodów (źródła dochodów – np. podatek od nieruchomości) oraz paragrafy wydatków (rodzaje wydatków – np. wynagrodzenia, dotacje

¹⁷⁵ K. Sawicka, *Komentarz do art. 263*, [w:] M. Karlikowska, W. Miemiec, Z. Ofiarski, K. Sawicka, *Ustawa o finansach*

¹⁷⁶ Istotą wydatków niewygasających jest zachowanie podstawy prawnej do ich realizacji w oparciu o plan wydatków niewygasających, w sytuacji gdy ze względu na „poślizgi” realizacyjne przewidywany termin zapłaty zobowiązania przesunięty zostanie na 1. półrocze następnego roku.

¹⁷⁷ K. Ostrowski, *Prawo finansowe. Zarys ogólny*, Warszawa 1970, s. 231.

na finansowanie inwestycji). Zgodnie z rozporządzeniem Ministra Finansów¹⁷⁸ klasyfikacja paragrafów wydatkowych obejmuje 7 grup wydatków.

Podstawową funkcją klasyfikacji budżetowej jest zapewnienie przejrzystości budżetu. Klasyfikacja budżetowa umożliwia bowiem sprawne przeprowadzenie kontroli wykonania budżetu. Grupowanie przy zastosowaniu kryteriów podmiotowych i przedmiotowych uniemożliwia jednak ocenę realizacji całego zadania z punktu widzenia efektywności nakładów. Budżet staje się wtedy planem finansowo-rzeczowym, w którym wysokość wydatków, jakie mogą być poniesione w roku budżetowym, jest zdeterminowana wielkością dochodów, jakie mogą zostać zgromadzone w budżecie. Wykonanie budżetu uznaje się za prawidłowe, jeżeli zaplanowane wydatki zostaną zrealizowane bez przekroczenia przeznaczonej na nie kwoty dochodów i przychodów. Jest to zgodność rachunkowa, która jednak nie stwarza warunków do oceny racjonalności dokonywanych wydatków budżetu, czyli takiego gospodarowania, w którym z danych nakładów uzyskuje się najlepsze możliwe efekty. Zasadne byłoby zatem wprowadzenie takiego sposobu klasyfikowania dochodów i wydatków, które umożliwiłoby finansowanie większych przedsięwzięć w oparciu o tzw. planowanie zadaniowe, z wykorzystaniem instytucji budżetu zadaniowego.

W literaturze przyjmuje się, że istotą budżetu zadaniowego jest wprowadzenie zarządzania wydatkami publicznymi poprzez skonkretyzowane i zhierarchizowane cele, zmierzające do osiągnięcia zamierzonych rezultatów, mierzonych za pomocą ustalonego systemu mierników, które umożliwiają ocenę realizacji powyższych zadań z uwzględnieniem stopnia osiągnięcia celu¹⁷⁹. W odróżnieniu od budżetu tradycyjnego, budżet zadaniowy umożliwia ustalenie nie tylko przeznaczenia środków publicznych oraz celów, których realizacji służą wydatki publiczne, ale także efektów uzyskanych z nakładów publicznych. Zakres budżetu zadaniowego jest tym samym szerszy od zakresu budżetu tradycyjnego.

Na etapie tworzenia budżetu zadaniowego trzeba najpierw przesądzić, jakie cele działalności j.s.t. mają być osiągnięte, a następnie ustalić, jakie środki należy na te cele przeznaczyć. W literaturze przedmiotu podkreśla się, że nie da się prowadzić współczesnej polityki budżetowej bez podważenia tradycyjnego układu budżetu, w którym corocznie rozważa się jedynie potrzebę odpowiedniego zwiększenia lub

¹⁷⁸ Rozporządzenie Ministra Finansów z dnia 5 lipca 2010 r. w sprawie szczególnych zasad rachunkowości oraz planów kont dla budżetu państwa, budżetów jednostek samorządu terytorialnego, jednostek budżetowych, samorządowych zakładów budżetowych, państwowych funduszy celowych oraz państwowych jednostek budżetowych mających siedzibę poza granicami Rzeczypospolitej Polskiej, Dz.U. Nr 128, poz. 861 ze zm.

¹⁷⁹ T. Lubińska, *Budżet zadaniowy w Polsce. Reorientacja z wydatkowania na zarządzanie pieniędzmi publicznymi*, Warszawa 2007, s. 26.

ograniczenia środków¹⁸⁰. Wydaje się zatem, że przejście na planowanie zadaniowe wymaga zasadniczej zmiany sposobu myślenia o dysponowaniu środkami publicznymi¹⁸¹.

Budżet zadaniowy był już w Polsce wprowadzany eksperymentalnie w kilku gminach, ale próby te nie doprowadziły do powszechnego jego zastosowania. Warto jednak zwrócić uwagę na to, że instytucja wieloletniej prognozy finansowej, omówiona w poprzedniej części tego rozdziału, w znacznej mierze realizuje podobny cel, jaki uzasadnia wprowadzenie budżetu zadaniowego. Jest to zwiększenie znaczenia celowości i efektywności gospodarki wydatkowej podmiotów publicznych.

Artykuł 212 ust. 1 u.f.p. określa, jakie elementy powinna zawierać uchwała budżetowa. Ponieważ ustawodawca posłużył się sformułowaniem „uchwała budżetowa określa”, należy przyjąć, że w tym przepisie wyliczono obligatoryjne elementy tej uchwały. Nie jest to jednak katalog zamknięty, ponieważ w pkt 10 tego ustępu ustawodawca przewiduje możliwość zawarcia w treści uchwały także innych postanowień, których obowiązek zamieszczenia będzie wynikał z postanowień organów stanowiących. Należy w związku z tym przyjąć, że w katalogu elementów obligatoryjnych uchwały budżetowej będą ujęte zarówno elementy ustawowo określone, jak i wynikające z postanowień organów stanowiących. Z kolei w ust. 2 tego przepisu, gdzie ustawodawca przyjął, że organ stanowiący w uchwale budżetowej „może upoważnić zarząd”, zawarte są elementy fakultatywne.

Do najważniejszych obligatoryjnych elementów uchwały budżetowej dotyczących dochodów zalicza się (art. 212 ust. 1 u.f.p.) kwoty planowanych dochodów budżetu j.s.t., z wyodrębnieniem dochodów bieżących i majątkowych. Powinny one być wyszczególnione w układzie działów klasyfikacji budżetowej i według źródeł (paragrafów). Do dochodów majątkowych zalicza się dotacje i środki przeznaczone na inwestycje, dochody ze sprzedaży majątku oraz z tytułu przekształcenia prawa użytkowania wieczystego w prawo własności. Wielkości planowanych dochodów to wielkości prognozowane, ale prognoza ta – podobnie jak przy planowaniu w.p.f. – winna być realistyczna i rzetelna. Planowane kwoty dochodów z poszczególnych źródeł powinny uwzględniać realne możliwości j.s.t., oparte na uzasadnionych przesłankach i obliczeniach¹⁸². W planie dochodów budżetu j.s.t. winny być wydzielone dochody z tytułu dotacji oraz środki przyznane na realizację zadań finansowanych

¹⁸⁰ J. Głuchowski, *Budżet i procedura budżetowa*, Wydawnictwa Sejmowe, Warszawa 2001, s. 76.

¹⁸¹ W. Miemiec, *Czy budżet powiatu w świetle nowej ustawy o finansach publicznych można określić mianem budżetu zadaniowego?*, *Studia z Nauk Społecznych*, Polkowice 2010, nr 3, s. 163–173.

¹⁸² Zob. wyrok WSA w Krakowie z dnia 6 października 2006 r., I SA/Kr 917/06, CBOSA.

z udziałem bezzwrotnych środków zagranicznych pochodzących z budżetu UE i państw EFTA.

W budżecie j.s.t. należy także umieścić kwotę planowanego deficytu albo planowanej nadwyżki budżetu j.s.t. wraz ze źródłami pokrycia deficytu albo przeznaczenia nadwyżki budżetu j.s.t. Jeżeli w budżecie zostanie zaplanowany deficyt ze wskazaniem źródła jego sfinansowania, to w uchwale budżetowej winien być określony limit zobowiązań z tytułu zaciąganych kredytów i pożyczek oraz emitowanych papierów wartościowych, o których mowa w art. 89 ust. 1 i art. 90 u.f.p. Należy również ustalić ów limit, jeżeli zaplanowano rozchody na wcześniej zaciągnięte zobowiązania z tytułu kredytów, pożyczek lub emisji papierów wartościowych, albo jeżeli przewiduje się finansowanie występującego w ciągu roku przejściowego deficytu budżetu. Jest to jednak element fakultatywny. Uchwała budżetowa może bowiem nie określać tego limitu, jeżeli wyżej wymienione sytuacje nie wystąpią. W kontekście zamówień publicznych należy wskazać, że finansowanie ich w przypadku inwestycji wiąże się z pozyskiwaniem zwrotnych źródeł finansowania, a zatem z zaciąganiem zobowiązań.

Zasady zaciągania zobowiązań przez j.s.t. określają reguły fiskalne, tzw. normy ostrożnościowe i inne regulacje przewidziane w u.f.p. Wynika z nich zakaz powiększania deficytu budżetu przez organ stanowiący j.s.t. przez wprowadzanie takich zmian do projektu uchwały budżetowej, które mogłyby spowodować ograniczenie dochodów lub zwiększenie wydatków, bez zgody organu zarządzającego. Wynika z nich także zakaz zaciągania zobowiązań na finansowanie deficytu części bieżącej budżetu (art. 242 u.f.p.). Środki pochodzące z kredytów i pożyczek oraz emisji papierów wartościowych mogą być przeznaczone jedynie na finansowanie wydatków majątkowych lub na spłatę wcześniej zaciągniętych zobowiązań finansowych. Na skutek wyodrębnienia części bieżącej i majątkowej budżetu j.s.t. można ustalić wynik operacyjny budżetu (jako różnicę między dochodami bieżącymi a wydatkami bieżącymi). Ujemny wynik operacyjny, zwany również deficytem operacyjnym, może być sfinansowany jedynie środkami pochodzącymi z tzw. wolnych środków (art. 217 ust. 1 pkt 6 u.f.p.) oraz z nadwyżki budżetowej z lat ubiegłych.

Ważnym elementem uchwały budżetowej jest zaplanowana na dany rok wysokość kwoty rezerw, z której należy wyodrębnić rezerwę ogólną oraz poszczególne rezerwy celowe ze wskazaniem ich przeznaczenia. W toku realizacji zamówień publicznych pojawia się dość często konieczność wykorzystania takich rezerw. W budżecie j.s.t., zgodnie z art. 222 u.f.p., tworzone są dwa rodzaje rezerw budżetowych. Na podstawie art. 222 ust. 1 u.f.p. tworzy się obligatoryjną rezerwę ogólną. Ustawa przewiduje, iż wysokość tej rezerwy winna się mieścić w przedziale od 0,1% do 1% wydatków budżetu. W budżetach j.s.t. mogą być także tworzone rezerwy celowe. Sformułowanie ustawowe

„może” oznacza, że utworzenie tych rezerw ustawodawca pozostawia woli organu stanowiącego. Rezerwy celowe tworzy się na wydatki, których szczegółowy podział na pozycje klasyfikacji budżetowej nie może być dokonany w okresie opracowywania budżetu j.s.t. Tworzy się je także na wydatki związane z realizacją programów finansowanych z udziałem bezzwrotnych środków europejskich, o których mowa w art. 5 ust. 1 pkt 2 u.f.p. Rezerwy celowe mogą być tworzone także w sytuacji, gdy będzie to wynikało z postanowień odrębnych ustaw. Rezerwą celową, której obowiązek utworzenia wynika z odrębnej ustawy, jest rezerwa na zarządzanie kryzysowe¹⁸³. Suma rezerw celowych, o których mowa w art. 222 ust. 2 pkt 1 i 3, nie może przekroczyć 5% wydatków budżetu j.s.t. Rezerwa na wydatki związane z realizacją programów finansowanych z udziałem bezzwrotnych środków europejskich, o której mowa w art. 140 ust. 2 pkt 3 u.f.p., w zakresie, w jakim wydatki te podlegają refundacji, nie ma ustalonego limitu. Oznacza to, że wysokość tej rezerwy może być w każdym kolejnym roku budżetowym ustalana na dowolnym poziomie. Z jednej strony umożliwia to zabezpieczenie środków na nieprzerwane finansowanie programów, w których ramach mogą też być finansowane zamówienia publiczne z udziałem tych środków, z drugiej jednak strony sytuacja taka utrudnia kontrolę i może prowadzić do nieracjonalnego wykorzystania środków finansowych.

Uchwała budżetowa winna też obejmować szczególne zasady wykonywania budżetu j.s.t. w roku budżetowym, wynikające z odrębnych ustaw, a także inne postanowienia, których obowiązek zamieszczenia w uchwale budżetowej wynika z postanowień jej organu stanowiącego.

W kontekście zamówień publicznych istotna jest treść uchwały budżetowej dotycząca wydatków i rozchodów. Pojęcie rozchodów nie zostało zdefiniowane na gruncie obecnie obowiązujących przepisów. W art. 6 ust. 2 u.f.p. wskazano jedynie rodzaje operacji finansowych zaliczone do rozchodów. Mianowicie rozchodami w rozumieniu wskazanego przepisu są spłaty otrzymanych pożyczek i kredytów, wykup papierów wartościowych, udzielone pożyczki i kredyty oraz inne operacje finansowe związane z zarządzaniem długiem publicznym. Wszystkie inne prawne formy rozdysponowania środków publicznych, niezaliczone w u.f.p. do rozchodów należy kwalifikować jako wydatki publiczne. Odróżnienie wydatków od rozchodów ma duże znaczenie dla ich ewidencjonowania. Chodzi o uniknięcie dublowania zapisów w klasyfikacji budżetowej, która mogłoby mieć wpływ na wynik finansowy budżetu. Kwota zaciągniętej pożyczki stanowi w danym roku przychód i nie może być przeznaczona na finansowanie np. wy-

¹⁸³ Art. 26 ust. 4 ustawy z dnia 26 kwietnia 2007 r. o zarządzaniu kryzysowym, Dz.U. Nr 89, poz. 590, przewiduje obowiązek utworzenia takiej rezerwy celowej na finansowanie zadań własnych z zakresu zarządzania kryzysowego w wysokości nie mniejszej niż 0,5% wydatków budżetu danej j.s.t. pomniejszych o wydatki inwestycyjne, wydatki na wynagrodzenia i pochodne oraz wydatki na obsługę długu.

datków inwestycyjnych¹⁸⁴. Zgodnie z art. 212 ust. 1 pkt 5 u.f.p., w uchwale budżetowej należy umieścić łączną kwotę planowanych rozchodów budżetu jednostki samorządu terytorialnego.

Zawarta w uchwale budżetowej łączna kwota planowanych wydatków budżetu j.s.t., z wyodrębnieniem dochodów bieżących i majątkowych, jest podstawą dokonywania wszelkich wydatków na realizację ustawowo określonych zadań j.s.t. Zadania te omówiono na początku niniejszego rozdziału. W art. 216 ust. 2 u.f.p. podano ich kategoryzację, z odwołaniem się do przepisów odrębnych:

- 1) zadania własne j.s.t.,
- 2) zadania z zakresu administracji rządowej i inne zadania zlecone ustawowo j.s.t.,
- 3) zadania przejęte przez j.s.t. do realizacji w drodze umowy lub porozumienia,
- 4) zadania realizowane wspólnie z innymi j.s.t.,
- 5) pomoc rzeczowa lub finansowa dla innych j.s.t., określona odrębną uchwałą przez organ stanowiący j.s.t.,
- 6) programy finansowane z udziałem bezzwrotnych środków zagranicznych pochodzących z budżetu UE oraz państw EFTA.

Szczegółowość planu wydatków została przewidziana w art. 236 i 237 u.f.p. Zgodnie z powołanymi przepisami, w planie wydatków budżetu wyszczególnia się w układzie działów i rozdziałów klasyfikacji budżetowej planowane kwoty wydatków bieżących i wydatków majątkowych. Organ stanowiący może ustalić większą szczegółowość planu wydatków. W tym samym przepisie ustawa ustala, co zalicza do wydatków bieżących oraz wydatków majątkowych. W art. 236 ust. 3 ustala otwarty katalog wydatków bieżących, gdzie mogą się znaleźć także inne wydatki, jeżeli będą miały oparcie w przepisach prawa materialnego. Należy podkreślić, że wszystkie wymienione grupy wydatków występują niemal zawsze w budżetach j.s.t. i mogą mieć bezpośredni związek z realizacją zamówień publicznych.

Uchwała budżetowa jest podstawą gospodarki finansowej j.s.t. Istotna jest nie tylko jej treść, ale także forma i sposób uchwalenia, czyli procedura budżetowa. Na procedurę budżetową składa się kilka etapów oraz działań podejmowanych przez różne organy j.s.t. Jest to złożony proces, wymagający aktywności zarówno podmiotów wykonawczych, jak i stanowiących. Ustawodawca przypisuje jednoznacznie obowiązki związane z przygotowaniem i uchwaleniem uchwały budżetowej konkretnym podmiotom na poszczególnych etapach. Przygotowanie projektu uchwały budżetowej (uchwały o prowi-

¹⁸⁴ J.M. Salachna, *Wydatki i rozchody budżetowe j.s.t. – zagadnienia podstawowe*, [w:] C. Kosikowski, J.M. Salachna, *Finanse samorządowe. 580 pytań i odpowiedzi*, Warszawa 2012, s. 411–412.

zorium budżetowym oraz o zmianie uchwały budżetowej), należy zgodnie z art. 233 u.f.p. wyłącznie do organu wykonawczego j.s.t. Opracowanie projektów uchwały wymaga uwzględnienia wszystkich dochodów i wydatków. Muszą się w nim znaleźć wszystkie wydatki związane z udzielaniem zamówień publicznych.

Gdy wynik budżetowy jest dodatni, nadwyżka dochodów nad wydatkami musi mieć ustalone przeznaczenie. Jeżeli jednak wynik budżetu okaże się ujemny, organ wykonawczy jest zobowiązany wskazać źródła przychodów przeznaczonych na sfinansowanie powstałego deficytu. Opracowując projekt uchwały budżetowej, organ wykonawczy jest zobowiązany także uwzględnić prognozowane parametry makroekonomiczne (wskaźnik wzrostu cen towarów i usług konsumpcyjnych, wskaźnik wzrostu PKB, wskaźnik wzrostu przeciętnego wynagrodzenia brutto oraz przeciętnego zatrudnienia w gospodarce narodowej, wynikające z projektu ustawy budżetowej na planowany rok budżetowy) oraz wielkości wynikające z w.p.f. Na wielkość dochodów i wydatków budżetu mają również wpływ ceny i opłaty za świadczone usługi komunalne o charakterze użyteczności publicznej, a także ceny i opłaty za korzystanie z obiektów użyteczności publicznej. W celu prawidłowego zaplanowania treści budżetu istotne są także dane dotyczące przewidywanego wykonania budżetu roku bieżącego. Podstawą planowania dochodów i wydatków na kolejny rok budżetowy są przede wszystkim dane o wykonaniu dochodów i wydatków roku poprzedniego.

Planowanie strony wydatkowej budżetu wymaga uwzględnienia zadań j.s.t. i priorytetów wynikających z w.p.f. Niewątpliwie priorytet mają wydatki przeznaczone na realizację obowiązkowych zadań własnych. Przy kalkulowaniu tego rodzaju wydatków należy uwzględnić z jednej strony wskaźnik ich wykonania w roku poprzedzającym rok, na który sporządzany jest plan, z drugiej zaś wszystkie inne czynniki decydujące o wielkości nakładów w danym roku budżetowym, w tym między innymi wskaźnik cen towarów i usług konsumpcyjnych, wysokość wynagrodzeń i pochodnych, a także wzrost kosztów realizacji konkretnych zadań. Szczególnym priorytetem przy planowaniu strony wydatkowej są wydatki wynikające z wcześniej zaciągniętych zobowiązań, w tym związane z zaplanowanymi przedsięwzięciami wskazanymi w w.p.f. w wysokości określonej dla danego roku budżetowego, z realizacją już podpisanych umów, udzielonych poręczeń i gwarancji, oraz koszty obsługi zaciągniętych kredytów, pożyczek czy wyemitowanych papierów wartościowych.

Nie należy zapominać, iż w świetle art. 242 u.f.p. wydatki bieżące nie mogą być wyższe niż planowane dochody bieżące powiększone o nadwyżkę budżetową z lat ubiegłych i wolne środki. Poziom wydatków bieżących ma istotne znaczenie dla konstrukcji budżetu także ze względu na ich wpływ na wielkość indywidualnego wskaźnika zdolności kredytowej, przewidzianego w art. 243 u.f.p. Wymóg uchwalenia zrównoważonego

budżetu bieżącego sprzyja racjonalizacji wydatków bieżących. Stwarza ponadto możliwość zwiększenia w budżecie wydatków majątkowych o niewykorzystaną nadwyżkę i wolne środki.

Wydatki z budżetu j.s.t. na realizację zadań zleconych z zakresu administracji rządowej oraz zadań wykonywanych na podstawie porozumień powinny być zaplanowane co najmniej w wysokości kwot dotacji przyznanych na te zadania¹⁸⁵.

Planując wydatki majątkowe, w tym na zadania publiczne, należy szczególnie starannie ocenić możliwości ich sfinansowania przychodami zwrotnymi lub dochodami z bezzwrotnych środków unijnych. Finansowanie z przychodów zwrotnych kreuje zawsze zobowiązanie, które nie tylko pociąga za sobą obowiązek zwrotu środków, ale także konieczność dodatkowych kosztów związanych z ich pozyskiwaniem i wykorzystaniem. Niedoszacowanie tych kosztów albo nieterminowa realizacja spłaty poszczególnych rat będą się przyczyniały do zwiększenia deficytu i długu budżetu j.s.t. Z kolei aplikowanie o środki europejskie zobowiązuje do respektowania dodatkowego reżimu prawnego, przewidzianego w regulacjach prawa europejskiego, determinującego pozyskiwanie, wykorzystanie i rozliczanie tych środków. Te aspekty mają istotne znaczenie przy planowaniu zamówień publicznych.

Uchwalenie projektu uchwały budżetowej należy do wyłącznej kompetencji organu stanowiącego, który jest zobowiązany do podjęcia uchwały budżetowej na podstawie art. 239 u.f.p. przed rozpoczęciem roku budżetowego, nie później jednak niż do 31 stycznia roku budżetowego. Opracowany projekt uchwały budżetowej wraz z materiałami informacyjnymi oraz uzasadnieniem organ wykonawczy j.s.t. przedkłada organowi stanowiącemu oraz RIO w celu zaopiniowania w terminie do 15 listopada roku poprzedzającego rok budżetowy (art. 238 u.f.p.). Uchwała budżetowa jest w trybie nadzoru badana przez RIO w oparciu o kryterium legalności, a więc zgodności z prawem. Uchwały budżetowe, zgodnie z obowiązującymi przepisami, są ogłaszane w wojewódzkim dzienniku urzędowym¹⁸⁶.

Zgodnie z zasadą roczności uchwała budżetowa, jak to już ustalono, obowiązuje zawsze z mocą od dnia 1 stycznia roku budżetowego, bez względu na to, kiedy faktycznie została uchwalona (przed rozpoczęciem roku budżetowego czy w jego trakcie). Do czasu podjęcia uchwały budżetowej podstawą gospodarki finansowej jest przedłożony organowi stanowiącemu projekt uchwały budżetowej. Ustawa ogranicza prawo organu stanowiącego do wprowadzania w istotny sposób zmian do treści przedłożonego projek-

¹⁸⁵ A. Hanusz, *Samodzielność finansowa gmin a system podatkowy w Polsce*, „Roczniki Nauk Prawnych Katolickiego Uniwersytetu Lubelskiego” 1998, nr 8, Zeszyt specjalny, s. 51.

¹⁸⁶ Art. 13 pkt 7 ustawy z dnia 20 lipca 2000 r. o ogłaszaniu aktów normatywnych i niektórych innych aktów prawnych, tekst jedn. Dz.U. z 2010 r., Nr 17, poz. 95.

tu. Zgodnie bowiem z art. 240 ust. 2 u.f.p., bez zgody zarządu j.s.t. organ stanowiący nie może wprowadzić w projekcie uchwały budżetowej zmian powodujących zmniejszenie dochodów lub zwiększenie wydatków i jednocześnie zwiększenie deficytu budżetu.

Jednostki samorządu terytorialnego lub ich jednostki organizacyjne, podejmując czynności związane z przygotowaniem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, muszą mieć na uwadze wymogi dotyczące opracowania, uchwalenia i wykonywania budżetu. Procedura ta musi spełniać wszystkie wymogi formalne przewidziane przepisami ustawy o finansach publicznych. Aby zabezpieczyć od strony finansowej realizację zamówienia publicznego, trzeba uwzględnić zatem nie tylko regulacje przewidziane przez ustawę Pzp, ale także przepisy determinujące system finansowy j.s.t.

5. Szacowanie i ustalenie wartości zamówienia publicznego

Określenie szacunkowej wartości zamówienia jest jedną z pierwszych czynności, jakie musi wykonać zamawiający, planując wszczęcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Należy odróżnić szacowanie wartości zamówienia od ustalenia wartości zamówienia. Na etapie planowania przyszłych zamówień zamawiający nie dysponuje bowiem dostateczną liczbą przesłanek, które umożliwiałyby mu ustalenie wartości zamówienia w taki sposób, jak tego wymaga przepis art. 32 Pzp. W ust. 1 tego przepisu wskazuje się, że podstawą ustalenia wartości zamówienia jest całkowite szacunkowe wynagrodzenie wykonawcy bez podatku od towarów i usług, ustalone przez zamawiającego z należytą starannością. Zgodnie z art. 35 ust. 1 Pzp, ustalenia wartości zamówienia wolno jednak dokonać nie wcześniej niż 3 miesiące przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, jeżeli przedmiotem zamówienia są dostawy lub usługi, oraz nie wcześniej niż 6 miesięcy przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, jeżeli przedmiotem zamówienia są roboty budowlane. Każda zmiana okoliczności mających wpływ na dokonane ustalenie skutkuje, zgodnie z art. 35 ust. 2, koniecznością zmiany wartości zamówienia dokonanej jeszcze przed wszczęciem postępowania. Z przepisu tego wynika jednak, że podany termin uznaje się w zasadzie za wystarczający do tego, aby ustalenia wartości przedmiotu zamówienia móc już dokonać z odpowiednią dokładnością.

Jak z powyższego wynika, oszacowanie spełnia rolę wstępnej wyceny wartości zamówienia. Jej celem, z punktu widzenia interesów zamawiającego, jest przede wszystkim skonfrontowanie szacunkowej wartości zamówienia z własnymi możliwościami finansowymi, czyli określenie nieprzekraczalnego limitu wydatków na opłacenie zaplanowanych dostaw, usług lub robót budowlanych. Podmiot będący zamawiającym może wykorzystać liczne możliwości pozyskania dodatkowych środków, np. od instytucji fi-

nansowych. Może też podjąć ryzyko związane z niedoszacowaniem przyszłych wydatków. Jeżeli zamawiającym jest j.s.t., to szacowana wartość zamówienia nie może przekroczyć kwoty przewidzianej na ten cel w jej planie finansowym, a możliwości pozyskania finansowania zwrotnego są znacznie bardziej ograniczone. Jeżeli okaże się, że szacunkowa wartość zamówienia przekracza ustalony limit, należy dokonać stosownej zmiany planu finansowego, a jeżeli nie jest to możliwe, rozważyć ograniczenie przedmiotu zamówienia lub też odstąpić od zamiaru udzielenia zamówienia publicznego. Konsekwencją błędnego oszacowania wartości zamówienia może być groźba unieważnienia postępowania (z braku wystarczającego pokrycia finansowego), a także ukarania za przekroczenie preliminarza wydatkowego w ramach odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych¹⁸⁷.

Drugi, bardzo ważny cel wstępnego oszacowania wartości zamówienia wynika z faktu, że od tej wartości zależy przebieg dalszego postępowania. Jest od niej uzależniony zarówno obowiązek stosowania przez zamawiającego prawa zamówień publicznych przy udzielaniu zamówienia, jak i liczne obowiązki w toku prowadzonego postępowania, a w wielu przypadkach również wybór trybu postępowania¹⁸⁸. Zgodnie z art. 4 pkt 8 Pzp, przepisów prawa zamówień publicznych nie stosuje się w przypadku zamówień i konkursów, których wartość szacunkowa nie przekracza wyrażonej w złotych równowartości kwoty 14 000 euro netto. Jeżeli szacunkowa wartość zamówienia przekracza ten ustawowy próg, to ma doń zastosowanie ustawa Pzp i wynikające z niej obowiązki, w szczególności dotyczące zastosowania odpowiednich procedur wyboru wykonawcy. Ponadto jeżeli szacunkowa wartość zamówienia jest większa niż tzw. wartości progowe (określone w drodze rozporządzenia wydanego przez Prezesa Rady Ministrów na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp, odrębnie wobec zamawiających przypisanych w rozporządzeniu do różnych kategorii), to zamawiający jest dodatkowo zobowiązany do przekazania ogłoszenia dotyczącego takiego zamówienia do Urzędu Publikacji Unii Europejskiej. Według aktualnie obowiązującego rozporządzenia¹⁸⁹ obowiązkwowi przekazania ogłoszenia podlegają zamówienia j.s.t. o wartości przekraczającej wyrażoną w złotych równowartości kwoty 200 000 euro dla dostaw lub usług oraz 5 000 000 euro dla robót budowlanych.

Właściwe ustalenie wartości zamówienia staje się możliwe bezpośrednio przed udzieleniem zamówienia, gdy zostanie sporządzony wyczerpujący opis przedmiotu za-

¹⁸⁷ R. Szostak, *Planowanie i finansowanie zamówień publicznych*, Warszawa 2007, s. 114.

¹⁸⁸ M. Lamch-Rejowska, Ł. Laszczyński, *Prawo zamówień publicznych. Praktyczny poradnik dla zamawiających i wykonawców*, Warszawa 2012, s. 114.

¹⁸⁹ Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 16 grudnia 2011 r. w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej, Dz.U. Nr 282, poz. 1649, zmiana Dz.U. z 2012 r., poz. 1360.

mówienia, zostaną określone wszelkie okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty (także specyfikacja istotnych warunków zamówienia), i zamawiającemu będzie znana aktualna sytuacja rynkowa. Wtedy owo ustalenie będzie mogło być dokonane tak, jak tego wymaga art. 32 ust. 1 Pzp, czyli z należytą starannością. Przez należytą staranność, której ustawa Pzp nie definiuje, określa się powszechnie w literaturze przedmiotu staranność określoną w art. 355 Kc. Jako „należytą” należy w tym kontekście rozumieć staranność ogólnie wymaganą w stosunkach danego rodzaju, przy uwzględnieniu charakteru działalności zamawiającego oraz samego zadania. Podstawą oszacowania wartości zamówienia jest przewidywane wynagrodzenie wykonawcy, a nie cena, jaką trzeba będzie zapłacić za realizację zlecenia.

W przypadku zamówienia publicznego trzeba także wziąć pod uwagę prawidłowość wyboru przez zamawiającego odpowiedniej dla danego zamówienia metody obliczania jego wartości. Przepisy Pzp nie precyzują, jakiego sposobu szacowania wartości należy użyć. Wskazują jednak, na podstawie jakich danych należy tego dokonać w zależności od tego, czy przedmiotem zamówienia są dostawy i usługi, czy też roboty budowlane.

Podstawą ustalenia wartości szacunkowej zamówienia na dostawy i usługi jest w praktyce najczęściej analiza rynku w danym sektorze. Żadne przepisy nie określają, jak szeroko winna być zakrojona taka analiza, aby wynik można było uznać za miarodajny. Jeżeli przedmiotem zamówienia nie są dostawy lub usługi o charakterze unikalnym, podstawą oszacowania będą ceny rynkowe na dobra podobnego rodzaju. Powszechną praktyką jest też, szczególnie w przypadku zamówień bardziej wyspecjalizowanych, zwracanie się do potencjalnych wykonawców z zapytaniami ofertowymi. Tu jednak pojawia się kwestia, jaką liczbę takich przeanalizowanych ofert należy uznać za wystarczającą do ustalenia wartości zamówienia z należytą starannością¹⁹⁰. Jeżeli niedoszacowana wartość stałaby się podstawą do wyłączenia obowiązku stosowania przepisów ustawy Pzp, może to mieć dla zamawiającego poważne konsekwencje (zob. rozdział IV).

Jeżeli chodzi o dostawy i usługi powtarzające się okresowo, zamawiający może na podstawie art. 34 Pzp ustalić wartość zamówienia dwiema metodami. Pierwsza polega na zsumowaniu wartości usług lub dostaw tego samego rodzaju udzielonych w terminie 12 miesięcy poprzedzających udzielenie zamówienia lub w poprzednim roku budżetowym (zamawiający sam decyduje, którego wariantu użyć), a następnie jej przeliczeniu, uwzględniając zmiany ilościowe zamawianych usług lub dostaw oraz prognozowany na dany rok średnioroczny wskaźnik cen towarów i usług konsumpcyjnych. Jest to więc analiza danych historycznych, uwzględniająca ewentualną inflację w bieżącym okresie. Ze względu na użycie wskaźnika aktualnego na dany rok budżetowy, nie można jej za-

¹⁹⁰ G. Karwatowicz, M. Lamch-Rejowska, *Zamówienia publiczne w projektach współfinansowanych ze środków unijnych...*, s. 42.

stosować do zamówień planowanych na okres dłuższy niż rok¹⁹¹. Druga metoda polega na użyciu wartości pierwszej zrealizowanej usługi lub dostawy danego rodzaju jako podstawy do obliczenia łącznej wartości wszystkich kolejnych usług lub dostaw tego samego rodzaju, przewidzianych w ciągu najbliższych 12 miesięcy. Tę metodę można, w odróżnieniu od poprzedniej, nazwać prognostyczną.

Szczególny charakter mają usługi okresowe świadczone przez banki, gdzie umowa o ich świadczenie jest zazwyczaj bezterminowa. Wartością usług bankowych i finansowych świadczonych przez banki i inne instytucje finansowe¹⁹² nie jest wartość oferowanego produktu bankowego (kredytu, gwarancji, limitu zadłużenia w rachunku bieżącym), lecz jedynie to, co składa się na wynagrodzenie banku, czyli opłaty, prowizje, odsetki i inne podobne odpłatne świadczenia (art. 34 ust. 4 Pzp). Należy tu także zaliczyć pobierane przez bank opłaty w związku z kasową obsługą budżetu j.s.t.

W art. 34 ust. 5 Pzp przewidziano, że jeżeli zamówienie na usługi lub dostawy przewiduje prawo opcji, to przy ustaleniu wartości zamówienia uwzględnia się największy możliwy zakres tego zamówienia z uwzględnieniem prawa opcji. Opcje, o których mowa w tym przepisie, dotyczą np. prawa nabycia przedmiotu najmu czy prawa odkupienia przedmiotu leasingu po upływie umownego okresu. Samym przedmiotem zamówienia jest jednak najem lub leasing. Istnienie prawa opcji sprawia jednak, że przy szacowaniu wartości zamówienia należy uwzględnić przewidzianą w warunkach zamówienia publicznego możliwość dokonania przez zamawiającego wyboru zakresu świadczenia. Prawo opcji interpretuje się jako prawo rozszerzenia zamówienia podstawowego o pewne usługi lub dostawy, co do których zamawiający na etapie wszczęcia postępowania nie podjął decyzji, czy będzie z nich korzystał¹⁹³. Szacując wartość zamówienia, zamawiający jest jednak zobowiązany do uwzględnienia najszerszego możliwego zakresu zamówienia.

Wartość zamówień, których przedmiotem jest wykonanie lub zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych, ustalana jest zgodnie z art. 33 Pzp na podstawie:

- 1) kosztorysu inwestorskiego sporządzanego na etapie opracowania dokumentacji projektowej albo na podstawie planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym, jeżeli przedmiotem zamówienia jest wykonanie robót budowlanych w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. – Prawo budowlane,

¹⁹¹ M. Stachowiak, *Komentarz do art. 34 Pzp*, [w:] M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, *Prawo zamówień publicznych...*, s. 218.

¹⁹² Takie jak np. zakłady ubezpieczeniowe czy domy maklerskie.

¹⁹³ M. Stachowiak, *Komentarz do art. 35*, [w:] M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, *Prawo zamówień publicznych...*, s. 220.

- 2) planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym, jeżeli przedmiotem zamówienia jest zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. – Prawo budowlane.

Metody i podstawy sporządzania kosztorysu inwestorskiego oraz obliczania planowanych kosztów prac projektowych i planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym określił minister właściwy do spraw budownictwa, lokalnego planowania i zagospodarowania przestrzennego w rozporządzeniu wydanym na podstawie art. 33 ust. 3 Pzp¹⁹⁴. Do wartości zamówienia na roboty budowlane dolicza się wartość dostaw związanych z wykonywaniem robót budowlanych oddanych przez zamawiającego do dyspozycji wykonawcy (art. 33 ust. 2 Pzp).

Zamówienie powinno obejmować całość dostaw, usług lub robót budowlanych, jakie można zaplanować na dany okres. Ustawa Pzp wyraźnie formułuje zakaz dzielenia zamówienia na części w celu uniknięcia stosowania jej przepisów (art. 32 ust. 2). Samo rozdrabnianie zamówień nie jest zakazane i zamawiający nie jest ograniczany z góryadaną liczbą zamówień. Zakazane jest jedynie obejście prawa w wyniku takiego rozdrobnienia.

Celowe dzielenie zamówień na kilka o mniejszej wartości w celu uniknięcia obowiązku stosowania ustawy jest jednym z najczęstszych naruszeń przepisów ustawy wykrywanych w trakcie prowadzonych kontroli. Nie chodzi jedynie o sam nieuprawniony podział zamówienia na części, ale o konsekwencje prawne wynikające z takiego nieuprawnionego podziału. Od prawidłowo ustalonej wartości szacunkowej zamówienia uzależnionych jest wiele obowiązków zamawiającego związanych ze sposobem prowadzenia postępowania. Chodzi o obowiązki dotyczące przekazania ogłoszenia do właściwego publikatora i zastosowanie procedury innej niż wymagana przepisami. Jeżeli zamawiający nie zamieścił ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych albo nie przekazał ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej, umowa ta w myśl art. 146 ust. 1 pkt 2 podlega unieważnieniu. Jeżeli zamówienie jest współfinansowane ze środków Unii Europejskiej, konsekwencją takiego naruszenia będzie nałożenie na beneficjenta korekty finansowej¹⁹⁵.

Zamawiający winien zatem stosować wymagania proceduralne właściwe dla łącznej wartości udzielanych zamówień, nawet jeżeli udziela w danym okresie wielo-

¹⁹⁴ Rozporządzenie Ministra Infrastruktury z dnia 18 maja 2004 r. w sprawie określenia metod i podstaw sporządzania kosztorysu inwestorskiego, obliczania planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym, Dz.U. Nr 130, poz. 1389.

¹⁹⁵ M. Lamch-Rejowska, Ł. Laszczyński, *Prawo zamówień...*, s. 125.

krotnie zamówień tego samego rodzaju. Często jednak zamówienie składa się z wyraźnie odrębnych części i umożliwia udzielanie zamówień częściowych, dla których w postępowaniu mogą być przewidziane odrębne wymagania dla wykonawców. Możliwość taką przewiduje art. 32 ust. 4 Pzp, dopuszczając udzielanie zamówienia w częściach, z których każda stanowi przedmiot odrębnego postępowania. W takiej sytuacji wartością całkowitą jest łączna wartość poszczególnych części zamówienia, ale będzie ona podstawą do stosowania jedynie tych przepisów Pzp, które uzależniają surowsze wymagania proceduralne od wyższej wartości zamówienia na niekorzyść samego zamawiającego, a nie wykonawcy. W literaturze podkreśla się, że o podziale zamówienia na części decyduje przede wszystkim przedmiot zamówienia. Ustawa nie formułuje w tym względzie żadnych przepisów nakazujących sumowanie wartości zamówień. Pewne zalecenia mogą wynikać z orzecznictwa TSUE, w którym wskazuje się następujące kryteria pomocnicze przy ustalaniu, czy mamy do czynienia z jednym zamówieniem udzielanym w częściach. Są nimi¹⁹⁶:

- możliwość powierzenia realizacji zamówienia jednemu wykonawcy po przeprowadzeniu jednego postępowania,
- objęcie zamówienia jednym projektem,
- wynik zamówienia będący całością pod względem funkcjonalnym i gospodarczym.

W związku z problemami pojawiającymi się przy udzielaniu zamówień w częściach, ustawa wprowadziła w art. 6a Pzp wyjątek od wyżej omówionej reguły. Zezwala się na udzielenie zamówienia na daną część, stosując przepisy właściwe dla tej części zamówienia, jeżeli jej wartość jest mniejsza niż wyrażona w złotych równowartość kwoty 80 000 euro dla dostaw i usług oraz 1 000 000 euro dla robót budowlanych, pod warunkiem, że łączna wartość tych części wynosi nie więcej niż 20% wartości zamówienia. Regulację tę można skutecznie wykorzystać, jeżeli pewne części zamówienia nie zostały uwzględnione w zamówieniu podstawowym, mimo że ze względów obiektywnych stanowią część zamówienia. W praktyce oznacza to, że na etapie ustalania wartości zamówienia podstawowego doszło do przeoczenia pewnych jego elementów. Zawsze jednak należy mieć na uwadze, że zastosowanie tego przepisu może być zakwestionowane, jeżeli okaże się, że jego wykorzystanie miało na celu uniknięcie obowiązku stosowania przepisów ustawy¹⁹⁷.

¹⁹⁶ Por. wyrok TSUE w sprawie C-220/05 *Jean Auroux i inni v. Commune de Ranne*, Zb.Orz. 2007, s. I-00385.

¹⁹⁷ M. Lamch-Rejowska, Ł. Laszczyński, *Prawo zamówień...*, s. 125.

Jak to zostanie omówione w następnym rozdziale, umowa zamówienia publicznego jest umową wzajemną, gdzie świadczenia stron muszą być ekwiwalentne. Przy ustalaniu wartości zamówienia pojawia się jednak niebezpieczeństwo dopuszczenia do rażącej dysproporcji świadczeń na niekorzyść zamawiającego. Groźba wyzysku pojawia się nie tylko wtedy, gdy zamawiający przyjmuje ofertę zawierającą zawyżoną względem oszacowania cenę, ale także wtedy, gdy oszacowanie zamawiającego jest nieprawidłowe. Może dojść do takiej sytuacji, gdy podstawą oszacowania wartości zamówienia były zapytania ofertowe i doszło do tzw. zmowy przetargowej. Umowa o zamówienie publiczne stanie się wtedy nieważna, jako czynność sprzeczna z zasadami współżycia społecznego (art. 58 Kc). Z wyzyskiem może być związana odpowiedzialność karna funkcjonariusza publicznego, który umyślnie lub nieumyślnie przekraczając swoje uprawnienia lub niedopełniając obowiązków działał na szkodę interesu publicznego lub prywatnego. Podlega on karze pozbawienia wolności do lat 3 na podstawie art. 231 k.k.

Wszystkie omówione wyżej przepisy i zasady służą przede wszystkim temu, aby wartość zamówienia nie została oszacowana zbyt nisko. Zabrania tego *explicite* art. 32 ust. 2 Pzp. Zaniżona wartość zamówienia, szczególnie w sytuacjach, kiedy skutkuje złagodzeniem obowiązujących procedur, może być źródłem poważnych konsekwencji dla instytucji zamawiającej. Ustawa o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych nie przewiduje jednak żadnych sankcji wobec zobowiązanej osoby, która zaniechała oszacowania przedmiotu zamówienia bądź dokonała go w sposób wadliwy. Bardziej szczegółowo zagadnienie to zostanie omówione w rozdziale V. Ustalenie wartości zamówienia ponad jego rzeczywistą wartość może natomiast co najwyżej zniechęcić potencjalnych wykonawców. Dla samego zamawiającego może oznaczać zarezerwowanie na ten cel środków finansowych niewspółmiernych do obiektywnych potrzeb.

W interesie j.s.t. jest jednak zawsze takie oszacowanie wartości zamówienia publicznego, aby wyeliminować ryzyko niedoszacowania. W wyroku KIO z dnia 12 sierpnia 2008 r. stwierdzono, iż „zamawiający ma obowiązek wziąć pod uwagę najwyższą możliwą wartość, zaś postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest rynkową konfrontacją oferowanych przez przedsiębiorców towarów i usług, a więc zasadne jest założenie, że oferta najkorzystniejsza będzie ofertą z ceną niższą niż rzeczywista wartość zamówienia”¹⁹⁸.

Od ustalonej wartości zamówienia zależy wysokość wadium i w znacznej mierze przebieg postępowania. Jest to wielkość decydująca o wyborze oferty bądź o unieważnieniu postępowania, jako że niezależnie od spełnienia innych warunków, kryterium

¹⁹⁸ KIO/UZP 486/08.

ceny musi być zawsze brane pod uwagę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Zasady ustalania wartości zamówienia publicznego nie są uzależnione od źródeł jego finansowania. Decydujące znaczenie ma osoba zamawiającego. Jeżeli zamawiający udziela zamówień o podobnym charakterze, lecz finansowanych z różnych źródeł, to dla potrzeb ustalenia ich wartości szacunkowej należy je, co do zasady, zsumować, czyli wziąć pod uwagę całkowitą wartość z punktu widzenia potencjalnego wykonawcy. Nie będzie to wartość, którą będzie musiał zapłacić sam zamawiający, lecz wejdą do niej wszystkie inne kwoty finansowania, pochodzące również od osób lub podmiotów trzecich.

Wynikające z przepisów Pzp zasady sumowania mają na celu przede wszystkim wyeliminowanie sytuacji, w których mogłoby dojść do uniknięcia obowiązku stosowania przepisów tej ustawy. To, czy w konkretnej sytuacji faktycznej będziemy mieli do czynienia z jednym zamówieniem, czy z odrębnymi zamówieniami o tożsamych przedmiotach, będzie zależało od okoliczności sprawy, która winna być rozstrzygana indywidualnie. Kryteriami pomocnymi dla zamawiającego mogą być w tym przypadku: tożsamość przedmiotowa zamówienia (tego samego rodzaju o tym samym przeznaczeniu); tożsamość czasowa zamówienia (możliwość udzielenia w tym samym czasie); możliwość wykonania zamówienia przez jednego wykonawcę.

Nie są to kryteria ostre i jednoznaczne. Pozostaje też kwestia okresu, w jakim powinno się rozpatrywać zaplanowane wydatki. Wydaje się, że wobec j.s.t. istotną wskazówką może być treść w.p.f. i ujęte w niej rozłożone na lata przedsięwzięcia, dla których można przewidzieć zamówienia publiczne potraktowane w sposób łączny. Oznacza to, że dla zamówienia realizowanego w wydłużonym horyzoncie czasowym podstawą będzie jednocześnie w.p.f., uchwała budżetowa j.s.t. oraz plan zamówień realizowanego projektu.

Wartość zamówienia ustalona zgodnie z wyżej przedstawionymi zasadami jest podstawą do rozpoczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przez j.s.t. i przesądza o jego trybie. Ponieważ przedmiotem monografii są zagadnienia finansowoprawne związane z udzielaniem zamówień publicznych przez j.s.t., dlatego szczegółowe przedstawienie problematyki dotyczącej wyboru konkretnego trybu udzielenia zamówienia nie ma uzasadnienia w tej części opracowania. Niewątpliwie jednak należy przedstawić i omówić kwestie związane z kryteriami wyboru oferty ze szczególnym uwzględnieniem aspektów finansowoprawnych.

6. Kryteria wyboru oferty

Oferty złożone przez potencjalnych wykonawców zamówienia publicznego podlegają ocenie na podstawie ustawowo dozwolonych kryteriów. Oferta jest głównym dokumentem stanowiącym odpowiedź wykonawców na potrzeby zamawiającego, ujęte w opisie przedmiotu zamówienia i inne wymagania skonkretyzowane w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ)¹⁹⁹. Specyfikacja jest dokumentem obowiązującym we wszystkich trybach udzielania zamówienia oprócz licytacji elektronicznej. Jest także podstawą oceny złożonych ofert oraz wyboru najkorzystniejszej spośród nich. Musi ona zawierać elementy wymienione w art. 36 ust. 1 i 2 Pzp. Z treści tego przepisu wynika, że może także zawierać inne elementy, które zamawiający uzna za istotne dla oceny złożonych ofert. W aspekcie finansowoprawnym szczególne znaczenie mają podane w SIWZ wymagania dotyczące wadium (art. 36 ust. 1 pkt 8 Pzp) oraz opis sposobu obliczenia ceny (art. 36 ust. 1 pkt 12 Pzp).

Z cywilnoprawnego punktu widzenia SIWZ jest oświadczeniem woli, które po przyjęciu przez zainteresowanego przekształca się w czynność prawną. Formularz specyfikacji udostępnia się potencjalnym wykonawcom. Staje się on podstawą stosunku przetargowego nawiązywanego między zamawiającym a wykonawcami. Sytuacja obu stron nie jest tu równoważna. Zamawiający jest związany sformułowanym w SIWZ przyrzeczeniem już od momentu udostępnienia formularza. Zainteresowany wykonawca jest natomiast obowiązany przestrzegać wymagań tego dokumentu dopiero wtedy, gdy zdecyduje się przystąpić do postępowania i złożyć ofertę²⁰⁰.

W SIWZ powinien się znaleźć także opis kryteriów, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty, wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów i sposobu oceny ofert. Kryteriami tymi nie mogą być właściwości wykonawcy, w szczególności dotyczące jego wiarygodności ekonomicznej, technicznej lub finansowej (art. 91 ust. 3 Pzp), gdyż mogłoby to doprowadzić do nierównego traktowania wykonawców. Eliminacji wykonawców niespełniających koniecznych kryteriów dokonuje się na wcześniejszym etapie postępowania. Ocenie podlega zatem wyłącznie przedmiot zamówienia, przy czym ustawa przewiduje, jakie mierniki mogą spełniać rolę kryteriów wyboru, a jakie nie mogą pełnić takiej funkcji²⁰¹.

¹⁹⁹ E. Ruśkowski, J.M. Salachna, *Nowa ustawa o finansach publicznych wraz z ustawą wprowadzającą – komentarz praktyczny*, Gdańsk 2010, s. 180–181.

²⁰⁰ M. Guziński, *Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego*, [w:] M. Guziński (red.), *Zamówienia publiczne jako przedmiot regulacji prawnej. Podręcznik uniwersytecki*, Wrocław 2012, s. 104.

²⁰¹ M. Guziński, *Postępowanie o udzielenie...*, s. 111.

Jednym z kryteriów, zgodnie z dyrektywami unijnymi (klasyczną i sektorową) oraz z art. 91 ust. 2 Pzp, musi być zawsze cena, w rozumieniu ustawy o cenach²⁰². Obok ceny, kryteriami dodatkowymi mogą być inne kryteria odnoszące się do:

- samego przedmiotu zamówienia (jakość, funkcjonalność, parametry techniczne),
- jego wpływu na środowisko (zastosowanie najlepszych dostępnych technologii chroniących środowisko),
- czynników wpływających na późniejszą eksploatację przedmiotu zamówienia (koszty eksploatacji, serwis),
- terminu wykonania zamówienia.

Wymienione w ustawie kryteria są przykładowe. Zamawiający może wprowadzić własne, dodatkowe kryteria, pod warunkiem, że będą się one odnosić do przedmiotu zamówienia i sposobu jego wykonania. Wybór kryteriów dodatkowych nie może być przypadkowy i dowolny. Winny one mieć charakter obiektywny i być sprecyzowane w taki sposób, aby umożliwiały przypisanie każdemu z nich określonej wagi (najczęściej jako procentowy udział w ocenie lub jako przedział procentowy). Jeżeli kryteria te są niemierzalne, oceniane subiektywnie, ale dopuszczalne w dyrektywach unijnych (np. estetyka, dostępność), muszą być wyraźnie wskazane w dokumentacji zamówienia lub w ogłoszeniu o zamówieniu i stosowane w sposób niedyskryminujący uczestników. Muszą być zatem tak sformułowane, aby wykonawcy wiedzieli, jakiej oceny mogą się spodziewać za określone cechy swojej oferty²⁰³.

Cena, jako obligatoryjny element oceny oferty, nie musi stanowić kryterium o najwyższej wadze. Wagę poszczególnych kryteriów w procesie oceny ofert ustala sam zamawiający. Powinien przy tym kierować się zasadą oszczędnego i efektywnego gospodarowania, wyrażoną w art. 44 ust. 3 u.f.p. Jeżeli zatem zamawiający nie przyznaje kryterium cenowemu wysokiej wagi, musi to być ekonomicznie uzasadnione. Należy wykazać, że nabycie produktów lub świadczeń droższych skutkuje przyszłymi oszczędnościami w eksploatacji czy większą niezawodnością. W ostatecznym oszacowaniu korzyści decyzja o wadze poszczególnych kryteriów powinna prowadzić do bardziej racjonalnego wydatkowania środków publicznych²⁰⁴.

Ustawodawca wskazuje owe kryteria dodatkowe jako fakultatywne, używając sformułowania „w szczególności”. Tym samym dopuszcza stosowanie także innych kryte-

²⁰² Art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 5 lipca 2001 r. o cenach, Dz.U. Nr 97, poz. 1050 ze zm.

²⁰³ M. Wieloński, *Europejskie prawo zamówień publicznych jako narzędzie polityki społeczno-gospodarczej Unii Europejskiej*, Warszawa 2013, s. 124.

²⁰⁴ W. Dzierżanowski, *Komentarz do art. 91*, [w:] M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, *Prawo zamówień publicznych...*, s. 412.

riów, o ile odnoszą się one do przedmiotu zamówienia i nie naruszają podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych, sformułowanych w art. 7–10 Pzp. Zawsze jednak kryteria te winny być jednoznaczne i precyzyjne. Kryteria te muszą też być jawne, sprecyzowane i dokładnie opisane w SIWZ²⁰⁵. Zmiana tych kryteriów w trakcie postępowania może być dokonana jedynie w szczególnych sytuacjach, po spełnieniu określonych w ustawie warunków (art. 38 ust. 4, 4a, 4b i 6 Pzp), dotyczących w szczególności obowiązku właściwego ogłoszenia tych zmian oraz poinformowania wszystkich wykonawców, którym przekazano już SIWZ.

Zamawiającego obowiązuje przy ocenianiu ofert przede wszystkim dochowanie podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych, a więc zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (art. 7 ust. 1 Pzp)²⁰⁶. Zamawiający musi zatem tak sformułować kryteria, aby nie tylko nie ograniczać konkurencji, ale też nie wprowadzać jakichkolwiek preferencji dla określonych grup wykonawców²⁰⁷. Musi ponadto brać pod uwagę wszystkie kryteria oceny ofert umieszczone w SIWZ. Nie wolno mu od jakiegokolwiek kryterium odstąpić. Nie może też oceniać ofert z uwzględnieniem kryteriów dodatkowych, o których wykonawcy nie byli przed sporządzeniem swych ofert powiadomieni.

Należy wspomnieć, że zgodnie z upoważnieniem z art. 91 ust. 8 Pzp Prezes Rady Ministrów wydał w dniu 10 maja 2011 r. rozporządzenie w sprawie innych niż cena obowiązkowych kryteriów oceny w odniesieniu do niektórych rodzajów zamówień publicznych, kierując się potrzebą wdrożenia przepisów prawa Unii Europejskiej oraz mając na względzie szczególny charakter lub cel zamówienia publicznego²⁰⁸. Tytułem przykładu można wskazać, że kryteriami oceny oferty w stosunku do zamówień publicznych na zakup pojazdów samochodowych kategorii M i N są zużycie energii, emisja dwutlenku węgla, emisja zanieczyszczeń, tlenków azotu, cząstek stałych oraz węglowodorów.

Ofertą najkorzystniejszą, zgodnie z art. 2 pkt 5 Pzp, jest oferta z najniższą ceną albo taka, która przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów odnoszących

²⁰⁵ J. Pieróg, *Komentarz do art. 91*, [w:] J. Pieróg, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2012.

²⁰⁶ Może się zdarzyć, że wykonawcą zamówienia na dostawy udzielanego przez j.s.t. będzie wykonawca zagraniczny w ramach wewnątrzwspólnotowego obrotu towarowego. W przypadku eksportu towarów VAT zostaje zwrócony, dlatego wykonawca sporządza ofertę bez doliczonego VAT. Wykonawcy krajowi muszą w cenie oferty uwzględnić VAT. Aby spełnić zasadę równego traktowania wykonawców i uczynić oferty porównywalnymi, zamawiający ma obowiązek do ceny oferty złożonej przez wykonawcę zagranicznego doliczyć kwotę wynikającą ze stawki VAT obowiązującej wykonawców krajowych, zob. J. Pieróg, *Komentarz do art. 91*, [w:] J. Pieróg, *Prawo zamówień*....

²⁰⁷ J. Sadowy (red.), *Kryteria oceny ofert w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego – przykłady i zastosowanie*, Warszawa 2011, s. 12.

²⁰⁸ Dz.U. Nr 96, poz. 559.

się do przedmiotu zamówienia publicznego. Jeżeli przedmiotem zamówienia jest działalność twórcza lub naukowa, a przedmiotu zamówienia nie można z góry opisać jednoznacznie i wyczerpująco, cena nie może być jedynym kryterium. Przy interpretacji pojęcia „najkorzystniejsza” zwraca się uwagę, iż zamawiający, ustalając kryteria wyboru ofert, kieruje się przede wszystkim własnymi potrzebami²⁰⁹. Pogląd taki znajduje potwierdzenie w orzecznictwie. W jednym z wyroków stwierdzono, iż celem przetargu jest wybór oferty najkorzystniejszej dla użytkownika, a nie najlepszej w świetle jakichś obiektywnych kryteriów²¹⁰.

Zasadniczym celem oceny ofert jest dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej dla zamawiającego, i tym samym wyłonienie wykonawcy, z którym zostanie zawarta umowa zamówienia publicznego.

²⁰⁹ *Ibidem*.

²¹⁰ Wyrok KIO z dnia 16 czerwca 2003 r., V Ca 1213/02, ZPO 2004, nr 3, poz. 32.

Rozdział III

Wydatki jednostki samorządu terytorialnego ponoszone w celu realizacji zamówień publicznych

1. Charakter prawny umowy o udzielenie zamówienia publicznego

Wszczęcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego rodzi stan określonego związania, polegający na tym, że zamawiający nie może się uchylić od wyboru i przyjęcia najkorzystniejszej oferty wyłonionej w toku postępowania spośród wszystkich zgłoszonych. Na tym etapie omawiany stan związania nie tworzy więzi definitywnej, jako że ostateczny wykonawca nie jest jeszcze znany. Zamawiający ponosi jednak konsekwencje w razie niedostatecznie uzasadnionego unieważnienia postępowania przed dokonaniem wyboru wykonawcy.

Zgodnie z art. 93 ust. 4 Pzp wykonawcom, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu, przysługuje roszczenie o zwrot uzasadnionych kosztów uczestnictwa w postępowaniu, a w szczególności kosztów przygotowania oferty. Naruszeniem przepisów ustawy jest tym bardziej uchylenie się od zawarcia umowy z już wyłonionym wykonawcą. Art. 94 ust. 1 Pzp wyraźnie nakazuje zamawiającemu zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego po upływie terminu uzależnionego od sposobu przesłania zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty. W literaturze podkreśla się, że „w wyniku przyjęcia najkorzystniejszej oferty i akceptacji oferowanej ceny pomiędzy zamawiającym a zwycięskim oferentem nawiązuje się dwustronny stosunek prawny, taki sam, jak z umowy przedwstępnej. Obie strony obciążone są więc powinnością złożenia oznaczonych oświadczeń woli, czyli obowiązkiem zawarcia umowy na warunkach przyjętej oferty”²¹¹.

W momencie wyłonienia wykonawcy, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą, rodzi się stosunek zobowiązaniowy. Treścią tego stosunku po stronie wykonawcy jest roszczenie o zawarcie z zamawiającym umowy w sprawie udzielenia zamówienia. Zamawiającemu nie przysługuje natomiast skuteczne prawnie roszczenie o zawarcie umowy z wybranym wykonawcą, jeżeli ten uchylił się od zawarcia umowy (art. 94 ust. 3 Pzp).

²¹¹ R. Szostak, *Obowiązek zawarcia umowy*, „Zamówienia Publiczne. Doradca” 2005, nr 10, s. 5.

W takim przypadku zamawiający może co najwyżej wybrać najkorzystniejszą spośród pozostałych ofert bez uruchamiania dodatkowej procedury, chyba że zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania. Chodzi zatem zawsze o ostateczny wybór najkorzystniejszej oferty, dokonany po upływie terminu na wniesienie odwołania lub po jego rozpoznaniu przez KIO. W trybie zamówienia z wolnej ręki zakończenie postępowania ma miejsce z chwilą wynegocjowania wszystkich postanowień umowy²¹².

W momencie wyboru najkorzystniejszej oferty liczba uczestników postępowania zostaje ograniczona do zamawiającego i wykonawcy, który został wyłoniony w toku postępowania. Właściwym celem całości postępowania jest zawarcie umowy między stronami. Zawarcie umowy o realizację zamówienia publicznego kończy etap postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Umowa ta jest niezbędnym elementem udzielenia zamówienia. Wynika to z ustawowej definicji zamówienia publicznego jako odpłatnej umowy zawieranej między zamawiającym a wykonawcą, której przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane (art. 2 pkt 13 Pzp)²¹³. W powołanym przepisie brakuje jednak ustawowej definicji umowy. Zagadnieniem tym zajmuje się przede wszystkim nauka prawa cywilnego. Podstawowe kwestie związane z zawieraniem i realizacją umów określone zostały przez regulacje cywilnoprawne. W literaturze przedmiotu podkreśla się, iż samo zawarcie umowy o udzielenie zamówienia publicznego nie jest już czynnością w postępowaniu²¹⁴.

Zawarcie umowy cywilnoprawnej jest jednak koniecznym warunkiem uznania świadczenia usług, dostaw lub robót budowlanych za podlegające reżimowi zamówień publicznych. Zamówieniem publicznym nie mogą być usługi, dostawy i roboty budowlane świadczone na podstawie porozumienia administracyjnego, z mocy przepisów prawa, decyzji administracyjnej czy z mocy wyroku sądu.

Umowa jest czynnością prawną, w której uczestniczą co najmniej dwie strony. Dochodzi ona do skutku w wyniku złożenia przez wszystkie strony zgodnych i niewadliwych oświadczeń woli. Odróżnia to umowy zarówno od jednostronnych czynności prawnych, jak i od uchwał, które są uznawane za ważne nawet wtedy, gdy nie wszystkie strony uprawnione głosują za treścią uchwały²¹⁵.

²¹² J. Pieróg, *Komentarz do art. 2 Pzp*, [w:] J. Pieróg, *Prawo zamówień*....

²¹³ W jednym z wyroków TSUE wyraźnie stwierdzono, iż przepisy Dyrektyw dotyczące zamówień publicznych nie mają zastosowania, jeżeli nie doszło do zawarcia umowy, zob. wyrok TSUE w sprawie C-295/05, *Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo) v. Transformación Agraria SA (Tragsa), Administración del Estado*, [2007] ECR I-02999, § 54.

²¹⁴ J. Kaczmarczyk, *Wybór oferty w trybie art. 94 ust. 3, „Zamówienia Publiczne Doradca”* 2012, nr 7, s. 51–58.

²¹⁵ Z. Radwański, *Teoria umów*, Warszawa 1977, s. 62–63.

W literaturze podkreśla się, że umowa o udzielenie zamówienia publicznego jest umową zobowiązaniową, dwustronnie zobowiązującą, ponadto umową wzajemną – czynnością prawną przysparzającą i odpłatną²¹⁶. Wzajemność umowy wynika wprost z zawartej w art. 2 pkt 13 Pzp legalnej definicji zamówienia publicznego. Świadczenie wykonawcy polega na realizowaniu usług, robót budowlanych albo dostaw, a świadczenie zamawiającego – na ich opłaceniu. Każda ze stron umowy jest zatem jednocześnie dłużnikiem i wierzycielem. Zamawiający jest wierzycielem wykonawcy, może się od niego domagać wykonania przedmiotu zamówienia, ale jest też dłużnikiem zobowiązanym do zapłaty wynagrodzenia. Z kolei wykonawca jest dłużnikiem zamawiającego, zobowiązanym do realizacji przedmiotu zamówienia, ale również wierzycielem, z tytułu przysługującego mu wynagrodzenia²¹⁷. Strona, która dokonuje przysporzenia na rzecz drugiej strony, otrzymuje korzyść majątkową stanowiącą ekwiwalent takiego przysporzenia. Każda ze stron umowy powinna zatem uzyskać określoną korzyść majątkową²¹⁸. Korzyść ta nie musi mieć charakteru pieniężnego, może przybrać także postać świadczenia niepieniężnego. Można więc podzielić pogląd, że wzajemny charakter umowy o zamówienie publiczne jest jej cechą konstytutywną. Umowy nieodpłatne nie mogą więc być zakwalifikowane jako umowy o udzielenie zamówienia publicznego w rozumieniu przepisów ustawy Pzp. Należy w tym miejscu zwrócić uwagę na wspomnianą wyżej ekwiwalentność korzyści. Jeżeli pojawia się rażąca dysproporcja między wzajemnymi świadczeniami, to należy przyjąć, że kryterium wzajemności umowy zostanie naruszone. Zatem oferta zawierająca rażąco niską cenę, zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp nie może być podstawą do zawarcia umowy i powinna być odrzucona.

W literaturze przedmiotu i w ukształtowanym orzecznictwie dotyczącym zamówień publicznych pojawiają się czasem stanowiska, które przyznają umowie o udzielenie zamówienia publicznego charakter umowy adhezyjnej. Wskazuje się, że to zamawiający kształtuje istotne warunki umowy, a czasami nawet zamieszcza w SIWZ pełny wzór umowy. Wykonawcy, szczególnie w początkowej fazie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, nie mają z reguły większego wpływu na treść umowy. Jedynym dla nich sposobem skutecznego doprowadzenia do zmiany treści umowy jest wniesienie odwołania, co może nastąpić dopiero po zakończeniu postępowania. Wiąże się ono jednak ze znacznymi nakładami finansowymi i nie daje pewno-

²¹⁶ K. Horubski, *Realizacja zamówienia publicznego*, [w:] M. Guziński (red.), *Zamówienia publiczne jako przedmiot regulacji prawnej. Podręcznik uniwersytecki*, Wrocław 2012, s. 150.

²¹⁷ J. Jerzykowski, *Komentarz do art. 139*, [w:] M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, wyd. 4, Warszawa 2010, s. 601.

²¹⁸ K. Horubski, *Realizacja zamówienia...*, s. 150.

ści powodzenia²¹⁹. Wybór wykonawców ogranicza się *de facto* według tego poglądu do decyzji, czy zawrzeć umowę, której istotne cechy zostały już określone przez zamawiającego. Oznaczałoby to w istocie przystąpienie do warunków sformułowanych w treści takiej umowy przez zamawiającego.

Kodeks cywilny nie zawiera jednak pojęcia umowy adhezyjnej, jest to pojęcie z zakresu dorobku nauk cywilistycznych. W orzecznictwie kwestia adhezyjnego charakteru umowy o udzielenie zamówienia publicznego została potraktowana niejednoznacznie. W jednym z wyroków uznano, że jest to umowa zbliżona do adhezyjnej, a złożenie oferty jest równoznaczne ze zgodą kontrahenta na zawarcie umowy według wzorca umownego²²⁰. W innym wyroku stwierdzono wprost, że „umowa o zamówienie publiczne jest umową adhezyjną, a jej zawarcie następuje przez przystąpienie do warunków przedstawionych przez jedną stronę. To zamawiający jest bowiem uprawniony do określenia istotnych dla stron postanowień umowy, ogólnych warunków umowy albo wzoru umowy. [...] Wykonawca zaś ma jedynie swobodę co do powzięcia decyzji w zakresie udziału w prowadzonym postępowaniu o zamówienie publiczne. Z chwilą złożenia oferty akceptuje bowiem treść umowy sporządzonej przez zamawiającego. Wykonawca zatem wyraża swoją wolę w przedmiocie zawarcia umowy, ale nie wpływa kształtującą na jej treść, gdyż ta pochodzi od zamawiającego”²²¹.

Trudno jednak zgodzić się z poglądem, że umowa w sprawie zamówienia publicznego ma charakter umowy adhezyjnej. W przypadku umów adhezyjnych wszystkie istotne elementy umowy muszą zostać ustalone przez jedną ze stron umowy. Zasadniczym elementem każdej umowy o udzielenie zamówienia publicznego jest jednak zawsze cena. Gdyby umowa jednostronnie sformułowana przez zamawiającego określała w sposób wiążący również cenę, można by przypisać takiej umowie charakter adhezyjny. Cenę ustala jednak zawsze wykonawca na etapie składania ofert bądź rozpoczynania negocjacji. Zamawiający może co najwyżej w ogłoszeniu określić górny pułap wynagrodzenia wykonawcy. Ostateczna cena, ujęta w umowie, może być ustalona dopiero po zakończeniu postępowania. Warto też zwrócić uwagę na fakt, że do umowy adhezyjnej może przystępować większa liczba uczestników wyrażających zgodę na wszystkie jej warunki, natomiast umowa o udzielenie zamówienia publicznego, zgodnie ze swoją istotą, zawierana jest między zamawiającym a jednym wykonawcą, który nawet w sytuacji podwykonawstwa pozostaje zawsze jedną stroną umo-

²¹⁹ Zob. E. Grabowska-Szweicer, M. Meducki, *Zastosowanie prawa cywilnego w zamówieniach publicznych*, Wrocław 2012, s. 53.

²²⁰ *Ibidem*.

²²¹ Wyrok KIO z dnia 26 października 2009 r., KIO/UZP 1461/09.

wy²²². Dlatego też należy przyjąć, iż umowa o udzielenie zamówienia publicznego nie powinna być zaliczana do umów o charakterze adhezyjnym. Należy się jednak zgodzić, że wpływ zamawiającego (uzasadniony jego statusem publicznoprawnym) na treść takiej umowy jest dominujący. Jak się jednak podkreśla w literaturze i w orzecznictwie, dominująca pozycja zamawiającego w przypadku zamówień publicznych nie wynika z jego przewagi ekonomicznej, lecz z faktu, że jest stroną reprezentującą interes publiczny²²³. Można zatem przyjąć, że umowa o udzielenie zamówienia publicznego jest zbliżona swoim charakterem do umów adhezyjnych.

Zgodnie z art. 14 Pzp „do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny [...] jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej”. Przepisy prawa zamówień publicznych stanowią *lex specialis* w stosunku do przepisów Kodeksu cywilnego. Dlatego przepisy Kodeksu cywilnego stosuje się wprost, w związku z art. 14 Pzp, a nie odpowiednio. Relacje stron postępowania, tak jak każdego stosunku cywilnoprawnego, są oparte na zasadzie równości. Ani zamawiający, ani wykonawca nie są więc w stanie wpływać władczo na działania drugiej strony. Do zawarcia umowy dochodzi dopiero w momencie złożenia zgodnych oświadczeń woli obu stron. Zgodnie z art. 353¹ Kc, strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego.

Przyjmując pogląd, że umowa o udzielenie zamówienia publicznego jest umową cywilnoprawną, nie można nie wskazać, że jest to umowa z istotnymi jednak ograniczeniami o charakterze publicznoprawnym. Ograniczenia cywilnoprawnej swobody umów w przypadku umowy o udzielenie zamówienia publicznego polegają na ustanowieniu określonego reżimu zachowania przy jej zawieraniu poprzez wskazanie przesłanek, które muszą zostać spełnione dla wyłonienia podmiotu takiej umowy, a także ustaleniu jej

²²² Ustawa Pzp umożliwia także zawieranie umów ramowych. Definiuje je art. 2 pkt 9a Pzp jako umowę zawartą między zamawiającym a jednym lub większą liczbą wykonawców, której celem jest ustalenie warunków dotyczących zamówień publicznych, jakie mogą zostać udzielone w danym okresie, w szczególności orientacyjnych cen i, jeżeli zachodzi taka potrzeba, przewidywanych ilości. W umowie takiej zostaje określone świadczenie, polegające na wykonaniu na rzecz zamawiającego usług, dostawy lub robót budowlanych, a także warunki dotyczące zamówień. Przedmiot jej obejmuje zatem jedynie zobowiązanie do podjęcia starań w celu udzielenia i wykonania zamówienia. Nie jest to umowa przedwstępna w rozumieniu Kodeksu cywilnego. Nie jest zobowiązaniem do zawarcia oznaczonej umowy, dlatego bywa czasem nazywana „umową o umawianie się”. Określa ona jedynie przedmiot przyszłego zamówienia, ale nie w odniesieniu do pojedynczego zamówienia, lecz w skali całego okresu obowiązywania umowy ramowej. W momencie zawierania umowy ramowej nie jest też znane świadczenie wzajemne, czyli wynagrodzenie wykonawcy. Zob. J. Jerzykowski, *Komentarz do art. 99*, [w:] M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, *Prawo zamówień...*, s. 468–471.

²²³ Wyrok SO we Wrocławiu z dnia 14 kwietnia 2008 r., X Ga 67/08.

przedmiotu. Szczególny reżim publicznoprawny polega także na określeniu zasad, sposobu i form postępowania w całym procesie udzielenia zamówienia publicznego, poczynając od jego przygotowania aż do realizacji w oparciu o zawartą umowę²²⁴.

Odrębna regulacja zamówień publicznych, mająca charakter bezwzględnie obowiązujący, tworzy zatem zespół ograniczeń względem ogólnej swobody kontraktowej, wymuszających posługiwanie się wyznaczonymi instrumentami prawno-obligacyjnymi (zwłaszcza przetargowymi sposobami kontraktowania) bądź pozbawiających zamawiającego określonych uprawnień (możliwości) powszechnie dostępnych, np. zakazu udzielania zamówień ramowych lub bezterminowych czy zakazu dokonywania niektórych zmian postanowień zawartej umowy²²⁵.

Ograniczenia swobody umów dotyczące przedmiotu umowy i statusu stron tej umowy, a zatem przesądzające o tym, czego ta umowa może dotyczyć oraz kto może być zamawiającym i wykonawcą, mają charakter decydujący dla charakteru prawnego umowy o udzielenie zamówienia publicznego. Przedmiotem zamówienia, jak już wielokrotnie wspomniano, są zadania kwalifikowane, w rozumieniu ustawy, wyłącznie jako usługi, dostawy lub roboty budowlane (art. 2 pkt 13 Pzp). Zagadnienie to zostało omówione w rozdziale I, nie będziemy zatem do tej kwestii ponownie wracać. Warto jednak zwrócić uwagę na jeszcze jedną kwestię dotyczącą podmiotu omawianej umowy.

Ustawa Pzp wyraźnie określa, kto może być zamawiającym. Umowa o udzielenie zamówienia publicznego jest zatem umową kwalifikowaną podmiotowo. Jedną ze stron – zamawiającym – będzie zawsze podmiot zobligowany do stosowania tej ustawy (w badanym przypadku j.s.t.) i w sposób ściśle w niej określony, wydatkujący środki publiczne²²⁶. Wykonawca zamówienia jest wyłaniany w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przeprowadzonego w trybie i na zasadach określonych w ustawie Pzp. Oznacza to, że zamawiający nie ma całkowitej swobody wyboru kontrahenta, gdyż przepis art. 7 ust. 3 Pzp wyraźnie stanowi, iż zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Zamawiający, którym jest j.s.t., nie ma także swobody co do zasad i form dokonywania wydatków służących realizacji zamówienia. Muszą one bowiem zawsze być zgodne także z zasadami przewidzianymi przez ustawę o finansach publicznych i z przepisami innych ustaw dotyczących poszczególnych rodzajów wydatków. Realizacja zamówienia publicznego, którego zamawiającym jest j.s.t., dokonywana jest

²²⁴ M. Guziński, *Krajowe prawo zamówień publicznych*, [w:] M. Guziński (red.), *Zamówienia publiczne...*, s. 52.

²²⁵ R. Szostak, *Glosa do wyroku SN z dnia 13 stycznia 2004 r.*, V CK 97/03, OSP 2005, z. 2, poz. 22.

²²⁶ A. Fermus-Bobowiec, *Umowa w sprawie zamówienia publicznego jako szczególna umowa cywilnoprawna*, cz. 1, „Radca Prawny” 2012, nr 131, Dodatek naukowy, s. 8D.

zatem w szczególnym reżimie prawnym, gdzie obok regulacji prawa zamówień publicznych zastosowanie znajdują także regulacje prawa finansów publicznych.

Kolejnym przykładem ograniczeń omawianej umowy o charakterze publiczno-prawnym jest regulacja przewidziana w art. 94 Pzp, ustalająca szczególne terminy jej zawarcia, które, co do zasady, winny być liczone od daty przesłania zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty. Przepis ten, ustalając minimalny okres, jaki musi minąć od dnia przesłania zawiadomienia o dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty do dnia zawarcia wiążącej umowy, chroni zarówno interes publiczny, jak i interes wykonawców. Umożliwia to zainteresowanym stronom wniesienie odwołania od wyniku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Po przeprowadzeniu postępowania zamawiający nie może jednak odstąpić od zawarcia umowy, jeżeli nie wystąpi żadna z przesłanek unieważnienia postępowania.

Dalsze ograniczenia publicznoprawne umowy o udzielenie zamówienia publicznego dotyczą takich elementów, jak:

- forma umowy,
- okres związania umową,
- zmiany treści umowy.

Zgodnie z art. 139 ust. 2 Pzp umowa o udzielenie zamówienia publicznego musi być pod rygorem nieważności sporządzona z zachowaniem formy pisemnej, chyba że przepisy odrębne wymagają formy szczególnej. Do zachowania formy pisemnej umowy wymagane jest także złożenie własnoręcznego podpisu. Obowiązek zachowania formy pisemnej obowiązuje nawet wtedy, gdy rygору takiego dla danego rodzaju umowy nie przewidują przepisy Kodeksu cywilnego lub przepisy ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych²²⁷. Sankcją za niezachowanie pisemnej formy umowy w sprawie zamówienia publicznego jest sankcja nieważności umowy (art. 139 ust. 2 Pzp).

Okres, na jaki może zostać zawarta umowa o udzielenie zamówienia publicznego, reguluje art. 142 Pzp. Musi to być, zgodnie z ust. 1 tego artykułu, czas oznaczony. Z treści art. 142 ust. 2 Pzp wynika, że czas obowiązywania umowy nie może w zasadzie przekraczać 4 lat, chyba że przedmiotem umowy są świadczenia okresowe i ciągłe, o ile wykonanie zamówienia w czasie dłuższym niż 4 lata spowoduje oszczędności kosztów realizacji zamówienia w stosunku do okresu czteroletniego albo wydłużenie okresu związania umową jest uzasadnione zdolnościami płatniczymi zamawiającego lub zakresem planowanych nakładów oraz okresem niezbędnym do ich spłaty. W przy-

²²⁷ Ustawa z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych, tekst jedn. Dz.U. z 2006 r., Nr 90, poz. 631 ze zm.

padku wydłużenia horyzontu czasowego zawartej umowy, której wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp, zamawiający został zobowiązany w terminie 3 dni od wszczęcia postępowania do zawiadomienia Prezesa UZP o zamiarze zawarcia umowy na okres dłuższy niż 4 lata. Zamawiający w takim przypadku musi także podać uzasadnienie faktyczne i prawne, z którego będzie wynikała konieczność udzielenia zamówienia w omawianej sytuacji na okres dłuższy niż 4 lata²²⁸.

Ustawodawca dopuszcza także wyjątkowo możliwość udzielenia zamówienia publicznego w umowie zawartej na czas nieoznaczony. Według art. 143 Pzp, przedmiotem umowy na czas nieoznaczony mogą być wyłącznie dostawy tam wymienione w formie zamkniętego katalogu²²⁹.

Uzasadnieniem przyjęcia zasady o czasowym trwaniu umowy jest pogląd, że umowy długoterminowe ograniczają konkurencję na rynku zamówień publicznych, utrudniając doń dostęp dla nowych podmiotów. Kwestia zmian treści umowy jest w Pzp również uregulowana odmiennie w stosunku do wymogów właściwych dla cywilnoprawnej swobody umów. W literaturze podkreśla się, że swoboda umów cywilnoprawnych przewidziana w art. 353¹ Kc dotyczy swobody treści stosunku zobowiązaniowego określonego przez umowę, w tym także umowy zmieniającej ten stosunek²³⁰. W ustawie Pzp wprowadzono jednak, pod rygorem nieważności, zakaz dokonywania istotnych zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy (art. 144 ust. 2 Pzp). Podstawowym kryterium nakazującym unieważnienie umowy jest dokonanie takiej zmiany treści umowy, która jest istotna dla wyboru wykonawcy, a zatem mogłaby zmienić wynik wyboru najkorzystniejszej oferty i w konsekwencji naruszyć zasadę uczciwej konkurencji.

Ustawodawca dopuścił jednak możliwość dokonania takiej istotnej zmiany w stosunku do treści oferty, jeżeli zamawiający przewidział ją w ogłoszeniu o zamówieniu lub w SIWZ, a także określił warunki takiej zmiany. Istotna zmiana umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, możliwa jest zatem pod warunkiem jednoczesnego spełnienia dwóch przesłanek. W treści przepisu posłużono

²²⁸ Zamawiający nie podlega jednak obowiązкови powiadomienia Prezesa UZP o zamiarze zawarcia umowy na okres dłuższy niż 4 lata w przypadku umów kredytu i pożyczki, rachunku bankowego, jeżeli okres umowy nie przekracza 5 lat, ubezpieczenia, jeżeli okres umowy nie przekracza 5 lat, i o świadczenie usług w zakresie publicznego transportu zbiorowego.

²²⁹ Katalog ten obejmuje dostawy: wody za pomocą sieci wodno-kanalizacyjnej lub odprowadzanie ścieków do takiej sieci, gazu z sieci gazowej, ciepła z sieci ciepłowniczej, licencji na oprogramowanie komputerowe. Na czas nieoznaczony może być również zawarta umowa, której przedmiotem są usługi przesyłowe lub dystrybucyjne energii elektrycznej lub gazu ziemnego.

²³⁰ P. Machnikowski, *Swoboda umów*, [w:] E. Łętowska (red.), *System prawa prywatnego*, t. 5, *Prawo zobowiązań – część ogólna*, Warszawa 2006, s. 463.

się sformułowaniem „oraz”. Oznacza to, że zamawiający musi, obok możliwości dokonania takiej zmiany w treści ogłoszenia lub w specyfikacji, określić także warunki jej dokonania. Zmiana taka wymaga zgodnych oświadczeń obydwu stron umowy. Zgodnie z art. 139 ust. 2 Pzp wymagana jest forma pisemna. Według art. 144 ust. 2 Pzp brak przesłanek umożliwiających dokonanie istotnej zmiany umowy powoduje, że zmiana taka podlega unieważnieniu. Mamy tutaj do czynienia z nieważnością względną. Unieważnienie takiej umowy wymaga jednak orzeczenia sądu (art. 144a Pzp). Należy zatem stwierdzić, że czynność prawna polegająca na zmianie omawianej umowy dokonana w trybie art. 144 ust. 1 Pzp jest ważna do momentu, dopóki nie zostanie unieważniona przez sąd²³¹.

Nieistotne warunki umowy, które nie będą wpływały na wynik postępowania ani też na krąg potencjalnych wykonawców, mogą więc być dokonywane przez strony umowy.

W orzecznictwie TSUE stwierdzono, że zmiana zamówienia publicznego w czasie jego trwania może być uznana za istotną, jeżeli wprowadza takie warunki, które gdyby zostały ujęte w ramach pierwotnej procedury udzielania zamówienia, umożliwiłyby dopuszczenie innych oferentów niż ci, którzy zostali pierwotnie dopuszczeni, lub umożliwiłyby dopuszczenie innej oferty niż ta, która została pierwotnie dopuszczona²³².

Jak to wynika z wcześniejszych ustaleń, zmiany w treści umowy uznane za istotne są dopuszczalne wyjątkowo. Generalnie należy przyjąć, że umowa w swej treści musi być zgodna z zakresem SIWZ oraz z zobowiązaniem wybranego wykonawcy zawartym w jego ofercie (art. 82 ust. 3, art. 140 ust. 1 Pzp), a gdy wykroczy poza ten zakres, podlega unieważnieniu w części wykraczającej poza określenie przedmiotu zawarte w SIWZ (art. 140 ust. 3 Pzp). Zmiana taka jest jednak możliwa w jednym przypadku ustawowo przewidzianym. Okoliczności zmiany muszą być uzależnione od zdarzenia powodującego, iż stosunek zobowiązaniowy nie może istnieć w pierwotnie przewidzianym kształcie²³³. Zmiana treści umowy w sprawie zamówienia publicznego z naruszeniem przepisów o zamówieniach publicznych jest także deliktem naruszającym dyscyplinę finansów publicznych. Problematyka ta będzie stanowiła przedmiot rozważań zawartych w rozdziale V opracowania.

Do elementów publicznoprawnych determinujących treść umowy o udzielenie zamówienia publicznego należy zaliczyć także zakaz zastąpienia wykonawcy zamówie-

²³¹ M. Gnela, *Ograniczenia swobody kontraktowej w zakresie zmiany treści umowy zawartej w wyniku udzielenia zamówienia publicznego*, [w:] B. Gnela (red.), *Ustawowe ograniczenia swobody umów*, Warszawa 2010, s. 163.

²³² Wyrok TSUE z dnia 5 października 2000 r. w sprawie *Komisja Wspólnot Europejskich v. Republika Francuska* C-337/98, ECR 2000, nr 10 A, poz. I-08377.

²³³ J. Jerzykowski, *Komentarz do art. 144*, [w:] M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, *Prawo zamówień...*, s. 332–333.

nia innym podmiotem, czyli zakaz dokonania cesji już zawartych umów. Art. 7 ust. 3 Pzp wyraźnie stanowi, że zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Wszelkie odstępstwa mogą mieć miejsce tylko wtedy, gdy przepisy ustawy to przewidują. Zatem w zamówieniach publicznych stosowanie przepisu art. 519 § 2 pkt 2 Kc dotyczącego przejęcia długu jest wyłączone²³⁴. Pogląd taki został wyraźnie sformułowany w wyroku SN, w którym stwierdzono, iż wprowadzenie w miejsce dotychczasowego wykonawcy nowego dłużnika niweczy rezultat przetargu²³⁵. Zastąpienie wykonawcy innym podmiotem niż ten, który został wybrany zgodnie z przepisami Pzp, kreuje także odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Zagadnienie to zostanie omówione w rozdziale V niniejszego opracowania.

Z zakazem cesji umów o zamówienie publiczne związana jest problematyka podwykonawstwa, która także została uregulowana w przepisach Pzp w sposób odbiegający od zasady swobody umów. Jednym z warunków, jakie musi spełnić osoba ubiegająca się o status wykonawcy, jest wymóg posiadania przez wykonawcę wiedzy i doświadczenia (art. 22 ust. 1 pkt 2). Zgodnie z art. 26 ust. 2b wykonawca ma jednak prawo skorzystać z potencjału innego podmiotu (którym może być podwykonawca), jego wiedzy, doświadczenia, wyposażenia technicznego czy zdolności finansowych. Podstawą do udostępnienia potencjału jest stosunek prawny pomiędzy wykonawcą a tym podmiotem. Ważne jest, aby wykonawca dysponował wskazanymi zasobami innego podmiotu nie tylko w chwili składania oferty, lecz także w przyszłości, i mógł to zamawiającemu w formie pisemnego oświadczenia udokumentować. Musi zatem istnieć odpowiednie zobowiązanie tego podmiotu (podwykonawcy) wobec wykonawcy. Podwykonawca nie jest jednak związany stosunkiem prawnym z zamawiającym i nie uczestniczy w zawieraniu umowy o udzielenie zamówienia publicznego. Co więcej, z przepisów nie wynika, aby zamawiający był zobowiązany do wykorzystania potencjału tego podmiotu na etapie realizacji umowy zamówienia publicznego.

Ograniczenia swobody zawierania umów w sprawie zamówienia publicznego są celowe, zabezpieczają interesy zamawiających (j.s.t.) przed nieuzasadnionymi roszczeniami wykonawców o zmianę tej umowy²³⁶. Mają one na względzie przede wszystkim ochronę interesu publicznego. Można zatem przyjąć, że w sytuacjach, w których ten interes nie jest zagrożony, swoboda umów nie powinna być ograniczana. Dotyczy to w szczególności zmian nieistotnych treści umowy oraz takich zmian, które byłyby

²³⁴ J. Pieróg, *Komentarz do art. 7 Pzp*, [w:] J. Pieróg, *Prawo zamówień...*.

²³⁵ Wyrok SN z dnia 13 września 2001 r. IV KKN 381/00OSNC 2002, nr 6, poz. 75.

²³⁶ M. Gneta, *Ograniczenia swobody kontraktowej...*, s. 172.

korzystne dla zamawiającego, a jednocześnie nie naruszałyby ogólnych zasad udzielania zamówień publicznych.

Jak to wynika z przeprowadzonych rozważań, regulacje Pzp formułują szereg przepisów składających się na reglamentację administracyjnoprawną, której istotą jest ograniczenie cywilnoprawnej swobody umów w imię szeroko pojętego interesu publicznego. Celem tych regulacji jest ochrona interesów pewnych zbiorowości, nie zawsze zgodnych z indywidualnymi interesami podmiotów, do których się te ograniczenia odnoszą. Tym interesem w sferze zamówień publicznych jest niewątpliwie ochrona prawidłowego funkcjonowania gospodarki rynkowej i jej podstawowych wartości, takich jak uczciwa konkurencja, równe traktowanie jej uczestników, a także wyłonienie wykonawcy w sposób bezstronny i obiektywny. Ustawa nie tylko ustala określone wzorce zachowań przy zawieraniu umowy o udzielenie zamówienia, ale także procedurę postępowania przy wydatkowaniu środków publicznych służących realizacji zamówienia.

2. Zasady dokonywania wydatków przez jednostki samorządu terytorialnego w związku z realizacją zamówień publicznych

Finansowanie zamówienia publicznego udzielonego przez j.s.t. musi być dokonywane nie tylko zgodnie z zawartą umową o udzieleniu tego zamówienia, lecz także zgodnie z zasadami determinującymi finanse samorządu terytorialnego. Realizacja zamówienia publicznego przez zamawiającego, którym jest j.s.t., niezależnie od jego rodzaju, wymaga zawsze dokonania wydatku ze środków publicznych na podstawie i w zakresie przewidzianym przez budżet j.s.t. oraz plan finansowy właściwej jednostki organizacyjnej. Stąd istotne dla prowadzonych rozważań jest nie tylko ustalenie wymogów wyznaczających zasady planowania wydatków przeznaczonych na finansowanie zamówienia publicznego realizowanego przez j.s.t., ale również ustalenie samego pojęcia wydatków publicznych i zasad determinujących ich realizację.

W literaturze prawa finansowego przez wydatki publiczne rozumie się ustawowo przewidziane nakłady wyrażone w pieniądzu, które zasadniczo nie powinny być kapitalizowane, lecz w całości przeznaczone na zaspokajanie potrzeb lokalnej społeczności oraz pokrycie kosztów funkcjonowania j.s.t., za których realizację jednostki te ponoszą odpowiedzialność²³⁷. Według innego poglądu wydatki publiczne stanowią finansowo opisany koszt wyrażony w pieniądzu dla wykonania zadania publicznego

²³⁷ T. Dębowska-Romanowska, *Wydatki publiczne, ich formy prawne oraz zasady realizacji w sektorze finansów publicznych*, [w:] E. Ruśkowski (red.), *System prawa finansowego*. Tom II. *Prawo finansowe sektora finansów publicznych*, Warszawa 2010, s. 115.

określonego w przepisach prawnych²³⁸. Z uwagi na przedmiot rozważań należy przyjąć, iż wydatkami w tym ujęciu są środki pieniężne przeznaczone w sposób ostateczny i bezzwrotny przez j.s.t. na finansowanie zamówień publicznych w celu zaspokojenia potrzeb zbiorowych danej społeczności, w granicach ustawowo przewidzianych zadań. W ramach własnej polityki wydatkowej, j.s.t. ustalają hierarchię ważności tak rozumianych wydatków oraz zakres i formy ich realizacji. Uregulowaniu normatywnemu podlegają nie tylko zasady planowania wydatków, ale także procedury oraz zasady determinujące administrowanie tak zgromadzonym zasobem środków publicznych za pomocą jego wydatkowania²³⁹.

Rozstrzygnięcia organów j.s.t. dotyczące struktury i wielkości wydatków na realizację zadań muszą być zatem podjęte na podstawie obowiązującego prawa²⁴⁰. W doktrynie przyjmuje się, że podstawa ustawowa wydatków na realizację zadań j.s.t. dokonywanych z ich budżetu może mieć charakter zupełny lub niezupełny²⁴¹. W pierwszym przypadku przepisy wskazują zarówno podmioty, na rzecz których wydatki mają być ponoszone, zasady ustalania wysokości poszczególnych rodzajów wydatków, jak i tryb ich ponoszenia. W drugim przypadku przepisy jedynie wskazują na możliwość dokonania wydatku określonego rodzaju, pozostawiając organom j.s.t. możliwość znalezienia odpowiedniego wykonawcy. Do tej ostatniej kategorii należy zaliczyć wydatki na finansowanie zamówień publicznych.

Przez zasady dokonywania wydatków należy rozumieć reguły determinujące ich planowanie, administrowanie i realizację, wyrażone w treści obowiązujących norm prawnych. Stąd mówi się o zasadach prawnych wyznaczających planowanie, administrowanie i dokonywanie wydatków²⁴². Wśród tak rozumianych zasad należy wyróżnić zasady ogólne, odnoszące się do wszystkich wydatków publicznych, oraz zasady, które będą odnoszą się do planowania, administrowania i realizacji wydatków dokonywanych przez j.s.t.

Jeżeli chodzi o tę pierwszą grupę, należy przede wszystkim wymienić zasadę legalizmu i ściśle z nią związaną zasadę planowości. Zgodnie z art. 216 ust. 1 Konstytucji RP, środki finansowe na cele publiczne wydatkowane są w sposób określony w ustawie. Jak się przyjmuje w literaturze, konsekwencją normy wyrażonej w art. 216 ust. 1

²³⁸ A. Borodo, *Polskie prawo finansowe. Zarys ogólny*, Toruń 2010, s. 119.

²³⁹ T. Dębowska-Romanowska, *Wydatki publiczne...*, s. 119.

²⁴⁰ E. Chojna-Duch, *Środki finansowe na cele publiczne*, [w:] E. Chojna-Duch, H. Litwińczuk, (red), *Prawo finansowe*, Warszawa 2010, s. 58.

²⁴¹ K. Sawicka, *Kompetencje organów jednostek samorządu terytorialnego w zakresie uchwalania budżetu*, „Finanse Komunalne” 2009, nr 4, s. 5 i n.

²⁴² T. Dębowska-Romanowska, *Zagadnienia prawne wydatków publicznych na rzecz osób trzecich*, Łódź 1993, s. 33 i n.

Konstytucji RP jest między innymi to, iż jednostki organizacyjne j.s.t. muszą w zakresie, w jakim zarządzają zasobem środków publicznych, mieć podstawę ustawową. Nie może to być akt prawny niższej rangi²⁴³.

Dokonywanie wydatków musi także odpowiadać między innymi zasadom jawności i przejrzystości, jeśli chodzi o wysokość i tryb przekazywania środków pieniężnych zarówno na rzecz jednostek wewnątrz struktury j.s.t. (jednostek budżetowych), jak i przekazywania tych środków w formie wydatków do podmiotów spoza systemu finansów publicznych (osoby fizyczne, osoby prawne).

Zasada legalizmu, wyrażona w art. 7 Konstytucji RP, przewiduje, iż organy władzy publicznej działają na podstawie i w granicach prawa. Granice te wyznaczają przepisy ustaw ustrojowych oraz przepisy ustaw szczególnych, przewidziane przede wszystkim w przepisach materialnego prawa administracyjnego i finansowego. Determinacja prawna oznacza także wprowadzenie nakazów i zakazów realizacji określonych wydatków. Nakaz będzie dotyczył konieczności podjęcia określonych wydatków, np. na zadania obligatoryjne j.s.t. Mówimy wtedy o tzw. automatyzmie wydatkowym.

W odniesieniu do wydatków realizowanych przez j.s.t. wymóg legalizmu będzie oznaczał istnienie podstawy ustawowej dla:

- samego podjęcia wydatku z uwzględnieniem podmiotu i przedmiotu (dla kogo i na co),
- wyboru określonej formy prawnej wydatku,
- okoliczności dokonania wydatku,
- wysokości kwoty wydatku,
- terminu wydatku.

Zasada legalizmu musi być rozważana łącznie z zasadą planowości wydatków, która została rozwinięta w ustawodawstwie zwykłym. Według art. 44 ust. 1 u.f.p. wydatki publiczne mogą być ponoszone na cele i w wysokościach ustalonych w:

- ustawie budżetowej,
- uchwale budżetowej j.s.t.,
- planie finansowym jednostki sektora finansów publicznych.

Podstawą dokonywania wydatków j.s.t. musi być zatem uchwała budżetowa j.s.t. oraz plan finansowy jednostki organizacyjnej funkcjonującej w ramach struktury organiza-

²⁴³ T. Dębowska-Romanowska, *Wydatki publiczne...*, s. 120.

cyjnej j.s.t. Wskazane wyżej wymogi muszą być spełnione łącznie²⁴⁴. Wymóg łącznego spełnienia obydwu przesłanek oznacza, że w przypadku zamówienia publicznego wydatek ten musi być zaplanowany zarówno we właściwej podziałce klasyfikacji budżetu j.s.t., jak i w planie finansowym jednostki budżetowej lub zakładu budżetowego. Kwota wydatku (rozchodu) musi być ustalona nie tylko poprzez zapisanie jej we właściwej podziałce klasyfikacyjnej. Należy sprecyzować cel oraz wysokość wydatku (rozchodu). Tak ustalona wysokość wydatku (rozchodu), według art. 52 ust. 1 pkt 2 u.f.p., jest zawsze jego nieprzekraczalnym limitem²⁴⁵.

Ustalenie limitu wydatków nie jest równoznaczne z obowiązkiem wykorzystania pełnej zaplanowanej kwoty. Akty planistyczne kreują więc normę kompetencyjną, stanowiącą jedynie upoważnienie do dokonania podziału wydatków na określone zadania i cele w ramach budżetu j.s.t. Nie jest to jednak wystarczające upoważnienie dla dokonania samego wydatku ani podstawa do nabycia prawa podmiotowego, którego treścią byłoby roszczenie wykonawcy o sfinansowanie zamówienia ze środków przewidzianych w budżecie i w planie finansowym. Ustawa o finansach publicznych kreuje bowiem zasadę, zgodnie z którą zamieszczone w uchwale budżetowej wydatki przeznaczone na określone cele nie mogą stanowić podstawy roszczeń ani zobowiązań j.s.t. wobec osób trzecich, ani roszczeń tych osób wobec j.s.t. (art. 51 ust. 1 i 2 pkt 1 u.f.p.). W ten sposób ustawodawca przesądził, że ustalenia planistyczne dotyczące wydatków nie mają charakteru normatywnego. W orzecznictwie potwierdzono, że nie mogą one być źródłem zobowiązań w rozumieniu prawa cywilnego oraz publicznego. Nie stanowią też podstawy prawnej dla dopuszczalności roszczeń bądź zobowiązań j.s.t. wobec tych osób, a także roszczeń tych osób wobec j.s.t.²⁴⁶ Ewentualne roszczenie osoby trzeciej o sfinansowanie wydatku zaplanowanego w uchwale budżetowej, aby mogło być skutecznie dochodzone, powinno być oparte na przepisie prawa materialnego zamieszczonym w odrębnej ustawie. Należy jednak wyraźnie podkreślić, że wydatki zaplanowane w uchwale budżetowej mają charakter dyrektywny, ale wyłącznie wobec dysponentów środków budżetowych – tj. podmiotów wykonujących budżet. W omawianym zakresie dysponentem tym będzie przede wszystkim zarząd j.s.t.

Obok zgodności z uchwałą budżetową i planem finansowym jednostki organizacyjnej sektora finansów publicznych, dokonywanie wydatków przez j.s.t. musi mieć także

²⁴⁴ Z. Ofiarski, *Komentarz do art. 44 u.f.p.* [w:] M. Karlikowska, W. Miemiec, Z. Ofiarski, K. Sawicka, *Ustawa o finansach publicznych. Komentarz*, Wrocław 2010, s. 140.

²⁴⁵ Podstawą tą w przypadkach przewidzianych w art. 241 u.f.p. może być zamiast uchwały budżetowej uchwała o prowizorium budżetowym j.s.t.

²⁴⁶ Wyrok SN z dnia 3 stycznia 2007 r., IV CSK 312/06, LEX nr 277299. Wyrok ten dotyczy ustawy budżetowej, ale niewątpliwie ma zastosowanie także do uchwały budżetowej.

umocowanie w przepisach dotyczących poszczególnych rodzajów wydatków (art. 44 ust. 2 u.f.p.). Poszczególne kategorie wydatków muszą uwzględniać zatem nie tylko cel i wysokość, wynikające z aktów planistycznych, ale także muszą być dokonywane w sposób zgodny z regulacjami przewidzianymi w odrębnych przepisach o charakterze materialnoprawnym. Przepisy te stanowią ogromną grupę regulacji zaliczanych do różnych działów prawa, najczęściej z zakresu materialnego prawa administracyjnego. Do tej grupy przepisów należy również zaliczyć regulacje wynikające z przepisów ustawy o zamówieniach publicznych.

W artykule 44 u.f.p. obok podstaw dokonywania wydatków ustawodawca ustalił także najważniejsze zasady ich dokonywania. W doktrynie wskazuje się, że zasady dokonywania wydatków mają charakter postulatyczny. Wydatki publiczne powinny być dokonywane w sposób celowy i oszczędny (art. 44 ust. 3 u.f.p.) z zachowaniem następujących zasad:

- uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów (efektywność),
- optymalnego doboru metod i środków służących osiągnięciu założonych celów (skuteczność),
- w sposób umożliwiający terminową realizację zadań (terminowość),
- w wysokości i terminach wynikających z wcześniej zaciągniętych zobowiązań (wiarygodność).

Warto się zastanowić, jakie jest znaczenie poszczególnych zasad i jak należy je rozumieć w aspekcie reguł determinujących dokonywanie wydatków przez j.s.t. w związku z realizacją zamówienia publicznego. Istotne jest także ustalenie, czy i w jaki sposób zasady te sprzyjają racjonalizacji zamówień publicznych wykonywanych przez j.s.t.

Jeżeli ustawodawca nie ustala sposobu rozumienia określonego terminu, należy zgodnie z zasadami wykładni prawa posłużyć się jego rozumieniem w języku potocznym, następnie rozważyć, czy to potoczne rozumienie jest możliwe do akceptacji dla potrzeb interpretacji badanych przepisów ustawy. Sposób rozumienia wskazanych w art. 44 ust. 3 zasad determinujących dokonywanie wydatków nie został zdefiniowany na potrzeby ustawy. Terminy „celowość” i „oszczędność” są terminami niedookreślonymi, dlatego też chcąc ustalić sposób ich interpretacji, należy w pierwszej kolejności sięgnąć do ich potocznego znaczenia.

Przez celowość rozumie się „odpowiedniość środków do celów; przydatność do założonego celu, do jakichś potrzeb”²⁴⁷. W kontekście wydatków dokonywanych przez j.s.t. w związku z finansowaniem zamówień publicznych należy ją rozumieć jako nakaz

²⁴⁷ *Słownik języka polskiego PWN*, t. I, Warszawa 1978, s. 237.

wydatkowania publicznych środków pieniężnych, przeznaczonych zgodnie z umową na finansowanie takich dostaw, usług lub robót budowlanych, które służą nie tylko realizacji konkretnej umowy o udzielenie zamówienia publicznego, ale służą w ten sposób także zaspokajaniu potrzeb danej społeczności.

Oszczędność ma w języku potocznym wiele znaczeń. W kontekście przedmiotu rozważań przydatna wydaje się definicja „oszczędne użytkowanie, zużywanie czegoś”²⁴⁸, przez co należy rozumieć oszczędne zużywanie środków finansowych. Ustalenie limitu wydatków przeznaczonego na finansowanie zamówień publicznych powinno zatem uwzględniać rzeczywiste i konieczne nakłady prowadzące do osiągnięcia zamierzonego celu, z pominięciem kwot zbędnych i nadmiernych. Wobec ograniczonych zasobów środków publicznych oszczędne nimi gospodarowanie sprowadza się do konieczności powstrzymywania się od wydatków na takie cele, które wprawdzie mogą być gospodarczo i społecznie uzasadnione, ale w konkretnej sytuacji dochodowej j.s.t. możliwe do zrealizowania tylko kosztem innych, uznanych za bardziej priorytetowe²⁴⁹. Oszczędność tę postuluje wprost ustawa Pzp, nakazując wybór oferty najkorzystniejszej, z koniecznym uwzględnieniem ceny jako jednego z obligatoryjnych elementów oceny oferty.

Uzyskiwanie najlepszych efektów z danych nakładów to inaczej efektywność – pojęcie wykorzystywane w naukach społecznych i ekonomicznych, a także przez praktyków i teoretyków zarządzania. Jest to również pojęcie niejednoznaczne i różnie interpretowane. Najczęściej definiuje się je za pomocą takich określeń, jak: sprawność, celowość, umiejętność czy pozytywny wynik. Jedna z klasycznych definicji określa efektywność jako stopień realizacji celu²⁵⁰.

W najszerszym ujęciu efektywność została określona jako „najbardziej skuteczne zastosowanie zasobów społeczeństwa w procesie zaspokajania braków i potrzeb ludzi”²⁵¹. Tak sformułowane określenie nawiązuje do pojęcia dobrobytu społecznego. Efektywność ekonomiczna dotyczy relacji między efektami, celami, nakładami i kosztami w ujęciu strukturalnym i dynamicznym. Każda decyzja gospodarcza podejmowana w organizacji powinna być poprzedzona rachunkiem ekonomicznym, dzięki któremu można ocenić warianty decyzyjne²⁵². Każda zatem decyzja j.s.t. dotycząca wydatków przeznaczonych na finansowanie zamówień publicznych powinna być również poprze-

²⁴⁸ *Ibidem*, t. II, Warszawa 1978, s. 562.

²⁴⁹ S. Owsiak, *Finanse publiczne. Teoria i praktyka*, Warszawa 2005, s. 257.

²⁵⁰ P. Drucker, *Managing for Business Effectiveness*, „Harvard Business Review” 1985, nr 5–6, s. 182.

²⁵¹ P.A. Samuelson, W.D. Nordhaus, *Ekonomia*, Warszawa 2005, s. 443.

²⁵² E. Skrzypek, *Jakość i efektywność*, Lublin 2002, s. 190.

dzona taką analizą. Efektywność można oceniać *ex ante*, jako szacowanie przewidywanych efektów przy zaangażowaniu określonych środków, albo *ex post*, jako ocenę rezultatów podjętych działań.

W kontekście wydatków publicznych j.s.t. efektywność winna być powiązana z racjonalizacją i optymalizacją wydatków. Wydatki na zamówienia publiczne powinny prowadzić do osiągnięcia efektu w postaci optymalnej realizacji dostaw, usług lub robót budowlanych, przy ściśle limitowanych w planie finansowym środkach pieniężnych przeznaczonych na takie zamówienie.

Wydatki powinny być dokonywane także w sposób umożliwiający terminową realizację zadań (terminowość). Niedotrzymanie terminu wydatku w postaci wynagrodzenia wykonawcy za zrealizowane zamówienie publiczne, który to termin wynika z warunków zawartej umowy o udzielenie zamówienia publicznego, skutkuje koniecznością wypłacenia wykonawcy odsetek za niedotrzymanie terminu wypłaty wynagrodzenia oraz ewentualnych kar umownych. Stanowi także delikt kreujący odpowiedzialność zgodnie z art. 16 ust. 1 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych.

Wydatki powinny być również dokonywane w wysokości i w terminach wynikających z wcześniej zaciągniętych zobowiązań. Wiarygodność j.s.t. wymaga, aby w wysokości realizowanych wydatków uwzględniać także wcześniej zaciągnięte zobowiązania. Wymóg przestrzegania takiej zasady stawia także j.s.t. w lepszej pozycji wobec przyszłych potencjalnych wykonawców zamówień publicznych.

Reasumując dotychczasowe rozważania, można przyjąć, że j.s.t są zobowiązane dokonywać wydatków w wysokości i na cele przewidziane w uchwale budżetowej i planach finansowych właściwych jednostek organizacyjnych, a także na podstawie ustaw dotyczących poszczególnych rodzajów wydatków. Wydatki na zamówienia publiczne muszą być celowe, oszczędne, efektywne i skuteczne. Muszą być zatem dokonywane na zasadach określonych w przepisach ustawy o finansach publicznych oraz z uwzględnieniem reguł przewidzianych w prawie zamówień publicznych.

Warto także przypomnieć, że obowiązujące przepisy dopuszczają możliwość zaciągania zobowiązań przez samorządowe jednostki organizacyjne na poczet przyszłych wydatków. Ogólne zasady zaciągania zobowiązań określone są w powołanym art. 46 u.f.p. oraz art. 52 u.f.p.

Zgodnie z art. 46 u.f.p. kwoty zobowiązań przewidziane do sfinansowania w danym roku wynikające z planu wydatków lub kosztów należy pomniejszyć o wydatki na wynagrodzenia i uposażenia oraz pochodne od tych wynagrodzeń, tj. składki na ubezpieczenie społeczne i Fundusz Pracy, inne składki i opłaty obligatoryjne, a także o płatności wynikające ze zobowiązań zaciągniętych w latach poprzednich.

Wydaje się, że kolejność zobowiązań ustalona w tym przepisie nie jest przypadkowa. W pierwszej kolejności dla ustalenia limitu zobowiązań należy od kwoty przewidzianej w planach odliczyć przede wszystkim wydatki na wynagrodzenia i uposażenia, składki na ubezpieczenie społeczne i Fundusz Pracy, a następnie inne składki i opłaty obligatoryjne oraz płatności wynikające z zobowiązań zaciągniętych w latach poprzednich (tzw. stare zobowiązania) z zastrzeżeniem wynikającym z art. 136 ust. 4 i art. 153 u.f.p.

Jeżeli chodzi o kierownika samorządowej jednostki budżetowej, podstawa prawna umożliwiająca zaciąganie przez niego zobowiązań uzależniona jest od horyzontu czasowego przyszłych zobowiązań. W przypadku zobowiązań nieprzekraczających roku budżetowego umocowanie takie znajduje się w art. 261 u.f.p. Kierownik takiej jednostki w celu realizacji zadań może zaciągać zobowiązania pieniężne do wysokości kwot wydatków określonych w zatwierdzonym planie finansowym jednostki. Jest to samoistna podstawa do zaciągania takich zobowiązań, których wysokość nie przekracza wydatków określonych w planie finansowym.

Kierownik samorządowej jednostki budżetowej może także na podstawie art. 228 u.f.p. uzyskać upoważnienie do zaciągania zobowiązań na wykonanie umów, których realizacja jest niezbędna do zapewnienia ciągłości działania jednostki i z których wynikające płatności wykraczają poza rok budżetowy. Upoważnienia tego może dokonać wyłącznie organ wykonawczy na podstawie stosownej delegacji ustanowionej przez organ stanowiący w uchwale o wieloletniej prognozie finansowej²⁵³.

Brak jest wyraźnego przepisu co do możliwości bądź zakazu zaciągania zobowiązań przez kierownika zakładu budżetowego. Stąd należy przyjąć, że kierownik zakładu budżetowego będzie mógł zaciągnąć zobowiązania w oparciu o własny plan przychodów, z uwzględnieniem zasad przewidzianych przez art. 46 i 52 u.f.p. W przypadku pozyskania przychodów zwiększonych w porównaniu do wielkości planowanych, można przyjąć, iż kierownik zakładu budżetowego może o tę nadwyżkę powiększyć także zakres zaciąganych zobowiązań, np. udzielić zamówienia publicznego, o ile nie spowoduje to zmniejszenia planowanych wpłat do budżetu j.s.t. ani zwiększenia dotacji z budżetu j.s.t. Należy również przypomnieć, iż zwiększone kwoty przychodów i kosztów muszą być wprowadzone do planu finansowego zakładu budżetowego przed zaciągnięciem zobowiązania (art. 52 ust. 3 u.f.p.).

Odpowiednio, jak to ma miejsce w przypadku kierownika jednostki budżetowej, także kierownik zakładu budżetowego może zgodnie z art. 228 u.f.p. uzyskać w takim samym trybie upoważnienie do zaciągania zobowiązań na wykonanie umów, których

²⁵³ J. Salachna, *Komentarz do art. 261*, [w:] E. Ruśkowski, J.M. Salachna (red.), *Nowa ustawa o finansach publicznych wraz z ustawą wprowadzającą. Komentarz praktyczny*, Gdańsk 2010, s. 823.

realizacja jest niezbędna do zapewnienia ciągłości działania jednostki i z których wynikające płatności wykraczają poza rok budżetowy.

Przestrzeganiu wszystkich wymienionych wyżej zasad dokonywania wydatków służy kontrola wewnętrzna przeprowadzana na bieżąco w j.s.t. . Polega ona na weryfikacji przez skarbnika zleczonych wypłat, zanim zostaną one fizycznie dokonane. Skarbnik, podpisując zlecenie wypłaty (kontrasygnata), stwierdza, że nie ma zastrzeżeń co do prawidłowości dokumentu oraz potwierdza zabezpieczenie pokrycia finansowego zgodnie z planem finansowym jednostki. Szerzej zagadnienia kontroli realizacji zamówień publicznych zostaną omówione w kolejnym rozdziale niniejszego opracowania.

3. Formy wydatków dokonywanych przez jednostki samorządu terytorialnego w związku z finansowaniem zamówień publicznych

Możliwość wyboru formy finansowania realizowanych przez j.s.t. zadań jest konsekwencją samodzielności wydatkowej j.s.t. Rozstrzygając o wyborze formy realizacji wydatków, należy uwzględniać przesłanki natury ekonomicznej, a także status podmiotu, na rzecz którego wydatek ma być dokonywany. Podstawowymi formami dokonywania wydatków przez j.s.t. są:

- 1) zapłata za usługę lub towar,
- 2) wypłaty wynagrodzeń, zasiłków, stypendiów, nagród,
- 3) dotacje:
 - a) udzielane własnym lub nadzorowanym jednostkom organizacyjnym, np. zakładom budżetowym, samodzielnym publicznym zakładom opieki zdrowotnej, samorządowym instytucjom kultury, utworzonym spółkom komunalnym,
 - b) udzielane innym podmiotom spoza sektora finansów publicznych,
 - c) przekazywane na współfinansowanie zadań realizowanych wraz z innymi j.s.t.²⁵⁴

Dla przedmiotu rozważań podstawowe formy dokonywania wydatków to przede wszystkim zapłata za usługę, dostawę lub roboty budowlane oraz dotacje dla zakładów budżetowych na finansowanie lub dofinansowanie realizowanych przez nie zamówień publicznych.

²⁵⁴ J.M. Salachna, *Wydatki i rozchody budżetowe j.s.t. – zagadnienia podstawowe*, [w:] C. Kosikowski, J.M. Salachna, *Finanse samorządowe. 580 pytań i odpowiedzi*, Warszawa 2012, s. 419–420.

Po zrealizowaniu zamówienia publicznego jego wykonawca wystawia fakturę, która dla zamawiającego będzie podstawą do zapłaty za zrealizowane zamówienie, chyba że co innego wynika z treści zawartej umowy o udzielenie zamówienia publicznego. Zapłata za realizację przedmiotu zamówienia, co do zasady, ma formę pieniężną. Najistotniejszym elementem tej zapłaty jest wynagrodzenie wykonawcy zamówienia. Niezależnie od przyjętej formy wynagrodzenia wykonawcy, określenie wysokości wynagrodzenia albo jednoznacznego sposobu jego ustalenia ma w odniesieniu do zamówień publicznych istotne znaczenie. Jednym z podstawowych instrumentów kwalifikacji umowy jako zamówienia publicznego jest jej odpłatny charakter. Stąd obowiązek uiszczenia wynagrodzenia na rzecz wykonawcy zamówienia publicznego jest cechą konstytutywną zamówienia.

W umowach o udzielenie zamówienia publicznego najczęściej stosuje się dwie alternatywne formy wynagrodzenia wykonawcy za wykonanie zamówienia, mianowicie wynagrodzenie ryczałtowe lub wynagrodzenie kosztorysowe.

Przepisy Kodeksu cywilnego wynagrodzenie kosztorysowe wyraźnie przewidują w odniesieniu do umowy o dzieło (art. 628–632 Kc). Według poglądów doktryny²⁵⁵ oraz ukształtowanego orzecznictwa sądowego²⁵⁶ przyjmuje się, że zasady dotyczące wynagrodzenia kosztorysowego winny być stosowane odpowiednio także do wynagrodzeń wykonawcy z tytułu robót budowlanych. Wynagrodzenie kosztorysowe jest bowiem najczęściej obecnie stosowane w odniesieniu do robót budowlanych stanowiących przedmiot zamówienia publicznego.

Legalną definicję wynagrodzenia kosztorysowego przewiduje art. 629 Kc. Według tego przepisu, jeżeli strony określiły wynagrodzenie na podstawie planowanych prac i przewidywanych kosztów (wynagrodzenie kosztorysowe), a w toku wykonania dzieła zarządzenie właściwego organu państwowego zmieniło wysokość cen lub stawek obowiązujących dotychczas w obliczeniach kosztorysowych, każda ze stron może żądać odpowiedniej zmiany umówionego wynagrodzenia. Zasada ta nie dotyczy jednak należności uiszczanej za materiały lub robociznę przed zmianą cen lub stawek.

Wynagrodzenie kosztorysowe ustalane jest zatem na podstawie kosztorysu, będącego zestawieniem planowanych prac i przewidywanych kosztów jednostkowych tych prac. Do poszczególnych nakładów muszą być dostosowane ustalone wcześniej koszty jednostkowe. Ogólna kwota przewidziana w treści umowy wynika więc z przemnożenia ilości przewidywanych nakładów przez ich koszty jednostkowe. Kwota ta wraz

²⁵⁵ W. Białończyk, *Glosa do wyroku SN z dnia 6 maja 2004 r.*, Sygn. akt II CK – 315/03, OSP 2005, nr 5, poz. 60, s. 41.

²⁵⁶ Uchwała SN z dnia 21 lipca 2006 r. Sygn. akt III CZP – 54/06, Biuletyn Sądu Najwyższego 2006, nr 8, s. 9.315/03.

z kalkulacją staje się zatem, po zaakceptowaniu umowy, jej integralnym składnikiem jako kosztorys umowy.

Istotą wynagrodzenia kosztorysowego jest uzależnienie jego realnej wysokości od ilości faktycznie wykonanych prac. Wysokość wynagrodzenia określana jest poprzez porównanie danych z kosztorysu ofertowego z robotami faktycznie wykonanymi na podstawie obmiarów i faktycznych kosztów wynikających z tych obmiarów²⁵⁷. Zaletą rozliczeń opartych na takiej formule wynagrodzenia jest urealnienie wysokości wynagrodzenia wykonawcy zamówienia w odniesieniu do ilości faktycznie zrealizowanych prac. Wyeliminowany jest przy tej formule w znacznym stopniu element ryzyka. Wynagrodzenie kosztorysowe może być jednak kłopotliwe dla zamawiającego ze względów finansowych. W wyniku dokonanych obmiarów po wykonaniu zamówienia może się bowiem okazać, że faktyczna wysokość należnego wynagrodzenia wykonawcy będzie znacząco odbiegała od ceny złożonej oferty.

Wynagrodzenie ryczałtowe nie zawiera w sobie elementów kalkulacji. Jest sztywną kwotą z góry ustaloną w treści umowy za całość zamówienia, bez podziału na poszczególne składniki wynagrodzenia. Według art. 632 § 1 Kc przyjęcie formy wynagrodzenia ryczałtowego oznacza, iż wykonawca zamówienia nie będzie mógł żądać podwyższenia wynagrodzenia nawet wówczas, gdy w czasie obowiązywania umowy nie można było przewidzieć rozmiarów lub kosztów prac. Przyjęcie takiej formy wynagrodzenia wymaga więc bardzo precyzyjnej wiedzy na temat zakresu prac lub dostaw, a także możliwych zmian kosztów. Zmiana wynagrodzenia ryczałtowego jest zmianą istotnych warunków umowy zamówienia i zasadniczo jest wykluczona (art. 144 ust. 1 Pzp). Forma wynagrodzenia ryczałtowego jest często stosowana w Pzp. Przenosi ona w znacznej mierze ryzyko na wykonawcę. Jeżeli wykonawca, przygotowując ofertę, nie ujął w niej jakiegokolwiek elementu stanowiącego przedmiot zamówienia, nie zwalnia to wykonawcy od pełnego wykonania zakresu rzeczowego przedmiotu zamówienia. Według orzecznictwa KIO tego rodzaju błąd nie stanowi o sprzeczności treści oferty z treścią specyfikacji²⁵⁸.

Ryczałt polega na ustaleniu z góry wysokości wynagrodzenia w kwocie absolutnej przy wyraźnej lub dorozumianej zgodzie stron na to, że wykonawca nie będzie domagać się wynagrodzenia wyższego. Rozliczenia stron w tym przypadku nie opierają się na cenach jednostkowych oraz faktycznie wykonanych świadczeniach. W rezultacie przyjęcia wynagrodzenia w formie ryczałtowej wykluczona jest w przypadku

²⁵⁷ M. Lamch-Rejowska, Ł. Laszczyński, *Prawo zamówień publicznych. Praktyczny poradnik dla zamawiających i wykonawców*, Warszawa 2012, s. 284.

²⁵⁸ Wyrok KIO z dnia 23 maja 2012 r. w sprawie 954/12, niepubl.

robót budowlanych możliwość odrzucenia oferty z powodu nieścisłości między kosztorysem oferowanym a przedmiarem robót²⁵⁹.

Termin realizacji zapłaty powinien wynikać z zawartej umowy. Jeżeli nie został on ustalony w umowie, to zgodnie z art. 455 Kc zapłata powinna być spełniona niezwłocznie po wezwaniu skierowanym do zamawiającego przez wykonawcę. Nieuiszczenie zapłaty w terminie powoduje, że wykonawca może żądać od zamawiającego dodatkowo odsetek za opóźnienie, niezależnie od tego, czy spóźnienie było następstwem okoliczności, za które zamawiający nie ponosi odpowiedzialności, oraz niezależnie od tego, czy wykonawca poniósł jakąkolwiek szkodę. Wysokość odsetek może być regulowana w treści umowy. Brak takiej regulacji powoduje, że wykonawcy będą się należały odsetki ustawowe. Według obecnie obowiązującego rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 4 grudnia 2008 r. w sprawie odsetek ustawowych wynoszą one 13% w stosunku rocznym²⁶⁰. Jednostki samorządu terytorialnego nie mogą zatem w treści umowy wyrazić zgody na odsetki wyższe, niż to wynika z powołanego rozporządzenia. Przypomnieć tutaj należy, że nieuiszczenie przez j.s.t. w terminie zapłaty z tytułu wykonanego zamówienia publicznego skutkujące koniecznością zapłaty odsetek będzie zgodnie z art. 16 ust. 1 u.n.d.f.p. podstawą poniesienia odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych.

Przyjęcie przez wykonawcę zapłaty uiszczonej przez zamawiającego oznacza, że zobowiązanie z tytułu zamówienia publicznego wygasło.

Kolejną formą wydatku, który będzie mógł być zastosowany w związku z finansowaniem zamówienia publicznego, jest dotacja. Chodzi tu o sytuację, gdy j.s.t. będzie przekazywać dotację na finansowanie lub dofinansowanie zamówień publicznych realizowanych przez zakłady budżetowe. Dotacja może również zostać przekazana z budżetu j.s.t. dla samorządowego zakładu budżetowego jako wkład krajowy, w przypadku realizowania przez ten zakład projektów z udziałem bezzwrotnych środków europejskich, które mogą być realizowane z wykorzystaniem zamówień publicznych (art. 216 ust. 2 pkt 6 u.f.p.). Ta forma wydatku dokonywanego z budżetu j.s.t. jest szczególnym rodzajem, charakteryzującym się specyficznymi cechami²⁶¹. Ustawodawca wymaga bowiem spełnienia przez potencjalne podmioty dotowane dodatkowych przesłanek, które determinują możliwość pozyskania środków pieniężnych w tej formie, a także dalszych wymogów, które zobowiązują podmioty dotowane do określonego sposobu wykorzysta-

²⁵⁹ Wyrok KIO z dnia 20 października 2008 r. w sprawie KIO/UZP 1077/08, LEX nr 466648.

²⁶⁰ Dz.U. Nr 220, poz. 1434.

²⁶¹ A. Hanusz, *Prawnofinansowe podstawy działalności samorządu terytorialnego*, „Nowe Prawo” 1991, nr 1-3, s. 105.

nia i następnie rozliczenia otrzymanych w tym trybie środków finansowych. Warto więc przybliżyć tę formę wydatków dokonywanych z budżetu j.s.t.

W art. 126 u.f.p. została sformułowana ustawowa definicja dotacji. Zgodnie z tym przepisem dotacje to podlegające szczególnym zasadom rozliczenia środki udzielone między innymi z budżetu j.s.t. na rzecz różnych podmiotów, przeznaczone na podstawie ustawy o finansach publicznych lub odrębnych ustaw albo umowy międzynarodowej na finansowanie lub dofinansowanie zadań publicznych. Można zatem przyjąć, że przekazywane z budżetu j.s.t. dotacje, stanowią pomoc finansową dla podmiotu dotowanego, są świadczeniem pieniężnym, które wymaga umocowania w ustawie lub w umowie międzynarodowej. Upoważnienie do przekazania środków w tej formie wymaga także ustalenia celu przeznaczenia, ustalenia kwoty dotacji oraz zasad jej przekazywania, wykorzystania, rozliczenia oraz kontroli wykorzystania. Do cech charakterystycznych wydatków dokonywanych w prawnej formie dotacji zaliczyć więc należy celowość, jednostronność, bezzwrotność i nieodpłatność.

Przez celowość dotacji należy rozumieć związanie podmiotu dotowanego koniecznością finansowania ściśle określonego zadania²⁶². Celowość wykorzystania dotacji jest także zabezpieczona szczególnymi sankcjami przewidzianymi między innymi w ustawie o finansach publicznych (art. 251–252 u.f.p.), a także sankcjami przewidzianymi w ustawie o naruszeniu dyscypliny finansów publicznych (art. 8 i 9 u.n.d.f.p.).

Determinacja prawna dotacji polega nie tylko na ustaleniu celu przeznaczenia środków pieniężnych przekazywanych w tej prawnej formie (na co), ale także na ustaleniu podmiotu dotowanego (dla kogo). Determinacja ta oznacza także konieczność spełnienia przez podmiot dotowany warunków umożliwiających pozyskanie tego rodzaju środków pieniężnych, jak i konieczność wykorzystania i rozliczenia przez dotowanego pozyskanych środków pieniężnych w określonych terminach. Tak szczegółowe uregulowanie prawne, dotyczące zasad i trybu przekazywania, wykorzystywania oraz rozliczania środków pieniężnych przekazanych w tej formie powoduje, że zanika ogólny charakter tego rodzaju transferu. Można więc przyjąć, że dotacja celowa nie jest świadczeniem pieniężnym o charakterze powszechnym. Uznaniowy charakter dotacji celowej należy natomiast łączyć zarówno ze sposobem ustalania wysokości kwoty dotacji, jak i z zakresem podmiotów, którym należy ją przydzielić, a także z koniecznością doprecyzowania szczegółowych warunków dotyczących rozliczenia pobranych środków. Bezzwrotność dotacji oznacza, że nie będzie ona podlegała zwro-

²⁶² Wyjątek od tej zasady wprowadza art. 50a u.d.j.s.t., na podstawie którego organ stanowiący j.s.t. decyduje o przeznaczeniu dotacji, otrzymanych z budżetu państwa na podstawie odrębnych przepisów, stanowiących zwrot poniesionych wydatków na realizację zadań określonych w tych przepisach oraz dotacji z tytułu rekompensaty utraconych dochodów własnych.

towi do budżetu j.s.t., o ile zostanie wykorzystana w terminie i w sposób zgodny z przeznaczeniem.

Jednostronność z kolei oznacza, iż dotacja celowa stanowi świadczenie określone władczo przez dotującego. Udzielenie dotacji nie jest zatem przejawem zgodnej woli stron stosunku dotacyjnego. Nie ma w tym przypadku zastosowania zasada autonomii woli stron.

Udzielenie i przekazanie dotacji z budżetu j.s.t. kreuje stosunek prawny dotowania o charakterze publicznoprawnym. O takim charakterze tego stosunku przesądza status publicznoprawny stron (j.s.t. i zakład budżetowy) oraz charakter jego przedmiotu (którym są środki publiczne). O charakterze tego stosunku świadczy też, że musi on mieć umocowanie w obowiązujących przepisach prawa. Jednostka samorządu terytorialnego w sposób władczy przesądza o tym, komu, kiedy i na co dokonać wydatku ze swego budżetu w formie dotacji, a swoją wolę wyraża w sposób mniej lub bardziej uszczegółowiony w treści dodatkowo czasami wymaganych miejscowych aktów normatywnych²⁶³.

Zasady i tryb udzielania dotacji muszą mieć zatem podstawy w obowiązujących przepisach prawa²⁶⁴. Niektóre z nich muszą mieć także dodatkowe umocowanie w aktach prawa miejscowego (np. w uchwałach organów stanowiących j.s.t. dotyczących ustalania trybu udzielania i rozliczania dotacji dla przedszkoli, szkół i placówek publicznych oraz niepublicznych prowadzonych przez osoby prawne lub fizyczne). Przekazanie dotacji należy wiązać z faktycznym dokonaniem wydatku przez j.s.t. na rzecz zakładu budżetowego. Każda zatem dotacja ma charakter pieniężny²⁶⁵.

Z budżetu j.s.t., według art. 15 u.f.p., udzielane są dla zakładów budżetowych różne dotacje i w różnym zakresie. Chodzi tu mianowicie o dotacje przedmiotowe, dotacje podmiotowe w zakresie określonym odrębną ustawą, dotacje celowe na zadania bieżące finansowane z udziałem bezzwrotnych środków europejskich oraz na finansowanie lub dofinansowanie kosztów realizacji inwestycji, a także dotacje na pierwsze wyposażenie w środki obrotowe.

Przez dotacje podmiotowe, zgodnie z art. 218 w zw. z art. 131 u.f.p., rozumie się wydatki na dofinansowanie bieżącej działalności podmiotów, o ile tak stanowią odrębne ustawy. Dotacja podmiotowa nie może być zatem przeznaczana na wydatki inwestycyjne.

²⁶³ K. Sawicka, *Wydatki w formie dotacji z budżetu jednostki samorządu terytorialnego*, [w:] A. Pomorska, P. Smoleń, J. Stelmasiak, A. Gorgol (red.), *Prawo finansowe w warunkach członkostwa Polski w Unii Europejskiej, Księga jubileuszowa dedykowana Profesor Wandzie Wójtowicz*, Lublin 2011, s. 416.

²⁶⁴ J. Gliniecka, *Zasady polskiego prawa dochodów samorządu terytorialnego*, Bydgoszcz 2001, s. 107.

²⁶⁵ Orzeczenie regionalnej komisji orzekającej z dnia 27 kwietnia 2007 r., „Biuletyn Naruszenia Dyscypliny Finansów Publicznych” 2007, nr 3, s. 4.

Należy podkreślić, że uprawnienie do otrzymania dotacji jest zdeterminowane samym faktem prowadzenia działalności przewidzianej przez przepisy ustawowe. Ma więc zazwyczaj charakter obligatoryjny. Oznacza to, że do otrzymania takiej dotacji powinien wystarczyć jedynie wniosek podmiotu uprawnionego, bez konieczności spełnienia dodatkowych wymagań i zawierania odrębnej umowy.

W zakresie wyznaczonym przez przedmiot rozważań, dotacje podmiotowe mogą otrzymać centra integracji społecznej utworzone na podstawie art. 3 ust. 2 pkt 1b ustawy o zatrudnieniu socjalnym²⁶⁶. Dotacja na działalność bieżącą centrum, polegającą na realizacji programu profilaktyki i rozwiązywania problemów alkoholowych, przekazana na podstawie art. 10 ust. 1 ustawy, może być wykorzystana na sfinansowanie zamówienia publicznego, jeżeli zadanie to będzie musiało być w taki sposób zrealizowane²⁶⁷. W tym przypadku będzie chodziło o finansowanie rocznych zamówień publicznych przeznaczanych na działalność bieżącą.

Dotacje przedmiotowe, zgodnie z art. 219 w zw. z art. 130 ust. 1 u.f.p., stanowią wydatki budżetu j.s.t. przeznaczone na dopłaty do określonych rodzajów wyrobów lub usług, kalkulowane według stawek jednostkowych. Cechą odróżniającą dotacje przedmiotowe od podmiotowych jest przede wszystkim konieczność ich kalkulowania według stawek jednostkowych. W świetle art. 15 u.f.p. dotacje takie mogą również otrzymywać zakłady budżetowe. Dofinansowywane przez ten rodzaj dotacji były najczęściej usługi świadczone w zakresie komunikacji miejskiej, administrowania zasobem mieszkaniowym, zaopatrzenia w wodę, zbiorowego odprowadzania ścieków itp. Łączna kwota dotacji przedmiotowej dla zakładów budżetowych powinna być iloczynem ilości usług lub liczby wyrobów objętych dotowaniem, świadczonych przez zakład budżetowy w danym roku, i stawki dopłaty do przyjętej jednostki miary wyrobu lub świadczonej usługi.

W praktyce prawidłowe ustalenie jednostki wyrobu lub usługi, dla których obowiązują jednostkowe stawki dopłat, stwarza problemy. Stawka ta musi być specyficzna, odniesiona do konkretnego rodzaju działalności lub poszczególnego wyrobu. Obliczenie jej nie może się opierać na łącznych kwotach przychodów i kosztów zakładu, jeżeli wykonyuje on więcej niż jeden rodzaj działalności. Stawki jednostkowe dopłat do wyrobów lub usług ustalane są przez organ stanowiący j.s.t. w drodze odrębnej uchwały. Kwoty i zakres dotacji określa uchwała budżetowa. Przekazywanie dotacji przedmiotowych

²⁶⁶ Ustawa z dnia 13 czerwca 2003 r. o zatrudnieniu socjalnym, tekst jedn. Dz.U. z 2011 r., Nr 43, poz. 225 ze zm.

²⁶⁷ Dotacje podmiotowe mogą być przekazywane z budżetu j.s.t. także na rzecz samorządowych instytucji kultury, na podstawie art. 28 ustawy z dnia 25 października 1991 r. o organizowaniu i prowadzeniu działalności kulturalnej, tekst jedn. Dz.U. z 2001 r., Nr 13, poz. 123 ze zm. Problematyka ta pozostaje jednak poza przedmiotem rozważań, instytucje kultury bowiem funkcjonują w oparciu o inne podstawy prawne niż u.f.p.

oraz ich rozliczanie przez zakłady budżetowe uregulowane jest w § 45 rozporządzenia Ministra Finansów z dnia 7 grudnia 2010 r. w sprawie sposobu prowadzenia gospodarki finansowej jednostek budżetowych i samorządowych zakładów budżetowych²⁶⁸. Zgodnie z powołanym przepisem zarząd j.s.t. przekazuje zakładom budżetowym tę dotację w wysokości odpowiedniej do stopnia realizacji finansowanych zadań, a także ustala szczegółowość rozliczenia wykorzystanej dotacji.

W praktyce podmiotem jedynie uprawnionym do otrzymywania dotacji przedmiotowej jest samorządowy zakład budżetowy. Wprawdzie art. 291 ust. 2 u.f.p. dopuszcza możliwość otrzymania dotacji przedmiotowych przez inne podmioty, o ile odrębne przepisy tak stanowią, ale dotychczas ustawodawca nie podjął żadnej inicjatywy w tym zakresie. Można więc przyjąć, że w u.f.p. stworzono możliwość rozszerzenia kręgów podmiotów, które będą mogły otrzymywać taki rodzaj dotacji. Ustawodawca ograniczył zakres ilościowych dotacji przekazywanych na rzecz zakładów budżetowych. W art. 15 ust. 6 u.f.p. przewiduje się, że suma dotacji podmiotowych i przedmiotowych oraz dotacji na pierwsze wyposażenie w roku budżetowym dla konkretnego zakładu budżetowego nie może przekroczyć 50% kosztów jego działalności. Ograniczenie to nie ma jednak zastosowania do ostatniej grupy dotacji, tj. dotacji celowych, które stanowią najliczniejszą grupę, także w omawianym zakresie.

Według art. 220 ust. 1 oraz art. 221 ust. 1 u.f.p., przez dotacje celowe należy rozumieć wydatki z budżetu j.s.t. stanowiące pomoc dla innych jednostek sektora publicznego, a także dla podmiotów niezaliczonych do sektora finansów publicznych i niedziałających w celu osiągnięcia zysku, z przeznaczeniem na sfinansowanie lub dofinansowanie realizacji zadań publicznych związanych z działalnością danej j.s.t.²⁶⁹ W zakresie wyznaczonym przez przedmiot badań, zgodnie z art. 15 ust. 3 pkt 2 i 3 u.f.p., będzie chodziło o wydatki z budżetu j.s.t., które mogą być przeznaczone na zadania bieżące samorządowych zakładów budżetowych finansowane z udziałem bezzwrotnych środków europejskich oraz na finansowanie lub dofinansowanie kosztów realizacji inwestycji przez te zakłady. Ten rodzaj dotacji, stanowiąc wydatek bieżący lub majątkowy, służy zatem sfinansowaniu w całości lub w części (dofinansowaniu) zadania publicznego,

²⁶⁸ Dz.U. Nr 241, poz. 1616 ze zm.

²⁶⁹ W obecnie obowiązujących przepisach występuje obszerny katalog celów, na które mogą być przeznaczone dotacje celowe, np. dofinansowanie prac realizacji zadań z zakresu ochrony przeciwpożarowej (art. 32 ust. 3b ustawy z dnia 24 sierpnia 1991 roku o ochronie przeciwpożarowej, tekst jedn. Dz.U. z 2009 r. ,Nr 178, poz. 1380 ze zm.), pokrycie części kosztów działalności bieżącej i inwestycyjnej Policji (art. 13 ust. 3 ustawy z dnia 6 kwietnia 1990 r. o policji, tekst jedn. Dz.U. z 2007 r., Nr 43, poz. 277 ze zm.). Szerszy wykaz celów, na które może być przekazana taka dotacja, przedstawiony jest w: W. Miemiec, *Wydatki jednostek samorządu terytorialnego*, [w:] W. Miemiec, K. Sawicka, M. Miemiec, *Prawo finansów publicznych sektora samorządowego*, Warszawa 2013, s. 145–146.

przekazanego zakładowi budżetowemu lub realizowanego przez zakład w ramach upoważnienia udzielonego przez zarząd j.s.t.

Stosownie do art. 250 u.f.p. zarząd j.s.t., udzielając dotacji celowej, w tym jednostce sektora finansów publicznych, gdy odrębne przepisy lub umowa międzynarodowa nie określają trybu i zasad udzielenia lub rozliczenia tej dotacji, zawiera umowę. Powstaje więc pytanie, czy zawarcie takiej umowy jest możliwe z uwagi na to, że zakład budżetowy nie posiada osobowości prawnej i jest jednostką organizacyjną działającą w ramach struktury j.s.t. Czy gdyby doszło do zawarcia takiej umowy, to mielibyśmy faktycznie do czynienia z umową zawartą z samym sobą? Jak już wcześniej ustalono, zakład budżetowy jest jednostką organizacyjną j.s.t., ale jest to jednostka wyodrębniona w ramach struktury organizacyjnej j.s.t. Kierownik tego zakładu działa w granicach upoważnienia udzielonego mu przez zarząd j.s.t. i w ramach tego upoważnienia może zawierać umowy o udzielenie zamówienia publicznego. Na finansowanie lub dofinansowanie takich zamówień może otrzymać także dotację celową z budżetu gminy. Zawarcie umowy na podstawie art. 250 u.f.p., w której zarząd j.s.t. określi między innymi wysokość dotacji, cel przeznaczenia, termin wykorzystania dotacji celowej, a także termin i sposób jej rozliczenia, nie będzie stanowiło „umowy zawartej z samym sobą”. Warto zwrócić uwagę na jeszcze jeden element uzasadniający konieczność zastosowania w omawianym przypadku przewidzianej w art. 250 u.f.p. umowy dotacyjnej. Zastosowanie takiej umowy, jak to wynika z wykładni gramatycznej wskazanego przepisu, jest wskazane, o ile odrębne przepisy lub umowa międzynarodowa nie określają trybu i zasad udzielania i rozliczania takiej dotacji celowej. W przypadku dotacji celowych przyznawanych samorządowemu zakładowi budżetowemu na finansowanie lub dofinansowanie zamówień publicznych ani w przepisach u.f.p., ani w treści rozporządzenia wykonawczego z 7 grudnia 2010 r. nie ustalono, kto ma określać zasady rozliczenia takiej dotacji. Nie wskazano też podmiotu, który byłby do tego upoważniony. W § 45 pkt 3 powoływanego rozporządzenia upoważnia się zarząd j.s.t. do ustalenia szczegółowości rozliczenia wykorzystania dotacji. Z uwagi jednak na treść § 45 pkt 1 wskazanego rozporządzenia należy przyjąć, że upoważnienie zarządu do ustalania szczegółowości rozliczenia dotyczy wyłącznie dotacji przedmiotowej i dotacji jednorazowej na pierwsze wyposażenie w środki obrotowe, a więc tych, o których jest mowa w art. 15 ust. 3 pkt 1 i ust. 5 u.f.p. W tym stanie rzeczy należy przyjąć, że zawarcie omawianej umowy w celu udzielenia przez gminę dotacji celowej dla zakładu budżetowego jest nie tylko dopuszczalne, ale konieczne.

Uznając zasadność takiej umowy, należy jednak zgodzić się, że jest to umowa szczególna, która swoim charakterem będzie przypominała umowę adhezyjną. Istotne elementy jej treści są bowiem w sposób jednostronny przesądzone przez zarząd j.s.t.

Można więc przyjąć, że obowiązek zawarcia takiej umowy jest jej cechą konstytutywną, która odróżnia dotację celową od innych rodzajów dotacji.

Poza wyjątkami uregulowanymi odrębnie, procedura dotacyjna w omawianym przypadku dotacji celowej wymaga zatem od beneficjenta złożenia wniosku o jej przyznanie, który będzie podlegał ocenie z punktu widzenia zasadności realizacji zadania publicznego w formie zamówienia publicznego²⁷⁰. Jeżeli postępowanie weryfikacyjne zakończy się dla aplikującego o pozyskanie dotacji pomyślnie, wówczas podstawą dokonania wydatku będzie umowa dotacyjna. Zawarcie takiej umowy musi mieć także uzasadnienie w zaplanowanej w budżecie j.s.t. kwocie dotacji celowej. Treść umowy o przyznaniu dotacji celowej wyznaczona jest przez art. 250 u.f.p. Umowa taka powinna zawierać²⁷¹:

- 1) wysokość dotacji,
- 2) cel lub opis zadania rzeczowego, na którego realizację są przekazywane środki dotacji,
- 3) termin wykorzystania dotacji (nie dłuższy niż do 31 grudnia danego roku budżetowego),
- 4) termin i sposób rozliczenia udzielonej dotacji,
- 5) termin zwrotu niewykorzystanej części dotacji (z tym, że termin ten nie może być dłuższy niż terminy zwrotu określone w dziale V u.f.p.).

Jeszcze raz należy podkreślić, że wymogi dotyczące treści takiej umowy mają zastosowanie tylko wówczas, gdy ustawa nie wprowadzi szczególnych regulacji, stanowiących podstawę prawną do zawarcia omawianej umowy. Charakterystyczne jest, że ustawodawca, ustalając treść umowy o udzielenie i rozliczenie dotacji celowej, posłużył się sformułowaniem: „w szczególności”. Przewidział zatem otwarty katalog jej elementów, wskazując jedynie na te elementy, które muszą się obligatoryjnie znaleźć w treści takiej umowy. Organ wykonawczy j.s.t. może jednak wprowadzić do treści umowy także inne elementy.

Należy wyraźnie zaznaczyć, że wszelkie umowy w sprawie udzielenia dotacji, zwane umowami dotacyjnymi (chodzi o umowy przewidziane w art. 221 ust. 2, art. 250 u.f.p., a także inne zawierane na podstawie przepisów odrębnej ustawy), mają specyficzny charakter prawny. W literaturze przedmiotu zalicza się je do szczególnej kategorii umów publicznoprawnych²⁷². Umowa ta, po pierwsze, musi mieć uzasadnie-

²⁷⁰ K. Sawicka, *Wydatki w formie dotacji...*, s. 415.

²⁷¹ W. Miemieć, *Wydatki jednostek samorządu...*, s. 145.

²⁷² Z. Ofiarski, M. Ofiarska, *Umowa w sprawie udzielania dotacji celowej*, [w:] A. Dobaczewska, E. Juchniewicz, T. Sowiński (red.), *Daniny publiczne. Prawo finansowe wobec wyzwań XXI wieku*, Warszawa 2010, s. 294; K. Sawicka, *Wydatki w formie dotacji...*, s. 417.

nie w konkretnej podstawie prawnej, tj. w przepisach prawa publicznego. Po drugie, przedmiotem umowy jest przekazanie środków publicznych w prawnej formie dotacji w celu sfinansowania zadania publicznego, określonego w budżecie j.s.t. i w planie finansowym podmiotu publicznego. Po trzecie, przynajmniej jedną ze stron tej umowy jest podmiot prawa publicznego, który w ramach prawnie określonych kompetencji oraz na podstawie prawa i w jego granicach będzie przekazywał dotację na ściśle określony cel. Po czwarte, umowa ta musi także określić zagadnienia kontroli wykorzystania dotacji oraz termin i sposób jej rozliczenia.

Ustawodawca w przepisach ustawy o finansach publicznych ustalił normatywne rozumienie sposobu wykorzystania dotacji. Według art. 251 ust. 4 u.f.p. wykorzystanie dotacji następuje w szczególności poprzez zapłatę za zrealizowane zadanie, na które dotacja była udzielona, lub, o ile odrębne przepisy stanowią o sposobie udzielenia i wykorzystania dotacji, wykorzystanie następuje poprzez realizację celów przewidzianych w tych przepisach. Należy jednak podkreślić, że przekazanie środków pieniężnych na rachunek beneficjenta w żadnym przypadku nie oznacza wykorzystania dotacji.

Procedura dotacyjna wymaga całkowitego podporządkowania beneficjenta przede wszystkim co do celu przeznaczenia, terminu wykorzystania oraz rozliczenia otrzymanej dotacji. Niepodporządkowanie się tym wymogom nakłada na beneficjentów dotacji dodatkowe obowiązki, a także określone sankcje związane z koniecznością zwrotu dotacji oraz z obowiązkiem uiszczenia odsetek w sytuacjach przewidzianych w ustawie.

W przypadku niewykorzystania części lub całości dotacji udzielonych z budżetu j.s.t., wykorzystania części takich dotacji niezgodnie z przeznaczeniem, a także w razie dotacji pobranych nienależnie lub w nadmiernej wysokości, podmiot dotowany jest zobowiązany, zgodnie z art. 251 i 252 u.f.p., do zwrotu dotacji²⁷³. Według art. 251 ust. 1 u.f.p. dotacje udzielone z budżetu j.s.t. w części niewykorzystanej do końca roku budżetowego podlegają zwrotowi do budżetu tej jednostki w terminie do 31 stycznia następnego roku. Jeżeli organ stanowiący podjął uchwałę o wydatkach niewygasających, wówczas dotacja przeznaczona na takie wydatki, o ile nie zostanie w całości wykorzystana, podlega zwrotowi do budżetu j.s.t. w terminie do 15 dni od dnia przewidzianego w tej uchwale. Gdy termin wykorzystania dotacji będzie krótszy niż rok budżetowy, niewykorzystana część dotacji będzie podlegała zwrotowi w terminie 15 dni po upływie terminu wykorzystania dotacji. Zwrotowi do budżetu j.s.t. podlega tylko ta część dotacji, która została:

²⁷³ Dotacje pobrane w nadmiernej wysokości, według art. 252 ust. 3 u.f.p., to dotacje otrzymane z budżetu j.s.t., w wysokości wyższej niż określona w odrębnych przepisach, umowie, lub wyższej niż niezbędna na dofinansowanie lub finansowanie dotowanego zadania. Kolejny ustęp art. 252 definiuje dotację nienależną jako dotację udzieloną bez podstawy prawnej.

- wykorzystana niezgodnie z przeznaczeniem,
- nienależnie udzielona, lub
- pobrana w nadmiernej wysokości.

Organem właściwym do podjęcia decyzji o zwrocie dotacji jest wójt, burmistrz, prezydent miasta, starosta albo marszałek województwa lub samorządowe kolegium odwoławcze, w przypadku ustalenia takiego zwrotu w orzeczeniu wydanym przez Kolegium w ramach postępowania odwoławczego (art. 61 ust. 1 pkt 2 oraz art. 61 ust. 3 pkt 4 u.f.p.).

Od kwot dotacji zwróconych po terminie naliczane są odsetki w wysokości określonej jak dla zaległości podatkowych, poczynwszy od dnia następującego po upływie terminu zwrotu. Dotacje udzielone z budżetu j.s.t. według art. 252 u.f.p., wykorzystane niezgodnie z przeznaczeniem albo pobrane nienależnie czy w nadmiernej wysokości, będą natomiast podlegały zwrotowi do budżetu wraz z odsetkami w wysokości określonej jak dla zaległości podatkowych w ciągu 15 dni od dnia stwierdzenia okoliczności, o których mowa w art. 252 ust. 1 pkt 1 i 2. W przypadku gdy termin wykorzystania dotacji będzie krótszy niż rok budżetowy, zwrot będzie musiał być dokonany w terminie 15 dni po upływie terminu przewidzianego dla wykorzystania dotacji.

4. Zasady wykonywania budżetu jednostki samorządu terytorialnego i dokonywania zmian w budżecie a realizacja umowy zamówienia publicznego

4.1. Zasady wykonywania uchwalonego budżetu jednostki samorządu terytorialnego

Planowa realizacja zamówień publicznych w ciągu roku budżetowego, jak to ustalono, wymaga zapłaty za zrealizowane już umowy. Wiąże się to z zapewnieniem płynności finansowej j.s.t., która umożliwia racjonalne wykonywanie budżetu. Takiemu wykonywaniu budżetu mają służyć zasady określone w przepisach u.f.p.

Podstawowy katalog zasad wykonywania budżetu przewidziany jest w art. 254, 256 i 264 ust. 1 i 2 u.f.p. Ustawodawca odrębnie uregulował zasady determinujące ustalenie, pobieranie i odprowadzanie dochodów budżetu j.s.t. oraz odrębnie sformułował wymogi umożliwiające dokonywanie wydatków z budżetu. W odniesieniu do czynności związanych z pozyskiwaniem dochodów wymaga się, aby były one realizowane zgodnie z zasadą legalności i terminowości (art. 254 pkt 1 u.f.p.). Bardziej rygorystyczny jest ustawodawca w stosunku do reguł, według których mogą być dokonywane wydatki.

Zgodnie z art. 254 pkt 3 u.f.p. dokonywanie wydatków następuje w granicach kwot określonych w planie finansowym z uwzględnieniem prawidłowo dokonanych przeniesień i zgodnie z planowym przeznaczeniem, w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem zasady uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów. Jak z powyższego wynika, zasady według których należy realizować wydatki z budżetu, są znacznie bardziej rozbudowane. W treści powołanego wyżej przepisu ustawodawca ustala aż sześć wymogów determinujących realizację wydatków z budżetu j.s.t. Można powiedzieć, że zasady determinujące dokonywanie wydatków są dla budżetu j.s.t. w zasadzie powtórzeniem reguł wyznaczających dokonywanie wydatków publicznych, przewidzianych w art. 44 u.f.p. Wynika z nich nakaz kierowania środków pieniężnych z budżetu na realizację zadań ujętych w planie (chodzi tu o budżet j.s.t. i plan jednostki organizacyjnej), a więc zgodnie z planowym przeznaczeniem – na cel i w wysokości przewidzianej w tym planie. W regułach tych ustawodawca formułuje także nakaz gospodarności – oszczędności i celowości dokonywania wydatków, a więc optymalizacji wydatków budżetowych, czyli uwzględniania kryteriów ekonomicznych.

W katalogu tym przewidziano także zasadę, która dotyczy sposobu postępowania w przypadku zlecania zadań j.s.t. Mianowicie w art. 254 pkt 4 u.f.p. przewiduje się, że zlecanie zadań powinno następować na zasadzie wyboru najkorzystniejszej oferty, z uwzględnieniem przepisów o zamówieniach publicznych, a w odniesieniu do organizacji pozarządowych – z odpowiednim zastosowaniem art. 43 i art. 221 u.f.p. Pojęcie zlecania zadań należy odnosić do wszystkich sytuacji, kiedy j.s.t. w ramach stworzonych możliwości prawnych może zadania własne przekazywać na rzecz innych podmiotów. Ustawodawca nie wymienił jednak rodzaju podmiotów, na rzecz których może nastąpić przekazanie takich zadań. Wskazując na zasadę powszechnego dostępu do realizacji zadań finansowanych ze środków publicznych, przewidzianą w art. 43 u.f.p., oraz na możliwość przekazania zadań także na rzecz podmiotów niezaliczonych do sektora finansów publicznych i niedziałających w celu osiągnięcia zysku, wynikającą z art. 221 u.f.p., trzeba jednoznacznie powtórzyć to, co już ustalono. Swoboda zlecania zadań przez j.s.t. na rzecz innych podmiotów może dotyczyć wyłącznie administracji świadczącej. W przypadku administracji władczej możliwość taka musi wynikać z przepisów prawa materialnego.

Wyrażona w tym przepisie powszechność dostępu dla wszystkich podmiotów do realizacji zadań finansowanych ze środków publicznych, niezależnie od ich przynależności do sektora publicznego lub prywatnego, jest realizacją podstawowej zasady równego traktowania wszystkich podmiotów, wyrażonej w dyrektywie klasycznej. Uznaje się też, że wdrożenie tej zasady powinno wpływać na wzrost konkurencyjności ofert, a w konsekwencji na obniżenie kosztu wykonywania zadań finansowanych ze środków

budżetowych²⁷⁴. Zasada swobody dostępu do realizacji zadań doznaje w powołanym art. 254 pkt 4 u.f.p. wyraźnego ograniczenia. Ustawodawca ustalił bowiem sposób postępowania j.s.t. w przypadku zlecenia zadań. Takie przekazanie zadań, które mają być finansowane z budżetu j.s.t., a które miałyby zostać zrealizowane w formie zamówienia publicznego, winno według ustawodawcy zostać powierzone podmiotowi, który będzie spełniał wymogi ubiegania się o realizację takich zadań zgodnie z art. 22 Pzp. Dodatkowo można tu wskazać art. 22 ust. 2 Pzp, na podstawie którego zamawiający może zastrzec w ogłoszeniu o zamówieniu, że o udzielenie zamówienia mogą się ubiegać wyłącznie wykonawcy (podmioty gospodarcze), u których ponad 50% zatrudnionych pracowników stanowią osoby niepełnosprawne. Przewidziane w ustawie ograniczenie prawa powszechnego dostępu do realizacji zadań finansowanych ze środków budżetu j.s.t. winno wynikać z ważnych społecznie względów. Zagadnienie to zostało szerzej przedstawione w rozdziale II.

Wśród zasad wykonywania budżetu przewidziano, zgodnie z art. 256 u.f.p., obowiązek realizacji wydatków nieprzewidzianych, które wynikają ze zobowiązań wymagalnych w danym roku budżetowym, a na które nie zabezpieczono w ogóle środków lub przewidziano środki, ale w niewystarczającej wysokości. Takie wydatki nieprzewidziane, których obowiązkowe płatności wynikają z tytułów wykonawczych, wyroków sądowych lub ugód, mogą być dokonywane bez względu na poziom środków finansowych zaplanowanych na ten cel w budżecie (art. 256 u.f.p.). Ustawodawca nakazuje sfinansowanie tych zadań poprzez zmianę planu wydatków, dokonaną w trybie przeniesień z innych podziałek klasyfikacji budżetowej lub z rezerw celowych. Nakaz terminowego uregulowania takich zobowiązań zabezpiecza przed powiększaniem się zadłużenia.

Wykonywanie budżetu j.s.t. dokonuje się za pośrednictwem rachunku bankowego. Na podstawie art. 264 u.f.p. bankową obsługę budżetu j.s.t. wykonuje bank wybrany na zasadach określonych w przepisach ustawy Pzp. Oznacza to, że wybór banku musi być poprzedzony postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego. Zasady wykonywania obsługi bankowej określa umowa zawarta między zarządem a bankiem. Wszystkie dochody i wydatki j.s.t. są realizowane za pośrednictwem dwóch głównych rachunków: rachunku bieżącego budżetu i rachunków bieżących jednostek budżetowych. Należy zaznaczyć, że wydatki jednostek realizujących budżet mogą być dokonywane tylko do wysokości aktualnego salda rachunku bieżącego. Zarząd j.s.t. może jednak, w granicach upoważnień zawartych w uchwale budżetowej, zaciągać kredyty w wybranych przez siebie bankach w trybie określonym w przepisach o zamówieniach

²⁷⁴ Z. Ofiarski, *Komentarz do art. 43*, [w:] M. Karlikowska, W. Miemiec, Z. Ofiarski, K. Sawicka, *Ustawa o finansach publicznych. Komentarz*, Wrocław 2010.

publicznych (art. 264 ust. 4 u.f.p.). W celu ochrony środków zgromadzonych na rachunku j.s.t. ustawodawca wprowadził zakaz udzielania pełnomocnictwa do dysponowania rachunkiem bankowym j.s.t. dla zabezpieczenia takiego kredytu lub pożyczki. Wprowadzenie takiej zasady jest formą zabezpieczenia równowagi budżetowej na etapie wykonywania budżetu. Dla każdego rachunku bieżącego jednostki budżetowej prowadzi się odrębnie dla dochodów i odrębnie dla wydatków szczegółową ewidencję, zgodnie z klasyfikacją budżetową.

4.2. Zmiany budżetu jednostki samorządu terytorialnego w trakcie roku i zmiany w budżecie

W trakcie roku budżetowego mogą pojawić się sytuacje, które nie były przewidziane podczas opracowywania i uchwalania budżetu, a które wymagają zmian w treści uchwalonego budżetu. Są one konsekwencją zdarzeń losowych albo zmian organizacyjnych. Mogą też być spowodowane nagłą zmianą warunków makroekonomicznych, w wyniku czego najczęściej pojawi się konieczność zwiększenia zaplanowanej kwoty wydatków. Może to przykładowo dotyczyć takich zamówień publicznych, w których zastosowano kosztorysową formę wynagrodzenia wykonawcy zamówienia. W celu zapewnienia, z jednej strony, elastyczności wykonywania budżetu, z drugiej zaś umożliwienia sfinansowania takich wydatków, przepisy ustawy dopuszczają możliwość zmian budżetu w ciągu roku, a także zmian w treści uchwalonego budżetu. Zmiana uchwały budżetowej z reguły wiąże się ze zmianą globalnej kwoty zaplanowanych dochodów i wydatków budżetowych. Zmiana taka dokonuje się przez nowelizację uchwały budżetowej w trybie właściwym dla jej uchwalenia. Z inicjatywą taką w trakcie roku budżetowego może wystąpić wyłącznie zarząd j.s.t. Zmiana uchwały budżetowej wymaga uchwalenia jej przez organ stanowiący. Jeżeli w zmienionej uchwale budżetowej wystąpi zmiana wyniku budżetu i związanej z nim kwoty przychodów i rozchodów oraz długu j.s.t., musi jej towarzyszyć odpowiednia zmiana wieloletniej prognozy finansowej.

Znacznie częściej dokonywane są zmiany w budżecie. W tych przypadkach globalne kwoty wydatków budżetowych nie ulegają zmianie, dlatego mówi się o zmianach w budżecie, a nie o zmianach budżetu. Zmian tego rodzaju można dokonać wyłącznie przy wykorzystaniu instrumentów finansowoprawnych przewidzianych w u.f.p. Należy do nich zaliczyć przeniesienie planowanych wydatków budżetowych, zwiększenie wydatków na poszczególne zadania w granicach ustalonych rezerw budżetowych oraz blokowanie wydatków budżetowych.

4.2.1. Przenoszenie planowanych wydatków w budżecie

Przenoszenie planowanych wydatków budżetowych, tzw. *virements*, zgodnie z art. 257 pkt 3 u.f.p., jest w dyspozycji zarządu j.s.t. Instytucja ta polega na zwiększeniu wydatków budżetowych w określonej podziale klasyfikacji budżetowej przy jednoczesnym zmniejszeniu o tę samą kwotę wydatków w innej podziale²⁷⁵. Natura przeniesień polega na zachowaniu pierwotnego bilansu budżetu j.s.t. Z uwagi na niebezpieczeństwo odejścia w sposób niepożądany od priorytetów uchwały budżetowej ustawodawca wprowadza szereg ograniczeń o charakterze podmiotowym i przedmiotowym w posługiwaniu się tym instrumentem. Mają one zagwarantować racjonalne wydatkowanie środków publicznych²⁷⁶.

Zgodnie z art. 257 pkt 3 u.f.p. zarząd j.s.t. uzyskał prawo do wprowadzania zmian w planie wydatków bieżących w ramach działu, z wyjątkiem zmian planu wydatków na uposażenia i wynagrodzenia z tytułu stosunku pracy, o ile inne przepisy nie stanowią inaczej. Zakres tego uprawnienia może ulec rozszerzeniu na podstawie stosownych upoważnień udzielonych przez organ stanowiący w trybie art. 258 ust. 1 pkt 1 u.f.p. Zgodnie z tym przepisem organ stanowiący może upoważnić zarząd do dokonywania innych zmian w planie wydatków, z wyłączeniem przeniesień wydatków między działami. Zarząd może zatem zostać upoważniony do dokonywania przeniesień między rozdziałami i paragrafami w obrębie tego samego działu klasyfikacji budżetowej także wydatków na wynagrodzenia oraz wydatków majątkowych.

Ograniczenia we wprowadzaniu przez zarząd zmian w planie wydatków dotyczą również wydatków bieżących oraz wydatków majątkowych finansowanych w formie dotacji. Zmianom tego rodzaju musi bowiem towarzyszyć zmiana w zestawieniu planowanych kwot dotacji udzielanych z budżetu, które muszą być przewidziane w załączniku do uchwały budżetowej (art. 214 pkt 1 u.f.p.). W świetle art. 232 u.f.p. zarząd nie może także dokonywać zmian kwot wydatków bieżących i majątkowych wynikających z limitów wydatków na planowane i realizowane przedsięwzięcia wieloletnie. Do zmiany kwot w tym przypadku uprawniony jest jedynie organ stanowiący j.s.t.

Organ stanowiący j.s.t. może także upoważnić zarząd j.s.t. do przekazania niektórych uprawnień do dokonywania przeniesień planowanych wydatków innym jednostkom organizacyjnym j.s.t., w tym do zaciągania zobowiązań z tytułu umów, których realizacja w roku budżetowym i w latach następnych jest niezbędna do zapewnienia

²⁷⁵ K. Ostrowski, *Prawo finansowe. Zarys ogólny*, Warszawa 1970, s. 253; P.M. Gaudemet, J. Molinier, *Finanse publiczne*, Warszawa 2000, s. 240.

²⁷⁶ K. Sawicka, *Procedura budżetowa*, [w:] W. Miemieć, K. Sawicka, M. Miemieć, *Prawo finansów publicznych...*, s. 199–200.

ciągłości działania jednostki i z których wynikające płatności wykraczają poza rok budżetowy (art. 258 ust. 1 pkt 3 u.f.p.).

Z analizy powołanych przepisów wynika, że przenoszenie planowanych wydatków między działami pozostaje w zasadzie w wyłącznej kompetencji organu stanowiącego. Suma zaplanowanych dochodów może być zmieniana wyłącznie przez organ stanowiący (poza sytuacjami przewidzianymi w art. 257 u.f.p.). Upoważnienie zarządu do przekazywania niektórych uprawnień, polegające na przeniesieniu planowanych wydatków na rzecz kierowników jednostek organizacyjnych j.s.t., powinno *expressis verbis* te sytuacje ustalać. O dokonywanych zmianach w planach wydatków kierownicy jednostek organizacyjnych zgodnie z art. 258 ust. 2 u.f.p. są na podstawie wymienionego upoważnienia obowiązani poinformować zarząd w terminie 7 dni od dnia dokonania zmian²⁷⁷. Obowiązek informowania zarządu jest nie tylko swoistym elementem kontroli, ale też podstawą do wprowadzenia zmian w treści wykonywanego budżetu.

4.2.2. Zwiększenie planowanych wydatków z rezerw budżetowych

Kolejnym instrumentem, za pomocą którego dokonywane są zmiany w budżecie j.s.t., jest zwiększenie planowanych wydatków z rezerw budżetowych. Wydatki budżetowe nie mogą być finansowane bezpośrednio z podziałek klasyfikacji przewidzianych dla rezerw budżetowych. Musi je poprzedzać przeniesienie (na podstawie decyzji) określonych środków pieniężnych do odpowiednich podziałek klasyfikacji budżetowej. Możliwość zastosowania tego instrumentu uzależniona jest zatem od wcześniejszej dyspozycji wydanej przez dysponenta środków dla dokonania takiego przeniesienia. Jak to już wyżej ustalono, w budżecie j.s.t. występują dwa rodzaje rezerw – rezerwa ogólna i rezerwa celowa. Rezerwami tymi dysponuje organ wykonawczy j.s.t.

Rezerwy celowe mogą być przeznaczone wyłącznie na cel, na jaki zostały utworzone, i wykorzystane zgodnie z klasyfikacją budżetową. Ustawodawca przewiduje jednak możliwość zmiany przeznaczenia rezerwy celowej przez zarząd pod warunkiem uzyskania pozytywnej opinii komisji właściwej do spraw budżetu j.s.t. (art. 259 ust. 2 u.f.p.).

Środki przewidziane w rezerwie ogólnej mogą stanowić źródło pokrycia dla wydatków bieżących. Wydatki ponoszone z rezerwy ogólnej nie mogą zwiększać planowanych wydatków na uposażenia i wynagrodzenia ze stosunku pracy, chyba że odrębne przepisy stanowią inaczej.

²⁷⁷ Termin ten wynika z § 12 pkt 5 rozporządzenia Ministra Finansów z dnia 7 grudnia 2010 r. w sprawie sposobu prowadzenia gospodarki finansowej jednostek budżetowych i samorządowych zakładów budżetowych, Dz.U. 2010, Nr 241, poz. 1616.

Organ stanowiący może z inicjatywy zarządu j.s.t. dokonywać zmian w trakcie roku budżetowego także w zakresie już utworzonych rezerw, ale z zachowaniem ustawowych limitów.

Szczególny tryb tworzenia rezerw został przewidziany w art. 260 ust. 3 i 4 u.f.p. Zgodnie z tym przepisem zarząd j.s.t. może, po uzyskaniu pozytywnej opinii komisji właściwej do spraw budżetu organu stanowiącego j.s.t., utworzyć nową rezerwę celową na finansowanie zobowiązań j.s.t., przenosząc do niej zablokowane kwoty wydatków. Ten rodzaj rezerwy może być tworzony w trakcie roku budżetowego, najczęściej w sytuacji, gdy zarząd będzie dysponował dodatkowymi środkami po podjęciu decyzji o zablokowaniu wydatków. Rezerwa taka nie może być przeznaczana na finansowanie wynagrodzeń i uposażeń. Można ją jednak przeznaczyć na sfinansowanie zobowiązań j.s.t. Zobowiązania te mogą wynikać z otrzymanych faktur za realizację usług wykonywanych w formie zamówień publicznych. Taka decyzja zarządu o utworzeniu rezerwy celowej z zablokowanych w ciągu roku wydatków umożliwia znaczne zwiększenie limitu wydatków budżetowych w stosunku do limitu wydatków przewidzianych w uchwalonym budżecie j.s.t. Powiększony w ten sposób limit wydatków będzie można przeznaczyć na finansowanie nowych zamówień publicznych, niezaplanowanych w budżecie, które z racji szczególnych okoliczności powinny być zrealizowane w danym roku budżetowym.

4.2.3. Blokowanie planowanych wydatków budżetowych

Trzecim instrumentem, za pomocą którego można dokonywać zmian w budżecie, jest blokowanie wydatków budżetowych. Jest ono rozumiane jako zakaz dysponowania częścią lub całością planowanych wydatków. Zakaz ten może być okresowy (na część roku) albo obowiązywać na cały rok budżetowy. Skutek zablokowania zaplanowanego wydatku w całości do końca roku można przyrównać do wygaśnięcia wydatku z upływem roku budżetowego. W razie zablokowania jedynie części wydatków na określoną część roku następuje ograniczenie zakresu uprawnień do wykorzystania środków budżetowych, w praktyce może to oznaczać zawieszenie prawa do dysponowania tymi środkami na pewien czas. W literaturze przyjmuje się, że jest to instrument o charakterze represyjnym²⁷⁸, jako reakcja na wystąpienie zjawisk wymienionych w art. 260 ust. 1 u.f.p, dotyczących:

- niegospodarności w określonych jednostkach,

²⁷⁸ J.M. Salachna, *Komentarz do art. 269*, [w:] E. Ruśkowski, J.M. Salachna (red.), *Nowa ustawa...*, s. 823, A. Borodo, *Samorząd terytorialny. System prawnofinansowy*, Warszawa 2012, s. 228.

- opóźnień w realizacji zadań,
- nadmiaru posiadanych środków,
- naruszeń zasad gospodarki finansowej, o których mowa w art. 254 u.f.p.

Instrument ten ma wymuszać na dysponentach środków budżetowych przestrzeganie ustawowych wymogów wydatkowania środków pieniężnych, także z uwzględnieniem celu, wysokości i terminu wydatku. Ma też sprzyjać bardziej racjonalnemu wykorzystaniu środków publicznych i poprzez instytucję wspomnianego wcześniej przeniesienia planowanych wydatków, przewidzianego w art. 260 ust. 3 i 4 u.f.p., może zabezpieczyć możliwość sfinansowania zamówień publicznych. Blokowanie wydatków należy do kompetencji zarządów j.s.t. Zgodnie z art. 260 ust. 2 u.f.p. zarząd jest jednak zobowiązany o podjętej decyzji zawiadomić organ stanowiący.

Pojawienie się w konkretnej sytuacji jakiegokolwiek przesłanki wskazanej w art. 260 ust. 1, a w szczególności opóźnień w realizacji zadań, będzie kreowało również odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Obowiązkiem zarządu jest zatem niedopuszczenie do takich sytuacji, a w razie ich wystąpienia podjęcie decyzji o blokowaniu wydatków jest nie prawem, lecz obowiązkiem zarządu j.s.t.

Wszystkie zmiany polegające na zmianach budżetu i zmianach w budżecie mogą mieć miejsce w ściśle określonych sytuacjach i być dokonywane przez ściśle określone organy i za pomocą ściśle określonych instrumentów finansowoprawnych. Muszą też mieć uzasadnienie merytoryczne. Instrumenty umożliwiające dokonywanie w ciągu roku zmian budżetu i zmian w budżecie mogą być wykorzystane do zwiększenia kwoty, o której mowa w art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp, tj. kwoty, której zamawiającemu może brakować na sfinansowanie zamówienia, jeśli okaże się, że cena najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zgodnie z art. 86 ust. 3 Pzp ujawnia wykonawcom bezpośrednio przed otwarciem ofert. Uzasadnieniem dla wyboru takiego sposobu zachowania j.s.t. jako zamawiającego może być fakt, że owa kwota może się okazać mniejsza niż koszty unieważnienia postępowania i wszczęcia nowego.

W każdym przypadku zachwiania zdolności płatniczej (pojawienia się deficytu bieżącego w związku z brakiem terminowej realizacji zaplanowanych dochodów budżetowych i utraty możliwości terminowego realizowania zobowiązań) w związku z udzieleniem zamówienia publicznego przez zamawiającego, jakim jest j.s.t., właściwe organy powinny, w ramach posiadanych kompetencji, sięgnąć po instrumenty umożliwiające dokonanie zmian budżetu lub po znaczenie łatwiejsze w praktycznym stosowaniu instrumenty zmian w budżecie j.s.t.

5. Zasady realizacji przez jednostki samorządu terytorialnego zamówień publicznych finansowanych z udziałem bezzwrotnych środków europejskich

Źródłem finansowania zamówień publicznych mogą być obok środków krajowych także bezzwrotne środki europejskie. Środki pochodzące z budżetu UE, od państw EFTA oraz z innych bezzwrotnych źródeł zagranicznych są gromadzone na wyodrębnionych rachunkach bankowych, które prowadzone są w euro i zarządzane przez Ministra Finansów lub Bank Gospodarstwa Krajowego (BGK). Po przewalutowaniu na złote zgodnie z dyspozycją Ministra Finansów część z nich przekazywana jest na rachunek budżetu środków europejskich²⁷⁹. Zgodnie z art. 5 ust.1 pkt 2 i 3 u.f.p. środki te mają status środków publicznych w rozumieniu ustawy o finansach publicznych. Oznacza to, że mogą one być wydatkowane na zasadach, w trybie i z uwzględnieniem reguł przewidzianych w ustawie o finansach publicznych i w innych obowiązujących przepisach prawa publicznego.

Budżet środków europejskich stanowi według art. 117 u.f.p. roczny plan dochodów uzyskanych z tytułu realizacji programów finansowanych z udziałem środków europejskich i podlegających refundacji wydatków przeznaczonych na realizację programów finansowanych z udziałem tych środków. Aby precyzyjnie ustalić, jakie rodzaje środków pieniężnych obejmuje budżet środków europejskich, należy sięgnąć do przyjętego w ustawie o finansach publicznych sposobu rozumienia terminu „środki europejskie”²⁸⁰. Jak to wynika z art. 2 pkt 5 u.f.p., budżet środków europejskich obejmuje jedynie część dochodów przeznaczanych na finansowanie programów finansowanych z udziałem bezzwrotnych środków europejskich²⁸¹. Po stronie wydatków budżetu środ-

²⁷⁹ W. Miemieć, *Wykonywanie budżetu środków europejskich*, [w:] W. Miemieć (red.), *Europejskie bezzwrotne źródła finansowania polityki regionalnej w Polsce. Aspekty prawno finansowe*, Wrocław 2012, s. 168.

²⁸⁰ W art. 2 pkt 5 u.f.p. zostały ustalone kategorie bezzwrotnych środków europejskich, stanowiące dochody budżetu środków europejskich. Ustawodawca zaliczył do tej kategorii środki pochodzące z funduszy strukturalnych, Funduszu Spójności i Europejskiego Funduszu Rybackiego, z wyłączeniem środków Europejskiej Współpracy Terytorialnej oraz środków programu Europejski Instrument Sąsiedztwa i Partnerstwa. Do środków europejskich zalicza się także niepodlegające zwrotowi środki z pomocy udzielanej przez państwa członkowskie Europejskiego Porozumienia o Wolnym Handlu (EFTA), tj. Norweskiego Mechanizmu Finansowego 2009–2014, Szwajcarsko-Polskiego Programu Współpracy, z wyłączeniem środków przewidzianych w instrumentach finansowych tej kategorii poprzedniej perspektywy finansowej, tj. w latach 2004–2009. Elementami składowymi ustawowego pojęcia środków europejskich są także środki na realizację wspólnej polityki rolnej, tj. Europejskiego Funduszu Orientacji i Gwarancji Rolnej „Sekcja Gwarancji”, Europejskiego Funduszu Rolniczego Gwarancji oraz Europejskiego Funduszu Rolniczego Rozwoju Obszarów Wiejskich.

²⁸¹ Mianowicie nie weszły do tego budżetu tzw. środki przedakcesyjne, środki otrzymywane od państw członkowskich EFTA, łącznie ze szwajcarskim instrumentem finansowym, ale z poprzedniej perspektywy finansowej, środki przeznaczone na realizację programów w ra-

ków europejskich znajdują się natomiast wydatki podlegające refundacji przeznaczone na realizację programów finansowanych z udziałem środków europejskich, z wyłączeniem środków przeznaczonych na realizację projektów pomocy technicznej.

Ponieważ środki europejskie, które zostały zaliczone przez ustawodawcę do dochodów budżetu środków europejskich, stanowią kategorię środków publicznych, ma także do nich zastosowanie klasyfikacja budżetowa. Według art. 119 ust. 1 u.f.p. dochody budżetu środków europejskich ujmuje się w ustawie budżetowej z uwzględnieniem części budżetowych oraz programów finansowanych z udziałem tych środków. Wydatki zaś ujmuje się w podziale na części i działy klasyfikacji wydatków oraz programy finansowane z ich udziałem. Szczegółowa klasyfikacja programów finansowanych z udziałem środków europejskich stanowi załącznik do ustawy budżetowej.

W literaturze przedmiotu charakter prawny tego budżetu jest przedmiotem dyskusji²⁸². Dla potrzeb niniejszego opracowania można przyjąć, że w ramach zasobów państwa, jakim jest budżet państwa, został stworzony „wewnętrzny fundusz” powiązany funkcjonalnie z budżetem państwa. Nie oznacza to, że budżet środków europejskich należy traktować jako fundusz celowy w rozumieniu art. 29 u.f.p. Budżet środków europejskich, jako roczny plan wskazanych wyżej dochodów i wydatków, jest wyodrębniony jedynie funkcjonalnie w ramach budżetu państwa, posiadając ściśle określone źródło pochodzenia środków pieniężnych stanowiących jego dochody oraz wyraźnie określony cel ich przeznaczenia. O specyficznym charakterze tego budżetu świadczy także odrębna regulacja dotycząca nie tylko jego klasyfikacji, ale także zasad jego wykorzystania oraz zmian dokonywanych w czasie jego realizacji, a także ściśle określonego kręgu podmiotów, które tych zmian mogą dokonywać²⁸³. Na specyficzny reżim prawny nakłada się również konieczność prowadzenia przez beneficjentów środków uzyskiwanych z budżetu środków europejskich odrębnej ewidencji i sprawozdawczości. Wykorzystywanie bezzwrotnych środków europejskich dla finansowania zamówień publicznych będzie także podlegało zarówno stałej, jak i do-
rażnej kontroli sposobu i zakresu wykorzystania tych szczególnych środków publicz-

mach celu Europejskiej Współpracy Terytorialnej oraz środki przeznaczone na realizację programu Europejski Instrument Sąsiedztwa i Partnerstwa. Środki te funkcjonują na starych zasadach i w związku z tym nie ujmuje się ich jako dochodów i wydatków budżetu środków europejskich. Wyłączone z tego budżetu są także środki przeznaczone na realizację projektów pomocy technicznej.

²⁸² C. Kosikowski, *Ustawa o finansach publicznych. Komentarz*, Warszawa 2011, s. 362–363; P. Panfil, *Budżet środków europejskich, wnioski de lege lata*, [w:] A. Dobaczewska, E. Juchniewicz, T. Sowiński (red.), *System finansów publicznych. Prawo finansowe wobec wyzwań XXI wieku*, Warszawa 2010, s. 132.

²⁸³ W. Miemiec, *Budżet środków europejskich jako podstawowe źródło finansowania projektów i programów z udziałem bezzwrotnych środków unijnych*, [w:] W. Miemiec (red.), *Europejskie bezzwrotne ...*, s. 158–159.

nych. Występują tutaj zatem dodatkowe wymogi, które będą musiały być przestrzegane przez strony umowy, w oparciu o którą jest realizowane zamówienie publiczne z udziałem omawianych środków. Można powiedzieć, że mamy tutaj do czynienia z wydatkami nie tylko prawnie zdeterminowanymi, ale z wydatkami podwójnie prawnie zdeterminowanymi. Taka determinacja prawna ogranicza w istotny sposób swobodę j.s.t. co do celu wykorzystania omawianych środków w przypadku, gdyby pojawiła się możliwość ich pozyskania jako źródła finansowania samorządowych zamówień publicznych. Warto bliżej przyjrzeć się zatem wymogom, jakie muszą być spełnione w związku z wydatkami, które mogą być finansowane z budżetu środków europejskich w celu realizacji zamówień publicznych przez j.s.t.

Do wydatków budżetu środków europejskich zalicza się wyłącznie te wydatki, które podlegają refundacji. Warto zastanowić się, co to znaczy, że wydatkami budżetu środków europejskich są tylko wydatki podlegające refundacji. Według art. 56 rozporządzenia ramowego wydatkami, które podlegają refundacji, są wydatki kwalifikowalne. Pojęcie kwalifikowalności nie zostało zdefiniowane w przepisach rozporządzenia ramowego. Ustalając w ograniczonym zakresie jedynie ogólny ich zarys co do przesłanek kwalifikowalności, rozporządzenie odsyła w tej kwestii do przepisów prawa krajowego. Na płaszczyźnie wdrażania i rozliczania projektów finansowanych z udziałem bezzwrotnych środków europejskich wydatek kwalifikowalny (akceptowalny) oznacza wydatek przeznaczony do refundacji z tych środków. Wydatki takie, aby mogły być sfinansowane z budżetu środków europejskich, muszą więc spełniać określone wymogi. W regulacjach krajowych problematyka ta została uregulowana jedynie w treści Krajowych Wytycznych Ministra Rozwoju Regionalnego z dnia 14 maja 2010 r. dotyczących kwalifikowania wydatków w ramach funduszy strukturalnych i Funduszu Spójności w okresie programowania 2007–2013²⁸⁴. W przepisach tych Minister Rozwoju Regionalnego ustalił nie tylko pojęcie kwalifikowalności omawianych wydatków, ale także dokonał ich podziału. Zgodnie z definicją ustaloną w słowniczku wytycznych, przez wydatki kwalifikowalne należy rozumieć wydatki lub koszty poniesione przez beneficjenta w związku z realizacją projektu w ramach programów operacyjnych lub regionalnych programów operacyjnych zgodnie z zasadami obowiązującymi w wytycznych, które kwalifikują się do refundacji lub rozliczenia (w przypadku zaliczkowania) w trybie określonym w umowie o dofinansowanie projektu. Wydatek, aby uzyskać walor kwalifikowalności, musi więc spełniać określone warunki. Spełnienie tych warunków umożliwia całkowite lub częściowe sfinansowanie danego wydatku ze środków pochodzących z budżetu środków

²⁸⁴ Krajowe wytyczne Ministra Rozwoju Regionalnego z dnia 14 maja 2010 r. dotyczące kwalifikowania wydatków w ramach funduszy strukturalnych i Funduszu Spójności w okresie programowania 2007–2013, MP z 2010 r., Nr 37, poz. 521.

europejskich. Wydatkiem niekwalifikowalnym będzie więc wydatek lub koszt nieuznany za refundowalny (niemogący być rozliczonym ze środków europejskich). Do kryteriów, które musi spełnić określony wydatek, aby zyskał status wydatku kwalifikowalnego, należy zaliczyć przede wszystkim spełnienie następujących warunków:

- wydatek musi być poniesiony przez beneficjenta w okresie jego kwalifikowalności, tj. pomiędzy 1 stycznia 2007 r. a 31 grudnia 2015 r.,
- wydatek musi być poniesiony ze środków własnych beneficjenta (lub w przypadku otrzymania przez beneficjenta zaliczki na poczet realizacji projektu – z dotacji),
- wydatek powinien być udokumentowany fakturami lub innymi równoważnymi dowodami księgowymi, zgodnie z ustawą o rachunkowości (chodzi tu o wydatek w znaczeniu kasowym, powodujący faktyczny przepływ środków pieniężnych),
- wydatek winien być zgodny z kategoriami wydatków wynikającymi z treści umowy o dofinansowanie projektu.

Warunkiem uzyskania refundacji jest konieczność kumulatywnego spełnienia wielu przesłanek przewidzianych w obowiązujących przepisach. Kategoria kwalifikowalności wydatku jest zatem kategorią prawną. To nie fakt poniesienia wydatku będzie decydował o możliwości jego kwalifikowalności, ale to, czy dany wydatek spełnia przesłanki, które zostały przewidziane w treści przepisów prawnych. Ocena kwalifikowalności wydatków będzie zatem polegała na badaniu zgodności jego poniesienia z obowiązującymi w tym zakresie przepisami. Ocena taka jest dokonywana co najmniej trzykrotnie, tj. na etapie wyboru wniosku o dofinansowanie projektu, w trakcie realizacji projektu (weryfikacji wniosku o płatność), a także podczas jego kontroli w miejscu wydatków. Powołane wyżej krajowe wytyczne przewidują odrębne katalogi dla wydatków kwalifikowalnych i dla wydatków niekwalifikowalnych.

Finansowanie zamówień publicznych przy udziale omawianych środków nie może zatem odbiegać od celów wskazanych pierwotnie, tj. od treści umowy. Wymaga się także przestrzegania reguł wyznaczonych przez obowiązujące procedury, odnośnie do celu, formy i trybu dokonywania omawianych wydatków. Procedury determinujące zasady, według których mogą być dokonywane wydatki z budżetu środków europejskich, są zgodnie z art. 184 ust. 1 u.f.p. określone w umowie międzynarodowej lub w innych źródłach obowiązujących przy ich wykorzystaniu. Wydaje się przez to, że ustawodawca posługując się w art. 184 u.f.p. pojęciem „procedura”, nie tylko rozumie reguły wytyczające przebieg postępowania, które powinny być przestrzegane przez beneficjenta (zamawiającego) uprawnionego do otrzymania takich środków, ale także reguły, które stano-

wią treść przepisów prawa ustrojowego czy też prawa materialnego, ze szczególnym wskazaniem na przepisy prawa zamówień publicznych. W literaturze wskazuje się, że gdyby pojęcie „procedury” użyte w art. 184 ust. 1 u.f.p. ograniczało się do wąskiego, procesowego znaczenia, eliminowałoby to konieczność stosowania sankcji polegającej na obowiązku zwrotu przekazanych środków z budżetu środków europejskich, w sytuacji przewidzianej przez art. 207 ust. 1 pkt 2 u.f.p., tj. w przypadku naruszenia jedynie przepisów prawa materialnego. Tytułem przykładu, przyjęcie wąskiego sposobu pojmowania pojęcia „procedur” skutkowałoby tym, że beneficjent miałby prawo do niedokonania zwrotu środków pochodzących z budżetu środków europejskich także wówczas, gdyby naruszył przepisy dotyczące np. przesłanek wyboru wymaganego trybu udzielenia zamówienia publicznego. Taka interpretacja pozostawałaby także w sprzeczności z regułami wykorzystywania środków publicznych pochodzących z dofinansowania unijnego, a w szczególności ze sposobem rozumienia „nieprawidłowości wykorzystania przyznanych środków” określonym w przepisach rozporządzenia ramowego.

W art. 184 u.f.p. ustawodawca posłużył się jednak dodatkowym sformułowaniem, wskazując także na „inne procedury”. W ten sposób znacznie został rozszerzony zakres źródeł prawa publicznego kreujących omawiane procedury. W treści art. 184 ust. 1 przewidziano dwie grupy procedur determinujących realizowanie wydatków związanych z finansowaniem zamówień publicznych z udziałem omawianych środków. Procedury te będą wynikały albo z umowy międzynarodowej, albo z innych źródeł prawa, w tym także prawa krajowego. W tej drugiej grupie regulacji należy przede wszystkim wskazać na przepisy ustawy o finansach publicznych, ustawy o zasadach prowadzenia polityki rozwoju, czy wreszcie prawa zamówień publicznych, oraz wydanych na ich podstawie aktów wykonawczych. Można nawet przyjąć, że faktyczny zakres omawianych procedur jest niedookreślony. Będą tu więc zaliczone również wszystkie inne reguły kreujące procedury, zgodnie z którymi mogą być wykorzystane środki przeznaczone na finansowanie zamówień publicznych z udziałem bezzwrotnych środków europejskich (np. wytyczne wydawane przez Ministra Rozwoju Regionalnego).

O szczególnym reżimie prawnym omawianych wydatków świadczy także konieczność ich wykorzystywania w ściśle określonych formach. W art. 186 u.f.p. przewiduje się, że wydatki na realizację programów i projektów finansowanych z udziałem środków pochodzących z budżetu środków europejskich mogą być wykorzystane jedynie w 5 enumeratywnie wyliczonych formach, a mianowicie na:

- realizację projektów przez jednostki budżetowe,
- płatności w ramach programów finansowanych z udziałem środków europejskich,
- dotacje celowe dla beneficjentów,

- realizację projektów finansowanych w ramach programu Środki Przejściowe,
- realizację Wspólnej Polityki Rolnej.

Kierownik samorządowej jednostki budżetowej może udzielać zamówienia publicznego w celu realizacji projektu z udziałem omawianych środków tylko na podstawie i w ramach kwot przewidzianych w budżecie j.s.t. Zgodnie z art. 261 u.f.p. kierownik samorządowej jednostki budżetowej może w celu realizacji zadań zaciągać zobowiązania pieniężne do wysokości kwot wydatków określonych w zatwierdzonym planie finansowym jednostki. Wynikające z tego przepisu upoważnienie dla kierownika jednostki budżetowej przewiduje jednocześnie dwojakie ograniczenia. Zobowiązania takie mogą być bowiem zaciągnięte wyłącznie na cel przewidziany w zatwierdzonym planie finansowym jednostki, jednakże wysokość kwoty wydatków nie może przekroczyć limitu przewidzianego w tym planie. Można więc przyjąć, że działania kierownika samorządowej jednostki budżetowej będą zgodne z powołanym przepisem, o ile zostanie on upoważniony do zawierania umów o udzielenie zamówienia publicznego, a zawarta umowa nie będzie przekraczała limitu wydatków przewidzianych w zatwierdzonym planie finansowym jednostki i będzie zgodna z planowym przeznaczeniem wydatków. Upoważnienie wynikające z treści art. 261 u.f.p. ma charakter samoistny. Oznacza to, że nie jest wymagane w tym przypadku dodatkowe upoważnienie zarządu j.s.t. Takie upoważnienie dla kierownika udzielone przez organ wykonawczy w ramach pełnomocnictwa udzielonego przez organ stanowiący będzie jednak konieczne w przypadku umów (w tym także o udzielenie zamówienia publicznego) zawieranych na czas dłuższy niż rok budżetowy, których realizacja w roku budżetowym i w latach następnych jest niezbędna dla zapewnienia ciągłości działania jednostki (art. 228 ust. 1 pkt 2 u.f.p.).

Najważniejszą z punktu widzenia zamówień publicznych formą przewidzianą w omawianym przepisie są płatności. Podstawą dokonywania płatności na rzecz beneficjentów jest zlecenie płatności wystawione przez instytucję, z którą beneficjent zawarł umowę o dofinansowanie projektu oraz zgoda dysponenta części budżetowej na dokonanie płatności. Zlecenie płatności, stanowiąc dyspozycję przekazywaną na wniosek beneficjenta przez wskazane w przepisach art. 188 ust. 1 u.f.p. instytucje, jest jednocześnie koniecznym punktem wyjścia dla uruchomienia procedury płatności, w której wyniku realizacji powinno zostać zaspokojone roszczenie beneficjenta o przekazanie przyznanych mu środków europejskich w związku z finansowaniem projektów z ich udziałem.

Aby mogło dojść do wystawienia zlecenia płatności, beneficjent musi we wniosku o płatność przedstawić instytucji, z którą zawarł umowę o dofinansowanie, wykaz wydatków kwalifikowalnych. W treści art. 190 u.f.p. przewiduje się obowiązek, aby w przypadku wniosku o płatność pochodzącego od jednostki sektora finansów publicz-

nych będącej beneficjentem były ujęte wszystkie wydatki kwalifikowalne. Jednostka sektora finansów publicznych (zatem również j.s.t.) ma obowiązek przekazać właściwej instytucji taki kompletny wniosek w terminie do 3 miesięcy od dnia poniesienia kwalifikowalnych wydatków.

Instytucja, do której wpłynie taki wniosek o płatność, dokonuje weryfikacji przedłożonego wykazu wydatków kwalifikowalnych. W przypadku akceptacji wymienionych we wniosku o płatność wydatków zatwierdza ustaloną tam kwotę do wypłaty i wystawia zlecenie płatności. Kontynuowanie procedury płatności uzależnione jest jednak również od udzielenia zgody przez dysponenta właściwej części budżetowej, w której zaplanowane są wydatki przeznaczone na finansowanie danego projektu. Dysponentem tym jest Minister Rozwoju Regionalnego. BGK będzie zatem mógł dokonać płatności tylko w stosunku do takich zleceń, które zostaną zaakceptowane i potwierdzone przez Ministra Rozwoju Regionalnego. Według art. 188 ust. 2 u.f.p. Minister Rozwoju Regionalnego może w ramach dekoncentracji upoważnić pisemnie instytucję, z którą beneficjent zawarł umowę o dofinansowanie projektu, do wyrażania zgody na dokonanie płatności. Podobne wymogi ustawodawca formułuje w odniesieniu do projektów realizowanych przez j.s.t., gdy instytucją zarządzającą lub pośredniczącą jest zarząd województwa albo instytucja upoważniona przez zarząd województwa. W takim przypadku zlecenia płatności są wystawiane przez zarząd województwa.

Płatności są realizowane przez Bank Gospodarstwa Krajowego na rzecz beneficjentów, podmiotu upoważnionego przez beneficjentów lub bezpośrednio na rzecz wykonawcy. Podkreślenia wymaga szczególna rola BGK w procedurze przepływów omawianych środków pieniężnych. Jak to wynika z obowiązujących przepisów ustawy o finansach publicznych, BGK nie bada merytorycznie zasadności i prawidłowości obliczenia wypłaty kwoty w ramach płatności. Pełniąc funkcję centralnego kasjera, bank oczekuje wyłącznie na potwierdzenie transakcji przez właściwego dysponenta środków i po jego uzyskaniu realizuje płatność. Przepisy rozporządzenia Ministra Finansów z dnia 17 grudnia 2009 r. w sprawie płatności w ramach programów finansowych z udziałem środków europejskich oraz przekazywania informacji dotyczących tych płatności, przewidują szeroki zakres obowiązków informacyjnych, które musi spełnić bank w związku z realizacją procedury płatności²⁸⁵.

Zasadniczym sposobem udzielania beneficjentowi dofinansowania ze środków europejskich jest refundacja poniesionych wydatków. Instytucja, z którą beneficjent zawarł umowę o dofinansowanie projektu, może także zgodnie z art. 189 u.f.p. wystawić zlece-

²⁸⁵ Dz.U. Nr 220, poz. 1726. Chodzi tutaj o obowiązki banku dotyczące przekazywania informacji w formie elektronicznej do instytucji, która wystawiła zlecenie płatności, o jej wykonaniu, czy też o obowiązki informacyjne przewidziane w § 5, 6, 7 i 9 rozporządzenia.

nie dokonania płatności zaliczkowej dla beneficjenta przed złożeniem przez niego wniosku o płatność refundacyjną. Dofinansowanie w postaci zaliczki może być przekazane beneficjentowi na podstawie odrębnej umowy o dofinansowanie w terminach i wysokości w niej określonej²⁸⁶. Jest ono wypłacane beneficjentowi po wniesieniu zabezpieczenia należytego wykonania zobowiązań wynikających z umowy o dofinansowanie. Forma zabezpieczenia uzależniona jest od kwoty dofinansowania przekazanego w formie zaliczki²⁸⁷. W powołanym rozporządzeniu wykonawczym z 18 grudnia 2009 r. zostały uregulowane kwestie rozliczenia pobranych zaliczek. Według § 3 ust. 3 tego rozporządzenia, gdy część lub całość dofinansowania przekazywana jest w formie zaliczki w kilku transzach, wypłata drugiej i kolejnych transz jest uzależniona od rozliczenia przez beneficjenta w kolejnych wnioskach o płatność dotychczas poniesionych wydatków odpowiadających określonej w umowie o dofinansowanie części otrzymanych zaliczek, nie niższej jednak niż 70% dotychczas otrzymanej zaliczki.

Nowelizacja ustawy Prawo zamówień publicznych wprowadziła także w art. 151a możliwość udzielania zaliczek na poczet wynagrodzenia wykonawców zamówienia publicznego²⁸⁸. W przypadku j.s.t. i ich jednostek organizacyjnych, dla możliwości udzielania zaliczek nie ma znaczenia ani przedmiot zamówienia, ani też rodzaj źródeł jego finansowania. W świetle art. 151a ust. 2 i 3 Pzp można stwierdzić, że j.s.t. jako zamawiający w stosunku do wszelkich rodzajów zamówień, w tym także finansowanych lub dofinansowywanych z udziałem środków pochodzących z budżetu UE, od państw EFTA lub z udziałem innych bezzwrotnych środków zagranicznych, będą mogły udzielać zaliczek wykonawcom, wyłonionym w postępowaniach z zastosowaniem zarówno trybów otwartych, jak i negocjacji bez ogłoszenia oraz zamówienia z wolnej ręki. Według art. 151a ust. 1 ustawodawca uzależnia jednak prawo do udzielania przez zamawiającego zaliczek dla wykonawców zamówienia od faktu, że możliwość taką zamawiający przewidział w ogłoszeniu o zamówieniu lub w SIWZ. W literaturze podkreśla się, że konieczność przekazania wykonawcom informacji o udzieleniu zaliczek jest niezbędna dla zachowania warunków uczciwej konkurencji w postępowaniach o udzielenie zamówienia. Finansowanie zamówienia zaliczkami uiszczanymi przez zamawiającego ma istotne znaczenie przy określeniu ceny oferty. Wykonawca bowiem nie będzie zmuszony do

²⁸⁶ Paragraf 6 rozporządzenia Ministra Rozwoju Regionalnego z dnia 18 grudnia 2009 r. w sprawie warunków i trybu udzielania i rozliczania zaliczek oraz zakresu i terminów składania wniosków o płatność w ramach programów finansowanych z udziałem środków europejskich, Dz.U. Nr 223, poz. 1786 ze zm.

²⁸⁷ W § 6 pkt 7, 8 rozporządzenia przewidziano wyjątki od konieczności ustanawiania takiego zabezpieczenia.

²⁸⁸ Ustawa z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych, Dz.U. z 2009 r., Nr 206 poz. 1591.

poszukiwania źródeł finansowania obcego ani też angażowania środków własnych podczas wykonywania zamówienia²⁸⁹. Ustawodawca, formułując przesłanki udzielenia wykonawcom zaliczek na poczet realizacji zamówienia, nie rozstrzygnął jednak w treści omawianego przepisu ani o ich wysokości, ani też o stopniu szczegółowości informacji przewidzianej w tej sprawie w ogłoszeniu o zamówieniu lub w SIWZ. Należy się zgodzić z propozycją, iż informacja na temat zaliczek dla wykonawców powinna zawierać co najmniej informacje na temat dopuszczalnej ich wysokości, terminu rozliczenia oraz ewentualnego zabezpieczenia ich spłaty²⁹⁰.

Omawiany przepis dopuszcza możliwość bieżącego zaliczkowania realizowanych zamówień, tj. udzielania kolejnych zaliczek pod warunkiem, że wykonawca wykaze, że wykonał zamówienie w zakresie wartości poprzednio udzielanych zaliczek (art. 151a ust. 4 Pzp). W omawianym przepisie przewidziano także dwa rodzaje zabezpieczenia zaliczki, mianowicie zabezpieczenie fakultatywne i obligatoryjne. Możliwość żądania od wykonawcy zamówienia wniesienia zabezpieczenia zaliczki w określonych formach ma miejsce, gdy przewidywana wartość zamówienia nie przekroczy 20% wysokości wynagrodzenia wykonawcy (ust. 5). Jeżeli natomiast wartość zaliczek przekroczy 20% wysokości wynagrodzenia wykonawcy, wówczas żądanie przez zamawiającego zabezpieczenia zaliczki ma charakter obligatoryjny (ust. 6). Wybór form zabezpieczenia przewidzianych w art. 148 ust. 1 Pzp należy do wykonawcy. Wybór form zabezpieczenia wskazanych w art. 148 ust. 2 wymaga natomiast zgody wykonawcy. Ustawodawca nie przewidział jednak, w jaki sposób powinny być rozliczone udzielone zaliczki. Wydaje się, że zagadnienie to należy rozstrzygnąć w treści umowy o udzieleniu zamówienia publicznego.

W przypadku nieterminowego złożenia wniosku o płatność lub złożenia go na niewłaściwą kwotę, od środków pozostałych do rozliczenia przekazanych w formie zaliczki nalicza się, w świetle art. 189 ust. 3 u.f.p., odsetki jak dla zaległości podatkowych. Odsetki te liczone będą od dnia przekazania środków do dnia złożenia wniosku o płatność. Sankcja ta jest zatem skutkiem nieterminowego rozliczenia wcześniejszych transz zaliczki.

Przepisy ustawy dopuszczają także możliwość zaciągania zobowiązań przez jednostki realizujące programy finansowane z udziałem środków europejskich. Zgodnie z art. 193 u.f.p. jednostki te mogą zaciągać zobowiązania do wysokości łącznej kwoty wydatków dla całego programu, z uwzględnieniem wieloletnich limitów zobowiązań i wydatków w kolejnych latach realizacji programów finansowanych z udziałem środków europejskich. Postępowanie umożliwiające zaciąganie takich zobowiązań zostało

²⁸⁹ J. Jerzykowski, *Komentarz do art. 151a*, [w:] M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, *Prawo zamówień...*, Warszawa 2010, s. 671.

²⁹⁰ *Ibidem*.

poddane odrębnej kontroli, realizowanej przez Radę Ministrów, Ministra Finansów i Ministra Rozwoju Regionalnego.

Aby mogło dojść do wystawienia zlecenia płatności, we wniosku o płatność lub o płatność zaliczkową beneficjent musi przedstawić instytucji, z którą zawarł umowę o dofinansowanie (zarządzającą, pośredniczącą lub wdrażającą), wykaz poniesionych wydatków kwalifikowalnych. W art. 190 u.f.p. ustawodawca wprowadził obowiązek, aby we wniosku o płatność pochodzącego od jednostki sektora finansów publicznych, w tym od j.s.t. będącej beneficjentem, były ujęte wszystkie wydatki kwalifikowalne. Instytucja, do której wpływa wniosek o płatność, dokonuje weryfikacji przedłożonego wykazu poniesionych wydatków kwalifikowalnych. W przypadku akceptacji wymienionych we wniosku o płatność wydatków zatwierdza określoną kwotę do wypłaty i wystawia zlecenie płatności.

Realizacja procedury płatności uzależniona jest również od udzielenia zgody przez dysponenta właściwej części budżetowej, w której zaplanowane są wydatki przeznaczone na finansowanie danego projektu. Dysponentem tym jest Minister Rozwoju Regionalnego. Można zatem przyjąć, że BGK będzie mógł dokonać płatności tylko w stosunku do takich zleceń, które zostaną zaakceptowane i potwierdzone przez Ministra Rozwoju Regionalnego. Minister według art. 188 ust. 2 u.f.p. może zdekoncentrować przyznane mu w tym zakresie kompetencje. Może mianowicie na piśmie upoważnić instytucję, z którą beneficjent zawarł umowę o dofinansowanie projektu, do wyrażenia zgody na dokonanie płatności. Podobne wymogi ustawodawca formułuje w odniesieniu do regionalnych programów operacyjnych realizowanych przez j.s.t. W tym jednak przypadku, gdy projekt realizuje instytucja zarządzająca lub pośrednicząca będąca zarządem województwa lub upoważniona przez zarząd województwa, zlecenia płatności są wystawiane przez zarząd województwa.

Jak to wynika z przedstawionego powyżej przepływu płatności, obowiązujący obecnie system przewiduje możliwość przekazywania beneficjentom środków z budżetu środków europejskich najczęściej jako refundacji wcześniej poniesionych wydatków (tzw. płatność refundacyjna). Znacznie rzadziej występuje druga forma, tj. dokonywanie płatności na poczet przyszłych wydatków (tzw. płatność zaliczkowa). W przypadku pierwszego sposobu wsparcia beneficjent, będący także zamawiającym, będzie uzyskiwał środki z wkładu europejskiego przekazane przez właściwą instytucję po udokumentowaniu, że sfinansował już ze środków własnych wydatki dotyczące określonego projektu, zgodnie z umową o jego dofinansowaniu i w zakresie przewidzianym w samym projekcie. Taka forma wsparcia wymaga, aby potencjalny beneficjent wcześniej dysponował tzw. wkładem własnym, który umożliwi mu pełne sfinansowanie projektu. Zamówienia publiczne j.s.t. nie mogą być finansowane w całości ze

środków europejskich. Konieczność ta wynika także z zasady dodatkowości, obowiązującej przy finansowaniu projektów i programów z udziałem środków pochodzących z budżetu UE. Zasada ta wymaga bowiem, aby obok dofinansowania ze środków unijnych, część wydatków (określona w zależności od rodzaju programu) została pokryta ze środków własnych beneficjenta lub też przez krajowy wkład publiczny (współfinansowanie).

Źródła pochodzenia i struktura środków stanowiących wkład własny beneficjenta przesądzają o charakterze montażu finansowego. Jak wskazuje się w literaturze, j.s.t. nie dysponują zazwyczaj własnymi środkami pochodzącymi z dochodów budżetowych, które umożliwiałyby sfinansowanie projektu w całości²⁹¹. W przypadku beneficjenta będącego j.s.t. środki na ten wkład mogą pochodzić zarówno z dochodów własnych, dotacji budżetowych czy subwencji ogólnej, jak i z przychodów budżetowych, tj. kredytów, pożyczek, emisji papierów wartościowych, nadwyżki budżetowej, prywatyzacji majątku j.s.t. czy też z wolnych środków stanowiących nadwyżki środków pieniężnych na rachunku bieżącym budżetu j.s.t., wynikających z rozliczeń wyemitowanych papierów wartościowych, kredytów i pożyczek z lat ubiegłych. Do takich wydatków będzie miał zastosowanie wyłącznie reżim przewidziany w przepisach prawa krajowego. Wydatki na wkład krajowy muszą być zaplanowane we właściwych podziałkach klasyfikacji budżetu j.s.t., z podziałem na wydatki bieżące i wydatki majątkowe.

W ramach wydatków bieżących budżetu j.s.t., zgodnie z art. 236 ust. 3, w układzie działów i rozdziałów wyodrębnia się wydatki na programy finansowane z udziałem środków, o których mowa w art. 5 ust. 1 pkt 2 i 3 w części związanej z realizacją zadań j.s.t. Także w planie wydatków majątkowych, według art. 236 ust. 4 pkt 1 u.f.p., w tym samym stopniu szczegółowości winny być wyodrębnione planowane kwoty wydatków majątkowych, w tym wydatki na inwestycje i zakupy inwestycyjne, a także na programy finansowane z udziałem środków, o których mowa w art. 5 ust. 1 pkt 2 i 3 w części związanej z realizacją zadań j.s.t.

Zasady realizacji i finansowania projektów finansowanych z udziałem środków pochodzących z budżetu środków europejskich są regulowane także przez przepisy ustawy o zasadach prowadzenia polityki rozwoju, a w szczególności przez art. 5 pkt 9 i art. 30 oraz 30a tej ustawy. Według powołanych przepisów, podstawą dofinansowania projektu jest umowa zawarta pomiędzy beneficjentem a instytucją zarządzającą lub

²⁹¹ A. Młynarczyk, *Dostosowanie polskich unormowań do prawa wspólnotowego w zakresie finansowania zadań jednostek samorządu terytorialnego ze środków Unii Europejskiej*, „Finanse Komunalne” 2003, nr 1, s. 5; D. Galiński, *Źródła finansowania projektów unijnych przez jednostki samorządu terytorialnego*, [w:] D. Czykier-Wierzba, M. Jastrzębska (red.), *Uwarunkowania absorpcji środków unijnych przez sektor żywnościowy i jednostki samorządu terytorialnego. Analiza i rekomendacje*, Gdańsk 2011, s. 173–196.

działającą w jej imieniu instytucją wdrażającą²⁹². Szczególny reżim związany z wydatkowaniem środków z budżetu środków europejskich determinuje także szczególne warunki umów o dofinansowanie wskazanych powyżej projektów. Ustawodawca w art. 206 ust. 2 u.f.p. przewidział 8 elementów, które powinna określać umowa o dofinansowanie omawianych projektów²⁹³. Zwraca uwagę fakt, że ustawowy katalog ma charakter otwarty. Oznacza to, że strony umowy mogą wprowadzić dodatkowe postanowienia. Na szczególne podkreślenie zasługuje wskazanie konieczności aktualizacji harmonogramu, który jest elementem treści takiej umowy. W celu usprawnienia toku realizacji programów z udziałem omawianych środków wprowadzono zasadę, że aktualizacja harmonogramu dokonywania wydatków nie będzie wymagała zmiany samej umowy o dofinansowanie projektu.

Ustawa o finansach publicznych przewiduje możliwość połączenia obydwóch strumieni finansowania zamówień publicznych, tj. współfinansowania krajowego i dofinansowania unijnego. Zamawiający, będący beneficjentem bezzwrotnych środków europejskich, może otworzyć w BGK rachunek do obsługi współfinansowania i równocześnie przekazać środki własne na ten rachunek. Obsługę współfinansowania prowadzi wtedy BGK na podstawie umowy z dysponentem. Zlecenia płatności na rzecz zamawiającego będącego takim beneficjentem będą wtedy wystawiane przez właściwą instytucję na rzecz beneficjenta, obejmując jednocześnie środki dofinansowania unijnego i współfinansowania krajowego²⁹⁴.

Procedura realizacji płatności wymaga też od instytucji, z którą beneficjent zawarł umowę o dofinansowanie projektu, sporządzania szczególnych sprawozdań. Według art. 191 u.f.p. instytucja ta jest zobowiązana do przekazywania zarządowi województwa zbiorczego harmonogramu wydatków wynikających z podpisanych umów w terminie do 5. dnia każdego miesiąca. W ten sposób stworzono tej instytucji możliwość sprawowania skutecznej kontroli następczej.

²⁹² W przypadku sytuacji, o której mowa w art. 28 ust. 2 u.z.p.p.r. podstawą taką może być decyzja wydana przez właściwą instytucję.

²⁹³ W otwartym katalogu wskazano tutaj na:

- opis projektu lub zadania, w tym cel, na jaki przyznano środki, i termin jego realizacji,
- harmonogram dokonywania wydatków, obejmujący okres co najmniej jednego kwartału,
- wysokość przyznanych środków,
- zobowiązanie się do poddania się kontroli i tryb kontroli realizacji projektu lub zadania,
- termin i sposób rozliczenia projektu oraz ewentualnych zaliczek,
- formy zabezpieczeń należytego wykonania zobowiązań wynikających z umowy,
- warunki rozwiązania umowy ze względu na nieprawidłowości występujące w trakcie realizacji projektu,
- warunki i terminy zwrotu środków nieprawidłowo wykorzystanych lub pobranych w nadmiernej wysokości lub w sposób nienależny.

²⁹⁴ T. Robaczynski, *Środki europejskie*, [w:] W. Lachiewicz (red.), *Finanse publiczne*, Warszawa 2010, s. 79.

Szczególny reżim finansowania zamówień publicznych z udziałem środków pochodzących z budżetu UE oraz niepodlegających zwrotowi środków pochodzących z pomocy udzielanej przez państwa EFTA przejawia się także w tym, iż w przepisach ustawy Pzp przewiduje się w art. 93 ust. 1a możliwość unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jeżeli wyżej wskazane środki, które zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie całości lub części zamówienia, nie zostały mu przyznane. Jest to jedyna w ustawie fakultatywna przesłanka unieważnienia postępowania. Oznacza to, że zamawiający może (lecz nie musi) unieważnić postępowanie w przypadku nieuzyskania przyrzeczonych bezzwrotnych środków, o których mowa wyżej. Możliwość unieważnienia postępowania jest jednak uzależniona od wcześniejszych czynności, które zamawiający powinien podjąć. W świetle powołanego przepisu możliwość unieważnienia postępowania jest uzależniona od tego, czy taka możliwość została przewidziana w ogłoszeniu o postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, przetargu ograniczonego, negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego lub licytacji elektronicznej, a w przypadku postępowań bez ogłoszenia (prowadzonych w trybie negocjacji bez ogłoszenia albo zamówienia z wolnej ręki) w zaproszeniu do negocjacji, lub w zaproszeniu do składania ofert – w postępowaniu prowadzonym w trybie zapytania o cenę. Unieważnienie postępowania bez spełnienia tych warunków jest naruszeniem dyscypliny finansów publicznych. Jest to przedmiotem rozważań w rozdziale V niniejszego opracowania.

W przypadku, gdy środki, o których mowa, przeznaczone na realizację zamówień publicznych stanowiących jednocześnie programy finansowane z udziałem bezzwrotnych środków europejskich, są wykorzystywane niezgodnie z przeznaczeniem, wykorzystane z naruszeniem procedur przewidzianych w art. 184 u.f.p., albo zostały pobrane nienależnie lub w nadmiernej wysokości, podlegają zwrotowi przez beneficjenta tych środków wraz z odsetkami w wysokości określonej jak dla zaległości podatkowych (art. 207 ust. 1 u.f.p.)²⁹⁵.

Naruszenie prawa zamówień publicznych związane z realizacją projektów współfinansowanych ze środków funduszy UE może także być dotknięte sankcją w postaci korekt finansowych, które w omawianym przypadku, z uwagi na stopień naruszenia i skutki finansowe popełnionego naruszenia, będą stosowane przede wszystkim przez instytucję zarządzającą, jaką jest urząd marszałkowski.

Sankcje polegające na obowiązku zwrotu środków wraz z odsetkami, jak i korekty finansowe nie będą stanowiły przedmiotu rozważań w niniejszym rozdziale, zostaną

²⁹⁵ Dodatkową sankcją polegającą na wykluczeniu z możliwości otrzymania omawianych środków ustawodawca przewiduje w art. 207 ust. 4 u.f.p. Nie będzie ona stanowiła przedmiotu rozważań, gdyż sankcja ta według art. 207 ust. 7 u.f.p. nie ma zastosowania do j.s.t.

szerzej przedstawione w następnym rozdziale dotyczącym kontroli zamówień publicznych. Należy jednak w tym miejscu zastanowić się nad sankcjami stanowiącymi delikty za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Odpowiedzialność z tego tytułu przewidziana jest w u.n.d.f.p. W dniu 19 sierpnia 2011 r. ustawa ta została w znacznym stopniu znowelizowana²⁹⁶, także w części dotyczącej odpowiedzialności z tytułu deliktów popełnionych w związku z realizacją programów i projektów finansowanych z udziałem bezzwrotnych środków europejskich.

Zgodnie z art. 4a u.n.d.f.p. odpowiedzialności tej podlegają osoby zobowiązane lub upoważnione do działania w imieniu podmiotu, któremu na mocy ustawy lub w drodze porozumienia, umowy albo odrębnego upoważnienia powierzono określone zadania związane z realizacją programu finansowanego ze wspomnianych wyżej środków; osoby zobowiązane do realizacji projektu lub osoby zobowiązane albo upoważnione do działania w imieniu podmiotu realizującego projekt, który wykorzystuje środki publiczne lub któremu przekazano środki publiczne, przeznaczone na realizację projektu finansowanego ze wspomnianych środków. Odpowiedzialność ta będzie zatem obejmować nie tylko dysponentów i beneficjentów tych środków, ale także podmioty zarządzające i pośredniczące w ich przekazywaniu, niezależnie od przynależności sektorowej.

Art. 13 u.n.d.f.p. ustala zamknięty katalog czynów stanowiących naruszenia dyscypliny finansów publicznych. W 9 ustępach tego przepisu ustawodawca penalizuje 15 rodzajów zachowań, które kreują omawianą odpowiedzialność. W treści przepisu art. 13 znajdują się wskazania naruszenia dyscypliny finansów publicznych w związku z nieprawidłowościami dotyczącymi wdrażania i realizowania programów lub projektów z udziałem bezzwrotnych środków zagranicznych (w ustawie tej używa się terminu „środki unijne lub zagraniczne”), poczynwszy od momentu ich przyznania aż do etapu kończącego realizację projektu, tj. przekazania zwróconych środków²⁹⁷. Katalog ten obejmuje delikty, które mogą być popełnione przez instytucje uczestniczące w procesie wdrażania i realizacji programów i projektów. Chodzi o instytucje zarządzające, pośredniczące, wdrażające, Bank Gospodarstwa Krajowego, a także inne instytucje, które uczestniczą w tym procesie i którym na podstawie ustawy, porozumienia, umowy lub odrębnego upoważnienia powierzono obowiązki związane z wdrażaniem i realizacją omawianych programów i projektów. Zakres przedmiotowy tej odpowiedzialności obejmuje czyny wymienione w art.

²⁹⁶ Dz.U. Nr 240, poz. 1429. Zgodnie z art. 20 ustawa o zmianie ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych oraz niektórych innych ustaw, weszła w życie po upływie 3 miesięcy od dnia ogłoszenia, tj. z dniem 10 lutego 2012 r., z wyjątkiem art. 5, który wchodzi w życie z dniem ogłoszenia, tj. 10 listopada 2011 r.

²⁹⁷ W. Miemiec, *Konsekwencje nieprawidłowego wykorzystania bezzwrotnych środków unijnych w ustawie o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych*, [w:] W. Miemiec (red.), *Europejskie bezzwrotne* s. 287.

13 pkt 1–5, popełnione w związku z realizacją programów lub projektów z udziałem bezzwrotnych środków zagranicznych, które polegają na:

- przyznaniu lub przekazaniu środków bez zachowania lub z naruszeniem procedur obowiązujących przy ich przyznaniu (pkt 1),
- niedokonaniu w terminie rozliczenia przez przyznającego lub przekazującego środki (pkt 2),
- nieustaleniu podlegającej zwrotowi kwoty środków (pkt 3),
- niedochodzeniu podlegającej zwrotowi kwoty środków albo dochodzeniu takiej kwoty, ale w wysokości niższej niż wynikająca z prawidłowego obliczenia (pkt 4),
- niezgodnym z przepisami umorzeniu podlegających zwrotowi kwoty środków, odroczeniu jej spłaty lub rozłożeniu spłaty na raty albo dopuszczeniu do przedawnienia tej należności (pkt 5).

Kolejne delikty stanowiące naruszenie dyscypliny finansów publicznych w omawianym zakresie mogą być popełnione wyłącznie przez beneficjentów lub osoby „reprezentujące” beneficjentów otrzymujących lub wykorzystujących środki publiczne lub środki przekazane ze środków publicznych, związanych z realizacją programów lub projektów finansowanych z udziałem bezzwrotnych środków zagranicznych²⁹⁸. Chodzi o dotyczące wspomnianych wyżej środków czyny polegające na:

- wykorzystaniu środków publicznych lub środków przekazanych ze środków publicznych niezgodnie z przeznaczeniem lub z naruszeniem procedur obowiązujących przy ich wykorzystaniu, w tym (pkt 6):
 - a) procedur określonych przepisami o zamówieniach publicznych – wyłącznie w zakresie, o którym mowa w art. 17 u.n.d.f.p.,
 - b) procedur określonych przepisami o koncesji na roboty budowlane lub usługi – wyłącznie w zakresie, o którym mowa w art. 17a u.n.d.f.p.,
- niedokonanie w terminie przez otrzymującego lub wykorzystującego środki publiczne lub środki przekazane ze środków publicznych rozliczenia tych środków (pkt 7),
- niedokonanie w terminie lub w należnej wysokości zwrotu środków publicznych lub środków przekazanych ze środków publicznych (pkt 8).

Ostatni z wymienionych czynów stanowiących naruszenie dyscypliny finansów publicznych może być popełniony przez podmiot, za którego pośrednictwem zwracane

²⁹⁸ *Ibidem*, s. 288.

są te środki. Mianowicie chodzi tu o nieprzekazanie w terminie lub w należytą wysokośći zwracanej kwoty zwróconych środków publicznych lub środków przekazanych ze środków publicznych związanych z realizacją programów lub projektów finansowanych z udziałem bezzwrotnych środków zagranicznych przez podmiot, za którego pośrednictwem zwracane są te środki (pkt 9).

Oceniając ten katalog, należy stwierdzić, że ustawodawca obejmuje penalizacją podstawowe zachowania poszczególnych podmiotów uczestniczących w następujących po sobie etapach postępowania związanego z realizacją programów lub projektów finansowanych z udziałem bezzwrotnych środków europejskich, które uniemożliwiłyby legalne, prawidłowe i celowe wykorzystanie tych środków. Przedmiotem ochrony są też objęte działania lub zaniechania, które mają zagwarantować nie tylko terminowe rozliczenie tych środków, ale także terminowe i w należytą wysokośći dokonanie zwrotu otrzymanych środków.

Z uwagi na ustalenia wynikające z treści regulacji przewidzianych w art. 13 ustawy należy podkreślić, że w przypadku, kiedy realizacja projektu będzie jednocześnie wymagała wszczęcia i realizowania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego lub zawarcia umowy o koncesji, dla ustalenia zakresu przedmiotowego analizowanej odpowiedzialności, mogą mieć zastosowanie również delikty przewidziane w treści art. 17, 17a i 18c u.n.d.f.p. Problematyka ta stanowi przedmiot rozważań w rozdziale V niniejszego opracowania.

Stworzony w obowiązujących przepisach system umożliwiający finansowanie zamówień publicznych z udziałem bezzwrotnych środków europejskich zakłada zatem dualizm nie tylko źródeł, z których pochodzą środki wykorzystywane dla finansowania tych zamówień, ale także dualizm reżimów prawnych determinujących pozyskiwanie i wykorzystywanie tych środków.

Rozdział IV

Nieprawidłowości w procesie udzielania zamówień publicznych i ich kontrola

1. Pojęcie nieprawidłowości w związku z zamówieniami publicznymi w prawie Unii Europejskiej i w ustawie Prawo zamówień publicznych

Prawidłowej realizacji zamówień publicznych służą regulacje prawa unijnego i prawa krajowego. Celem tych regulacji jest ochrona niezakłóconego funkcjonowania gospodarki rynkowej i jej podstawowych wartości, takich jak uczciwa konkurencja i równe traktowanie jej uczestników. Warto jednak podkreślić, że wiele unormowań unijnych nie stanowi regulacji „zewnętrznych” wobec źródeł krajowych. Przeciwnie, unormowania zawarte w traktatach i rozporządzeniach UE stanowią immanentną część krajowego systemu normatywnego, bez konieczności ich implementacji, i obowiązują w całości.

Europejskie prawo zamówień publicznych wymaga ustanowienia odpowiednich procedur kontrolnych w każdym państwie członkowskim. Celem tych procedur, wykonywanych przez uprawnione podmioty, jest wykrycie nieprawidłowości w procesie udzielania zamówień publicznych. Prawo wewnętrzne winno też przewidywać uprawnienie uczestników postępowania do zaskarżania rozstrzygnięć na wszystkich etapach postępowania, włącznie z rozpatrywaniem sporów przed odpowiednim sądem²⁹⁹. Uprawnienie to wynika z dwóch dyrektyw w sprawie harmonizacji przepisów odnoszących się do procedur odwoławczych – dotyczących klasycznych zamówień publicznych³⁰⁰ oraz tzw. zamówień sektorowych³⁰¹.

²⁹⁹ L. Kieres, *Europejskie prawo zamówień publicznych*, [w:] M. Guziński (red.), *Zamówienia publiczne jako przedmiot regulacji prawnej. Podręcznik uniwersytecki*, Wrocław 2012, s. 40.

³⁰⁰ Dyrektywa 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 grudnia 2007 r. zmieniająca dyrektywy Rady 89/665/EWG i 92/13/EWG w zakresie poprawy skuteczności procedur odwoławczych w dziedzinie udzielania zamówień publicznych (tzw. dyrektywa odwoławcza), Dz.U. L 335/31 z 20.12.2007.

³⁰¹ Dyrektywa 92/13/EWG Rady z dnia 25 lutego 1992 r. koordynująca przepisy ustawowe, wykonawcze i administracyjne odnoszące się do stosowania przepisów wspólnotowych w procedurach zamówień publicznych podmiotów działających w sektorach gospodarki wodnej,

Pojęcie nieprawidłowości zostało zdefiniowane w rozporządzeniu Rady (WE, Euroatom) nr 2988/95³⁰² w następujący sposób: „Nieprawidłowość oznacza jakiekolwiek naruszenie przepisów prawa wspólnotowego wynikające z działania lub zaniechania ze strony podmiotu gospodarczego, które spowodowało lub mogło spowodować szkodę w ogólnym budżecie Wspólnot lub w budżetach, które są zarządzane przez Wspólnoty, albo poprzez zmniejszenie lub utratę przychodów, które pochodzą ze środków własnych pobieranych bezpośrednio w imieniu Wspólnot, albo też w związku z nieuzasadnionym wydatkiem”.

W kontekście realizacji zamówień publicznych przez j.s.t. bardziej istotna jest późniejsza definicja, podana w art. 2 pkt 7 rozporządzenia 1083/2006³⁰³, zgodnie z którą za nieprawidłowość uznaje się „jakiekolwiek naruszenie przepisu prawa wspólnotowego wynikające z działania lub zaniechania podmiotu gospodarczego, które powoduje lub mogłoby spowodować szkodę w budżecie Unii Europejskiej w drodze finansowania nieuzasadnionego wydatku z budżetu ogólnego”. Definicja ta dotyczy zatem wyłącznie strony wydatkowej budżetu Unii, wskazując na sfinansowanie lub groźbę sfinansowania nieuzasadnionego wydatku. Art. 27 rozporządzenia wykonawczego³⁰⁴ wprowadza dodatkowo następujące wyjaśnienie do podanej definicji: „podmiot gospodarczy oznacza każdą osobę fizyczną, prawną lub inny podmiot biorący udział we wdrażaniu pomocy z funduszy, z wyjątkiem państwa członkowskiego wykonującego swoje prerogatywy władzy publicznej”.

Nieprawidłowość jest pojęciem bardzo szerokim, obejmuje swym zakresem wszelkiego rodzaju naruszenia przepisów prawa, w tym również pojęcie nadużycia finansowego, a zdaniem niektórych autorów nie tylko naruszenia prawa skutkujące uszczerbkiem w unijnych środkach budżetowych, lecz także nadużycie prawa prowadzące do takiego rezultatu³⁰⁵.

energetyki, transportu i telekomunikacji, Dz.U. L 76/14 z 23.03.1992, Polskie wydanie specjalne: Rozdział 06 Tom 01 P. 315–321.

³⁰² Rozporządzenie Rady (WE, Euroatom) nr 2988/95 z dnia 18 grudnia 1995 r. w sprawie ochrony interesów finansowych Wspólnot Europejskich, Dz.U. L 312 z 23.12.1995.

³⁰³ Rozporządzenie Rady (WE) 1083/2006 z dnia 11 lipca 2006 r. ustanawiające przepisy ogólne dotyczące Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego oraz Funduszu Spójności i uchylające rozporządzenie (WE) nr 1260/1999, Dz.U. L 210/25 z 31.07.2006, zwane także rozporządzeniem ramowym, uzupełnione przez przepisy aktów wykonawczych, określających zasady mające zastosowanie do poszczególnych funduszy, zawiera również przepisy regulujące kształt oraz zasady wdrażania polityki spójności.

³⁰⁴ Rozporządzenie Komisji (WE) nr 1828/2006 z dnia 8 grudnia 2006 r. ustanawiające szczegółowe zasady wykonania rozporządzenia Rady (WE) nr 1083/2006 ustanawiającego przepisy ogólne dotyczące Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego oraz Funduszu Spójności oraz rozporządzenia (WE) nr 1080/2006 Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Dz.U. L 371/1 z 27.12.2006.

³⁰⁵ R.H. Guldenmund, *Towards an Administrative Sanctioning System in the Common Agricultural Policy*, [w:] C. Harding, B. Swart (red.), *Enforcing European Community Rules, Criminal Proceedings, Administrative Practices and Harmonization*, Dartmouth 1996, s. 107.

Definicja nieprawidłowości sformułowana w przepisach rozporządzenia Rady WE obowiązuje zatem wszystkie państwa członkowskie Unii Europejskiej bezpośrednio oraz w całości, nie wymaga implementacji do krajowego porządku prawnego i stanowi jego immanentną. Z racji samej istoty rozporządzenia, państwa członkowskie nie mają uprawnień do wprowadzania – w zakresie swych wewnętrznych porządków prawnych – własnych definicji rozważanego terminu³⁰⁶. Należy jednak zwrócić uwagę na jeden istotny element omawianej definicji, a mianowicie „szkodę w budżecie UE”. Oznacza to, że zacytowana definicja może dotyczyć wyłącznie beneficjentów środków pieniężnych przyznanych z Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego oraz Funduszu Spójności.

W oparciu o definicję podaną w rozporządzeniu ramowym należy przyjąć, że stwierdzenie nieprawidłowości musi być poprzedzone zaistnieniem następujących trzech przesłanek:

- ustaleniem naruszenia obowiązujących przepisów prawa,
- ustaleniem, czy naruszenie jako rezultat działania czy też zaniechania podmiotu stanowi nieprawidłowość w rozumieniu art. 2 pkt 7 rozporządzenia ramowego nr 1083/2006 (nieprawidłowość może być zatem rezultatem działań podejmowanych przez beneficjenta lub też braku takich działań),
- ustaleniem wartości naruszenia w celu dokonania oceny, czy wystąpiła lub czy mogłaby wystąpić szkoda finansowa dla budżetu ogólnego UE (szkoda może być zatem realna lub potencjalna).

W literaturze przedmiotu podkreśla się, że wskazane powyżej przesłanki stwierdzenia nieprawidłowości wykorzystania środków pochodzących ze źródeł unijnych mają charakter kumulatywny, tzn. muszą być spełnione łącznie, aby można było mówić o nieprawidłowości w realizacji projektu³⁰⁷. Oznacza to, że samo naruszenie przepisów prawa można będzie sklasyfikować jako nieprawidłowość w rozumieniu omawianego rozporządzenia, jeśli okaże się, że w konkretnym stanie faktycznym wystąpią wszystkie trzy wyżej wskazane przesłanki. W przypadku naruszenia, które nie powodowałoby szkody finansowej dla budżetu ogólnego UE lub groźby jej wystąpienia, nie będzie zatem można mówić o nieprawidłowości w rozumieniu art. 2 pkt 7 wskazanego rozporządzenia Rady UE.

³⁰⁶ J. Odachowski, *Pojęcie nieprawidłowości wykorzystania przyznanych środków w prawie UE*, [w:] W. Miemiec (red.), *Europejskie bezzwrotne źródła finansowania polityki regionalnej w Polsce*, Wrocław 2012, s. 221.

³⁰⁷ G. Karwatowicz, J. Odachowski, *Definicja legalna „nieprawidłowości” w kontekście funduszy strukturalnych i Funduszu Spójności*, „Kontrola Państwowa” 2009, nr 4, s.118.

Krajowy ustawodawca zobowiązany jest do zmodyfikowania definicji nieprawidłowości, tak aby mogła ona dotyczyć również wszelkich krajowych środków publicznych oraz do wprowadzenia takich regulacji prawnych, które stworzą możliwość usunięcia nieprawidłowości. Komisja Europejska dawno już postulowała wprowadzenie rozszerzającej wykładni pojęcia nieprawidłowości poprzez uznawanie, że nieprawidłowość powstaje również wtedy, gdy naruszane są przepisy prawa krajowego, przyjęte w celu wdrażania przepisów unijnych³⁰⁸. Podobne stanowisko zajęł TSUE, uznając, że beneficjent może być zobowiązany do zwrotu bezpodstawnie uzyskanej kwoty pomocy również wtedy, gdy nie można stwierdzić żadnego naruszenia przepisu wspólnotowego, lecz sąd krajowy uzna, że zgodnie z przepisami prawa krajowego wykazano popełnienie praktyk stanowiących naruszenie prawa³⁰⁹.

Przepisy dyrektyw UE dotyczące zamówień publicznych nie definiują pojęcia nieprawidłowości. Ustalone powyżej pojęcie nieprawidłowości odnosi się zatem do niewielkiego zakresu zamówień publicznych, które są finansowane z udziałem środków pieniężnych przyznanych z Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego oraz Funduszu Spójności. W przypadku natomiast finansowania zamówień publicznych z innych środków publicznych niż bezzwrotne środki europejskie, ustawa Pzp w art. 161 ust. 2 stwierdza jedynie, że celem kontroli jest sprawdzenie zgodności postępowania o udzielenie zamówienia z przepisami ustawy.

Za nieprawidłowość w rozumieniu powyższych ustaleń należy zatem uznać każdą niezgodność postępowania o udzielenie zamówienia z przepisami ustawy Pzp i aktami wykonawczymi do tej ustawy. W zakresie ustawy Pzp nie mieszczą się więc inne kryteria, takie jak np. kryterium gospodarności czy celowości wydatkowania środków³¹⁰. Kryteria te zostały ujęte w art. 44 ust. 3 u.f.p. dotyczącym zasad wydatkowania środków publicznych i obowiązują wszystkie podmioty zaangażowane w wydawanie tych środków. Ustawa Pzp nawiązuje do tych kryteriów jedynie pośrednio, tworząc formalne ramy do racjonalizacji wydatkowania środków, poprzez np. preferowanie konkurencyjnych trybów udzielania zamówień, obowiązek wyboru oferty formalnie najkorzystniejszej czy też obowiązek odrzucania ofert, których treść jest niezgodna z treścią SIWZ.

Istotą nieprawidłowości jest bezprawność polegająca na naruszeniu obowiązujących przepisów prawa unijnego lub krajowego. Wymienione wyżej przepisy nie przewi-

³⁰⁸ *Wymogi dotyczące notyfikowania o nieprawidłowościach. Dokument roboczy*, Europejski Urząd ds. Zwalczania Oszustw (OLAF), 19. zebranie COCOLAF z 11.04.2002, s. 5.

³⁰⁹ Wyrok TSUE z dnia 21 lipca 2005 r. w sprawie C-515/03 *Eichsferder Schlachtbetrieb GmbH*, Zb.Orz. 2005, s. I-7355.

³¹⁰ M. Stachowiak, *Komentarz do art. 161*, [w:] M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, *Prawo zamówień...*, s. 700.

dują wymogu winy sprawcy jako przesłanki odpowiedzialności za popełnienie nieprawidłowości. Oznacza to, że odpowiedzialność ta powstaje niezależnie od wystąpienia winy. Organ krajowy winien dokonać oceny, czy dany czyn spełnia przesłanki nieprawidłowości. Wymaga to ustalenia normy sankcjonowanej, wyznaczającej określony wzorzec zachowania. Organ ten będzie musiał również dokonać oceny, czy doszło do naruszenia wzorca, a w przypadku stwierdzenia takiego naruszenia, zastosować normę sankcjonującą, określającą jego skutki. Każdorazowa rekonstrukcja normy sankcjonowanej i normy sankcjonującej może wymagać zastosowania zarówno prawa unijnego, jak i krajowego³¹¹.

2. Rodzaje kontroli zamówień publicznych udzielanych przez jednostki samorządu terytorialnego, podmioty kontrolujące i skutki kontroli

Z unijnej definicji nieprawidłowości wynika, że może ona mieć miejsce wtedy, gdy wystąpi realna lub potencjalna szkoda w budżecie UE. Stwierdzenie nieprawidłowości odnosi się zatem do budżetu. Zgodnie z treścią art. 70 ust. 2 rozporządzenia ramowego, w przypadku braku możliwości odzyskania kwot nienależnie wypłaconych beneficjentowi, państwo członkowskie odpowiada za zwrot do budżetu ogólnego Unii Europejskiej utraconych kwot, jeżeli straty powstały z jego winy lub w wyniku niedbalstwa z jego strony. Kontrola wykonania budżetu Unii odbywa się na trzech poziomach³¹²:

- kontroli prowadzonej w instytucjach Unii i w państwach członkowskich,
- kontroli przeprowadzanej przez Trybunał Obrachunkowy,
- kontroli politycznej sprawowanej przez Parlament Europejski w toku rozliczania budżetu Unii.

Dla dalszych rozważań najistotniejsze znaczenie będzie miał pierwszy z wymienionych wyżej poziomów kontroli, funkcjonujący zarówno na poziomie unijnym, jak i na poziomie państw członkowskich. Jego celem jest wykrywanie nadużyć finansowych i nieprawidłowości oraz zapobieganie im.

Przez kontrolę rozumie się badanie zgodności stanu istniejącego ze stanem postulowanym, ustalenie zasięgu i przyczyn rozbieżności oraz przekazanie wyników ustaleń (czasem wraz z konkretnymi dyspozycjami) podmiotowi kontrolowanemu oraz podmio-

³¹¹ J. Łacny, *Ochrona interesów finansowych Unii Europejskiej w dziedzinie polityki spójności*, Warszawa 2010, s. 143–144.

³¹² *Ibidem*, s. 50.

towi organizacyjnie zwierzchniemu³¹³. Kontrola nie może być utożsamiana z nadzorem. Na gruncie teorii prawa administracyjnego kontrola i nadzór występują jako dwie samostanne, odrębne funkcje, niemogące być ze sobą utożsamiane. Mogą one jednak być ze sobą ściśle powiązane, zwłaszcza gdy ten sam podmiot został upoważniony do kontroli i nadzoru. Integralnym elementem funkcji nadzorczych jest zawsze kontrola, ale organ kontroli nie dysponuje środkami władczymi. Ogranicza się jedynie do wskazania stwierdzonych nieprawidłowości. Organ nadzoru stosuje natomiast środki nadzoru, które obejmują środki kontroli, środki korygujące lub środki prewencyjne i represyjne³¹⁴.

Pojęcie kontroli jest też analizowane na gruncie nauki o zarządzaniu. Jest to jeden z elementów zarządzania organizacją, ostatni cykl, polegający na sprawdzeniu, czy działania podejmowane przez podmioty w organizacji zapewniają realizację wyznaczonych celów. W takim ujęciu kontrola spełnia też funkcję sygnalizacyjną, doradczą, profilaktyczną i stymulującą³¹⁵.

Regulacje Unii Europejskiej dotyczące zamówień publicznych (przede wszystkim dyrektywa klasyczna 2004/18/WE) nakazują zapewnienie kontroli procedur udzielania zamówień publicznych. Pozostawiają jednak państwom członkowskim swobodę w kwestii określenia sposobu i zasad sprawowania tej kontroli. Bardziej szczegółowo regulacje unijne traktują kontrolę środków przyznawanych w ramach funduszy strukturalnych. Rozporządzenie ramowe określa w art. 58 ogólne zasady, jakim powinny odpowiadać systemy zarządzania i kontroli w poszczególnych państwach członkowskich. Rozporządzenie to stanowi w szczególności, że ustanowione przez państwa członkowskie systemy zarządzania i kontroli muszą określić odpowiednie procedury dla zapewnienia zasadności i prawidłowości wydatków zadeklarowanych w ramach programu operacyjnego.

Zgodnie z art. 2 ust. 1 dyrektywy odwoławczej prawo wewnętrzne państw członkowskich powinno przewidywać trzy rodzaje środków kontroli: środki tymczasowe (których celem jest naprawa domniemanego naruszenia lub zapobieżenie dalszym szkodom wobec uczestników postępowania, np. przez wstrzymanie wykonania decyzji do czasu rozstrzygnięcia sprawy spornej), rozstrzygnięcia uchylające oraz rozstrzygnięcia przyznające odszkodowania podmiotom, które doznały uszczerbku w wyniku naruszenia prawa³¹⁶.

W obowiązującym stanie prawnym organem uprawnionym do sprawowania kontroli zamówień publicznych jest Prezes Urzędu Zamówień Publicznych (UZP). Zgodnie

³¹³ J. Jagielski, *Kontrola administracji*, Warszawa 2006, s. 11.

³¹⁴ K. Kiczka, *Kontrola w prawie zamówień publicznych*, [w:] M. Guziński (red.), *Zamówienia publiczne...*, s. 200–201.

³¹⁵ R.W. Griffin, *Podstawy zarządzania organizacjami*, Warszawa 2002, s. 585.

³¹⁶ Zob. L. Kieres, *Europejskie prawo...*, s. 41–42.

z art. 154 pkt 11 Pzp czuwa on nad przestrzeganiem zasad systemu zamówień, w szczególności dokonuje kontroli procesu udzielania zamówień w zakresie przewidzianym ustawą. Prezes UZP jest centralnym organem administracji rządowej właściwym w sprawach zamówień publicznych, podlegającym nadzorowi Prezesa Rady Ministrów.

Zakres zadań ustawowych przypisanych Prezesowi UZP jest bardzo szeroki. Do najważniejszych należy zaliczyć kontrolę, która służy nie tylko wykrywaniu nieprawidłowości, ale jest również źródłem cennej wiedzy na temat globalnego funkcjonowania systemu zamówień publicznych. Uprawnienia tego organu umożliwiają pozyskanie informacji, czy obowiązujące przepisy, polityka i praktyka służą interesowi publicznemu, czy też istnieją zjawiska naruszające ten interes³¹⁷. Kolejnym ważnym zadaniem Prezesa UZP jest zapewnienie funkcjonowania środków ochrony prawnej przewidzianych w ustawie. Środki te, o czym dalej, służą przede wszystkim ochronie interesów wykonawców zamówień publicznych, ale właściwe ich stosowanie ma też wpływ na ochronę interesu publicznego.

Prezes UZP przeprowadza kontrolę udzielania zamówień w formie kontroli doraźnej lub kontroli uprzedniej. Kontrolę doraźną może wszcząć z urzędu lub na wniosek, w razie uzasadnionego przypuszczenia, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia doszło do takiego naruszenia przepisów ustawy, które mogło mieć wpływ na jego wynik (art. 165 ust. 1 Pzp). Wszczęcie kontroli może być poprzedzone postępowaniem wyjaśniającym, mającym na celu ustalenie, czy zachodzi uzasadnione przypuszczenie, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego doszło do naruszenia przepisów ustawy, które mogło mieć wpływ na jego wynik (art. 161 ust. 3 Pzp). Podstawą wszczęcia kontroli może być każda wiarygodna informacja o naruszeniu (np. zawiadomienie przez inny organ kontrolny)³¹⁸. Jeżeli zamówienie miało związek z absorpcją funduszy strukturalnych i Funduszu Spójności, to podmiotem uprawnionym do złożenia wniosku o wszczęcie kontroli może być instytucja zarządzająca, o której mowa w przepisach o Narodowym Planie Rozwoju oraz w przepisach o zasadach prowadzenia polityki rozwoju lub w przepisach o wspieraniu rozwoju obszarów wiejskich z udziałem środków Europejskiego Funduszu Rolnego na rzecz Rozwoju Obszarów Wiejskich. Zgodnie z ustawą o zasadach prowadzenia polityki rozwoju³¹⁹, określenie „instytucja zarządzająca” oznacza właściwego ministra, ministra właściwego do spraw

³¹⁷ M. Wieloński, *Realizacja interesu publicznego w prawie zamówień publicznych*, Warszawa 2012, s. 166.

³¹⁸ M. Stachowiak, *Komentarz do art. 165*, [w:] M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, *Prawo zamówień...*, s. 708.

³¹⁹ Ustawa z dnia 6 grudnia 2006 r. o zasadach prowadzenia polityki rozwoju, tekst jedn. Dz.U. z 2009 r., Nr 84, poz. 712 ze zm., dalej zwana u.z.p.p.r.

rozwoju regionalnego, a w przypadku regionalnego programu operacyjnego zarząd województwa, odpowiedzialnych za przygotowanie i realizację programu operacyjnego. Jeżeli z wniosku instytucji zarządzającej wynikają podstawy do wszczęcia kontroli, to Prezes UZP ma obowiązek wszczęcia kontroli doraźnej. Wniosek o przeprowadzenie kontroli może też złożyć każdy zainteresowany podmiot, jednakże Prezes UZP nie jest takim wnioskiem związany i może nie podjąć czynności kontrolnych. Zawsze jednak musi poinformować wnioskodawcę o wszczęciu lub odmowie wszczęcia kontroli³²⁰.

Zakończeniem kontroli doraźnej jest doręczenie zamawiającemu informacji o wyniku kontroli. Winna ona zawierać określenie postępowania, które było przedmiotem kontroli, oraz informację o stwierdzeniu naruszeń lub ich braku (art. 166 ust. 1 Pzp). Od ustaleń zawartych w tej informacji zamawiającemu przysługuje na podstawie art. 167 ust. 1 Pzp prawo zgłoszenia do Prezesa UZP umotywowanych zastrzeżeń. Prezes UZP w razie nieuwzględnienia zgłoszonych zastrzeżeń przekazuje zastrzeżenia do zaopiniowania do Krajowej Izby Odwoławczej (KIO). Opinia KIO wyrażona w formie uchwały jest dla Prezesa wiążąca i ma on obowiązek poinformować kierownika zamawiającego o ostatecznym rozpatrzeniu zastrzeżeń (art. 167 ust. 2–5 Pzp).

Kontrola uprzednia zamówień publicznych dokonywana przez Prezesa UZP dotyczy zamówień lub umów ramowych finansowanych z udziałem środków europejskich. Kontrola ta dokonywana jest *ex ante*, przed zawarciem umowy. Obowiązek przeprowadzenia kontroli uprzedniej dotyczy zamówień lub umów ramowych na roboty budowlane o wartości przekraczającej wyrażoną w złotych równowartość kwoty 20 mln euro oraz zamówień lub umów ramowych na dostawy lub usługi, jeżeli ich wartość przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 10 mln euro (art. 169 ust. 2 Pzp). Obowiązek przeprowadzenia kontroli wynika z wartości całego zamówienia, a nie z wartości dofinansowania ze środków europejskich. Ma ona charakter prewencyjny. Dokonywana jest na ostatnim etapie postępowania, przed podpisaniem przez zamawiającego umowy z wybranym w toku postępowania wykonawcą. W rezultacie przed udzieleniem zamówienia zostaje sprawdzona poprawność postępowania prowadzonego przez zamawiającego. W razie stwierdzenia naruszeń skutkujących nieważnością umowy zamawiający może na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp unieważnić postępowanie i uniknąć związanych z tym konsekwencji. Taka kontrola może zapobiec wydatkowaniu przez zamawiającego środków z naruszeniem ustawy³²¹. Jeżeli jednak instytucja zarządzająca oceni, że postępowanie zostało przeprowadzone w sposób zgodny z przepisami ustawy, może wy-

³²⁰ M. Stachowiak, *Komentarz do art. 165*, [w:] M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, *Prawo zamówień...*, s. 710.

³²¹ M. Stachowiak, *Komentarz do art. 169*, [w:] M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, *Prawo zamówień...*, s. 717–718.

stąpić do Prezesa UZP z wnioskiem o odstąpienie od przeprowadzenia kontroli uprzedniej. Wniosek ten podlega ocenie Prezesa UZP, który w razie uznania celowości kontroli przeprowadzi ją na zasadach ogólnych.

Podobnie jak w przypadku kontroli doraźnej, zakończeniem kontroli jest doręczenie zamawiającemu informacji o wyniku kontroli. Informacja ta może zawierać zalecenia pokontrolne, jeżeli w toku kontroli stwierdzono konieczność unieważnienia postępowania bądź usunięcia naruszeń, które nie pociągają za sobą konieczności unieważnienia postępowania. Na podstawie art. 171a Pzp zamawiającemu przysługuje podobne jak w przypadku kontroli doraźnej prawo zgłoszenia zastrzeżeń. Taki sam jest też tryb ich rozpatrywania. KIO jest w zasadzie organem odwoławczym, zapewniającym środki ochrony prawnej przysługujące wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi mającemu interes w uzyskaniu zamówienia. W procedurze dokonywanej przez Prezesa UZP kontroli postępowań przeprowadzanych przez zamawiającego pełni jednak rolę organu opiniodawczego.

W przypadku ujawnienia naruszenia przepisów ustawy Pzp Prezes UZP może wystąpić do sądu o unieważnienie umowy w całości lub w części (art. 168 pkt 3), może też nałożyć karę pieniężną, o której mowa w dziale VII Pzp. Jeżeli jednak zamawiającym jest jednostka sektora finansów publicznych, to na podstawie art. 199 Pzp przepisy działu VII nie mają do niej zastosowania. Sankcje za nieprawidłowości w realizacji zamówień publicznych udzielanych przez j.s.t. będą zatem wynikały z innych ustaw, przede wszystkim z ustawy o finansach publicznych oraz ustawy o naruszeniu dyscypliny finansów publicznych. Jeżeli bowiem naruszenie przepisów ustawy Pzp stanowiło czyn naruszający dyscyplinę finansów publicznych, to na podstawie art. 168a Pzp Prezes UZP zawiadamia właściwego rzeczownika dyscypliny finansów publicznych o naruszeniu dyscypliny finansów publicznych. Zawiadomienie to jest w obecnie obowiązującym brzmieniu ustawy Pzp obligatoryjne, a nie jak poprzednio fakultatywne. Związane z tym kwestie będą przedmiotem szerszych rozważań w następnym rozdziale.

Udzielanie zamówień publicznych poddane jest także kontroli Najwyższej Izby Kontroli (NIK). Zasadniczy zakres podmiotowy kontroli NIK to organy administracji rządowej, Narodowy Bank Polski, państwowe osoby prawne i inne państwowe jednostki organizacyjne. Zgodnie z art. 2 ust. 2 ustawy o Najwyższej Izbie Kontroli³²² NIK może też kontrolować działalność organów samorządu terytorialnego, samorządowych osób prawnych i innych samorządowych jednostek organizacyjnych. Może również kontrolować działalność innych jednostek organizacyjnych i podmiotów gospodarczych (przedsiębiorców) w zakresie, w jakim wykorzystują one majątek lub środki państwowe

³²² Ustawa z dnia 23 grudnia 1994 r. o Najwyższej Izbie Kontroli, tekst jedn. Dz.U. z 2012 r., poz. 82.

albo komunalne oraz wywiązują się z zobowiązań finansowych na rzecz państwa. W szczególności kontroli NIK mogą podlegać zamówienia publiczne na rzecz państwa lub samorządu terytorialnego (art. 2 ust. 3 pkt 2 ustawy o NIK). Z powyższego wynika, że w przypadku zamówień publicznych udzielanych przez j.s.t. kontroli NIK mogą podlegać zarówno zamawiający, jak i wykonawcy. Ponadto NIK może badać prawidłowość wykonywania kontroli zamówień publicznych dokonywanej przez Prezesa UZP. Jest to więc kontrola najbardziej zaawansowana i dogłębna³²³.

Po przeprowadzeniu kontroli NIK przekazuje kierownikowi jednostki kontrolowanej (a w razie potrzeby także kierownikowi jednostki nadrzędnej oraz właściwym organom państwowym) wystąpienie pokontrolne. W razie stwierdzenia nieprawidłowości zawiera ono także uwagi i wnioski w sprawie ich usunięcia. Jeżeli powstało uzasadnione podejrzenie popełnienia przestępstwa lub wykroczenia, NIK zawiadamia organ powołany do ścigania przestępstw lub wykroczeń oraz informuje o tym kierownika jednostki kontrolowanej lub kierownika jednostki nadrzędnej i właściwy organ państwowy lub samorządowy.

Organem sprawującym kontrolę zamówień publicznych udzielanych przez j.s.t. są też Regionalne Izby Obrachunkowe (RIO). Są one, obok Sejmu, Prezesa Rady Ministrów i wojewodów, konstytucyjnymi organami nadzoru nad działalnością j.s.t. w zakresie spraw finansowych (art. 171 Konstytucji RP). Izby sprawują kontrolę zewnętrzną nad gospodarką finansową j.s.t. oraz zamówieniami publicznymi na podstawie kryterium zgodności z prawem (legalność) i zgodności dokumentacji ze stanem faktycznym (rzetelność) – art. 5 ust. 1 ustawy o RIO³²⁴. Mogą to być kontrole kompleksowe (całości gospodarki finansowej j.s.t.), problemowe (obejmujące wybrane zagadnienia), doraźne (podejmowane w razie uzasadnionej potrzeby) oraz sprawdzające realizację wniosków pokontrolnych. Kontrola kompleksowa gospodarki finansowej j.s.t. powinna być przeprowadzana nie rzadziej niż raz na 4 lata (art. 7 ust. 1 ustawy o RIO). Jeżeli chodzi o zamówienia publiczne, to kontroli ze strony RIO podlega przestrzeganie przepisów regulujących udzielanie zamówień publicznych przy nabywaniu przez j.s.t. usług, dostaw i robót budowlanych, w tym ustalanie w dokumentacji przetargowej wymogów dotyczących jakości i terminowości robót budowlanych. RIO kontroluje także przestrzeganie zasad gospodarki finansowej, w szczególności zgodności zaciągniętych zobowiązań i wydatków ponoszonych na realizację zamówień publicznych z uchwałami budżetowymi j.s.t. i ich planami finansowymi.

³²³ K. Kiczka, *Kontrola w prawie zamówień publicznych*, [w:] M. Guziński (red.), *Zamówienia publiczne...*, s. 208.

³²⁴ Ustawa z dnia 7 października 1992 r. o regionalnych izbach obrachunkowych, tekst jedn. Dz.U. z 2012 r., poz. 1113.

Kontrola RIO dotyczy też prawidłowości rozliczenia finansowego z wykonawcą zamówienia publicznego – dochodzenia roszczeń z tytułu gwarancji i rękojmi oraz sankcji za wykonanie robót z opóźnieniem lub z nienależytą jakością. Jest to zatem kontrola wykraczająca poza etap postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, obejmuje swym zakresem także realizację zamówienia i jego rozliczenie.

Z przeprowadzonej kontroli sporządza się protokół, a następnie wystąpienie pokontrolne, w którym wskazuje się źródła i przyczyny nieprawidłowości, osoby odpowiedzialne oraz wnioski zmierzające do usunięcia nieprawidłowości. Kontrolowana jednostka jest zobowiązana w terminie 30 dni od dnia doręczenia wystąpienia zawiadomić RIO o wykonaniu wniosków lub o przyczynach ich niewykonania. Zastrzeżenia wobec wniosków zawartych w wystąpieniu pokontrolnym mogą dotyczyć jedynie naruszenia prawa poprzez jego błędną wykładnię lub niewłaściwe zastosowanie.

Oprócz wymienionych wyżej rodzajów kontroli sprawowanych przez podmioty zewnętrzne, zamówienia publiczne udzielane przez j.s.t. oraz jednostki organizacyjne działające w strukturze j.s.t. podlegają też kontroli wewnętrznej. Standardy kontroli wewnętrznej, rozumianej jako narzędzie zarządzania wykorzystywane do uzyskania racjonalnej pewności, że cele zarządzania zostały osiągnięte, zostały wypracowane przez INTOSAI (The International Organization of Supreme Audit Institutions)³²⁵. Standardy te obejmują między innymi kontrolę finansów publicznych jako kontrolę prawidłowości i kontrolę wykonania zadań.

W polskim ustawodawstwie używa się pojęcia kontroli zarządczej. Definicję kontroli zarządczej ustala art. 68 ust. 1 u.f.p. Obejmuje ona wszystkie aspekty działalności jednostki sektora finansów publicznych (ogół działań). Ustawa nie wskazuje jednak, o jakiego rodzaju działania chodzi. Nie podaje też przykładowego katalogu tych działań. Można przyjąć, że zakres obowiązków w odniesieniu do kontroli zarządczej sprowadza się do określenia efektów, które powinny być osiągnięte za pomocą kontroli zarządczej. Standardowe obszary kontroli zarządczej ustalono natomiast w komunikacie nr 23, ogłoszonym przez Ministra Finansów dnia 16 grudnia 2009 r.³²⁶

W literaturze uznaje się, że ze względu na różny przedmiot działalności podmiotów tworzących sektor finansów publicznych stworzenie pełnego katalogu działań byłoby praktycznie niemożliwe. Kontrolą zarządczą powinny być objęte w szczególności takie zagadnienia, jak ustalenie odpowiedniej struktury jednostki, zatrudnianie właściwych osób, analiza szans i zagrożeń związanych z realizowaniem zadań, wdrożenie odpo-

³²⁵ INTOSAI, *Standardy kontroli*, Najwyższa Izba Kontroli, Warszawa 2000, s. 74.

³²⁶ Dz. Urz. MF Nr 15, poz. 84.

wiednich procedur oraz sprawowanie nadzoru³²⁷. Ustawa podaje natomiast przykładowy katalog celów kontroli zarządczej (art. 68 ust. 2 u.f.p.), w którym znajdują się między innymi istotne w kontekście zamówień publicznych zgodność działalności z przepisami prawa (pkt 1) oraz przestrzeganie i promowanie zasad etycznego postępowania (pkt 5). Wymienione cele nawiązują do najważniejszych zasad udzielania zamówień publicznych – legalności, niedyskryminacji i równego traktowania wykonawców.

Kontrola zarządcza jest traktowana jako jedna z funkcji zarządzania (kierowania) jednostką organizacyjną. Służy temu, aby zarządzający znał nie tylko rezultaty działalności wykonywanej przez zarządzaną jednostkę, ale przede wszystkim temu, by mógł w toku jej funkcjonowania odpowiednio korygować niepożądane działania lub zaniechania (niezgodne z prawem i planem, nieefektywne, nieoszczędne, nieterminowe). Wyniki kontroli zarządczej powinny być również wykorzystywane do zmiany organizacji danej jednostki lub zmiany jej kadry kierowniczej i wykonawczej³²⁸.

Kierownik jednostki budżetowej oraz kierownik zakładu budżetowego w przypadku niewykonania lub nienależytego wykonania obowiązków w zakresie kontroli zarządczej, w wyniku czego wystąpi jedna z sytuacji wskazanych w art. 18c pkt 5–8 u.n.d.f.p., będzie zobowiązany do poniesienia odpowiedzialności z tytułu naruszenia dyscypliny finansów publicznych. Problematyka ta stanowi przedmiot rozważań w rozdziale V niniejszego opracowania.

W jednostkach samorządu terytorialnego kontrola wewnętrzna zamówień publicznych dokonywana przez skarbnika j.s.t. jest formą kontroli wstępnej. Chodzi tutaj o kontrolę kompletnego i rzetelnego udokumentowania operacji finansowej i jej zgodności z planem finansowym. Kontrola ta oznacza także aprobatę dyspozycji środkami pieniężnymi, przez którą należy rozumieć wyłącznie techniczne ich uruchomienie, a nie rozstrzyganie, czy dana operacja jest zasadna z punktu widzenia materialnoprawnego.

Jednym z podstawowych obowiązków skarbnika (głównego księgowego budżetu j.s.t.) jest obowiązek dokonywania kontrasygnaty dokumentu ujmującego czynność prawną, która może spowodować powstanie zobowiązań pieniężnych angażujących środki budżetowe³²⁹. Odpowiednie regulacje ustaw ustrojowych samorządu terytorialnego wymagają do skuteczności czynności prawnej, z której wynika zobowiązanie pieniężne, udzielenia kontrasygnaty przez skarbnika lub osobę przez niego upoważnioną (art. 46 ust.

³²⁷ L. Lipiec-Warzecha, *Ustawa o finansach publicznych. Komentarz*, Warszawa 2011, s. 365–366.

³²⁸ C. Kosikowski, *Ustawa o finansach publicznych. Komentarz*, Warszawa 2011, s. 213–214.

³²⁹ Zob. szerzej: K. Lange, *Wybrane aspekty cywilno-prawne kontrasygnaty skarbnika jednostki samorządu terytorialnego*, „Finanse Komunalne” 2009, nr 9; S. Czarnow, *Kontrasygnata – martwa instytucja?*, „Finanse Komunalne” 2010, nr 11.

3 i 4 u.s.g., art. 48 ust. 3 i 4 u.s.p., art. 57 ust. 3 i 4 u.s.w.). Wymaga tego również art. 54 ust. 3 u.f.p. Podpis skarbnika na takim dokumencie jest formą kontroli wstępnej samego dokumentu, potwierdzającej zgodność tego dokumentem z planem finansowym jednostki. Dokumentem takim w przypadku zamówień publicznych może być umowa zawarta przez zamawiającego z wykonawcą wyłonionym w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a także faktura wystawiona przez wykonawcę zamówienia. Podpis skarbnika na dokumencie związanym z realizacją zamówienia publicznego oznacza, iż skarbnik potwierdza formalno-rachunkową rzetelność i prawidłowość dokumentów załączonych do faktury, a także, że kwota zobowiązania przewidziana w fakturze ma zabezpieczenie w planie finansowym jednostki. Podpis ten oznacza ponadto, że skarbnik przyjmuje do wiadomości ocenę dokonaną przez właściwych merytorycznie pracowników, dotyczącą prawidłowości merytorycznej przedstawionego dokumentu i zgodności z prawem. Oznacza także akceptację skarbnika (głównego księgowego budżetu) odnośnie legalności dokonywanych czynności. Kontrasygnata jest wymagana również wtedy, gdy czynność prawna może doprowadzić do powstania zobowiązań majątkowych dopiero w przyszłości³³⁰. Następstwem udzielenia kontrasygnaty bez dostatecznego pokrycia finansowego jest dla skarbnika oraz organu zarządzającego odpowiedzialność karno-administracyjna za dopuszczenie do przekroczenia planu wydatków³³¹.

Odmowa podpisania przez głównego księgowego budżetu dokumentu poddanego przez niego kontroli wstępnej powoduje, że czynność prawna w nim ujęta dotknięta jest sankcją bezskuteczności zawieszonoj³³². Czynność taka nie wywołuje zamierzonych skutków prawnych, a staje się w pełni skuteczna dopiero z chwilą jej potwierdzenia. Jeżeli natomiast skarbnik definitywnie odmówi kontrasygnaty, to bezskuteczność zawieszona czynności prawnej przekształca się w bezskuteczność trwałą³³³. Na podstawie takiej bezskutecznej czynności prawnej żadna ze stron nie może zgłaszać żądań. Nie może jej też wypowiedzieć bądź odstąpić od niej.

Kontrasygnata skarbnika nie jest tożsama ze zgodą osoby trzeciej na zawarcie umowy. Skarbnik bowiem nie wchodzi w żaden status osoby trzeciej³³⁴. Jest to jedynie akt

³³⁰ L. Lipiec-Warzecha, *Ustawa o finansach...*, s. 312.

³³¹ R. Szostak, *Zakaz udzielania...*, s. 155.

³³² Por. A. Wolter, J. Ignatowicz, K. Stefaniuk, *Prawo cywilne. Zarys części ogólnej*, Warszawa 1998, s. 331 i n.

³³³ Zob. wyrok SN z dnia 17 lipca 2009 r. (IV CSK 117/09), LEX nr 523584. Znajduje to także pełne uzasadnienie w obecnie obowiązującym stanie prawnym w odniesieniu do umowy o udzielenie zamówienia publicznego.

³³⁴ R. Szostak, *Zakaz udzielania zamówień publicznych bez dostatecznego pokrycia finansowego*, [w:] B. Gneta (red.), *Ustawowe ograniczenia swobody umów. Zagadnienia wybrane*, Warszawa 2010, s. 154.

kontrolny o charakterze administracyjnym warunkujący skuteczność czynności cywilnoprawnej. Nie podlega wymaganiom właściwym dla oświadczeń woli (art. 60–61 K.c.).

Główny księgowy (lub osoba przez niego upoważniona) może, w przypadku niedokonania lub nienależytego dokonania wstępnej kontroli zgodności operacji gospodarczej lub finansowej z planem finansowym lub kompletności i rzetelności dokumentów dotyczących takiej operacji, być pociągnięty do odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Zgodnie z art. 18b u.n.d.f.p. z odpowiedzialnością będziemy mieli do czynienia wtedy, gdy nienależyte dokonanie wstępnej kontroli zgodności wyżej wymienionych operacji miało wpływ na dokonanie wydatku powodującego przekroczenie kwoty wydatku ustalonego w planie finansowym j.s.t. lub w planie finansowych samorządowej jednostki budżetowej albo samorządowego zakładu budżetowego, a także jeżeli miało wpływ na zaciągnięcie zobowiązania niemieszczącego się w planie finansowym jednostki sektora finansów publicznych (np. udzielenie zamówienia publicznego bez zabezpieczenia środków w planie finansowym jednostki zamawiającej). Za naruszenie dyscypliny finansów publicznych skarbnik nie poniesie jednak odpowiedzialności w przypadku nieusunięcia przez właściwego rzeczowo pracownika ujawnionych nieprawidłowości w przedłożonym do podpisu dokumencie, o ile kierownik jednostki po otrzymaniu zawiadomienia o przyczynach odmowy podpisania dokumentu wyda w formie pisemnej polecenie przeprowadzenia zakwestionowanej operacji (art. 54 ust. 4 i 5 u.f.p.). Odpowiedzialność poniesie wtedy kierownik jednostki wydający pisemne polecenie wykonania czynu naruszającego dyscyplinę finansów publicznych (art. 29 ust. 1 u.n.d.f.p.).

Powyżej omówione zagadnienia kontroli postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i kontroli realizacji zamówień publicznych dotyczyły j.s.t. jako zamawiającego. Odrębnym zagadnieniem jest ochrona interesów wykonawców. Główne reguły unijnych procedur odwoławczych określa Dyrektywa 2007/66/WE (tzw. dyrektywa odwoławcza). Na krajowy system środków ochrony prawnej składają się dwie instytucje: odwołanie do KIO oraz skarga do sądu na jej orzeczenie. Pozostają one w ścisłym związku proceduralnym, gdyż skarga przysługuje jedynie od wyroku lub postanowienia Izby kończącego postępowanie odwoławcze.

Podmiotami uprawnionymi do takich środków ochrony prawnej są wykonawcy zamówienia publicznego, uczestnicy konkursu, a także inne podmioty, jeżeli mają lub miały interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniosły lub mogły ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp (art. 179 ust. 1 Pzp). Przesłanki te muszą być spełnione łącznie i musi istnieć związek przyczynowy między naruszeniem przepisów ustawy a szkodą, jaką poniosła lub mogła ponieść osoba wnosząca środek prawny. Wynika stąd, że prawo wniesienia środków odwoławczych przysługuje nie tylko każdemu wykonawcy oraz uczestnikowi konkursu, lecz także tym pod-

miotom, które na skutek naruszenia przepisów przez zamawiającego nie wzięły udziału w postępowaniu³³⁵. Środki ochrony prawnej przysługują też organizacjom wpisanym przez Prezesa UZP na listę organizacji uprawnionych do wnoszenia środków ochrony prawnej (art. 179 ust. 2 w zw. z art. 154 pkt 5 Pzp).

Odwołanie przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub od zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy (art. 180 ust. 1 Pzp). W razie zaniechania tych czynności interes wykonawcy zostanie naruszony dopiero wówczas, gdy dla zamawiającego upłynie już termin dokonania tych czynności albo też z innych dokonanych czynności wynika, że zaniechano czynności, do których dokonania zamawiający był zobowiązany zgodnie z przepisami ustawy.

Odwołanie jest rodzajem środka prawnego, który przenosi spór poza układ zamawiający–wykonawca. Rozpoznanie odwołania następuje przed organem niezależnym od stron, którym jest KIO. W przypadku wniesienia odwołania przed zawarciem umowy, zamawiający nie może zawrzeć umowy do czasu ogłoszenia przez KIO wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze. Sytuacja taka może powodować komplikacje, gdyż zgodnie z zasadą roczności budżetu j.s.t. niezrealizowane kwoty wydatków budżetu j.s.t. wygasają z upływem roku budżetowego (art. 263 ust. 1 u.f.p.), chyba że organ stanowiący j.s.t. ustali w drodze uchwały wykaz wydatków niewygasających, do których mogą też być zaliczone wydatki związane z realizacją umów w sprawie zamówienia publicznego (art. 263 ust. 2 i 3 u.f.p.). Wniesienie odwołania przez wykonawcę jest jednak okolicznością, której nie można było wcześniej zaplanować. Może się więc zdarzyć pod koniec roku budżetowego, że przedłużająca się procedura odwoławcza uniemożliwi zawarcie umowy. W literaturze podkreśla się, że przewlekłość procedur udzielania zamówień publicznych jest najczęściej związana właśnie z procedurami kontroli oraz z korzystaniem przez wykonawców ze środków ochrony prawnej. Skrócenie ustawowych terminów na dokonywanie czynności kontrolnych i odwoławczych mogłoby sprzyjać racjonalizacji wydatkowania środków publicznych, ale jednocześnie mogłoby zagrozić uczciwej konkurencji³³⁶.

Skutkiem wniesienia odwołania zamawiający nie później niż na 7 dni przed upływem ważności wadium wzywa na podstawie art. 184 Pzp wykonawców do przedłużenia ważności wadium albo wniesienia nowego wadium na okres niezbędny do zabezpieczenia postępowania. Jeżeli wykonawcy tego nie uczynią, zostają wykluczeni z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W przypadku gdy odwołanie wniesiono po

³³⁵ M. Chmaj (red.), *Zamówienia publiczne*, Warszawa 2010, s. 312.

³³⁶ M. Wieloński, *Realizacja interesu publicznego...*, s. 150.

wyborze najkorzystniejszej oferty, zamawiający kieruje owo wezwanie tylko do wyłonionego w postępowaniu wykonawcy.

O wniesieniu odwołania zamawiający ma obowiązek powiadomić innych wykonawców uczestniczących w postępowaniu, przysyłając im kopię odwołania. Zgodnie z art. 185 ust. 1 Pzp zobowiązany jest to uczynić w terminie 2 dni od dnia otrzymania odwołania. Jeżeli jednak odwołanie dotyczy treści ogłoszenia o zamówieniu lub SIWZ, winien również umieścić je na stronie internetowej, wzywając wykonawców do przystąpienia do odwołania. Każdy z wykonawców może zgłosić przystąpienie do odwołania, wskazując stronę, do której przystępuje, i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. O zgłoszeniu przystąpienia do odwołania, doręczono Prezesowi Izby, wykonawca musi zawiadomić zamawiającego oraz wykonawcę wnoszącego odwołanie. Wszyscy wykonawcy, którzy przystąpili do postępowania odwoławczego, stają się uczestnikami postępowania odwoławczego, jeżeli mają interes w tym, aby odwołanie zostało rozstrzygnięte na korzyść jednej ze stron.

Zamawiający lub odwołujący może zgłosić opozycję przeciw przystąpieniu innego wykonawcy, jednak nie później niż do czasu otwarcia rozprawy. Izba uwzględnia opozycję, jeżeli zgłaszający tę opozycję uprawdopodobni, że wykonawca nie ma interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystąpił. Izba wydaje postanowienie o uwzględnieniu albo oddaleniu opozycji, i na postanowienie to nie przysługuje skarga.

Obowiązujące przepisy przewidują również w art. 186 ust. 1 Pzp, iż zamawiający może wnieść na piśmie lub ustnie do protokołu odpowiedź na odwołanie. Jeżeli zamawiający uwzględni w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu wykonawcy, a żaden inny wykonawca nie przystąpił w terminie do odwołania, to na podstawie art. 186 ust. 2 Izba może umorzyć postępowanie. Zamawiający wykonuje wtedy, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Takie same skutki wystąpią w sytuacji, kiedy do postępowania odwoławczego przystąpił inny uczestnik postępowania odwoławczego, ale nie wniesie on sprzeciwu co do uwzględnienia przez zamawiającego całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu. Jeżeli jednak sprzeciw taki wniesie, Izba rozpoznaje odwołanie w składzie jednoosobowym, albo w składzie trzyosobowym na wniosek Prezesa Izby, jeżeli uzna on, że jest to wskazane ze względu na szczególną zawilość lub precedensowy charakter sprawy (art. 188 ust. 1 Pzp).

Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub mogło mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Jeżeli w momencie wnoszenia odwołania umowa nie została jeszcze zawarta, orzeczenie KIO ma wymiar dyscyplinujący zamawiającego i będzie zmierzało do przy-

wrócenia zgodności postępowania z przepisami ustawy przez nakazanie wykonania, powtórzenia lub unieważnienia zakwestionowanej czynności³³⁷. W przypadku już zawartej umowy KIO, uwzględniając odwołanie, może zgodnie z art. 192 ust. 3 Pzp:

- unieważnić umowę,
- unieważnić umowę w zakresie zobowiązań niewykonanych i w uzasadnionych przypadkach nałożyć karę finansową, w szczególności wówczas, gdy nie jest możliwy zwrot świadczeń spełnionych na podstawie unieważnionej umowy,
- nałożyć karę finansową lub orzec o skróceniu okresu obowiązywania umowy w przypadku stwierdzenia, że utrzymanie umowy w mocy leży w ważnym interesie publicznym, np. w dziedzinach bezpieczeństwa.

Jeżeli umowa w sprawie zamówienia publicznego została zawarta w okolicznościach dopuszczonych w ustawie, KIO może stwierdzić naruszenie przepisów ustawy.

Warto także zwrócić uwagę, że w razie zamówień o wartości szacunkowej mniejszej niż progi unijne środki ochrony prawnej zgodnie z obowiązującymi przepisami przysługują jedynie od wybranych czynności. Czynnościami tymi są: wybór nieprzetargowego trybu udzielenia zamówienia (negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki lub zapytania o cenę), opis sposobu dokonywania oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu, wykluczenie odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia oraz odrzucenie oferty odwołującego (art. 180 ust. 12 Pzp). Wnoszenie środków ochrony prawnej niezgodne z wymogami ustawowymi będzie w tym wypadku powodować odrzucenie odwołania przez KIO bez merytorycznego rozpatrzenia odwołania.

Na orzeczenie KIO stronom oraz uczestnikom postępowania przysługuje skarga do sądu (art. 198a ust. 1 Pzp). Skarga rozpoznawana jest w postępowaniu sądowym tocącym się według przepisów o apelacji ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego³³⁸. Stosownie do art. 198b ust. 1 Pzp, sprawy z zakresu zamówień publicznych należą do właściwości sądów okręgowych. Od wyroku lub postanowienia sądu kończącego postępowanie w sprawie nie będzie przysługiwała skarga kasacyjna.

Sądem właściwym do rozpoznania skargi jest sąd okręgowy siedziby albo miejsca zamieszkania zamawiającego. Skarga jest wnoszona za pośrednictwem Prezesa KIO, nie zaś bezpośrednio do sądu. Podobnie jak w postępowaniu odwoławczym, strona postępowania odwoławczego, wnosząc skargę, przesyła jej odpis przeciwnikowi skargi. Skarga jest pismem procesowym i musi odpowiadać wymogom formalnym określonym w Kodeksie postępowania cywilnego.

³³⁷ M. Chmaj (red.), *Zamówienia...*, s. 329.

³³⁸ Dz.U. Nr 43, poz. 296 ze zm.

Sąd, rozpatrując skargę, może uwzględnić ją w całości lub w części. Sposób rozstrzygnięcia sądu uregulowany został w art. 198f Pzp. Sąd oddala skargę wyrokiem, jeżeli jest ona bezzasadna. W przypadku uwzględnienia skargi sąd zmienia zaskarżone orzeczenie i orzeka wyrokiem co do istoty sprawy. W pozostałych sprawach wydaje postanowienie. Jeżeli odwołanie zostaje odrzucone albo zachodzi podstawa do umorzenia postępowania, sąd uchyla wyrok lub zmienia postanowienie, albo odrzuca odwołanie lub umarza postępowanie. Sąd jest związany granicami skargi, stąd zgodnie z art. 198f ust. 4 Pzp sąd nie może orzekać co do zarzutów, które nie były przedmiotem odwołania.

3. Sankcje z tytułu nieprawidłowości w realizacji zamówień publicznych finansowanych z udziałem dotacji przekazywanych przez jednostki samorządu terytorialnego

Zamówienie publiczne udzielone przez j.s.t. może być finansowane z jej środków własnych (jeżeli j.s.t. występuje jako zamawiający) lub z dotacji celowej z budżetu j.s.t. udzielonej zakładowi budżetowemu. Dotacje przeznaczone na realizację zamówień publicznych winny być ujęte w planie finansowym j.s.t. oraz w planie finansowym zakładu budżetowego. Wydatki przeznaczone na realizację zamówień publicznych wykonywanych przez samorządowe jednostki budżetowe winny być ujęte w planie finansowym urzędu j.s.t. (art. 249 ust. 3 u.f.p.). W planie tym, zgodnie z art. 249 ust. 4 u.f.p., należy także ująć dotacje dla samorządowych zakładów budżetowych, przekazywane na podstawie umowy (art. 250 u.f.p.). W umowie tej powinny się znaleźć postanowienia dotyczące warunków korzystania z tej formy wsparcia finansowego.

Według art. 251 ust. 4 u.f.p. wykorzystanie dotacji następuje przez zapłatę za zrealizowane zadanie, na które dotacja była udzielona. Gdy odrębne przepisy stanowią o sposobie udzielenia i rozliczenia dotacji, wykorzystanie następuje przez realizację celów przewidzianych w tych przepisach. Należy jednak zaznaczyć, że samo przekazywanie środków pieniężnych na rachunek beneficjenta w żadnym przypadku nie oznacza wykorzystania dotacji.

Procedura dotacyjna wymaga całkowitego podporządkowania beneficjenta przede wszystkim co do celu przeznaczenia oraz terminu rozliczenia otrzymanej dotacji. W razie niewykorzystania części lub całości dotacji, wykorzystania części dotacji niezgodnie z przeznaczeniem, a także w razie dotacji pobranych nienależnie lub w nadmiernej wysokości, podmiot dotowany jest zobowiązany, zgodnie z art. 251 i 252 u.f.p., do zwrotu

dotacji³³⁹. Nakaz ten wynika z zasady roczności budżetu, którego konsekwencją jest wygasanie z upływem roku budżetowego niezrealizowanych kwot wydatków budżetu j.s.t.

Według art. 251 ust. 1 u.f.p. dotacje udzielone z budżetu j.s.t. w części niewykorzystanej do końca roku budżetowego podlegają zwrotowi do budżetu tej jednostki w terminie do 31 stycznia następnego roku. Jeżeli organ stanowiący podjął uchwałę o wydatkach niewygasających, wówczas dotacja przeznaczona na takie wydatki, o ile nie zostanie w całości wykorzystana, podlega zwrotowi do budżetu j.s.t. w terminie do 15 dni od dnia przewidzianego w tej uchwale. Gdy termin wykorzystania dotacji będzie krótszy niż rok budżetowy, niewykorzystana część dotacji będzie podlegała zwrotowi w terminie 15 dni po upływie terminu wykorzystania dotacji. Zwrotowi do budżetu j.s.t. podlega tylko ta część dotacji, która została:

- wykorzystana niezgodnie z przeznaczeniem,
- nienależnie udzielona, lub
- pobrana w nadmiernej wysokości.

Organem właściwym do podjęcia decyzji o zwrocie dotacji jest wójt, burmistrz, prezydent miasta, starosta albo marszałek województwa, lub samorządowe kolegium odwoławcze – w przypadku ustalenia takiego zwrotu w orzeczeniu wydanym przez Kolegium w ramach postępowania odwoławczego (art. 61 ust. 1 pkt 2 oraz art. 61 ust. 3 pkt 4 u.f.p.).

Od kwot dotacji zwróconych po terminie naliczane są odsetki w wysokości określonej jak dla zaległości podatkowych, począwszy od dnia następującego po upływie terminu zwrotu. Dotacje udzielone z budżetu j.s.t., wykorzystane niezgodnie z przeznaczeniem albo pobrane nienależnie czy w nadmiernej wysokości, będą natomiast, według art. 252 u.f.p., podlegały zwrotowi do budżetu wraz z odsetkami w wysokości określonej jak dla zaległości podatkowych w ciągu 15 dni od dnia stwierdzenia okoliczności, o których mowa w art. 252 ust. 1 pkt 1 i 2. W przypadku jednak, gdy termin wykorzystania dotacji będzie krótszy niż rok budżetowy, zwrot będzie musiał być dokonany w terminie 15 dni po upływie terminu przewidzianego dla wykorzystania dotacji.

Według art. 56 § 1 ustawy Ordynacja podatkowa³⁴⁰ stawka odsetek za zwłokę wynosi 200% podstawowej stopy oprocentowania kredytu lombardowego ustalonej zgod-

³³⁹ Dotacje pobrane w nadmiernej wysokości, według art. 252 ust. 3 u.f.p., to dotacje otrzymane z budżetu j.s.t. w wysokości wyższej niż określona w odrębnych przepisach, umowie lub wyższej niż niezbędna na dofinansowanie lub finansowanie dotowanego zadania. Kolejny ustęp art. 252 definiuje dotację nienależną jako dotację udzieloną bez podstawy prawnej.

³⁴⁰ Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r., Ordynacja podatkowa, tekst jedn. Dz.U. z 2005 r., Nr 8, poz. 60 ze zm., dalej zwana o.p.

nie z przepisami o NBP. Stawka ta, zgodnie z art. 56 § 2 o.p., ogłaszana jest w Dzienniku Urzędowym RP „Monitor Polski” w drodze obwieszczenia Ministra Finansów. Obecnie stawka ta wynosi 11,50% kwoty zaległości w stosunku rocznym³⁴¹.

Obowiązek zwrotu dotacji w sytuacjach wskazanych powyżej, jak i konieczność zapłaty odsetek nie są jedynymi sankcjami, które będą nałożone na podmiot dotowany. Odrębne sankcje w sytuacjach nieprzestrzegania przepisów w związku z udzieleniem, wykorzystaniem i rozliczeniem dotacji w stosunku do podmiotu udzielającego dotacji i podmiotu dotowanego przewiduje ustawa o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Konsekwencje wynikające z nieprzestrzegania przepisów tej ustawy będą przedmiotem następnego rozdziału.

Obowiązujące przepisy ustawy Kodeks karny skarbowy przewidują także odpowiedzialność karną³⁴². Według art. 82 k.k.s. kto naraża finanse publiczne na uszczuplenie poprzez nienależytą wypłatę, pobranie lub niezgodne z przeznaczeniem wykorzystanie dotacji lub subwencji, podlega karze grzywny do 240 stawek dziennych. Z kolei według § 2 art. 82, jeżeli wypłata lub pobranie nienależnej, nadmiernej lub wykorzystanej niezgodnie z przeznaczeniem dotacji lub subwencji nie przekracza ustawowego progu, sprawca czynu zabronionego wskazanego w § 1 omawianego artykułu podlega karze grzywny za wykroczenie skarbowe.

Powołany przepis jednoznacznie wskazuje na cel ochrony, jakim są środki publiczne przekazywane z budżetu j.s.t. w prawnej formie dotacji. Dla penalizacji w regulacjach karnych istotne jest stwierdzenie, iż środki zostały wypłacone jako nienależne przez dotującego lub też jako nienależne zostały pobrane przez dotowanego. Penalizowana jest także sytuacja niezgodnego z przeznaczeniem wykorzystania pozyskanych w tej formie prawnej środków publicznych. Przesłankami odpowiedzialności karnoskarbowej będą zatem: nienależna wypłata, nienależne pobranie lub niezgodne z przeznaczeniem wykorzystanie dotacji.

Warto także podkreślić, iż użyte przez ustawodawcę w art. 82 § 1 k.k.s. sformułowanie „naraża” należy interpretować w ten sposób, że z deliktem karnoskarbowym będziemy mieli do czynienia nie tylko w przypadku faktycznego uszczuplenia środków w budżecie j.s.t. Odpowiedzialność ta pojawi się także w przypadku dokonania orzeczonego zwrotu środków w trybie art. 207 ust. 1 u.f.p.

³⁴¹ Obwieszczenie Ministra Finansów z dnia 12 marca 2013 r. w sprawie stawki odsetek za zwłokę od zaległości podatkowych oraz obniżonej stawki odsetek za zwłokę od zaległości podatkowych, MP 2013, poz. 163. Stawka w takiej wysokości obowiązuje od dnia 7 marca 2013 r.

³⁴² Ustawa z dnia 10 września 1999 r. Kodeks karny skarbowy, tekst jedn. Dz. U. z 2007 r., Nr 111, poz. 765 ze zm., dalej zwana k.k.s.

4. Sankcje z tytułu nieprawidłowości w udzielonych przez jednostki samorządu terytorialnego zamówieniach publicznych finansowanych z udziałem bezzwrotnych środków europejskich

Środki pieniężne przeznaczone na programy i projekty finansowane z udziałem bezzwrotnych środków europejskich mają zgodnie z art. 5 ust. 1 pkt 2 i 3 u.f.p. status środków publicznych, ale pochodzą z budżetu środków europejskich. Oznacza to, że obok krajowych zasad właściwych dla gospodarowania środkami publicznymi obowiązują wymogi wynikające z procedur określonych w umowie międzynarodowej, przepisach odrębnych lub w deklaracji dawcy (art. 184 ust. 1 w zw. z art. 204 u.f.p.). Na ten szczególny reżim prawny nakładają się również reguły determinujące odpowiedzialność beneficjentów za nieprawidłowości w zakresie gospodarowania środkami pochodzącymi z budżetu środków europejskich, w tym sankcje z tytułu pobrania lub wykorzystania tych środków w sposób niezgodny z obowiązującymi regulacjami.

Prawną podstawę ochrony interesów finansowych UE stanowią w prawodawstwie unijnym art. 325 TFUE oraz rozporządzenie ramowe 1083/2006. Zostały one implementowane do ustawodawstwa krajowego. W tym celu stworzony został system instrumentów i instytucji prawnych, które mają wymusić pożądane zachowanie beneficjenta zarówno na etapie przygotowania projektu, złożenia wniosku, zawarcia umowy o dofinansowanie, jak i na etapie realizowania projektu czy obowiązków związanych ze sprawozdawczością i kontrolą. Aby wyegzekwować pożądane zachowania, ustawodawca przewidział, obok instytucji umożliwiających przyznanie i przekazywanie omawianych środków, również instrumenty mające charakter sankcji stosowanych w przypadku naruszenia obowiązującego w tym zakresie prawa. W literaturze określane są one mianem sankcji budżetowych³⁴³. W wyniku ich orzeczenia można żądać zwrotu otrzymanych środków. W sytuacjach szczególnie kwalifikowanych instytucja prawna wykluczenia (art. 207 ust. 1 i 4 u.f.p.) eliminuje możliwość ponownego ich otrzymania.

Zgodnie z art. 207 ust. 1 u.f.p. środki przeznaczone na realizację programów finansowanych z udziałem środków europejskich podlegają zwrotowi przez beneficjenta wraz z odsetkami w wysokości określonej jak dla zaległości podatkowych, liczonymi od dnia przekazania środków, w terminie 14 dni od dnia doręczenia decyzji, o której mowa w ust. 9, na wskazany w tej decyzji rachunek bankowy, z zastrzeżeniem ust. 8 i 10, jeżeli zostały:

³⁴³ L. Lipiec-Warzecha, *Ustawa o finansach publicznych. Komentarz*, Warszawa 2011, s. 939.

- wykorzystane niezgodnie z przeznaczeniem,
- wykorzystane z naruszeniem procedur, o których mowa w art. 184,
- pobrane nienależnie lub w nadmiernej wysokości.

W treści zacytowanego przepisu zostały zatem sformułowane trzy przesłanki, stanowiące okoliczności uzasadniające wszczęcie procedury w przedmiocie zwrotu przekazanych środków pochodzących z unijnego dofinansowania. Mają one charakter rozłączny. Oznacza to, że wystąpienie którejkolwiek z nich stanowi wystarczającą okoliczność nakazującą wszczęcie procedowania o zwrocie pobranych środków. Nie ma zatem znaczenia, która ze wskazanych przesłanek wystąpi w konkretnym stanie faktycznym. Wszystkie bowiem wskazane przesłanki mają taką samą doniosłość prawną³⁴⁴. Należy więc przyjąć im się z osobna.

Pierwszą przesłanką wymienioną w art. 207 ust. 1 pkt 1 u.f.p., której wystąpienie warunkuje zwrot środków przez beneficjenta, jest wykorzystanie niezgodnie z przeznaczeniem środków przeznaczonych na realizację programów finansowanych z udziałem środków europejskich. Chodzi zatem o sytuacje, w których beneficjent wykorzystał otrzymane środki na inne cele, niż to wynikało z dokumentów stanowiących podstawę dla ich przyznania.

Aby w sposób prawidłowy określić te cele, należy w pierwszej kolejności ustalić, jakie rodzaje dokumentów towarzyszących procedurze przyznawania i wykorzystywania omawianych środków formułują omawiane cele. W pierwszej kolejności chodzi o dokumenty programowe, które ustalają jedynie zakres przedmiotowy, w którym powinny mieścić się wydatki określone przez beneficjenta we wniosku aplikacyjnym. Będą to zatem wytyczne do konkretnych programów operacyjnych bądź szczegółowy opis osi priorytetowych do tych programów. Dokumenty o charakterze programowym nie wskazują zatem konkretnego celu (przeznaczenia), na który beneficjent powinien wydatkować środki w ramach realizowanego projektu. Określają one jedynie zakres przedmiotowy, w którym powinny mieścić się wydatki zgłoszone przez beneficjenta we wniosku aplikacyjnym³⁴⁵.

Cel przeznaczenia środków uzyskanych z dofinansowania określają natomiast precyzyjnie dokumenty aplikacyjne, tj. dokumenty sporządzone przez samego beneficjenta. Należy tutaj wskazać na wniosek o dofinansowanie projektu wraz z załącznikami. Sporządzając te dokumenty, beneficjent musi przestrzegać zgodności dokumentacji aplika-

³⁴⁴ G. Karwatowicz, *Jak uniknąć zwrotu nieprawidłowo wydatkowanych środków unijnych*, Wrocław 2011, s. 25.

³⁴⁵ *Ibidem*, s. 29.

cyjnej z dokumentami programowymi. W praktyce ustalenie zgodności wydatkowanych środków pochodzących z dofinansowania z dokumentami programowymi nie budzi problemów interpretacyjnych. Problemy takie występują natomiast w przypadku badania dokumentów aplikacyjnych.

Ocena zgodności wykorzystania środków pochodzących z dofinansowania z ich przeznaczeniem dokonywana jest przez porównanie przedmiotu ustalonego we wniosku o dofinansowanie z efektem osiągniętym przez beneficjenta. Chodzi nie tylko o analizę zakresów poszczególnych kategorii wydatków z punktu widzenia ich poprawności wydatkowania zgodnie z ustalonym pierwotnie przeznaczeniem, ale także o sprawdzenie, czy beneficjent osiągnął wskaźniki realizacji projektu, tj. wskaźniki produktu i rezultatu. Należy podkreślić, że dla oceny wykorzystania niezgodnego z przeznaczeniem nie ma znaczenia zamiar, jakim kierował się beneficjent w trakcie wykorzystywania środków pochodzących z dofinansowania. W każdym przypadku wykorzystania środków pochodzących z dofinansowania niezgodnie z przeznaczeniem beneficjent będzie bowiem zobowiązany do ich zwrotu.

Wykorzystanie środków musi być zgodne z procedurami, które z kolei za pomocą normy odsyłającej zostały przewidziane w innym przepisie ustawy o finansach publicznych, mianowicie w treści art. 184 u.f.p. Dla prawidłowego określenia zakresu tej przesłanki należy przede wszystkim ustalić sposób rozumienia pojęcia „procedury”. W tym kontekście należy również postawić pytanie, czy ustawodawca, posługując się pojęciem „procedura”, używa go wyłącznie w znaczeniu procesowym, czy też w znaczeniu szerszym. Biorąc pod uwagę treść art. 184 u.f.p., należy zdecydowanie przyjąć, że nie chodzi tu tylko o reguły wytyczające przebieg postępowania, które musi stosować beneficjent uprawniony do otrzymania bezzwrotnych środków europejskich. Do tych reguł będzie trzeba również zaliczyć inne, determinujące zachowania, które są określone przez przepisy prawa ustrojowego czy przepisy prawa materialnego, w szczególności przez przepisy prawa zamówień publicznych czy przepisy prawa podatkowego. W literaturze wskazuje się słusznie, że gdyby pojęcie „procedury” ograniczało się do wąskiego procesowego znaczenia, potwierdzałoby to stanowisko, iż naruszenia prawa materialnego nie podlegają sankcji przewidzianej przez art. 207 ust. 1 pkt 2 u.f.p. Spowodowałoby to, że beneficjent miałby uzasadnione roszczenie o środki pochodzące z dofinansowania nawet wówczas, gdyby podczas ich wydatkowania naruszył przepisy materialne. Taka sytuacja pozostawałaby w sprzeczności z regułami wykorzystania środków publicznych pochodzących z dofinansowania wspólnotowego.

Ustalenie zakresu przedmiotowego tych procedur ma jednak zasadnicze znaczenie dla prawidłowego stosowania przesłanki wskazanej w omawianym przepisie ustawy. Konieczne jest zatem ustalenie rodzaju tych procedur. Według art. 184 u.f.p. wydatki

związane z realizacją programów i projektów finansowanych ze środków pochodzących z budżetu Unii Europejskiej oraz niepodlegających zwrotowi środków pochodzących z pomocy udzielanej przez państwa członkowskie Europejskiego Porozumienia o Wolnym Handlu (EFTA), a także z innych źródeł zagranicznych niepodlegających zwrotowi, są dokonywane zgodnie z procedurami określonymi w umowie międzynarodowej lub z innymi procedurami obowiązującymi przy ich wykorzystaniu. Ustawodawca, posługując się sformułowaniem: „innych procedur”, doprowadził do sytuacji, iż analizowana przesłanka ma niedookreślony zakres przedmiotowy. Można zatem przyjąć, że każde naruszenie obowiązujących procedur będzie oznaczało wypełnienie przesłanki warunkującej podjęcie przez instytucję przyznającą środki rozstrzygnięcia o obowiązku ich zwrotu. Brak precyzji terminologicznej w omawianej regulacji budzi uzasadnione wątpliwości nie tylko dlatego, iż stanowi przyczynę wielu rozbieżności interpretacyjnych w praktyce³⁴⁶, ale również dlatego, że może stanowić podstawę, w trakcie postępowania prowadzonego przez uprawniony organ, do wydania decyzji o zwrocie środków w oparciu o uznanie administracyjne.

Przyjmując szeroki sposób rozumienia terminu „procedury” oraz pamiętając, że bezzwrotne środki zagraniczne zgodnie z art. 5 ust. 1 pkt 2 i 3 u.f.p. stanowią środki publiczne, należy tym samym wskazać, że beneficjenci dysponujący takimi środkami mają obowiązek w trakcie ich wydatkowania stosować także określone w art. 44 ust. 3 i 4 u.f.p. i przywołane już wcześniej zasady dotyczące wszelkich wydatków publicznych. Według tego przepisu wydatki publiczne powinny być dokonywane:

- w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem zasad: uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów i optymalnego doboru metod i środków służących osiągnięciu założonych celów,
- w sposób umożliwiający terminową realizację zadań,
- w wysokości i terminach wynikających z wcześniej zaciągniętych zobowiązań.

Jak wynika z treści zacytowanego przepisu, zasady dokonywania wydatków mają charakter postulatywny. Decyduje o tym użyty w treści powołanego wyżej przepisu zwrot „powinny być dokonywane”. Jest to zatem postulat starannego działania, które powinno prowadzić do osiągnięcia efektu w postaci optymalnego wykonania projektu przy ściśle reglamentowanych środkach finansowych przeznaczonych na jego realizację. Optymalnemu wykorzystaniu środków przeznaczonych na finansowanie analizowanych wydatków powinny służyć: celowość, oszczędność, efektywność, terminowość,

³⁴⁶ W. Miemiec, *Komentarz do art. 207 w zw. z art. 184*, [w:] M. Karlikowska, W. Miemiec, Z. Ofiarski, K. Sawicka, *Ustawa o finansach publicznych. Komentarz*, Wrocław 2010, s. 471 i n.

dobór najbardziej właściwych metod i środków służących realizacji założonych celów. Wszystkie te zasady mają charakter kumulatywny. Oznacza to, że beneficjent powinien wydatkować środki pochodzące z dofinansowania wspólnotowego z zachowaniem wszystkich zasad ustanowionych w treści art. 44 ust. 3 u.f.p.

Jeżeli przedmiotem projektu będą usługi, dostawy lub roboty budowlane, to według art. 44 ust. 4 u.f.p. beneficjent, który ma status jednostki sektora finansów publicznych, ma obowiązek przy wydatkowaniu środków pochodzących z europejskiego dofinansowania zawierać umowy na zasadach określonych w przepisach ustawy Pzp, o ile odrębne przepisy nie stanowią inaczej. W tym przypadku należy przede wszystkim wskazać na zasadę jawności i przejrzystości, które stanowią fundamentalne reguły przewidziane w ustawie Pzp. Gwarancją ich przestrzegania są szczególne procedury wynikające z postanowień tej ustawy. Stosowanie tych szczególnych procedur powinno zmierzać do zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, bezstronności oraz pisemności, która gwarantuje możliwość sprawowania kontroli *ex post* wydatkowanych środków publicznych.

Procedury te mogą być również określone w treści innych przepisów dotyczących poszczególnych rodzajów wydatków, o ile będą one dokonywane z udziałem bezzwrotnych środków europejskich. Można zatem przyjąć, że w treści art. 184 ust. 1 u.f.p. przewidziano dwie przesłanki uznania ponoszonych wydatków za niezgodne z procedurami. Są to: po pierwsze, wykorzystanie środków pochodzących z dofinansowania z naruszeniem umowy międzynarodowej; po drugie, wykorzystanie ich z naruszeniem innych procedur obowiązujących przy wykorzystaniu tych środków. Ponieważ w art. 184 ust. 1 ustawodawca posłużył się spójnikiem „lub”, oznacza to, że wskazane przesłanki mają charakter rozłączny. Wystarczy zatem, aby beneficjent podczas realizacji projektu wydatkował środki pochodzące z dofinansowania w sposób wypełniający zakres jednej z przesłanek, by w konsekwencji został zobowiązany do zwrotu kwot nieprawidłowo wydatkowanych.

Ostatnia przesłanka została sformułowana w oparciu o inne znamiona czynu stanowiącego nieprawidłowość. Środki przeznaczone na realizację programów finansowanych z udziałem środków europejskich będą podlegały zwrotowi, gdy zostaną pobrane nienależnie lub w nadmiernej wysokości. Przesłanka ta dotyczy więc innego etapu aktywności beneficjentów w procedurze realizacji programów z udziałem środków europejskich. Kreuje jako nieprawidłowość sytuację poprzedzającą wykorzystanie środków. Chodzi mianowicie o etap ich pobrania, po którego dokonaniu możliwe jest dopiero wykorzystanie omawianych środków. Wykorzystać pobrane środki bezzwrotne może w zasadzie tylko beneficjent. Nienależne pobranie środków europejskich lub pobranie w nadmiernej wysokości może być natomiast konsekwencją nieprawidłowości nie tylko

po stronie samego beneficjenta. Do tych nieprawidłowości mogą się bowiem przyczynić także właściwe instytucje przyznające środki europejskie. Pomyłka lub błąd rachunkowy takiej instytucji może być wyłączną przyczyną pobrania środków nienależnych lub w nadmiernej wysokości, bez jakiegokolwiek udziału czy winy po stronie beneficjenta. W takim przypadku można się zastanawiać, czy powinna zostać orzeczona sankcja w postaci konieczności zwrotu przez beneficjenta środków pochodzących z dofinansowania. Zasadne może być również pytanie, czy w takim przypadku decyzja o zwrocie środków powinna dotyczyć całości pobranych środków, czy tylko ich części, np. tej, która została pobrana nienależnie. Ustawodawca nie przewidział w art. 207 ust. 1 pkt 3 u.f.p. żadnych okoliczności – wystąpienia winy i jej rodzaju, wysokości nieprawidłowo pobranych środków czy zakresu udziału podmiotów trzecich w powstaniu sytuacji wyczerpujących znamiona omawianej przesłanki. Należy więc stwierdzić, iż w każdej sytuacji, niezależnie od przyczyny wystąpienia omawianych nieprawidłowości, należy orzec o zwrocie środków pobranych nienależnie lub w nadmiernej wysokości. Gdyby ustawodawca chciał różnicować sankcję przewidzianą w omawianym przepisie, musiałby to wyraźnie sformułować.

Warto również zwrócić uwagę na przedmiot omawianej przesłanki. Ma on złożony zakres, który został sformułowany alternatywnie. Oznacza to, że wystąpienie jednej z dwóch nieprawidłowości przewidzianej w treści omawianego przepisu, tj. nienależnego pobrania środków czy pobrania ich w nadmiernej wysokości, będzie skutkowało wszczęciem procedury w przedmiocie zwrotu środków. Kolejne zagadnienie, nad którym należy się zastanowić, to sposób rozumienia znamion badanej przesłanki, tj. nienależnego pobrania lub pobrania w nadmiernej wysokości omawianych środków. Jest to konieczne, ponieważ w praktyce nie do końca wiadomo, kiedy konkretne działanie kwalifikować jako pobranie nienależne lub pobranie w nadmiernej wysokości. W przeciwieństwie do art. 169 u.f.p., gdzie ustawodawca wskazał jednoznacznie na sposób rozumienia przesłanek uzasadniających zwrot dotacji budżetowych, które zostały pobrane nienależnie lub w nadmiernej wysokości, w omawianym przepisie ustawodawca nie zawarł żadnej definicji ani też żadnych kryteriów, w oparciu o które należałoby interpretować te terminy. Nie zawarł również odesłania do żadnego innego przepisu prawa dla ustalenia sensu słów, którymi się posłużył. Stosując wykładnię systemową w ramach całej ustawy o finansach publicznych, należałoby jednak, o ile przepisy prawa unijnego nie regulują tych zagadnień odrębnie, dla ustalenia sposobu rozumienia powyższych terminów odpowiednio stosować regulacje dotyczące zwrotu dotacji udzielonych z budżetu państwa, przewidziane w art. 169 ust. 2 i 3 u.f.p. W przepisach prawa unijnego nie znajdujemy żadnej definicji omawianych przesłanek. Należałoby zatem przyjąć, że z pobraniem nienależnym środków będziemy mieli do czynienia, jeżeli zostało ono dokona-

ne bez podstawy prawnej, tzn. w obowiązującym systemie nie ma żadnego przepisu upoważniającego beneficjenta do pobrania środków. Pobranie środków w nadmiernej wysokości wystąpi natomiast wówczas, gdy środki zostaną przekazane beneficjentowi w wysokości wyższej niż określona w odrębnych przepisach, w umowie lub w wysokości wyższej niż niezbędna na dofinansowanie określonego programu.

Istotne jest także ustalenie, w jakim momencie faktycznie dochodzi do pobrania środków, gdyż to właśnie fakt ich pobrania przesądza o wystąpieniu sankcji w postaci obowiązku zwrotu środków. Należy podzielić przyjęty w literaturze pogląd, iż do pobrania środków dochodzi w sytuacji, gdy beneficjent otrzyma je na rachunek bankowy i tym samym będzie mógł nimi gospodarować³⁴⁷. Dlatego też za pobranie środków nie można uznać samego wnioskowania o środki przez beneficjenta, nawet jeśli wnioskuje o środki nienależne lub w nadmiernej wysokości. Samo wnioskowanie nie daje bowiem możliwości ich wydatkowania. Penalizowane są zatem nieprawidłowości związane z faktycznym dostępem do środków (i możliwością uzyskania z tego tytułu różnego rodzaju przysporzeń), nie zaś sam fakt wnioskowania o środki przez beneficjenta.

Orzeczenie sankcji może zostać podjęte po przeprowadzonym postępowaniu, o ile zaistnieje w konkretnym stanie faktycznym przynajmniej jedna z powyżej przedstawionych przesłanek. Postępowanie to musi być poprzedzone wstępnym postępowaniem, zmierzającym do dobrowolnego zwrotu środków przez beneficjenta lub uzyskania jego aprobaty na pomniejszenie kolejnych płatności. Analiza tych zagadnień przekracza jednak ramy niniejszego opracowania. Orzeczenie obowiązku zwrotu otrzymywanych środków ze źródeł europejskich nie powoduje zmiany charakteru tych środków. Pozostają one w dalszym ciągu co do zasady środkami bezzwrotnymi. Bezzwrotność ta, jak to wynika z powyższych ustaleń, ma jednak charakter warunkowy.

W art. 207 ust. 1 u.f.p. oprócz sankcji polegającej na obowiązku zwrotu środków przewidziano także sankcję dodatkową – w postaci odsetek, których wysokość liczona jest jak dla zaległości podatkowych. Sankcja ta musi być orzeczona zarówno w przypadku zaistnienia przesłanek nieprawidłowego wykorzystania środków, jak i przesłanki pobrania ich nienależnie lub w nadmiernej wysokości.

W praktyce zgłaszane są propozycje, aby w przypadku braku winy beneficjenta nie naliczać sankcji dodatkowej w postaci odsetek, ale ograniczyć się wyłącznie do orzeczenia samego zwrotu nieprawidłowo wykorzystanych lub pobranych środków europejskich. Nie wydaje się, aby można podzielić ten pogląd. Ustawodawca w treści art. 207 ust. 1 u.f.p., jak to już wyżej wskazano, nie przewidział żadnego upoważnienia dla możliwości stosowania sankcji dodatkowej w postaci odsetek za zwłokę w formie fakulta-

³⁴⁷ G. Karwatowicz, *Jak uniknąć zwrotu...*, s. 142.

tywnej lub w zróżnicowanym zakresie. Dlatego w każdej decyzji nakazującej zwrot nieprawidłowo wykorzystanych lub nieprawidłowo pobranych środków należy nakazać uiszczenie także odsetek liczonych jak dla zaległości podatkowych, od dnia przekazania tych środków na wskazany rachunek bankowy.

Organy właściwe do wydania decyzji o zwrocie środków z tytułu nieprawidłowego ich wykorzystania lub nieprawidłowego pobrania określa art. 207 ust. 9 u.f.p. Są nimi: instytucja zarządzająca lub instytucja pośrednicząca. W celu ustalenia rodzaju instytucji należy odnieść się do ustawy o zasadach prowadzenia polityki rozwoju (u.z.p.p.r.) oraz do ustawy o wspieraniu zrównoważonego sektora rybackiego z udziałem Europejskiego Funduszu Rybackiego³⁴⁸. Zgodnie z ustawą o zasadach prowadzenia polityki rozwoju instytucją zarządzającą jest właściwy minister, minister właściwy do spraw rozwoju regionalnego lub zarząd województwa (ten ostatni w przypadku regionalnego programu operacyjnego), odpowiedzialny za przygotowanie i realizację tego programu. Instytucją pośredniczącą jest natomiast organ administracji publicznej lub inna jednostka sektora finansów publicznych, której powierzono w drodze porozumienia zawartego z instytucją zarządzającą część zadań związanych z realizacją programu operacyjnego. Zadania instytucji zarządzającej w zakresie wdrażania środków objętych programem operacyjnym wykonuje natomiast jako instytucja pośrednicząca – Agencja Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa, samorząd województwa lub inne jednostki sektora finansów publicznych albo fundacja, której jedynym fundatorem jest Skarb Państwa, lub podmioty, którym minister właściwy do spraw rybołówstwa powierzył wykonywanie zadań instytucji zarządzającej.

Podmiotem uprawnionym do wydania decyzji o zwrocie środków może być także, obok instytucji zarządzającej czy pośredniczącej, instytucja wdrażająca. Wymaga to jednak spełnienia dodatkowych wymogów wskazanych w ustawie. Zgodnie z art. 207 ust. 11 u.f.p. instytucja zarządzająca lub pośrednicząca może na podstawie porozumienia lub umowy upoważnić do wydania takiej decyzji instytucję wdrażającą, będącą jednostką sektora finansów publicznych. Możliwość delegowania takiej kompetencji na rzecz instytucji wdrażającej uzależniona jest od spełnienia dwóch warunków. Pierwszym warunkiem jest forma prawna, za pomocą której nastąpi przekazanie takiej kompetencji przez instytucję zarządzającą lub pośredniczącą na rzecz instytucji wdrażającej. Zgodnie z art. 27 i 32 u.z.p.p.r., musi to być porozumienie lub umowa zawarta przez instytucję zarządzającą lub pośredniczącą a instytucją wdrażającą. Drugim warunkiem umożliwiającym przekazanie na rzecz instytucji wdrażającej kompetencji do wydawania decyzji o zwrocie środków jest konieczność posiadania przez nią statusu

³⁴⁸ Ustawa z dnia 3 kwietnia 2009 r. o wspieraniu zrównoważonego rozwoju sektora rybackiego z udziałem Europejskiego Funduszu Rybackiego, Dz.U. Nr 72, poz. 619 ze zm.

jednostki sektora finansów publicznych. Będzie zatem mogło wyłącznie chodzić o podmioty wymienione w art. 9 u.f.p. Oba wskazane warunki muszą być spełnione łącznie. Wydanie decyzji przez instytucję wdrażającą w sytuacji niezachowania któregośkolwiek z wyżej wymienionych warunków oznacza, że decyzja została wydana bez podstawy prawnej, a tym samym nie powoduje żadnych negatywnych skutków dla beneficjenta co do zwrotu środków.

Wyjątek w procedurze odzyskiwania niewłaściwie wykorzystanych środków pochodzących z funduszy UE stanowią państwowe jednostki budżetowe. Na mocy art. 207 ust. 13 decyzji o zwrocie środków nie wydaje się w stosunku do tych jednostek. Z mocy prawa jednostki budżetowe nie mogą być bowiem adresatami takich decyzji. Nie otrzymują one dotacji, ale w całości pokrywają ponoszone przez siebie wydatki bezpośrednio z właściwego budżetu³⁴⁹. Jednostka budżetowa może dokonywać jedynie takich wydatków, które są zaplanowane we właściwej podziale klasyfikacji budżetowej i według zasad określonych dla tych wydatków³⁵⁰.

Sankcje z tytułu nieprawidłowego pobierania oraz wykorzystywania środków europejskich spełniają przede wszystkim funkcje prewencyjne. Mobilizują bowiem beneficjentów do przestrzegania obowiązujących w tym zakresie zasad i procedur. Sankcje te spełniają także funkcje represyjne, szczególnie w związku z koniecznością dokonania zwrotu pobranych środków wraz z odsetkami. Należałoby zatem postulować, aby przesłanki, od których zaistnienia możliwe jest orzeczenie sankcji zwrotu nieprawidłowo wykorzystanych lub nieprawidłowo pobranych środków, miały jednoznacznie ustawowo uregulowany sposób ich rozumienia.

W sytuacjach szczególnie kwalifikowanych ustawodawca przewidział kolejną sankcję, która pozbawia możliwości ponownego otrzymania dofinansowania ze środków europejskich przez instytucję prawną wykluczenia (art. 207 ust. 1 i 4 u.f.p.). Wykluczenie ma związek z przesłankami powodującymi obowiązek zwrotu środków przez beneficjenta. Wykluczenie nie jest jednak samoistną konstrukcją prawną, gdyż nie występuje zespół przesłanek, które byłyby typowe i właściwe tylko dla instytucji wykluczenia³⁵¹. Wykluczenie beneficjenta nastąpi, jeżeli obok wszystkich przesłanek warunkujących konieczność zwrotu środków pojawi się którakolwiek spośród czterech ustawowo określonych w art. 207 ust. 4 przesłanek:

³⁴⁹ G. Karwatowicz, *Decyzja o zwrocie środków z funduszy UE*, „Finanse Publiczne” 2010, nr 3, s. 61–63.

³⁵⁰ W. Miemiec, *Komentarz do art. 203*, [w:] M. Karlikowska, W. Miemiec, Z. Ofiarski, K. Sawicka, *Ustawa o finansach...*, s. 519.

³⁵¹ J. Odachowski, *Wykluczenie beneficjenta*, [w:] W. Miemiec (red.), *Europejskie bezzwrotne źródła finansowania polityki regionalnej w Polsce*, Wrocław 2012, s. 254.

- otrzymanie płatności na podstawie przedstawionych jako autentyczne dokumentów podrobionych lub przerobionych lub potwierdzających nieprawdę,
- niezrealizowanie pełnego zakresu rzeczowego projektu w przypadku projektów infrastrukturalnych lub niezrealizowanie celu projektu na skutek okoliczności leżących po stronie beneficjenta,
- niezwrócenie w terminie 14 dni od dnia doręczenia decyzji zakwalifikowanych do zwrotu środków na wskazany w decyzji rachunek bankowy,
- otrzymanie płatności na podstawie przedstawionych jako autentyczne dokumentów podrobionych lub przerobionych lub potwierdzających nieprawdę, o ile były one konsekwencją przestępstwa popełnionego przez podmiot upoważniony do dokonywania czynności w imieniu beneficjenta w ramach projektu, przy czym fakt popełnienia przestępstwa musi być potwierdzony prawomocnym wyrokiem sądowym.

Okres wykluczenia z możliwości otrzymania środków rozpoczyna się od dnia, kiedy decyzja o zwrocie środków stała się ostateczna albo od dnia stwierdzenia okoliczności uzasadniających tę sankcję, a kończy się z upływem 3 lat od dnia dokonania zwrotu tych środków.

Ta dotkliwa sankcja nie dotyczy jednak podmiotów, które na podstawie odrębnych przepisów realizują zadania interesu publicznego, jeżeli spowoduje to niemożność wdrożenia działania w ramach programu, nie dotyczy ona także j.s.t. (art. 207 ust. 7 u.f.p.). Ustawodawca uznał zatem, że działalność j.s.t. jest nierozzerwalnie związana z realizacją interesu publicznego i pozbawienie tych podmiotów środków na realizację ich zadań wiązałoby się z uszczerbkiem dla tego interesu.

Państwa członkowskie wdrażające unijną politykę regionalną są zobowiązane podejmować działania implementacyjne służące z jednej strony zapewnieniu skutecznego systemu zarządzania i kontroli wykorzystania środków finansowych pochodzących z budżetu UE, z drugiej zaś – zapobieganiu i wykrywaniu nieprawidłowości, prowadzeniu postępowań zmierzających do odzyskania kwot wydatkowanych nieprawidłowo i nakładaniu sankcji (art. 70 ust. 1 rozporządzenia ramowego). Przyczyną nieprawidłowości mogą być wady systemu zarządzania i kontroli. Jeżeli Komisja wykryje znaczące wady systemu zarządzania i kontroli albo w poświadczonej deklaracji wydatków, którą państwo członkowskie składa Komisji w celu uzyskania płatności okresowej, wykryje wydatek związany z poważną nieprawidłowością, która nie została naprawiona, może wstrzymać bieg terminu płatności okresowej na okres nieprzekraczający 6 miesięcy (art. 91 rozporządzenia ramowego). W razie wykrycia w systemie zarządzania i kontroli poważnej wady, mającej wpływ na rzetelność procedury poświadczania płatności, w od-

niesieniu do której nie podjęto środków naprawczych, albo wykrycia w poświadczonej deklaracji wydatków wydatku związanego z poważną nieprawidłowością, która nie została naprawiona, a także w sytuacji poważnego naruszenia przez państwo członkowskie zobowiązań określonych w art. 70 ust. 1 i 2 rozporządzenia ramowego, Komisja może zawiesić całość lub część płatności okresowej (art. 92 rozporządzenia ramowego). W rozporządzeniu tym nie podano terminu, na jaki Komisja może zawiesić płatność. Państwo członkowskie może jednak zgłosić swoje uwagi w postępowaniu wyjaśniającym. Komisja znosi zawieszenie płatności, gdy państwo członkowskie podjęło niezbędne środki eliminujące przyczyny zawieszenia płatności, jeżeli jednak to nie nastąpi, może przyjąć decyzję o anulowaniu wkładu UE w program operacyjny. Nastąpi to zgodnie z przepisami określającymi nakładanie korekt finansowych na państwo członkowskie (art. 92 ust. 2 rozporządzenia ramowego).

Istotą korekty finansowej nakładanej przez Komisję na państwo członkowskie jest wycofanie przeznaczonych na realizację programu operacyjnego funduszy pochodzących z budżetu UE w całości lub w części. Celem dokonywania korekt finansowych jest przywrócenie sytuacji, w której wszystkie wydatki poświadczone do sfinansowania z funduszy strukturalnych i Funduszu Spójności będą zgodne z przepisami oraz zasadami krajowymi i unijnymi³⁵². Nie można ich zatem utożsamiać z sankcją, co znalazło potwierdzenie w orzecznictwie TSUE. Celem korekt finansowych jest uniknięcie obciążania budżetu UE kwotami, których poniesienie nie służy finansowaniu celów wyznaczonych przez wspólnotowe (unijne) rozporządzenia³⁵³. Fundusze zatrzymane w wyniku nakładanych korekt finansowych mogą być, w przypadku prawidłowo funkcjonującego systemu audytu wewnętrznego, ponownie wykorzystane przez państwo członkowskie na dany program operacyjny, jednak na inne przedsięwzięcia niż te, które zostały poddane korekcie.

Ponoszone w państwie członkowskim wydatki związane z realizacją programów i projektów finansowanych z udziałem środków europejskich winny być dokonywane zgodnie z procedurami określonymi w umowie międzynarodowej lub innymi procedurami obowiązującymi przy ich wykorzystaniu (art. 184 ust. 1 u.f.p.). Działania podejmowane przez państwa członkowskie w związku z zarządzaniem funduszami strukturalnymi i Funduszem Spójności podlegają weryfikacji Komisji. Jeżeli w toku wykonywania wydatków z udziałem środków pochodzących z budżetu UE zostaną wykryte indywidualne

³⁵² J. Łacny, *Ponoszone przez państwa członkowskie finansowe skutki naruszenia interesów finansowych Unii Europejskiej w dziedzinie polityki regionalnej*, [w:] C. Nowak (red.), *Ochrona interesów finansowych a przemiany instytucjonalne Unii Europejskiej*, Warszawa 2009, s. 209.

³⁵³ Por. wyroki TSUE: z dnia 11 stycznia 2001 r. w sprawie *Grecja v. Komisja*, C-247/98, ECR 2001, s. I-1, pkt 13 i 14; z dnia 9 września 2004 r. w sprawie *Grecja v. Komisja*, C-332/01, ECR 2004, s. I-7699, pkt 63; z dnia 24 kwietnia 2008 r. w sprawie *Belgia v. Komisja*, C-418/06, ECR 2008, s. I-3047, pkt 154.

bądź systemowe nieprawidłowości, to na podstawie rozporządzenia ramowego 1083/2006 państwo członkowskie samo dokonuje korekt finansowych wymaganych w związku ze stwierdzonymi nieprawidłowościami. Obowiązek nakładania korekt finansowych, określonych w art. 98 rozporządzenia ramowego, przewiduje art. 99 tego rozporządzenia.

Zgodnie z wytycznymi Komisji Europejskiej dotyczącymi zasad stosowania korekt finansowych dla funduszy strukturalnych oraz dla Funduszu Spójności³⁵⁴, nieprawidłowość indywidualna to naruszenie prawa lub zapisów umowy o dofinansowanie powstałe w wyniku działania lub zaniechania beneficjenta, co spowodowało lub mogło spowodować szkodę w środkach UE. Nieprawidłowość systemowa została w tych wytycznych określona jako powtarzający się błąd ze względu na poważne wady systemu zarządzania i kontroli ustanowionych w celu zapewnienia prawidłowej rachunkowości i zgodności z przepisami, który skutkuje lub może skutkować nieprawidłowym wydatkowaniem środków UE.

W celu ujednolicenia zasad i systemu wymierzania korekt finansowych Komisja opracowała i przyjęła dnia 29 listopada 2007 r. dokument zatytułowany „Wytyczne dotyczące określania korekt finansowych dla wydatków współfinansowanych z funduszy strukturalnych oraz Funduszu Spójności w przypadku nieprzestrzegania przepisów dotyczących zamówień publicznych”³⁵⁵. Celem korekt finansowych jest doprowadzenie do sytuacji, w której 100% wydatków objętych wnioskiem o dofinansowanie z funduszy strukturalnych będzie zgodne z regulacjami krajowymi i wspólnotowymi mającymi zastosowanie w danym przypadku.

Wysokość i metodologię naliczania korekt finansowych regulują wydane na podstawie art. 35 ust. 3 pkt 9b u.z.p.p.r. wytyczne Ministra Rozwoju Regionalnego opublikowane na stronie internetowej ministerstwa³⁵⁶. Aby można było nałożyć korektę finansową, działanie lub zaniechanie zamawiającego powinno, po pierwsze, nosić znamiona nieprawidłowości w sensie definicji unijnych, po drugie zaś – wywoływać negatywne skutki dla wydatków pochodzących ze środków UE. Oznacza to brak obowiązku nakładania korekt finansowych za naruszenia, które mają charakter wyłącznie formalny i nie wywołują żadnych skutków finansowych³⁵⁷. Ponadto w wytycznych krajowych wyraż-

³⁵⁴ Wytyczne Komisji Europejskiej C(2001) 476 z 02.03.2001; wytyczne Komisji Europejskiej C(2002) 2871 z 29.07.2002.

³⁵⁵ COCOF 07/0037/03-PL.

³⁵⁶ Ministerstwo Rozwoju Regionalnego, *Wymierzanie korekt finansowych za naruszenia prawa zamówień publicznych związane z realizacją projektów współfinansowanych ze środków funduszy UE*, ostatnia aktualizacja z dnia 14 listopada 2012 r., dalej zwane wytyczne krajowe.

³⁵⁷ Przykładem takich naruszeń mogą być np. brak zamieszczenia w ogłoszeniu publikowanym w siedzibie zamawiającego, na stronie internetowej lub w dzienniku o zasięgu ogólnopolskim informacji o dacie przekazania ogłoszenia do Urzędu Publikacji Unii Europejskiej czy błąd-

nie wskazano, że nieprawidłowości będące następstwem naruszeń przepisów ustawy Pzp, które nie służą wdrożeniu prawa wspólnotowego, nie stanowią co do zasady podstawy do wymierzania korekty finansowej.

Wytyczne krajowe określają dwie metody ustalania wysokości korekty finansowej – dyferencyjną lub wskaźnikową. Metoda dyferencyjna polega na ustaleniu różnicy między wysokością rzeczywistych wydatków ze środków funduszy UE a hipotetyczną wysokością takich wydatków wówczas, gdyby do naruszenia nie doszło. Jeżeli metody dyferencyjnej zastosować się nie da, ponieważ obliczenie konkretnego rozmiaru szkody wywołanej naruszeniem jest trudne albo niemożliwe, można się posłużyć metodą wskaźnikową. Polega ona na wyznaczeniu wskaźnika korekty jako iloczynu wskaźnika procentowego nałożonej korekty, wskaźnika procentowego współfinansowania z funduszy UE oraz wysokości faktycznych wydatków kwalifikowalnych dla danego zamówienia. Wskaźnik procentowy został dla konkretnych kategorii nieprawidłowości określony w załączniku do wytycznych krajowych (taryfikatorze)³⁵⁸. Taryfikator nie ma jednak charakteru zamkniętego. W przypadku nieprawidłowości nieujętej w tym katalogu podmiot kontrolujący ma obowiązek zastosować wskaźnik procentowy nieprawidłowości najbliższej rodzajowo. Ponadto podane w taryfikatorze stawki procentowe są zalecanymi stawkami maksymalnymi. Ustalając wysokość korekt finansowych za naruszenia prawa europejskiego lub krajowego, należy brać pod uwagę nie tylko rodzaj lub stopień naruszenia, ale także skutki finansowe naruszenia dla wydatków ze środków funduszy UE³⁵⁹. Stawki te mogą zostać obniżone, jednak nie więcej niż o 50% wartości wskaźnika wyjściowego³⁶⁰.

Jak już wcześniej stwierdzono, celem wykonywanej przez różne uprawnione organy kontroli udzielania zamówień publicznych jest wskazanie nieprawidłowości. W sytuacji najbardziej pożądaney kontrola nie wykaze żadnych nieprawidłowości i dalszy przebieg procedury udzielania zamówienia publicznego przebiegać będzie zgodnie z zamierzeniami zamawiającego. Może się jednak zdarzyć, że wynikiem kontroli będzie stwierdzenie nieprawidłowości na którymś z etapów postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. O wyniku kontroli w każdej sytuacji musi zostać powiadomiony zamawiający. Jeżeli wykryta nieprawidłowość nie uniemożliwia kontynuowania proce-

ne obliczenie szacunkowej wartości zamówienia, jeżeli nie ma to wpływu na miejsce publikacji ogłoszenia i zastosowanie właściwych przepisów proceduralnych.

³⁵⁸ M. Szorc, K. Zaczeniuk, *Wykonywanie zadań j.s.t. w trybie zamówień publicznych*, [w:] C. Kosikowski, J.M. Salachna (red.), *Finanse samorządowe. 580 pytań i odpowiedzi*, Warszawa 2012, s. 173.

³⁵⁹ W. Hartung, *Korekty finansowe w projektach europejskich*, „UE-Fundusze Strukturalne” nr 11 (45), www.ue-fs.pl.

³⁶⁰ M. Szorc, K. Zaczeniuk, *Wykonywanie zadań...*, s. 173.

dury udzielania zamówienia, zamawiający może skorygować postępowanie, wykonując zalecenia pokontrolne. Poważniejsze naruszenia przepisów prawa skutkują jednak omówionymi wyżej sankcjami dla zamawiającego, a w przewidzianych prawem sytuacjach także obligatoryjnym unieważnieniem postępowania. Niezależnie od niepomyślnych skutków dla samego przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, osoby odpowiedzialne za wykryte nieprawidłowości poniosą odpowiedzialność za czyny naruszające prawo. Może to być wspomniana już wcześniej odpowiedzialność karna i karnoskarbowa, a także odpowiedzialność z tytułu naruszenia dyscypliny finansów publicznych, której poświęcony jest następny rozdział opracowania.

Rozdział V

Odpowiedzialność jednostki samorządu terytorialnego za naruszenie dyscypliny finansów publicznych związana z realizacją zamówień publicznych

1. Pojęcie i zasady ponoszenia odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych w związku z udzieleniem i realizacją zamówienia publicznego

Osoby odpowiedzialne za wydatkowanie środków publicznych, przeznaczonych na finansowanie zamówień publicznych, mogą ponosić obok odpowiedzialności cywilnoprawnej (odszkodowawczej) także odpowiedzialność przewidzianą przepisami prawa publicznego. Jest to odpowiedzialność dwojakiego rodzaju. W dziale VII ustawy Prawo zamówień publicznych, zatytułowanym „Odpowiedzialność za naruszenie przepisów ustawy”, przewiduje się w stosunku do zamawiających niemających statusu jednostek sektora finansów publicznych, którzy są wymienieni w art. 3 ust. 1 pkt 3 i 4 Pzp, odpowiedzialność porządkową, zagrożoną karą pieniężną na zasadach określonych w art. 200–202 Pzp. Odpowiedzialność z tego tytułu, według art. 199 Pzp, nie będzie jednak miała zastosowania do j.s.t.

Jednostki sektora finansów publicznych, a także jednostki spoza tego sektora, dysponujące środkami publicznymi w rozumieniu ustawy o finansach publicznych, w przypadku naruszania reguł determinujących zasady, formy i tryb postępowania w związku z udzielaniem zamówienia publicznego będą ponosiły odpowiedzialność przewidzianą przez powoływane już wielokrotnie przepisy ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych.

Instytucja odpowiedzialności z tytułu naruszenia dyscypliny finansów publicznych została wprowadzona do systemu finansów publicznych w miejsce instytucji odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny budżetowej³⁶¹. Termin „odpowiedzialność” w języku potocznym kojarzony jest z ponoszeniem negatywnych konsekwencji przez okreśło-

³⁶¹ M. Mazurkiewicz, *Odpowiedzialność finansowa za naruszenie dyscypliny budżetowej w PRL*, Wrocław 1968, s. 4; M. Mazurkiewicz, *Dyscyplina budżetowa*, [w:] M. Weralski (red.), *System instytucji prawno-finansowych PRL*, t. II, Warszawa 1982, s. 576.

ne podmioty w związku z zaistnieniem sytuacji będących rezultatem niepożądanych, lecz podjętych przez nie działań lub zaniechań. W obowiązujących przepisach prawa brakuje legalnej definicji odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Zagadnienie to stanowi przedmiot badań w doktrynie. Pojęcie tej odpowiedzialności konstruuje się poprzez ustalenie poszczególnych elementów składających się na znamiona tej instytucji, zawarte w samej ustawie o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, jak i w innych przepisach, wskazanych w tej ustawie. Jeden z poglądów głosi, że przez dyscyplinę finansów publicznych rozumie się katalog zasad odnoszących się do prawidłowego gospodarowania środkami publicznymi, sformułowanych w obowiązujących przepisach nie tylko ustawy o finansach publicznych, ale także w innych regulacjach dotyczących np. przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych czy ustawy o zasadach prowadzenia polityki rozwoju³⁶². Według innego stanowiska przez dyscyplinę tę należy rozumieć obowiązek przestrzegania ogółu przepisów regulujących gospodarowanie mieniem i środkami publicznymi przez dysponentów budżetowych lub inne podmioty korzystające z tych środków lub nimi dysponujące³⁶³. Niezależnie od sposobu pojmowania omawianej odpowiedzialności trzeba wyraźnie podkreślić, że w systemie finansów publicznych instytucja ta stanowi obiektywną konieczność, spełniając określone funkcje zmierzające przede wszystkim do przestrzegania norm kreujących reżim finansowania zamówień publicznych, w celu ochrony gospodarki rynkowej i jej podstawowych wartości, takich jak uczciwa konkurencja i równe traktowanie jego uczestników.

Dla potrzeb niniejszego opracowania należy przyjąć, że przez dyscyplinę finansów publicznych rozumie się obowiązujące zarówno zamawiających, jak i wykonawców zamówień publicznych finansowanych ze środków publicznych (wymienionych w art. 4 u.n.d.f.p.), zasady i reguły wyznaczające działania i zaniechania, których naruszenie wypełni znamiona czynów przewidzianych w art. 17 i 18c u.n.d.f.p. Będą to zatem reguły wyznaczające prawidłowe postępowanie w związku z przygotowywaniem i udzieleniem zamówienia publicznego finansowanego ze środków publicznych, określone nie tylko w przepisach ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, lecz także w przepisach innych regulacji, w tym przede wszystkim w przepisach ustawy o finansach publicznych i ustawie Prawo zamówień publicznych. Naruszenie tak rozumianej dyscypliny zostało uregulowane w ustawie poprzez

³⁶² L. Lipiec-Warzecha, *Ustawa o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Komentarz*, Warszawa–Kraków 2008, s. 25.

³⁶³ C. Kosikowski, *Dyscyplina finansów publicznych oraz odpowiedzialność za jej naruszenie*, [w:] C. Kosikowski, E. Ruśkowski (red.), *Finanse publiczne i prawo finansowe*, Warszawa 2008, s. 818.

stworzenie zamkniętego katalogu czynów, które określa się jako delikty będące naruszeniem dyscypliny finansów publicznych.

W piśmiennictwie dyskusyjny jest także charakter tej odpowiedzialności. Zarówno w przepisach materialnoprawnych, jak i tych, które dotyczą zagadnień proceduralnych odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, występują liczne konstrukcje właściwe prawu karnemu. Najczęściej wskazuje się tutaj na sanacyjny charakter regulacji, a także na wykorzystywanie konstrukcji winy jako przesłanki kreującej ten rodzaj odpowiedzialności. Należy jednak wskazać, że odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych realizuje nie tylko funkcje represyjne, ale przede wszystkim funkcje prewencyjne. Stąd pojawiają się poglądy, które podkreślają mieszaną charakter prawny omawianej odpowiedzialności z uwagi na fakt, iż w jej modelu znajdują się obok elementów odpowiedzialności karnej także elementy odpowiedzialności administracyjnej oraz pracowniczej.

Biorąc pod uwagę całokształt obowiązujących regulacji, należy zgodzić się z dominującym stanowiskiem, że odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych ma charakter administracyjny³⁶⁴. Odpowiedzialność tę ponoszą nie tylko pracownicy jednostek sektora finansów publicznych, lecz także inne osoby niebędące pracownikami takiej jednostki, którym na podstawie przepisów o zamówieniach publicznych, zamawiający powierzył przygotowanie lub przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na zasadach przewidzianych w art. 4 ust. 2 u.n.d.f.p. O takim charakterze omawianej odpowiedzialności przesądza fakt, iż orzeczenie właściwej komisji orzekającej w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych ma wszelkie istotne cechy decyzji administracyjnej. Ponadto orzeczenia Głównej Komisji Orzekającej, jako ostateczne rozstrzygnięcie kończące postępowanie w toku instancji, podlegają zaskarżeniu do sądu administracyjnego (art. 169 u.n.d.f.p.)³⁶⁵. Zatem, podobnie jak w postępowaniu administracyjnym, kontrolę następczą sprawują specjalnie w tym celu powołane instytucje sądowe. Także procedura dochodzenia i wykonania tej odpowiedzialności, uregulowana w dziale czwartym ustawy, ma jednoznacznie charakter administracyjny, bardzo zbliżony do regulacji przewidzianych w kodeksie postępowania administracyjnego.

Zanim przejdziemy do analizy poszczególnych czynów stanowiących naruszenie dyscypliny finansów publicznych w zakresie wyznaczonym przedmiotem badań, warto

³⁶⁴ P. Kryczko, *Ustawa o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Wprowadzenie*, Kraków 2005, s. 40.

³⁶⁵ P. Kryczko, *Model odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych*, [w:] A. Kostecki (red.), *Prawo finansowe i nauka prawa finansowego na przełomie wieków. Ogólnopolska Konferencja Katedr Prawa Finansowego*, Kraków, 21–23 października 1999 r., Kraków 2000, s. 37–38.

najpierw przedstawić ogólne zasady tej odpowiedzialności. Pod pojęciem zasad ogólnych odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych należy rozumieć podstawowe postulaty, reguły determinujące jej ponoszenie i egzekwowanie, przewidziane w rozdziale drugim omawianej ustawy. Zasady te dotyczą przesłanek odpowiedzialności oraz reguł ją wyłączających.

Odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych może ponieść osoba (zakres podmiotowy wyznacza art. 4 u.n.d.f.p.), która popełniła czyn naruszający dyscyplinę finansów publicznych określony przez ustawę obowiązującą w czasie jego popełnienia (art. 19 ust. 1 u.d.n.f.p. – zasada określoności czynu). W kolejnym ustępie tego samego przepisu ustawodawca wymaga, aby odpowiedzialność za naruszenie omawianej dyscypliny ponosiła wyłącznie osoba, której można przypisać winę w czasie popełnienia naruszenia. Do przypisania tej odpowiedzialności nie wystarcza zatem wskazanie formalnego naruszenia przepisów prawa. Wymagane jest udowodnienie zawinienia po stronie sprawcy³⁶⁶. Wina stanowi bowiem podmiotową podstawę odpowiedzialności. Nie będzie jednak można przypisać osobie winy, jeżeli naruszenia nie mogła uniknąć mimo dołożenia staranności wymaganej od osoby odpowiedzialnej za wykonanie takiego obowiązku, którego niewykonanie lub nienależyte wykonanie stanowi czyn naruszający dyscyplinę finansów publicznych. Nie ma znaczenia, czy czyn został popełniony umyślnie, czy nieumyślnie.

Ustawodawca podjął próbę częściowego skonkretyzowania pojęcia winy. W tym ujęciu odpowiedzialność jest wiązana ze szczególną starannością i dbałością o dobro finansów publicznych w stosunku do osób, które z racji pełnionych funkcji i wykonywanych czynności są zobowiązane do takiej staranności. Dla udowodnienia winy konieczne jest więc zindywidualizowanie staranności w stosunku do osób, które udzieliły zamówienia publicznego lub dokonywały poszczególnych czynności w toku przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a także po jego przeprowadzeniu. W celu ustalenia tej odpowiedzialności istotne będzie także wyjaśnienie, czy sprawca miał możliwość innego zachowania.

Regulacja taka stanowi przejaw konstytucyjnej zasady *nullum crimen sine lege*, wymagającej od ustawodawcy maksymalnej określoności czynów karalnych³⁶⁷. Oznacza to, że katalog karalnych czynów stanowiących naruszenie dyscypliny finansów publicznych musi mieć charakter zamknięty. Przypisanie odpowiedzialności może mieć zatem miejsce tylko w przypadku popełnienia czynu *expressis verbis* sformułowanego w tym katalogu³⁶⁸.

³⁶⁶ Orzeczenie GKO z dnia 23 listopada 2006 r., DF/GKO-4900-83/103/06/2564, niepubl.

³⁶⁷ R. Szostak, *Planowanie i finansowanie zamówień publicznych*, Warszawa 2007, s. 170.

³⁶⁸ Orzeczenie GKO z dnia 21 kwietnia 2005 r., DF/GKO/Odw. – 107/145/2004/1325, niepubl.

Ustawa reguluje także sytuację, gdy w czasie orzekania obowiązuje już inna ustawa niż w czasie popełnienia naruszenia (art. 24 ust. 1 u.n.d.f.p.). Obowiązuje wtedy reguła przyznająca priorytet stosowania ustawy nowej. Zastosowanie starej ustawy możliwe jest jedynie wówczas, gdy jest ona dla sprawcy względniejsza. Jeżeli jednak, według późniejszej ustawy, określone działanie lub zaniechanie, za które została prawomocnie orzeczona kara, nie stanowi już naruszenia dyscypliny finansów publicznych, to kara taka ulega zatarciu z mocy prawa (art. 24 ust. 2 u.n.d.f.p.).

Ustawodawca przewidział także okoliczności, wyłączające winę sprawcy. Należy wskazać przede wszystkim na znaną z prawa karnego instytucję błędu co do prawa, który stanowi okoliczność wyłączającą winę sprawcy, o ile jest usprawiedliwiony (art. 23 ust. 1 u.n.d.f.p.). Błąd co do prawa (*error iuris*) zachodzi wówczas, gdy sprawca dopuszcza się naruszenia dyscypliny finansów publicznych w błędnym przekonaniu, że jego zachowanie jest legalne. Uznanie błędu za usprawiedliwiony wyłącza możliwość postawienia sprawcy zarzutu, iż jego zachowanie było sprzeczne z prawem, co w konsekwencji powoduje wyłączenie winy. Czyn naruszający dyscyplinę finansów publicznych pozostaje czynem bezprawnym, ale niezawinionym³⁶⁹.

Kolejną uregulowaną w ustawie okolicznością wyłączającą winę sprawcy jest instytucja niepoczytalności (art. 23 ust. 2 u.n.d.f.p.). Niepoczytalność zachodzi wówczas, gdy sprawca nie może w czasie popełniania czynu rozpoznać jego znaczenia lub pokierować swoim postępowaniem. Okolicznością wyłączającą winę jest jedynie niepoczytalność wynikająca z choroby psychicznej lub innego zakłócenia czynności psychicznych. O niepoczytalności może być mowa wówczas, gdy przyczynie jej powstania towarzyszy występująca w czasie popełnienia czynu niemożność rozpoznania jego znaczenia lub niemożność pokierowania swoim postępowaniem³⁷⁰. Nie stanowi okoliczności wyłączającej winę niepoczytalność zawiniona, tj. niepoczytalność wywołana wprawieniem się sprawcy w stan nietrzeźwości lub odurzenia (art. 23 ust. 3 u.n.d.f.p.).

Odpowiedzialność ponosi także osoba, która jedynie wydała polecenie wykonania czynu naruszającego dyscyplinę finansów publicznych, czyli dopuściła się tzw. sprawstwa polecającego (art. 19 ust. 3 u.n.d.f.p.)³⁷¹. Zasada ta wprowadza podstawę odpowiedzialności ponoszonej przez osobę, która sama swoim zachowaniem (działaniem lub za-

³⁶⁹ L. Lipiec-Warzecha, *Ustawa o odpowiedzialności...*, s. 337–338.

³⁷⁰ J. Giezek, *Wina oraz okoliczności ją wyłączające*, [w:] M. Bojarski (red.), *Prawo karne materialne. Część ogólna i szczególna*, Warszawa 2004, s. 186.

³⁷¹ Zasada ta nie ma zastosowania do sytuacji, w której polecenie takie wydaje kierownik jednostki sektora finansów publicznych w związku z realizowaniem w danej jednostce kontroli zarządczej. Kierownik będzie bowiem ponosił odpowiedzialność, jeżeli dopuści się zaniedbań w zakresie kontroli zarządczej, które mogą być także rezultatem wydanych poleceń w przypadkach przewidzianych w art. 18c u.n.d.f.p.

niechaniem) nie zrealizowała znamion naruszenia, natomiast wydała polecenie wykonania takiego czynu. Polecenie może być wydane w dowolnej formie, ustnej lub pisemnej. Niezbędnym warunkiem odpowiedzialności jest stosunek zależności między osobą wydającą polecenie a osobą bezpośrednio tę dyscyplinę naruszającą. Zależność musi mieć charakter formalnej podległości służbowej³⁷². Na takich samych zasadach odpowiedzialność ponosi także osoba wchodząca w skład organu wykonującego budżet lub plan finansowy jednostki sektora finansów publicznych (albo jednostki niezaliczanej do sektora finansów publicznych, lecz otrzymującej środki publiczne) lub organu zarządzającego mieniem tych jednostek, która uczestniczyła w podjęciu uchwały zawierającej polecenie lub upoważnienie do popełnienia czynu stanowiącego naruszenie dyscypliny finansów publicznych, jeżeli nie zgłosiła sprzeciwu do uchwały na piśmie lub ustnie do protokołu albo nie głosowała przeciwko uchwale w przypadku głosowania imiennego (art. 20 u.n.d.f.p.).

Naruszenie dyscypliny, według zasady przewidzianej w art. 21 u.n.d.f.p., uważa się za popełnione w czasie, w którym sprawca działał lub zaniechał działania, do którego był zobowiązany. Przyjęto, iż jest to dzień następujący po upływie terminu, w którym określone działanie powinno nastąpić. Moment popełnienia czynu jest istotny nie tylko dla wyboru właściwej ustawy, zgodnie z regułami intertemporalnymi, która będzie stanowiła podstawę orzekania w sprawie o naruszenie dyscypliny finansów publicznych, ale również dla instytucji przedawnienia tej odpowiedzialności. Karalność naruszenia, według art. 38 ust. 1 u.n.d.f.p., ustaje, jeżeli od czasu popełnienia czynu upłynęły 3 lata. Jeżeli jednak w tym okresie wszczęto postępowanie o naruszenie dyscypliny finansów publicznych, karalność ustaje z upływem 2 lat od zakończenia tego okresu. Maksymalnie więc okres przedawnienia w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych może wynosić 5 lat od chwili popełnienia czynu.

Przepisy ustawy przewidują także termin przedawnienia wykonania kary. Zgodnie z art. 39 u.n.d.f.p., niezależnie od rodzaju orzeczonej kary termin przedawnienia wykonania kary wynosi 2 lata od dnia uprawomocnienia się orzeczenia. W ustawie uregulowano także instytucję zatarcia ukarania. Jak przewiduje art. 40 u.n.d.f.p., termin ten wynosi 2 lata od dnia wykonania kary lub przedawnienia jej wykonania. Skutkiem zatarcia ukarania jest uznanie go za niebyłe, a odpis orzeczenia w sprawie o naruszenie dyscypliny finansów publicznych jest usuwany z akt osobowych obwinionego. Ustawodawca nakazuje również, zgodnie z art. 190 pkt 1 u.n.d.f.p., usunąć taki wpis z rejestru ukaranych.

Odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych jest niezależna od innych rodzajów odpowiedzialności (art. 25 ust. 1 u.n.d.f.p.). Niezależność ta jest jednak istotnie ograniczona, jako że postępowanie o naruszenie dyscypliny finan-

³⁷² L. Lipiec-Warzecha, *Ustawa o odpowiedzialności...*, s. 309–310.

sów publicznych zawiesza się, jeżeli o ten sam czyn wszczęto postępowanie w sprawie o przestępstwo, przestępstwo skarbowe, wykroczenie albo wykroczenie skarbowe, do czasu zakończenia odpowiedniego postępowania. Jeżeli jednak sprawca zostanie prawomocnie skazany w innym postępowaniu, postępowanie w sprawie o naruszenie dyscypliny finansów publicznych musi zostać umorzone (art. 25 ust. 3 u.n.d.f.p.). Obowiązuje wtedy przesłanka rzeczy osądzonej (*res iudicata*). Z powyższego wynika, że odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych ma charakter subsydiarny. Czyny określone przez u.n.d.f.p. jako bezprawne mogą być przedmiotem penalizacji również przez inne przepisy³⁷³. Nie istnieją ponadto przeszkody, aby sprawca naruszenia dyscypliny finansów publicznych poniósł dodatkową odpowiedzialność na podstawie przepisów prawa cywilnego lub prawa pracy³⁷⁴.

Regulacje u.n.d.f.p. przewidują dwie sytuacje, w których pomimo wyczerpania wszystkich znamion naruszenia dyscypliny finansów publicznych nie dochodzi się odpowiedzialności za to naruszenie. Pierwszą z nich jest podjęcie czynu wyłącznie w celu ograniczenia zdarzenia losowego, czyli tzw. siły wyższej (art. 27 ust. 2 u.n.d.f.p.). Zgodnie z definicją legalną zdarzeniem losowym jest zdarzenie wywołane przez czynniki zewnętrzne, które nie są możliwe do przewidzenia. W szczególności należy tu wskazać na zdarzenia zagrażające bezpośrednio życiu lub zdrowiu ludzi lub grożące powstaniem szkody niewspółmiernie większej niż spowodowana czynem naruszającym dyscyplinę finansów publicznych (art. 27 ust. 2 u.n.d.f.p.). Pojęcie „szkody niewspółmiernej” oznacza, iż jej rozmiary są nieproporcjonalne, niedające się porównać³⁷⁵ do skutków czynu naruszającego dyscyplinę finansów publicznych. Druga przesłanka wyłączająca dochodzenie odpowiedzialności dotyczy czynów, których stopień szkodliwości dla finansów publicznych jest znikomy (art. 28 ust. 1 u.n.d.f.p.). Przy ocenie stopnia szkodliwości naruszenia dyscypliny finansów publicznych należy uwzględnić wagę naruszonych obowiązków, sposób i okoliczności ich naruszenia, a także finansowe skutki naruszenia (art. 28 ust. 1a u.n.d.f.p.). Przy ocenie skutków finansowych naruszenia należy natomiast brać pod uwagę przede wszystkim uszczerbek w dobrach materialnych jednostki sektora finansów publicznych. Ustawa nakazuje bowiem uwzględnić (art. 28 ust. 2 u.n.d.f.p.):

- wysokość uszczuplonych środków publicznych,
- kwotę środków publicznych niewpłaconych lub niezwróconych na właściwy rachunek budżetu państwa, jednostki samorządu terytorialnego lub innej jednostki sektora finansów publicznych,

³⁷³ *Ibidem*, s. 355.

³⁷⁴ P. Kryczko, *Zasady odpowiedzialności...*, s. 836.

³⁷⁵ M. Szymczak (red.), *Słownik języka polskiego PWN*, t. II, Warszawa 1979, s. 371.

- kwotę środków publicznych wydatkowanych bez upoważnienia lub z jego przekroczeniem albo niezgodnie z przeznaczeniem,
- wysokość zobowiązań zaciągniętych bez upoważnienia lub z jego przekroczeniem,
- kwotę zapłaconych odsetek, kar lub opłat, albo wypłaconego oprocentowania.

Ustawa wprowadza ponadto dodatkową zasadę, która nakazuje, aby przy ocenie stopnia szkodliwości dla finansów publicznych, w przypadku naruszenia dyscypliny niewywołującego skutków finansowych związanych z naruszeniem przepisów ustawy o zamówieniach publicznych lub ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi, uwzględniać nie tylko wagę naruszonych obowiązków oraz sposób i okoliczności naruszenia dyscypliny, ale także sposób naruszenia zasady uczciwej konkurencji lub zasady równego traktowania wykonawców (art. 28 ust. 3 u.n.d.f.p.).

Należy także podkreślić, że ani stan wyższej konieczności, ani znikoma szkodliwość czynu dla finansów publicznych nie wyłączają jego przestępności. Stanowią jedynie przesłanki niedochodzenia omawianej odpowiedzialności. Wystąpienie którejkolwiek z tych przesłanek w związku ze sprawą obliguje organ do umorzenia postępowania o naruszenie dyscypliny finansów publicznych (art. 78 ust. 1 pkt 7 u.n.d.f.p.). Przestępność czynu będzie natomiast wyłączona w przypadku zaistnienia okoliczności wyłączających bezprawność zachowania sprawcy. Osoba wykonująca polecenie przełożonego lub uchwałę organu kolegialnego nie będzie ponosiła odpowiedzialności, jeżeli łącznie spełni dwie przesłanki – zgłosi pisemne zastrzeżenie przed wykonaniem polecenia lub uchwały oraz otrzyma pisemne potwierdzenie wykonania polecenia lub uchwały, albo polecenie nie zostanie odwołane lub zmienione, a uchwała nie zostanie uchylona lub zmieniona w wyniku zastrzeżeń (art. 29 u.n.d.f.p.)³⁷⁶. Odpowiedzialność będą wtedy ponosiły osoby, które podpisały się pod pisemnym poleceniem wykonania polecenia. W przypadku braku pisemnego polecenia odpowiedzialność będzie ponosił każdy z członków organu, który nie zgłosił sprzeciwu do niezmienionej lub nieuchylonej uchwały, albo osoba, która wydała polecenie.

Ustawodawca wprowadził wyłączenie dopuszczalności kwalifikowania określonych zachowań jako naruszeń dyscypliny finansów publicznych. Przesłankami tego wyłączenia są niewielka wartość przekroczenia uprawnień do wydatkowania środków publicznych, do zaciągania zobowiązań albo niewykonania zobowiązań (art. 26 u.n.d.f.p.). Zgodnie z tym przepisem nie stanowią naruszenia działania lub zaniechania wywołujące uszczerbek w finansach publicznych nieprzekraczający łącznie ustawowo określonej

³⁷⁶ P. Kryczko, *Zasady odpowiedzialności...*, s. 837.

granicy, tzw. kwoty minimalnej³⁷⁷. Okoliczność ta odnosi się do kilku enumeratywnie wskazanych czynów, wskazanych w art. 5–16 u.n.d.f.p. Zasada ta nie ma jednak zastosowania do naruszeń z zakresu zamówień publicznych.

2. Ogólna charakterystyka postępowania w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych

Zgodnie z art. 93 u.n.d.f.p. zawiadomienie o ujawnionych okolicznościach wskazujących na naruszenie dyscypliny finansów publicznych składa się niezwłocznie do właściwego rzecznika dyscypliny finansów publicznych. W przepisie tym ustalono zamknięty katalog podmiotów obowiązanych do złożenia takiego zawiadomienia. Są nimi: kierownik jednostki sektora finansów publicznych, kierownik podmiotu niezaliczonego do sektora finansów publicznych, któremu przekazano do wykorzystania lub dysponowania środki publiczne, organ sprawujący nadzór nad jednostką sektora finansów publicznych, organ stanowiący j.s.t., komisja stała organu stanowiącego j.s.t., organ kontroli lub kierownik jednostki prowadzącej kontrolę jednostki sektora finansów publicznych, dysponent przekazujący środki publiczne jednostce sektora finansów publicznych lub podmiotowi niezaliczonemu do sektora finansów publicznych, a także organ założycielski jednostki sektora finansów publicznych. Zgodnie z art. 168a Pzp, w przypadku ujawnienia naruszenia przepisów ustawy stanowiącego czyn naruszający dyscyplinę finansów publicznych w trakcie kontroli, Prezes UZP zawiadamia właściwego rzecznika dyscypliny finansów publicznych o takim naruszeniu.

Na podstawie złożonego zawiadomienia rzecznik dyscypliny finansów publicznych podejmuje czynności sprawdzające w celu stwierdzenia, czy istnieją podstawy do wszczęcia postępowania wyjaśniającego (art. 96 ust. 1 u.n.d.f.p.). Po przeprowadzeniu czynności sprawdzających rzecznik – w zależności od dokonanych ustaleń – wydaje postanowienie o wszczęciu postępowania wyjaśniającego lub odmawia jego wszczęcia, kończąc tym samym postępowanie i nie składając wniosku o ukaranie (art. 97 ust. 1 u.n.d.f.p.).

W przypadku wydania postanowienia o wszczęciu postępowania rzecznik w terminie 120 dni od dnia otrzymania zawiadomienia występuje z wnioskiem o ukaranie za naruszenie dyscypliny finansów publicznych do właściwej komisji orzekającej albo

³⁷⁷ Granicę tę stanowi dla danego roku budżetowego kwota przeciętnego miesięcznego wynagrodzenia w gospodarce narodowej w roku poprzednim, ogłoszona przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego w Monitorze Polskim, zgodnie z art. 5 ust. 7 ustawy z dnia 4 marca 1994 r. o zakładowym funduszu świadczeń socjalnych, Dz.U. z 2012 r., poz. 592, 908 i 1456.

wyduje postanowienie o umorzeniu postępowania wyjaśniającego (art. 104 ust. 1 u.n.d.f.p.).

Podstawową zasadą postępowania w zakresie dyscypliny finansów publicznych wyrażoną w art. 72 ust. 1 u.n.d.f.p. jest dwuinstancyjność. Oznacza ona, że wszystkie rozstrzygnięcia mogą być zaskarżane do organu odwoławczego, ale jedynie na wniosek uprawnionego podmiotu – nie z urzędu. Zasada instancyjności gwarantuje prawną ochronę obwinionego.

W art. 46 u.n.d.f.p. ustalono rodzaje komisji prowadzących postępowanie. Komisjami orzekającymi pierwszej instancji są:

- a) Wspólna Komisja Orzekająca – właściwa w sprawach o naruszenie dyscypliny podczas realizacji budżetu państwa, w zakresie spraw wymienionych w art. 47 ust. 1 i 2 u.n.d.f.p.,
- b) Międzyresortowa Komisja Orzekająca przy ministrze właściwym do spraw finansów publicznych – właściwa w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych w zakresie spraw przewidzianych w art. 48 u.n.d.f.p.,
- c) Międzyresortowa Komisja Orzekająca przy ministrze właściwym do spraw administracji publicznej – właściwa w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych w zakresie przewidzianym w art. 49 u.n.d.f.p.,
- d) Międzyresortowa Komisja Orzekająca przy Ministrze Sprawiedliwości – właściwa w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych w zakresie przewidzianym w art. 49a u.n.d.f.p.,
- e) Komisja Orzekająca przy Szefie Kancelarii Prezesa Rady Ministrów – właściwa w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych w zakresie przewidzianym w art. 50 u.n.d.f.p.,
- f) regionalne komisje orzekające przy regionalnych izbach obrachunkowych – właściwe w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych w zakresie dotyczącym: jednostek samorządu terytorialnego, ich związków i stowarzyszeń, samorządowych jednostek organizacyjnych, w tym samorządowych osób prawnych; innych jednostek otrzymujących środki publiczne przekazane z budżetów j.s.t. lub innych środków publicznych, którymi dysponują te jednostki; innych jednostek w zakresie środków otrzymanych z budżetu wojewody lub z innych środków, którymi dysponuje wojewoda. Regionalna komisja orzekająca przy RIO orzeka zgodnie z terytorialnym zasięgiem działania regionalnej izby obrachunkowej, przy której została utworzona³⁷⁸.

³⁷⁸ Komisje te odgrywają istotną rolę w sprawach naruszeń dyscypliny finansów publicznych popełnionych przez j.s.t., dlatego ich zakres właściwości rzeczowej został przedstawiony szerzej.

Orzeczenia wydane przez komisje orzekające w I instancji mogą być zaskarżone przez strony postępowania do organu II instancji, którym jest Główna Komisja Orzekająca w Sprawach o Naruszenie Dyscypliny Finansów Publicznych (GKO). GKO rozpoznaje środki zaskarżenia, w szczególności odwołania od orzeczeń i zażalenia na postanowienia wydane przez komisje orzekające pierwszej instancji oraz na postanowienia Głównego Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych, wniesione przez strony za pośrednictwem organu, który wydał zaskarżane rozstrzygnięcie. GKO jest również organem właściwym do stwierdzenia nieważności prawomocnego postanowienia lub orzeczenia wydanego przez komisję orzekającą pierwszej instancji, a także rozstrzyga w przedmiocie wznowienia postępowania, zakończonego prawomocnym postanowieniem lub orzeczeniem komisji orzekającej I albo II instancji. Na ostateczne orzeczenia i postanowienia GKO kończące postępowanie przysługuje stronom postępowania prawo skargi do wojewódzkiego sądu administracyjnego.

Postępowanie w sprawie o naruszenie dyscypliny finansów publicznych obejmuje zatem postępowanie wyjaśniające prowadzone przez rzecznika dyscypliny finansów publicznych, postępowanie przed komisją orzekającą w I instancji oraz – ewentualnie – postępowanie odwoławcze przed GKO (art. 72 ust. 1 i 2 u.n.d.f.p.).

W art. 73 u.n.d.f.p. określono strony postępowania przed komisją orzekającą i GKO. Są nimi obwiniony o naruszenie dyscypliny finansów publicznych oraz oskarżyciel. Funkcję oskarżyciela spełnia, stojąc na straży ładu finansów publicznych, rzecznik dyscypliny finansów publicznych. Zgodnie z dyspozycją art. 59 u.d.n.f.p., rzecznik dyscypliny nie reprezentuje interesu indywidualnego. Działa bowiem na rzecz finansów publicznych i reprezentuje w postępowaniu interesy Skarbu Państwa, j.s.t. i innych jednostek sektora finansów publicznych. Oskarżycielem przed komisją orzekającą I instancji jest rzecznik dyscypliny, który występuje z wnioskiem o ukaranie, a przed GKO Główny Rzecznik (art. 73 u.n.d.f.p.).

Organ orzekający w sprawach o naruszenie omawianej dyscypliny po przeprowadzeniu postępowania dowodowego wydaje orzeczenie i może wymierzyć karę. W art. 33 u.n.d.f.p. zostały określone ogólne zasady wymiaru kary. Według tego przepisu, organ orzekający w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych wymierza karę według swojego uznania, ale w granicach ustawowo określonych, uwzględniając stopień szkodliwości naruszenia dla finansów publicznych, stopień winy, a także cele kary w zakresie społecznego oddziaływania oraz cele zapobiegawcze i dyscyplinujące, które powinny być osiągnięte w stosunku do ukaranego. W przypadku wymierzania kary za naruszenia dyscypliny finansów publicznych wywołujące skutki finansowe, składy orzekające, zgodnie z brzmieniem przepi-

su zawartego w art. 33 ust. 1a u.n.d.f.p., są zobowiązane także do uwzględnienia relacji wysokości skutku finansowego do:

- wysokości kwoty wydatków albo kosztów określonych w planie finansowym jednostki sektora finansów publicznych, lub
- wysokości kwoty środków publicznych przekazanych do wykorzystania lub dysponowania w roku budżetowym podmiotowi niezaliczonemu do sektora finansów publicznych.

W przepisach ustawy ustalono rodzaje kar, jakie mogą zostać wymierzone w postępowaniu o naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Są nimi: upomnienie, nagana, kara pieniężna oraz zakaz pełnienia funkcji związanych z dysponowaniem środkami publicznymi. Zgodnie z art. 34 u.n.d.f.p., ten ostatni rodzaj kary wymierza się w przypadku rażącego naruszenia dyscypliny finansów publicznych lub w przypadku recydywy, tj. w razie ponownego ukarania za naruszenie dyscypliny finansów publicznych.

Ustawa o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych formułuje *expressis verbis* w art. 45 u.n.d.f.p. zasadę niezawisłości członków komisji orzekających I instancji oraz członków GKO, zasadę swobodnej oceny dowodów oraz zasadę samodzielności jurysdykcyjnej. Zasada niezawisłości stanowi dyrektywę nakazującą członkom komisji orzekanie na podstawie przepisów prawa oraz na mocy swojego przekonania opartego na ocenie dowodów. Zasada swobodnej oceny dowodów, wyrażona w art. 45 ust. 2 u.n.d.f.p., stanowi natomiast dyrektywę, zgodnie z którą organy postępowania kierują się swoim przekonaniem nieskrępowanym ustawowymi regułami oceny, ukształtowanym pod wpływem wskazań wiedzy, doświadczenia życiowego oraz zasad logicznego rozumowania. GKO wielokrotnie podkreślała w licznych orzeczeniach wydawanych w ramach kontroli instancyjnej, że w uzasadnieniu orzeczeń komisje orzekające w I instancji zobowiązane są wskazać, jakie fakty uznają za udowodnione, na jakich opierają się dowodach oraz dlaczego nie uznają dowodów przeciwnych. Za niedopuszczalne należy uznać wzajemne „dopasowanie” okoliczności faktycznych i prawnych³⁷⁹. Sformułowana w art. 45 ust. 2 *in fine* u.n.d.f.p. zasada samodzielności jurysdykcyjnej komisji orzekających oznacza samodzielność w ustalaniu stanu faktycznego będącego podstawą rozstrzygnięcia. Członkowie komisji nie są związani rozstrzygnięciami innych organów, z wyjątkiem prawomocnego wyroku sądowego.

³⁷⁹ Orzeczenie GKO z dnia 5 listopada 2001 r., DF/GKO/Odw. – 113/159/2001, LEX nr 52221.

3. Zakres podmiotowy odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych w związku z udzieleniem i realizacją zamówienia publicznego

W art. 4 u.n.d.f.p. określono podmioty, które potencjalnie mogą być pociągnięte do odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Odpowiedzialności tej, według wskazanego przepisu, podlegają:

- 1) osoby wchodzące w skład organu wykonującego budżet lub plan finansowy jednostki sektora finansów publicznych albo organu zarządzającego podmiotu niezaliczonego do sektora finansów publicznych, któremu przekazano do wykorzystania lub dysponowania środki publiczne, lub zarządzającego mieniem tych jednostek,
- 2) kierownicy jednostek sektora finansów publicznych,
- 3) pracownicy jednostek sektora finansów publicznych lub inne osoby, którym odrębną ustawą lub na jej podstawie powierzono w takiej jednostce wykonywanie obowiązków, których niewykonanie lub nienależyte wykonanie stanowi czyn naruszający dyscyplinę finansów publicznych,
- 4) osoby niebędące pracownikami jednostek sektora finansów publicznych, wyłącznie w przypadku naruszenia dyscypliny finansów publicznych w związku z przepisami o zamówieniach publicznych, gdy zamawiający powierzył im przygotowanie lub przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia; osoby te działają jako pełnomocnicy zamawiającego, o ile zamawiający jest jednostką sektora finansów publicznych lub udzielone zamówienie publiczne jest finansowane ze środków publicznych,
- 5) osoby wykonujące w imieniu podmiotu niezaliczonego do sektora finansów publicznych, któremu przekazano do wykorzystania lub dysponowania środki publiczne, czynności związane z wykorzystaniem tych środków lub dysponowaniem tymi środkami. Krąg podmiotów, które będą ponosiły omawianą odpowiedzialność, obejmuje nie tylko podmioty gospodarujące środkami publicznymi przekazanymi jednostkom niezaliczanym do sektora finansów publicznych, ale także osoby dysponujące takimi środkami lub osoby, którym przekazano je do wykorzystania.

W sposób szczególny uregulowany został zakres podmiotowy odpowiedzialności związanej z finansowaniem zamówień publicznych dotyczących programów i projektów realizowanych z udziałem bezzwrotnych środków europejskich. Zagadnienie to zo-

stało już przedstawione w rozdziale III pracy, dlatego w dalszej części nie będzie stanowiło przedmiotu uwagi.

Specyfika postępowań o udzielenie zamówienia publicznego ogranicza krąg osób mogących ponieść odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Biorąc pod uwagę treść przepisu art. 17 u.n.d.f.p., należy przyjąć, że odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych w związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego będzie obejmowała:

- kierownika jednostki udzielającej zamówienia,
- pracowników jednostki, którym powierzono czynności w zakresie przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia,
- osoby wykonujące czynności w imieniu podmiotu niezaliczonego do sektora finansów publicznych, któremu przekazano do wykorzystania lub dysponowania środki publiczne lub jedynie pewne czynności związane z wykorzystaniem lub dysponowaniem tymi środkami w celu finansowania zamówień publicznych, a więc w przypadkach, w których osoby te zobowiązane są do stosowania przepisów Pzp,
- osoby niebędące pracownikami jednostki sektora finansów publicznych, którym zamawiający powierzył przygotowanie lub przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, działający jako pełnomocnicy zamawiającego, który albo jest jednostką sektora finansów publicznych, albo udziela zamówienia publicznego, które jest finansowane lub dofinansowane ze środków publicznych.

Jak to wynika z art. 2 pkt. 3 Pzp, kierownikiem jest osoba lub organ, który zgodnie z obowiązującymi przepisami, statutem lub umową jest uprawniony do zarządzania zamawiającym, z wyłączeniem pełnomocników ustanowionych przez tego zamawiającego. Przyjmuje się, że kierownik nie tylko ma kompetencje do podejmowania wszelkich decyzji związanych z bieżącym funkcjonowaniem zamawiającego, ale także jest osobą upoważnioną do działania w imieniu kierowanej jednostki, w tym do reprezentowania jej na zewnątrz. Ma więc między innymi upoważnienie do zawierania w imieniu kierowanej jednostki umów w sprawie zamówień publicznych. Funkcję kierownika w pewnych przypadkach może pełnić likwidator lub syndyk, a także osoba zarządzająca jednostką na podstawie umowy cywilnoprawnej, w szczególności na podstawie kontraktu menedżerskiego. Jeżeli kierownikiem zamawiającego jest organ kolegialny, to odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych ponoszą osoby wchodzące w skład tego organu, o ile uczestniczyły one w podejmowaniu uchwały zawierającej

polecenie lub upoważnienie do popełnienia czynu naruszającego dyscyplinę i nie zgłosiły sprzeciwu do tej uchwały (art. 20 u.n.d.f.p.).

Za przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia, według art. 18 ust. 1 Pzp, odpowiada kierownik zamawiającego. Zawierając umowę w sprawie zamówienia publicznego, odpowiada on zarówno za poprawność formalną, jak i merytoryczną przeprowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Granice tej odpowiedzialności zostały zatem zakreślone bardzo szeroko. Kierownik poniesie odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych także wówczas, gdy nie brał udziału w tym postępowaniu, ale w imieniu zamawiającego podpisał jedynie umowę z wykonawcą wybranym w obarczonej wadą postępowaniu. Kierownik odpowiada także za dopuszczenie do naruszenia dyscypliny finansów przez pracowników wskutek niewykonania lub nienależytego wykonania obowiązków w zakresie kontroli zarządczej.

Ustawa Pzp nie definiuje pojęcia kontroli zarządczej. Definicja ta znajduje się w przepisach ustawy o finansach publicznych. Według art. 68 ust. 1 u.f.p. podstawowym elementem kontroli zarządczej jest zobowiązanie i wynikająca z niego odpowiedzialność kierownika jednostki sektora finansów publicznych do wdrożenia i monitorowania ogółu działań zapewniających realizację celów i zadań jednostki w sposób zgodny z prawem, efektywny, oszczędny i terminowy. Celem kontroli zarządczej jest zapewnienie w j.s.t. nie tylko zgodności działania z prawem, ale także z procedurami wewnętrznymi. Nieodzowne staje się zatem wypracowanie określonych mechanizmów kontroli zarządczej w jednostce, odpowiednich procedur wewnętrznych, a także ustalenie zakresu uprawnień oraz obowiązków dla jej pracowników. Powinny one zapobiegać niezgodnej z prawem realizacji zadań jednostki, a w szczególności udzieleniu zamówienia publicznego przez pracownika niemającego upoważnienia.

Czyny stanowiące delikty w tym przypadku zostały przewidziane w treści przepisów dotyczących odpowiedzialności kierownika w zakresie kontroli zarządczej (art. 18c ust. 1 pkt 5–13 u.n.d.f.p.). Dla przypisania kierownikowi odpowiedzialności ustawodawca zrezygnował z konieczności wykazania istnienia związku przyczynowo-skutkowego między dopuszczeniem się przez pracownika jednostki określonej w przepisie nieprawidłowości a zaniedbaniem lub niewypełnieniem przez kierownika obowiązków w zakresie kontroli zarządczej³⁸⁰. W ten sposób odpowiedzialność kierownika będzie niezależna od tego, czy doszło do innego naruszenia dyscypliny finansów publicznych. Dla powstania tej odpowiedzialności konieczne jest jednak udowodnienie wpływu zaniedbania lub niewypełnienia obowiązków w zakresie kon-

³⁸⁰ L. Lipiec-Warzecha, *Ustawa o odpowiedzialności...*, s. 296.

troli zarządczej na niekorzystne zdarzenia przy realizacji celów i zadań w jednostce, wymienione w tym przepisie.

W myśl art. 18 ust. 2 Pzp, za przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia odpowiadają, poza kierownikiem zamawiającego, także inne osoby w takim zakresie, w jakim powierzono im czynności w postępowaniu oraz czynności związane z przygotowaniem postępowania. Skuteczne powierzenie czynności powinno być dokonane przez kierownika jednostki w formie pisemnej, np. w regulaminie organizacyjnym jednostki czy w postaci odrębnego imiennego upoważnienia – wskazując obowiązek realizacji takich obowiązków w zakresie czynności pracownika. Warunkiem skuteczności powierzenia obowiązków jest również udokumentowane ich przejęcie przez pracownika, poświadczone jego podpisem. Powierzenie czynności do wykonania nie może być więc dokonane w sposób dorozumiany. Orzecznictwo GKO wypowiadało się w tym zakresie wielokrotnie, podkreślając, że tylko w wyraźnie scedowanych i przyjętych przez pracownika sprawach mogą być oni ukarani z tytułu odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych³⁸¹.

Przepisy ustawy o zamówieniach publicznych nie wprowadzają ograniczeń co do zakresu czynności dotyczących zamówień publicznych, które mogą być powierzane pracownikowi. Upoważnienie do dokonania czynności związanych z przygotowaniem i przeprowadzeniem postępowania o udzielenie zamówień publicznych nie może jednak być w żadnym razie utożsamiane z udzieleniem zamówienia, tj. z zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zawarcie takiej umowy wymaga imiennego upoważnienia do zaciągania zobowiązań finansowych w imieniu i na rzecz jednostki sektora finansów publicznych. Umowa zawierana przez j.s.t. musi też mieć kontrasygnatę skarbnika (głównego księgowego budżetu). Nie może zatem stanowić przedmiotu dekoncentracji na rzecz pracownika.

Pracownik zamawiającego może ponieść odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych nie tylko wtedy, gdy kierownik powierzył mu na piśmie własne czynności przewidziane w przepisach ustawy Pzp, ale także wówczas, gdy naruszył dyscyplinę finansów publicznych przy wykonywaniu innych powierzonych mu obowiązków. Nie dotyczy to jednak, przynajmniej co do zasady, członków komisji przetargowej, powołanej przez kierownika jednostki do przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia. Komisja taka jest bowiem jedynie zespołem pomocniczym kierownika zamawiającego, mającym zastąpić go w ocenie spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, w badaniu i ocenie ofert oraz wyborze najkorzystniejszej oferty (art. 20 Pzp). Wnioski i oceny komisji prze-

³⁸¹ Np. Orzeczenie GKO z dnia 16 stycznia 2006 r. DF/GKO/Odw.–77/101, niepubl.

targowej, sformułowane przed zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego, muszą zostać zatwierdzone przez kierownika zamawiającego. Zatwierdzając je, kierownik przyjmuje, iż nie wymagają one żadnej dalszej weryfikacji.

Odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych nie ustaje z chwilą rozwiązania stosunku pracy z osobą, która dopuściła się takiego naruszenia. W orzeczeniu GKO z dnia 29 września 2005 r. wskazano, że nie sposób byłoby pogodzić się z poglądem, zgodnie z którym osoba, której zarzucono naruszenie dyscypliny finansów publicznych, unika odpowiedzialności tylko na tej podstawie, że w momencie wydania orzeczenia przez właściwą komisję nie jest już pracownikiem jednostki, w której imieniu podejmowała działania skutkujące powstaniem zarzucanych jej naruszeń³⁸².

Odpowiedzialnością za naruszenie dyscypliny finansów publicznych objęto również osoby niebędące pracownikami jednostki sektora finansów publicznych, którym kierownik zamawiającego powierzył przygotowanie lub przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zgodnie z art. 15 ust. 2 i 3 Pzp, osoby takie działają jako pełnomocnicy zamawiającego. Odpowiedzialność taka będzie jednak ograniczona wyłącznie do zamawiających mających status jednostki sektora finansów publicznych lub sytuacji, gdy zamawiający niemający statusu jednostki sektora finansów publicznych udziela zamówienia publicznego, które jest finansowane ze środków publicznych.

4. Zakres przedmiotowy odpowiedzialności w związku z udzieleniem i realizacją zamówienia publicznego

4.1. Uwagi wprowadzające

W art. 17 i 18c u.n.d.f.p. ustawodawca ustalił zamknięty katalog czynów związanych z udzielaniem zamówień publicznych, które kreują odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Zakres regulacji i typy czynów karalnych stwarzają przede wszystkim zagrożenie karalnością za działania lub zaniechania, które wiążą się z szeroko pojętą bezstronnością wyboru najkorzystniejszej oferty. Ma to służyć zwalczaniu zjawisk korupcyjnych i ochronie podstawowych zasad niedyskryminacji i równości traktowania, które wiążą się z szeroko pojętą bezstronnością wyboru najkorzystniejszej oferty. Z punktu widzenia ładu finansów publicznych ma to istotne znaczenie. W ten sposób bowiem ustawodawca zabezpiecza równocześnie obowiązek stosowania i przestrzegania przepisów Pzp. Analizując katalog czynów stanowiących naruszenie

³⁸² Sygn. akt DF/GKO/Odw.-6/47/2005/337, niepubl.

dyscypliny finansów publicznych związanych z udzieleniem zamówienia publicznego, należy przyjąć, że najczęściej dotyczy zaniechania lub działania w związku z zaciąganiem zobowiązań, z wydatkowaniem środków publicznych oraz wykonywaniem kontroli zarządczej.

Czyny stanowiące naruszenie dyscypliny finansów publicznych w badanym zakresie można zatem podzielić na cztery kategorie, będą to czyny:

- poprzedzające zawarcie umowy o udzielenie zamówienia publicznego (popelnione w toku przygotowania i przeprowadzenia postępowania poprzedzającego udzielenie zamówienia),
- związane z zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego,
- popelnione po udzieleniu zamówienia w związku z jego wykonywaniem,
- stanowiące niewykonanie lub nienależyte wykonanie przez kierownika jednostki sektora finansów publicznych obowiązków w zakresie kontroli zarządczej.

Ustawodawca penalizuje 17 rodzajów zachowań mających związek z udzieleniem zamówienia publicznego. Zostaną one przedstawione wraz z omówieniem najważniejszych tez orzecznictwa, w podziale na cztery wymienione powyżej kategorie³⁸³.

4.2. Delikty poprzedzające zawarcie umowy o udzielenie zamówienia publicznego

Art. 17 ust. 1 pkt 1 u.n.d.f.p., przewiduje, że naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest niezgodne z przepisami o zamówieniach publicznych opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.

Wymóg przestrzegania zasady uczciwej konkurencji obowiązuje na każdym etapie realizacji zamówienia publicznego. Zasada ta, sformułowana w art. 7 Pzp, należy do podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych, nakazuje równe traktowanie wykonawców i przestrzeganie uczciwej konkurencji. W art. 17 ust. 1 pkt 1 u.n.d.f.p. ustawodawca wymaga opisanie przedmiotu zamówienia w taki sposób, by nie można było utrudnić realizacji tej najważniejszej zasady na etapie przygotowania postępowania, a więc w czasie poprzedzającym zawarcie umowy o udzielenie zamówienia. Stosownie do orzecznictwa GKO, spośród wszystkich obowiązków zamawiającego

³⁸³ Poniższy fragment został opracowany z wykorzystaniem: W. Miemiec, *Konsekwencje naruszenia dyscypliny finansów publicznych w związku z udzieleniem zamówienia publicznego*, [w:] M. Guziński (red.), *Zamówienia publiczne jako przedmiot regulacji prawnej. Podręcznik uniwersytecki*, Wrocław 2012, s. 211–247. Został on ponadto zaktualizowany i uzupełniony o zmieniający stan prawny i najnowsze orzecznictwo.

odnoszących się do zapewnienia uczciwej konkurencji na etapie przygotowania i prowadzenia postępowania, obowiązek opisanego przedmiotu przez zamawiającego został wysunięty przez ustawodawcę w tej grupie deliktów na plan pierwszy³⁸⁴. Tak sformułowana zasada jest przewidziana także w art. 29 ust. 2 Pzp, który zawiera wyraźny zakaz dokonywania opisu przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję. Ustawa Pzp nie definiuje jednak pojęcia „uczciwa konkurencja”. W ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji znajdujemy natomiast wskazanie negatywnych sytuacji, które naruszają uczciwą konkurencję³⁸⁵. Według art. 3 ust. 1 tej ustawy czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. W kolejnym ustępie tego przepisu ustawodawca sformułował otwarty katalog czynów stanowiących nieuczciwą konkurencję. Można tutaj wskazać między innymi na: wprowadzające w błąd oznaczenie przedsiębiorstwa, fałszywe oznaczenie pochodzenia towarów lub usług, nieprawidłowe oznaczenie towarów lub usług, utrudnienie dostępu do rynku czy też naruszenie tajemnicy przedsiębiorstwa.

Taka formuła dla oceny zasady uczciwej konkurencji daje podstawę do szerokiej oceny legalności udzielonego zamówienia publicznego. Materialne podstawy do oceny spełnienia wymagań prawnych w zakresie uczciwej konkurencji, w odniesieniu do przedmiotu zamówienia, zawarte są w licznych przepisach Pzp. Opis przedmiotu zamówienia to podstawowa czynność z punktu widzenia prawidłowości przygotowania i prowadzenia postępowania poprzedzającego udzielenie zamówienia. Powstaje zatem zasadnicze pytanie – w jaki sposób należy opisać przedmiot zamówienia, aby nie utrudnił on uczciwej konkurencji. W art. 29 ust. 1 Pzp został wyznaczony sposób dokonania opisu przedmiotu zamówienia przez zamawiającego. Według tego przepisu przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzanie oferty. Swoboda zamawiającego w zakresie precyzowania swoich wymagań jest jednak ograniczona w tym sensie, że jego wymagania muszą mieć uzasadnienie w nieograniczeniu konkurencji³⁸⁶. W kolejnych przepisach znajdujemy nakaz, aby zamawiający opisywał przedmiot zamówienia za pomocą cech

³⁸⁴ Orzeczenie GKO z dnia 20 listopada 2006 r., DF/GKO – 4900-76/94/RN – 38/06/2246, niepubl.

³⁸⁵ Ustawa z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, tekst jedn. Dz.U. z 2003 r., Nr 153, poz.1503 ze zm.

³⁸⁶ W uzasadnieniu orzeczenia GKO z dnia 18 kwietnia 2011 r., DF/4900/17/20/11/ /937, LEX nr 798188; wskazując na konieczność opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, zakwalifikowano jako naruszenie dyscypliny utrudnienie w zrozumieniu oferty, poprzez posłużenie się terminami niezrozumiałymi i nieobiektywnymi.

technicznych i jakościowych, z zachowaniem Polskich Norm przenoszących normy europejskie lub normy innych państw członkowskich EFTA (art. 30 ust. 1–7 Pzp). Szczegółne wymogi ustawodawca formułuje w odniesieniu do opisu przedmiotu zamówienia na roboty budowlane. Zamawiający, zgodnie z art. 31 ust. 1–4 Pzp, powinien go dokonać za pomocą dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych.

W literaturze wskazuje się, że ograniczeniem konkurencji jest między innymi dokonywanie opisu przedmiotu zamówienia:

- przez pominięcie cech obiektywnych dla opisu przedmiotu zamówienia,
- na podstawie katalogu jednego z producentów,
- preferując określonego wykonawcę lub grupę wykonawców,
- wprowadzając nieuzasadniony podział zamówienia na części w celu dostawy zawartych w nich produktów tylko przez jednego wykonawcę,
- przez sformułowanie tendencyjnych i rygorystycznych wymagań, nieznajdujących uzasadnienia w stanie faktycznym i sytuacji, w jakiej znalazł się zamawiający³⁸⁷.

Istotne jest również to, że odpowiedzialność z tytułu omawianego czynu będzie dochodzona nie tylko w przypadku opisanego przedmiotu zamówienia, które będzie naruszeniem uczciwej konkurencji, ale także w przypadku potencjalnego zagrożenia omawianej zasady. Ustawodawca posłużył się bowiem, w treści art. 17 ust. 1 pkt 1 u.n.d.f.p., sformułowaniem „w sposób, który mógłby utrudnić”. Należy zadać pytanie, kto ma ustalić i jakimi przesłankami powinien kierować się przy rozstrzygnięciu, czy w konkretnym stanie faktycznym występuje potencjalne zagrożenie zasady uczciwej konkurencji. Wydaje się, że w celu dokonania ustalenia na etapie postępowania przed komisją trzeba będzie przeprowadzić postępowanie dowodowe. Gdyby zgromadzone dowody uniemożliwiły rozstrzygnięcie, trzeba skorzystać z opinii biegłego posiadającego specjalistyczną wiedzę w rozstrzyganej sprawie.

Jak wskazuje się w orzecznictwie GKO, z przepisu tego wynika, że odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych można przypisać nie tylko osobie, która udzieliła zamówienia (podpisała umowę), ale także osobie, która opisała przedmiot zamówienia w sposób, który mógł utrudniać uczciwą konkurencję, a do udzielenia zamówienia publicznego doszło. Teoretycznie więc odpowiedzialność może być przypisana osobie, która niezgodnie z przepisami o zamówieniach publicz-

³⁸⁷ M. Stachowiak, *Komentarz do art. 29*, [w:] M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, *Prawo zamówień...*, s. 198–199.

nych opisała przedmiot zamówienia, ale nie była osobą udzielającą zamówienia, lub osobie, która jednocześnie niezgodnie z przepisami o zamówieniach opisała przedmiot zamówienia i udzieliła zamówienia³⁸⁸.

W innym orzeczeniu wskazano, że nie każde oznaczenie właściwości zawężające krąg możliwych dostawców będzie stanowiło naruszenie zasad uczciwej konkurencji. Wyraźnie sformułowała to KIO, stwierdzając, że uprawnieniem zamawiającego jest takie określenie przedmiotu, aby otrzymać produkt odpowiadający jego potrzebom³⁸⁹. Zatem wprowadzenie wymogów zawężających grupę wykonawców jest dopuszczalne, o ile jest podyktowane obiektywnymi potrzebami zamawiającego. Skutkiem powyższego stanowiska jest konieczność dokonania przez komisję orzekającą nie tylko oceny, czy doszło do ograniczenia kręgu dostawców, ale również, czy ograniczenie to jest „bezpodstawne”, czy też realizuje istotne z punktu widzenia zamawiającego potrzeby. Jeżeli ograniczenie jest podyktowane potrzebami mającymi charakter obiektywny, nie dochodzi do naruszenia przepisów art. 29 ust. 2 i 3 Pzp, nawet jeżeli wymogi eliminują możliwość zrealizowania zamówienia przez niektórych potencjalnych oferentów³⁹⁰.

Zgodnie z art. 17 ust. 1 pkt 2 u.n.d.f.p., naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest niezgodne z przepisami o zamówieniach publicznych ustalenie wartości zamówienia publicznego lub jego części, jeżeli miało to wpływ na obowiązek stosowania przepisów o zamówieniach publicznych albo na zastosowanie przepisów dotyczących zamówienia publicznego o niższej wartości.

Jedną z kluczowych przesłanek uzasadniających konieczność zastosowania przepisów ustawy Pzp stanowi wartość zamówienia. Dlatego ustalenie tej wartości w sposób niezgodny z wymogami przewidzianymi przez ustawę, w wyniku czego nie zostaną zastosowane jej przepisy lub zostaną zastosowane jej przepisy, ale dotyczące niższej wartości zamówienia, stanowi czyn naruszający dyscyplinę finansów publicznych. W literaturze przedmiotu podkreśla się, że zamawiający jest zobowiązany dokonać ustalenia wartości zamówienia na podstawie sporządzonego opisu przedmiotu zamówienia z uwzględnieniem wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, tj. w szczególności jej ceny i czasu trwania umowy³⁹¹.

³⁸⁸ Orzeczenie GKO z dnia 11 czerwca 2012 r., BDF1/4900/46/45/12/122, „Biuletyn orzecznictwa w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych” 2012, nr 3, s. 48.

³⁸⁹ Orzeczenie KIO z dnia 15 grudnia 2010 r., KIO/UZP 2588/10.

³⁹⁰ Orzeczenie GKO z dnia 23 kwietnia 2012 r., BDF/4900/12/10/12/210, „Biuletyn orzecznictwa w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych” 2012, nr 2, s. 92.

³⁹¹ M. Stachowiak, *Komentarz do art. 32*, [w:] M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, *Prawo zamówień ...*, s. 210.

Aby wskazać, czy z punktu widzenia wartości udzielanego zamówienia publicznego konieczne jest stosowanie ustawy Pzp, niezbędne jest sprawdzenie, czy wartość tego zamówienia przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 14 000 euro³⁹². Zgodnie z art. 32 ust. 1 Pzp, podstawą ustalenia wartości zamówienia jest całkowite szacunkowe wynagrodzenie wykonawcy, bez podatku od towarów i usług, ustalone przez zamawiającego z należytą starannością. W orzecznictwie GKO przyjmuje się, że przepis ten stanowi definicję ustawową pojęcia wartości zamówienia. Pojęciu temu w całej ustawie Pzp należy zatem przypisywać takie samo znaczenie³⁹³.

Wyliczenia podstawy wynagrodzenia należy dokonać w sposób określony przez ustawodawcę w art. 32 ust. 1 Pzp. W dalszych przepisach tego rozdziału przewidziany został natomiast sposób ustalenia wartości zamówienia w szczególnych przypadkach (art. 33–34 Pzp). W przypadku robót budowlanych ustawodawca dla ustalenia wynagrodzenia w sposób szacunkowy rezerwuje specyficzną metodę postępowania, określoną w art. 33 ust. 1–3 Pzp. W przypadku dostaw i usług powtarzających się okresowo przewidziane zostały w art. 34 ust. 1–3 Pzp dwie metody ustalenia wartości zamówienia, w zależności od okresu, na który udzielane jest zamówienie. Szczególny sposób ustalania wartości zamówienia ustawodawca rezerwuje również w sytuacji, gdy zamówienie na dostawy lub usługi przewiduje prawo opcji (art. 34 ust. 5 Pzp). W pozostałych przypadkach, ustalając wartość zamówienia, zamawiający musi kierować się zasadą przewidzianą w powołanym art. 32 ust. 1 Pzp, z bezwzględnym dochowaniem w każdym przypadku należytej staranności i podejmowania działań, w których wyniku nie nastąpiłoby zaniżenie wartości zamówienia w celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy. Zaniżenie wartości zamówienia może bowiem nastąpić nie tylko przez nieprawidłowe ustalenie podstawy wynagrodzenia, ale również przez podział zamówienia na części. Należy w tym miejscu przypomnieć, że ustawodawca zakazuje dzielenia zamówienia na części w celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy, tj. ustalenia tej wartości poniżej 14 000 euro. Ponieważ progi finansowe są wyrażone w euro, każdy zamawiający po ustaleniu wartości zamówienia w złotych ma obowiązek przeliczenia tej wartości na euro według średniego kursu złotego do euro, ustalonego przez Prezesa Rady Ministrów³⁹⁴.

³⁹² Według przygotowanej przez Prezesa UZP propozycji zmiany przepisów ustawy, kwota wartości zamówienia lub konkursu decydująca o obowiązku stosowania procedur określonych w Pzp ma być zwiększona do równowartości w złotych kwoty 20 000 euro (projekt z dnia 6 kwietnia 2013 r. opublikowany na stronie www.portal.uzp.gov.pl).

³⁹³ Orzeczenie GKO z dnia 8 listopada 2012 r., BDF1/4900/88/8812/2400, niepubl.

³⁹⁴ Rozporządzenie Prezesa RM z dnia 16 grudnia 2011 r. w sprawie średniego kursu złotego w stosunku do euro stanowiącego podstawę przeliczenia wartości zamówień publicznych, Dz.U. Nr 282, poz. 1650.

Dla prawidłowego ustalenia wartości zamówienia istotne znaczenie ma również kwestia terminu ustalenia tej wartości. W art. 35 ust. 1 Pzp wprowadzono dwa terminy dla ustalenia wartości zamówienia, w zależności od przedmiotu zamówienia. Ponadto w sytuacji, gdy po ustaleniu wartości zamówienia, ale przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia, wystąpi istotna zmiana okoliczności mająca wpływ na tę wartość, zamawiający winien dokonać jej zmiany, stosując odpowiednio przepisy dla zaktualizowanej wartości zamówienia.

Według art. 17 ust. 1 pkt 3 u.n.d.f.p., naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest niezgodne z przepisami o zamówieniach publicznych opisanie sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w sposób niezwiązany z przedmiotem zamówienia lub nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia.

Opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego musi być, zgodnie z powołanym wyżej przepisem, związany lub proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Jeżeli tak nie jest, ustawodawca uzależnia penalizację od zaistnienia przynajmniej jednej z dwóch alternatywnie wskazanych przesłanek – po pierwsze, gdy opis sposobu dokonania oceny nie jest zgodny z przedmiotem zamówienia, po drugie, gdy opis nie jest proporcjonalny do tego przedmiotu. Przy ustalaniu przesłanek ustawodawca posłużył się bowiem terminem „lub”. Taka redakcja omawianego przepisu jest bardzo zbliżona do treści art. 22 ust. 4 Pzp. Różnica między wskazanymi przepisami sprowadza się do tego, że w art. 22 ust. 4 Pzp ustawodawca wymaga, aby opis sposobu dokonania oceny realizował obydwie przesłanki, to jest był związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. W tym bowiem przypadku ustawodawca zastosował spójnik „oraz”.

Dla powstania odpowiedzialności z tytułu omawianego czynu istotne znaczenie ma wskazanie, jakie są ustalone warunki, według których powinien być sporządzony opis sposobu dokonania oceny udziału w postępowaniu. W pierwszej kolejności należy stwierdzić, że warunki udziału w postępowaniu związane są z cechami, jakimi powinien charakteryzować się wykonawca zamówienia. Warunki te zostały sprecyzowane w art. 22 ust. 1 Pzp. Wskazano tutaj na konieczność posiadania przez wykonawcę uprawnień, dysponowania wiedzą i doświadczeniem, dysponowania potencjałem technicznym czy osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Wykonawca musi znajdować się w dobrej kondycji finansowej i ekonomicznej. Zamawiający nie ma obowiązku posługiwania się wszystkimi warunkami, które zostały przewidziane w powołanym przepisie. Ustalając te warunki, zamawiający musi niewątpliwie odnosić się do przedmiotu i zakresu zamówienia. Powinien zatem, opisując warunki, jakie powinien spełnić przyszły wyko-

nawca zamówienia, ustalić, jakie cechy wykonawcy są niezbędne do uznania, że wykonawca będzie zdolny do wykonania zamówienia i jednocześnie będzie dawał gwarancje wiarygodności³⁹⁵. Zamawiający powinien więc, dla potrzeb własnego zamówienia, dokonać konkretyzacji omawianych warunków, ale w taki sposób, aby były one związane z przedmiotem zamówienia lub proporcjonalne do przedmiotu zamówienia. Żądania co do wszelkich oświadczeń koniecznych do oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz wszelkich dokumentów zamawiający powinien sprecyzować w ogłoszeniu o zamówieniu, w SIWZ lub w zaproszeniu do składania ofert. Rodzaje tych oświadczeń i dokumentów oraz ich liczba, zgodnie z art. 25 ust. 1 Pzp, są ograniczone tylko do takich, które są niezbędne dla zweryfikowania zdolności wykonawcy do należytego wykonania udzielonego zamówienia oraz oceny spełnienia warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 Pzp. Tym samym zamawiający będzie mógł żądać wyłącznie dokumentów, które dadzą pełny obraz zdolności, umiejętności, doświadczenia oraz kwalifikacji i potencjału wykonawcy. Na podstawie art. 25 ust. 2 Pzp Prezes Rady Ministrów w wydanym rozporządzeniu określił katalog dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz formy, w jakich dokumenty te powinny być składane³⁹⁶.

Art. 17 ust. 1 pkt 4 u.n.d.f.p. stanowi, iż naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest niezgodnie z przepisami o zamówieniach publicznych określenie kryteriów oceny ofert.

Zgodnie z art. 91 ust. 2 Pzp kryteriami oceny ofert są cena albo cena i inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia, w szczególności: jakość, funkcjonalność, parametry techniczne, zastosowanie najlepszych technologii w zakresie oddziaływania na środowisko, koszty eksploatacji, serwis oraz terminy wykonania zamówienia. Kryteria wyboru ofert w zasadzie nie mogą dotyczyć właściwości wykonawcy, w tym przede wszystkim jego wiarygodności ekonomicznej, technicznej lub finansowej³⁹⁷. Ustalenie kryteriów oceny ma podstawowe znaczenie dla wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert tych wykonawców, którzy nie będą podlegali wykluczeniu. W słowniczku do ustawy Pzp został ustalony sposób rozumienia najkorzystniejszej oferty (art. 2 pkt 5 Pzp). Najogólniej rzecz ujmując, należy przyjąć, że najko-

³⁹⁵ M. Stachowiak, *Komentarz do art. 22*, [w:] M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, *Prawo zamówień...*, s. 150–161.

³⁹⁶ Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mają być składane, Dz.U. z 2013 r., poz. 231.

³⁹⁷ Wyjątkiem od tej zasady, zgodnie z art. 5 ust. 1 Pzp, jest w przypadku zamówień na usługi o charakterze niepriorytetowym możliwość wyboru kryteriów ofert także w oparciu o właściwości wykonawcy.

rzystniejszą ofertą jest ta, która przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia, albo oferta z najniższą ceną. Powołane pierwsze zdanie przepisu sugeruje, że w każdym przypadku zamawiający może wybrać jeden ze sposobów wskazanych alternatywnie. Wniosek taki nie jest poprawny. W dalszym bowiem zdaniu tego przepisu wskazano, iż w przypadku zamówień publicznych z zakresu działalności twórczej lub naukowej, których przedmiotu nie można z góry opisać w sposób jednoznaczny lub wyczerpujący, najkorzystniejszą ofertą jest ta, która przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia. Także w przypadku trybu zapytania o cenę lub licytacji elektronicznej zamawiający jest związany sposobem rozumienia tego kryterium wyboru. W tych jednak przypadkach, zgodnie z art. 72 ust. 2 i art. 80 ust. 3 Pzp, ofertą najkorzystniejszą będzie oferta z najniższą ceną. W pozostałych przypadkach sam zamawiający zadecyduje, który sposób rozumienia najkorzystniejszej oferty, przewidziany w art. 2 pkt 5 Pzp, będzie miał zastosowanie. W literaturze wskazuje się, że zamawiający może przy wyborze najkorzystniejszej oferty posługiwać się jedynie jednoznacznymi i precyzyjnymi kryteriami oceny oferty opisanymi w SIWZ, które następnie, w zależności od zastosowanego trybu, zostaną uszczegółowione w informacji zamieszczonej w ogłoszeniu lub zaproszeniu do negocjacji (np. art. 41 pkt 9, art. 63 ust. 2 pkt 7 Pzp)³⁹⁸. Warto również podkreślić, że przy wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający powinien brać pod uwagę omówione wyżej zasady dokonywania wydatków publicznych ustalone w art. 44 ust. 1–3 u.f.p. W myśl powołanego przepisu wydatki publiczne powinny być ponoszone na cele i w wysokości przewidzianej w ustawie budżetowej, uchwale budżetowej i w planie finansowym jednostki sektora finansów publicznych, zgodnie z przepisami dotyczącymi poszczególnych rodzajów wydatków. Powinny być dokonywane w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem zasady uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów, w sposób umożliwiający terminową realizację zadań oraz przy optymalnym doborze metod i środków służących osiągnięciu zamierzonego celu. Zagadnienia te zostały szerzej przedstawione w rozdziale III opracowania.

Zgodnie z art. 17 ust. 1 pkt 5 u.n.d.f.p., naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest nieprzekazanie do ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej lub niezamieszczenie w Biuletynie Zamówień Publicznych ogłoszenia o zamówieniu, ogłoszenia o zmianie ogłoszenia o zamówieniu lub ogłoszenia o udzieleniu zamówienia.

³⁹⁸ W. Dzierżanowski, *Komentarz do art. 91*, [w:] M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, *Prawo zamówień...*, s. 412.

Publikowanie ogłoszeń o zamówieniach jest nie tylko wypełnieniem obowiązku informacyjnego, ale także instytucją zapewniającą powszechny i równy dostęp do zamówień publicznych. Stosowne regulacje przewidziane w art. 11 ust. 1 i 2, art. 12, 12a, 40 i 95 Pzp, stanowiące gwarancję zasady jawności postępowania, nakazują zamawiającemu wypełnienie obowiązków publikacyjnych polegających na zamieszczeniu w Biuletynie Zamówień Publicznych (BZP) ogłoszenia o zamówieniu, ogłoszenia o jego zmianie lub ogłoszenia o udzieleniu zamówienia, a także na przekazaniu tych ogłoszeń do Urzędu Publikacji Wspólnot Europejskich w celu publikacji w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (DzUrzUE). Redakcja omawianego art. 17 ust. 1 pkt 5 u.n.d.f.p. koresponduje z art. 12 Pzp. Z treści tego ostatniego przepisu wynika nie tylko obowiązek zamieszczenia ogłoszenia w BZP oraz obowiązek przekazania go do DzUrzUE, ale także szczególny obowiązek polegający na udokumentowaniu dowodu zamieszczenia ogłoszenia w BZP lub dowodu jego publikacji w DzUrzUE. Wywiązanie się z tego obowiązku następuje poprzez wykazanie dowodu dokonania tych czynności. Dowód taki jest jednym z koniecznych dokumentów dla dokumentacji zamówienia³⁹⁹.

Nie jest jednak penalizowany przez ustawę faktyczny brak publikacji, co może nastąpić np. w wyniku zaniedbań właściwego organu odpowiedzialnego za prowadzenie urzędowych publikatorów.

Obowiązek publikacji ogłoszenia dotyczy nie tylko czynności wszczęcia postępowania w ramach konkretnych trybów udzielania zamówienia, ale także procedur o odpowiedniej wartości szacunkowej zamówienia. Ogłoszenia zamieszcza się w BZP udostępnionym na stronach portalu internetowego Urzędu Zamówień Publicznych w sytuacji, gdy wartość zamówienia lub konkursu nie przekracza kwot określonych w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów, wydanym na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp⁴⁰⁰. Publikacji w DzUrzUE dokonuje się natomiast w przypadku, gdy wartość zamówienia lub konkursu jest równa lub przekracza kwoty określone w powołanym wyżej rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów.

Warto także zaznaczyć, że naruszenie wskazanych powyżej wymogów jest sankcjonowane dwójako: nie tylko kreuje odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, ale także pociąga za sobą skutek nieważności zawartej umowy, o czym stanowi przepis art. 146 ust. 1 pkt 2 Pzp.

³⁹⁹ Z. Czarnik, *Komentarz do art. 12*, [w:] S. Babiarz, Z. Czarnik, P. Janda, P. Pełczyński, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, wyd. 3, Warszawa 2013, s. 138.

⁴⁰⁰ Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 16 grudnia 2011 r. w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej, Dz.U. Nr 282, poz.1649 ze zm.

Art. 17 ust. 1 pkt 6 u.n.d.f.p. przewiduje, że naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest niezawiadomienie w terminie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o wszczęciu postępowania o udzielenie zamówienia.

Zamawiający udzielający zamówienia publicznego podlega administracyjnej kontroli Prezesa UZP, wyposażonego w kompetencje do podejmowania rozstrzygnięć w indywidualnych sprawach przewidzianych w ustawie. Przepisy Pzp przewidują obowiązek zawiadomienia Prezesa UZP o wszczęciu postępowania w terminie 3 dni od wszczęcia go w trybie innym niż podstawowy, z jednoczesnym podaniem uzasadnienia faktycznego i prawnego dla zastosowanego trybu. Obowiązek ten uwarunkowany jest także osiągnięciem lub przekroczeniem kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp. Dotyczy to obowiązku zawiadomienia Prezesa UZP w przypadku wszczęcia postępowania w trybie negocjacji bez ogłoszenia (art. 62 ust. 2 Pzp), zamówienia z wolnej ręki (art. 67 ust. 2 Pzp), ustanowienia dynamicznego systemu zakupów na okres dłuższy niż 4 lata (art. 102 ust. 3 Pzp) oraz zawarcia na taki sam okres umowy, której przedmiotem są świadczenia ciągłe lub okresowe (art. 67 ust. 2 Pzp). W tym ostatnim przypadku obowiązek zawiadomienia Prezesa UZP nie będzie miał jednak zastosowania w przypadku zawarcia umowy kredytu i pożyczki oraz umowy rachunku bankowego i ubezpieczenia na okres krótszy niż 5 lat. Penalizowane jest tutaj nie tylko niezawiadomienie Prezesa UZP o wszczęciu postępowania w przypadku realizacji zamówień publicznych w wymienionych wyżej trybach, ale także niedotrzymanie trzydniowego terminu dla realizacji tego obowiązku.

Działanie lub zaniechanie określone w art. 17 ust. 1 u.n.d.f.p. nie stanowi na podstawie art. 17 ust. 1a u.n.d.f.p. naruszenia dyscypliny finansów publicznych, jeżeli:

- a) zostało skorygowane w sposób zapewniający zgodność danej czynności i toku postępowania z przepisami o zamówieniach publicznych;
- b) nie doszło do udzielenia zamówienia publicznego.

Wprowadzenie takiej regulacji oznacza, że ustawodawca odstępuje od penalizacji naruszeń dyscypliny wymienionych w art. 17 ust. 1 u.n.d.f.p, które zostały popełnione w trakcie przygotowania i przeprowadzania postępowania, o ile albo zostały następnie skorygowane w taki sposób, iż popełnione wcześniej naruszenie nie będzie miało znaczenia dla prawidłowego udzielenia zamówienia publicznego i dalszego toku realizacji postępowania, albo też naruszenia te nie zostały wprawdzie skorygowane, ale do samego udzielenia zamówienia publicznego nie doszło. W ten sposób ustawodawca wyraźnie odróżnia dwa różne, następujące po sobie etapy związane z postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego w odniesieniu do zakresu penalizacji czynów stanowiących naruszenie dyscypliny finansów publicznych. W przypadku pierwszego etapu składają-

cego się na to postępowanie, tj. przygotowania i przeprowadzenia postępowania, a więc przed udzieleniem zamówienia (przed podpisaniem umowy), ustawodawca daje szansę w postaci możliwości eskulpowania się sprawcy naruszeń wymienionych w art. 17 ust. 1 u.n.d.f.p. od omawianej odpowiedzialności, gdy nieprawidłowości zostaną skutecznie skorygowane i dalsze etapy realizacji postępowania o zamówienie będą prawidłowe. Nie będzie skutkować odpowiedzialnością za naruszenie omawianej dyscypliny również sytuacja, gdy do udzielenia zamówienia publicznego w ogóle nie dojdzie. W obu tych przypadkach będziemy zatem mieli do czynienia z wyłączeniem odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Możliwości takich ustawodawca nie przewiduje w odniesieniu do naruszenia dyscypliny finansów publicznych, gdy do udzielenia zamówienia publicznego już dojdzie.

4.3. Delikty związane z zawarciem umowy o udzielenie zamówienia publicznego

Według art. 17 ust. 1b pkt 1 u.n.d.f.p. naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest udzielenie zamówienia publicznego wykonawcy, który nie został wybrany w trybie określonym w przepisach o zamówieniach publicznych.

Zamówienia publiczne mogą być udzielane wyłącznie dostawcom lub wykonawcom wyłonionym w ramach jednego z trybów wymienionych w art. 10 Pzp. Szczególne znaczenie przypisano zatem konieczności dokonywania wyboru wykonawcy po przeprowadzeniu właściwego trybu postępowania, określonego w przepisach o zamówieniach publicznych. W praktyce zdarzają się sytuacje odstępowania wykonawcy od zamówienia publicznego pomimo jego udzielenia (zawarcia umowy), lub też próby przejęcia zamówienia publicznego i wstąpienia osoby trzeciej w miejsce wybranego wykonawcy.

W orzecznictwie GKO wskazano, że warunkiem koniecznym popełnienia przypisanego czynu stanowiącego naruszenie dyscypliny finansów publicznych jest działanie obwinionego polegające na udzieleniu przez niego zamówienia publicznego. Warunkiem wystarczającym jest natomiast dokonanie wyboru wykonawcy bez zastosowania trybu określonego w przepisach o zamówieniach publicznych. W konkretnej sprawie należy zatem rozstrzygnąć dwie kwestie: czy w ogóle doszło do udzielenia zamówienia publicznego, czyli czy przedmiot umowy wymaga stosowania przepisów ustawy Pzp, jak również, czy podmiot będący stroną tej umowy wybrany został bez zastosowania trybów określonych w przepisach o zamówieniach publicznych⁴⁰¹. W innym orzeczeniu GKO wskazała, że aby znamiona omawianego naruszenia wystąpiły, musi po pierwsze dojść do

⁴⁰¹ Orzeczenie GKO z dnia 20 lutego 2012 r., BDF1/4900/1/1/12/6, niepubl.

udzielenia zamówienia publicznego w rozumieniu przepisów Pzp, po drugie zaś – zamówienie zostało udzielone wykonawcy, który został wybrany w innym trybie niż tryby określone w przepisach o zamówieniach publicznych. Spełnienie wskazanych znamion musi być koniunktywne. Oznacza to, iż w pierwszej kolejności należy ustalić, czy w przypadku np. robót budowlanych, które były przedmiotem umów, wymagane było stosowanie przepisów o zamówieniach publicznych. W przypadku stwierdzenia, iż obowiązek stosowania ustawy Pzp w przedmiotowych umowach zaistniał, dla stwierdzenia, czy doszło do naruszenia dyscypliny finansów publicznych, należy ustalić, czy zawarto umowę z podmiotem, który został wybrany w innym trybie, niż przewidują to przepisy o zamówieniach publicznych. Dla ustalenia, czy nie zostały spełnione znamiona naruszenia dyscypliny finansów publicznych, wystarczające będzie stwierdzenie, iż w czynie obwinionego nie zaszła przynajmniej jedna ze wskazanych wyżej przesłanek⁴⁰².

Prawo zamówień publicznych, jak to już wyżej ustalono, zakłada prawo wyboru trybu postępowania o zamówienie publiczne. Do rangi zasady podniesiono prawo wyboru podstawowych trybów udzielania zamówień publicznych – przetargu nieograniczonego i ograniczonego. Tryby przetargowe stosuje się w każdym przypadku, niezależnie od okoliczności i przesłanek faktycznych. Pozostałe tryby postępowania uznane są przez ustawodawcę za szczególne, a ich zastosowanie – za wyjątek od zasady swobodnego wyboru trybu. Należy przez to rozumieć, że ich stosowanie możliwe jest tylko w okolicznościach uzasadnionych i ściśle w ustawie określonych. W przypadku odstąpienia od trybu podstawowego zamawiający powinien wykazać podstawę prawną i faktyczną, która umożliwia odstąpienie od trybów podstawowych⁴⁰³. Szczególnej kontroli podlega czynność wyboru trybów postępowania, w których następuje ograniczenie konkurencji, a poprzez to ograniczenie prawa realizowania zadań przez wykonawców.

W jednym z orzeczeń dotyczącym stanu faktycznego, w którym obwiniony zastosował tryb udzielenia zamówienia z wolnej ręki, GKO wskazała, że nie istniały żadne przeszkody uniemożliwiające udzielenia zamówienia w trybie podstawowym, to znaczy w trybie przetargu nieograniczonego. Presja czasu czy konieczność wykorzystania przydzielonych funduszy na zrealizowanie zakupu nie są przesłankami uzasadniającymi zastosowanie trybu udzielenia zamówienia z wolnej ręki. Zgodnie z art. 67 ust. 1 pkt. 1 lit. a Pzp zamawiający może udzielić zamówienia w trybie z wolnej ręki, jeżeli dostawy lub roboty mogą być świadczone tylko przez jednego wykonawcę z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze. Dopuszczalność udzielenia zamówienia na podstawie tego przepisu uzależniona jest od istnienia na rynku w danym miejscu i czasie faktycznie

⁴⁰² Orzeczenie GKO z dnia 26 lipca 2012 r., BDF1/4900/63/63/12/1714, niepubl.

⁴⁰³ P. Kryczko, *Ustawa o odpowiedzialności...*, s. 21.

jednego wykonawcy, który może wykonać określone zamówienie. Taki stan rzeczy musi jednocześnie mieć charakter trwały i nieprzewidywalny⁴⁰⁴. W innym orzeczeniu GKO wskazała, że udzielenie zamówienia z wolnej ręki jest dopuszczalne, jeśli obiektywnie istnieje tylko jeden wykonawca zamówienia, ale ponadto okoliczność czyniąca dany podmiot owym wyłącznym możliwym wykonawcą wynika z przepisów prawnych, które zapewniają temu podmiotowi ochronę praw wyłącznych. Innymi słowy, zamawiający nie może udzielić zamówienia innemu podmiotowi, jeżeli tym samym doszłoby do naruszenia praw wyłącznych, a istnienie tych praw wyłącznych uzasadnia konstatację o istnieniu tylko jednego podmiotu, który może zamówienie wykonać⁴⁰⁵.

Jak wskazuje się w orzecznictwie GKO, ustawodawca zwolnił z obowiązku stosowania procedur właściwych dla zamówień publicznych wydatki realizowane między innymi przez jednostki sektora finansów publicznych, do wysokości wyrażonej w złotych, stanowiących równowartość 14 000 euro (art. 4 pkt 8 Pzp). Tym samym mogą być one dokonywane w innym trybie, niż przewidziane ustawą Pzp. Ustalenie minimalnej wartości progowej, poniżej której ustawa nie ma zastosowania, ma ten skutek, że w czynienie polegającym na wybraniu wykonawcy z pominięciem określonego trybu brak jest znamion naruszenia dyscypliny finansów publicznych⁴⁰⁶.

W innym orzeczeniu GKO wskazała, że prawidłowe ustalenie wartości zamówienia wymaga co najmniej dokonania uprzednio wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia, doboru właściwej metody szacowania, rzetelnego jej zastosowania oraz udokumentowania przebiegu i wyniku szacowania. Zaniechanie przez zamawiającego udokumentowania dokonanego szacunku w praktyce przesądza o braku staranności w omawianej kwestii. To z kolei rzutuje na dobór i przebieg procedury udzielenia zamówienia publicznego⁴⁰⁷. Prawidłowo opisany przedmiot zamówienia musi być jednoznaczny, wyczerpujący i precyzyjnie określający wszelkie warunki wykonania zamówienia⁴⁰⁸.

Zgodnie z innym stanowiskiem wyrażonym przez GKO, przepisy o zamówieniach publicznych przewidują wyłączenie stosowania procedur prawa polskiego w okolicznościach, gdy zamówienie udzielane jest na podstawie procedury międzynarodowej lub międzynarodowej instytucji finansowej. Wyłączenie to znajdzie zastosowanie w przy-

⁴⁰⁴ Orzeczenie GKO z dnia 10 września 2012 r., BDF1/4900/70/70/12/2045, „Biuletyn orzecznictwa w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych” 2012, nr 4, s. 46.

⁴⁰⁵ Orzeczenie GKO z dnia 20 września 2012 r., BDF1/4900/78/78/12/2200, niepubl.

⁴⁰⁶ Orzeczenie GKO z dnia 11 października 2007 r., DF/GKO-43900-41/45/07/1787, Biuletyn GKO 2008, nr 1, poz. 7.

⁴⁰⁷ Orzeczenie GKO z dnia 19 lipca 2012 r., BDF1/4900/59/59/12/1577, niepubl.

⁴⁰⁸ Orzeczenie GKO z dnia 10 września 2012 r., BDF1/4900/70/70/12/2045, „Biuletyn orzecznictwa w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych” 2012, nr 4, s. 46.

padku, gdy zamówienie ma być finansowane z udziałem środków, których przyznanie jest uzależnione od zastosowania procedur odmiennych niż określone w przepisach o zamówieniach publicznych. Prawo polskie daje podstawy do stosowania procedur organizacji międzynarodowych, jeżeli umowy takie procedury zawierają, a ich zastosowanie jest jednym z warunków ubiegania się o dofinansowanie⁴⁰⁹.

Warto podkreślić, że naruszeniem dyscypliny finansów publicznych będzie także przeniesienie przez wyłonionego wykonawcę na osobę trzecią podstawowych praw i obowiązków wynikających z umowy w sprawie zamówienia publicznego, nawet jeżeli osoba taka wyrazi zgodę na przejęcie tych praw (wspomniany wcześniej zakaz cesji umowy). W takim przypadku będziemy mieli do czynienia z obejściem obowiązującego prawa. Nowy faktyczny wykonawca nie został bowiem wyłoniony w trybie przewidzianym przez ustawę⁴¹⁰.

Naruszeniem art. 17 ust. 1b pkt 1 nie będzie z kolei nieprzechowywanie dokumentacji z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W stanie faktycznym, w którym komisja orzekająca pierwszej instancji stwierdziła jedynie, że zgodnie z art. 97 ust. 1 Pzp, zamawiający przechowuje protokół wraz z załącznikami przez okres 4 lat od dnia zakończenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w sposób gwarantujący jego nienaruszalność, przypisując obwinionemu czyn z art. 17 ust. 1b pkt 1, GKO wskazała, że nieprzechowywanie dokumentacji z postępowania nie jest obwarowane sankcją za naruszenie dyscypliny finansów publicznych⁴¹¹.

Zgodnie z art. 17 ust. 1b pkt 2 u.n.d.f.p. naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest udzielenie zamówienia publicznego z naruszeniem przepisów o zamówieniach publicznych dotyczących przesłanek stosowania trybów udzielenia zamówienia publicznego: negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki lub zapytania o cenę.

Zastosowanie niewłaściwego trybu i w związku z tym niewłaściwej procedury udzielenia zamówienia publicznego prowadzi zazwyczaj do utrudnienia dostępu wykonawców do zamówień publicznych. Może to obniżyć lub całkowicie wyeliminować konkurencyjność postępowania i prowadzić do naruszenia podstawowych zasad uczciwej konkurencji i równości traktowania wykonawców, a w konsekwencji – do naruszenia zasad gospodarności i efektywności przy wydatkowaniu środków publicznych.

Wymóg stosowania ustawowych przesłanek dla wyboru poszczególnych trybów udzielenia zamówienia jest zasadą w ustawie Pzp. Dla powstania odpowiedzialności za

⁴⁰⁹ Orzeczenie GKO z dnia 28 września 2006 r., DF/GKO-4900-41/54/RN-23/06/1118, Biuletyn GKO 2007, nr 1, poz. 7.

⁴¹⁰ P. Kryczko, *Ustawa o odpowiedzialności...*, s. 20.

⁴¹¹ Orzeczenie GKO z dnia 26 listopada 2012 r., BDF1//4900/90/90/12/2468, niepubl.

naruszenie dyscypliny w tym zakresie ustawodawca wskazuje sytuacje polegające na udzieleniu zamówienia, ale z naruszeniem przesłanek wyboru trybu postępowania, jedynie w odniesieniu do trzech wyżej wskazanych, najmniej konkurencyjnych trybów szczególnych. Dla ustalenia, czy w konkretnej sytuacji faktycznej wystąpi zatem naruszenie dyscypliny finansów publicznych, należy w pierwszej kolejności ustalić przesłanki, jakie ustawodawca dla tych trybów przewidział.

Przesłankami, które uprawniają zamawiającego do skorzystania z trybu negocjacji bez ogłoszenia, są cztery sytuacje wymienione enumeratywnie w art. 62 ust. 1. Pierwsza z nich dotyczy postępowania przetargowego, które musiało zostać unieważnione ze względu na brak ofert lub brak ofert spełniających wszystkie wymagania SIWZ. Zamawiający może wtedy ponowić zamówienie w trybie zaproszenia do negocjacji. Jeżeli w postępowaniu przetargowym wpłynęły oferty i zostały odrzucone, to do negocjacji zamawiający musi zaprosić wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty. Następne sytuacje dopuszczające omawiany tryb to konkurs, w którym nagrodą było zaproszenie do negocjacji bez ogłoszenia co najmniej dwóch autorów wybranych prac konkursowych oraz szczególny przedmiot zamówienia, którym są rzeczy wytwarzane wyłącznie w celach badawczych, doświadczalnych lub rozwojowych, nie w celu zapewnienia zysku lub pokrycia poniesionych kosztów badań lub rozwoju. Sytuacje takie w działalności j.s.t. będą się zdarzały rzadko. Realną może się natomiast w działalności j.s.t. okazać przewidziana przez art. 62 ust. 1 pkt 4 Pzp przesłanka polegająca na konieczności udzielenia zamówienia w tym trybie z uwagi na to, że zachowanie terminów przewidzianych dla trybów przetargowych okaże się niemożliwe. Można zatem przyjąć, że chodzi tu o sytuacje awaryjne. Przyczyny takich sytuacji, których zamawiający nie mógł zawczasu przewidzieć, nie mogą jednak leżeć po jego stronie.

Tryb zamówienia z wolnej ręki, jako negocjacje z jednym tylko, wybranym przez zamawiającego wykonawcą, obwarowany jest wieloma przesłankami. Warto podkreślić, że zamówienie z wolnej ręki stanowi tryb najmniej konkurencyjny spośród wszystkich trybów przewidzianych przepisami ustawy. Powinien zatem być stosowany tylko wyjątkowo, po uprzednim zbadaniu możliwości zastosowania innych, bardziej konkurencyjnych trybów. Przed skorzystaniem z tego trybu zamawiający powinien obiektywnie ocenić, czy zaszły okoliczności uzasadniające udzielenie zamówienia z wolnej ręki⁴¹². Ciężar dowodu, że w konkretnej sprawie podstawy takie zaistniały, spoczywa na zamawiającym. Art. 67 Pzp wylicza 11 przesłanek dopuszczających skorzystanie przez zamawiającego z trybu zamówienia z wolnej ręki. Niektóre z nich do-

⁴¹² Orzeczenie GKO z 15 października 2007 r., DF/6KO-4900-40/44/07/1771, Biuletyn GKO 2008, nr 1, poz. 9.

tyczą specyficznych grup podmiotów zamawiających⁴¹³ i nie mają zastosowania wobec j.s.t. Pozostałe przesłanki można ująć w kilku kategoriach, w zależności od tego, czy dotyczą:

- szczególnych właściwości wykonawcy,
- sytuacji, w jakiej dokonuje się zamówienia,
- dotychczasowego przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia,
- wyjątkowych korzyści ekonomicznych wynikających z zastosowania tego trybu,
- miejsca jego dokonywania.

Ze względu na właściwości wykonawcy, tryb zamówienia z wolnej ręki jest dozwolony wobec zamówień na specyficzne dostawy, usługi lub roboty budowlane, które mogą być świadczone tylko przez jednego wykonawcę ze względu na jego szczególne uprawnienia bądź cechy. Chodzi o unikatowe cechy techniczne bądź artystyczne wykonawcy, a także jego podlegające ochronie prawa wyłączne.

Sytuacjami, które uprawniają do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki, są zdarzenia powodujące nagłą, niedającą się przewidzieć potrzebę zrealizowania zamówienia. Chodzi najczęściej o poważne awarie lub klęski żywiołowe, kiedy presja czasu uniemożliwia nawet skorzystanie z dozwolonego w takich okolicznościach trybu negocjacji bez ogłoszenia. Według wytycznych Urzędu Zamówień Publicznych (UZP) pilność udzielenia zamówienia podyktowana jest koniecznością uniknięcia negatywnych konsekwencji, które mogłyby się pojawić, gdyby nie podjęto w określonym czasie stosownych działań. Oceniając, czy takie okoliczności uzasadniają szczególny tryb udzielenia zamówienia rzeczywiście mają miejsce, należy mieć na uwadze regułę proporcjonalności. Udzielenie zamówienia bez zachowania trybów przetargowych będzie dopuszczalne tylko w takim zakresie, w jakim służyć to będzie ograniczaniu skutków nieprzewidzianego zdarzenia lub zapobieżenia niepomyślnym zdarzeniom.

Tryb zamówienia z wolnej ręki zamawiający może zastosować na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 2 Pzp, jeżeli zamówienie jest wynikiem konkursu, w którym zaproszenie autora wybranej pracy konkursowej do negocjacji w trybie zamówienia z wolnej ręki zostało wyraźnie ogłoszone w warunkach konkursu.

Jeżeli w kolejno prowadzonych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, z których co najmniej jedno było prowadzone w trybie przetargowym, nie wpłynął żaden wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, niezłożona została żadna oferta lub też wszystkie oferty zostały zgodnie z przepisami ustawy odrzucone ze wzglę-

⁴¹³ Chodzi tu np. o placówki zagraniczne czy jednostki wojskowe, zob. art. 67 ust. 1 pkt 10 i 11 Pzp.

du na niezgodność z opisem przedmiotu zamówienia, zamawiający może skorzystać z trybu zamówienia z wolnej ręki.

Tryb zamówienia z wolnej ręki dopuszczalny jest w świetle ustawy także wobec zamówień będących następstwem już zawartych umów o udzielenie zamówienia publicznego, jeżeli dotyczyć one będą zamówień dodatkowych nieobjętych zamówieniem podstawowym (do wartości łącznie nieprzekraczającej 50% wartości realizowanego zamówienia i przy spełnieniu określonych w art. 67 ust. 1 pkt 5 lit. a dodatkowych warunków uzasadniających niezbędność takiego rozwiązania). Z podobnego rodzaju ograniczeniami możliwe jest także udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki na dostawy lub zamówienia uzupełniające, do wartości nieprzekraczającej 20% zamówienia podstawowego, ale również musi to być uzasadnione przyczynami ekonomicznymi lub technicznymi (art. 67 ust. 1 pkt 7 Pzp) oraz zrealizowane nie później niż po upływie 3 lat od udzielenia zamówienia podstawowego.

Czasami udzielenie zamówienia publicznego bezzwłocznie, z pominięciem czasochłonnych trybów przetargowych, może przynieść ewidentne korzyści ekonomiczne. Ustawodawca w art. 67 ust. 1 pkt 8 wymienia kilka takich okoliczności, którymi są likwidacja innego podmiotu, postępowanie egzekucyjne albo upadłościowe, dopuszczając w tych sytuacjach możliwość udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki i nabycie zaoferowanych dóbr, zanim znajdą one innych nabywców, zazwyczaj poniżej ceny rynkowej.

Kolejną przesłanką, w oparciu o którą ustawodawca dopuszcza zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki, jest nabywanie dostaw na giełdach towarowych (art. 67 ust. 1 pkt 9 Pzp). Istotą działania giełd towarowych są transakcje zawierane natychmiastowo, na podstawie decyzji nabywcy. Każdy zatem inny tryb niż zamówienie z wolnej ręki uniemożliwiłby w ogóle zaopatrywanie się na giełdzie.

Tryb zamówienia z wolnej ręki można, pod pewnymi warunkami określonymi w art. 5 ust. 1a, zastosować także do zamawiania usług o charakterze niepriorytetowym.

W trybie zapytania o cenę zamawiający kieruje pytanie o cenę do wybranych przez siebie wykonawców i zaprasza ich do składania ofert. Ustawowe przesłanki możliwości skorzystania z takiego trybu wymienia art. 70 i 71. Są nimi przedmiot zamówienia oraz minimalna liczba wykonawców zaproszonych do złożenia oferty. Przedmiotem zamówienia publicznego udzielanego w tym trybie mogą być jedynie dostawy lub usługi powszechnie dostępne, o ustalonych standardach jakościowych, których wartość nie przekracza progów ustawowych ogłoszonych w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów wydanym na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp. Chodzi zatem o oferowane na rynku przez liczne podmioty takie dostawy lub usługi, do których praktycznie nieograniczona grupa konsumentów ma łatwy dostęp. Muszą to być ponadto towary lub usługi zestandaryzo-

wane. Owe standardy jakościowe należy rozumieć jako ogólnie znane, wynikające z powszechnie przyjętych norm, określonych w przepisach prawa lub uznawanych przez ogół konsumentów.

Liczba wykonawców zaproszonych do składania ofert w trybie zapytania o cenę nie może być mniejsza niż 5. Uznaje się tym samym, że taka liczba potencjalnych wykonawców zapewnia już minimalną konkurencję.

Tryb zapytania o cenę, jako odstępstwo od procedur podstawowych, jest reglamentowany i może znaleźć zastosowanie w sposób przewidziany w tej ustawie, bez możliwości jakiegokolwiek wykładni rozszerzającej⁴¹⁴. W przepisie tym wątpliwości budzi pojęcie „usługi powszechnie dostępnej o ustalonych standardach jakościowych”, którego ustawa Pzp nie definiuje. Jak wskazuje GKO, przesłankę „powszechności”, o której stanowi art. 70 Pzp, należałoby rozumieć jako możliwość realizacji typowych w danej branży zamówień przez większość podmiotów z tej branży. Z kolei „ustalone standardy jakościowe” – jako wyroby odpowiadające przeciętnym wymaganiom – przeciętne typy, wzorce, rodzaje (gatunki), wynikające z przyjętych dla tych produktów norm określonych przepisami prawa, jak i wymaganiom przyjętym jako normy w powszechnym odbiorze konsumenckim. Istotną cechą produktów lub usług zamawianych w trybie zapytania o cenę powinna być więc ich typowość, gwarantująca zamawiającemu porównanie cen takiego samego rodzaju produktów czy usług, oferowanych przez różnych dostawców lub wykonawców, poprzez podanie nazwy produktu lub usługi i określenie podstawowych ich parametrów czy zakresu. W konsekwencji, tryb zapytania o cenę może być stosowany tylko w odniesieniu do takich dostaw lub usług, które *de facto* są oferowane wszystkim ewentualnie zainteresowanym ich zakupem⁴¹⁵. W innym orzeczeniu GKO wskazała, że zdefiniowanie pojęcia „ustalone standardy” polegać będzie na wyliczeniu cech, przymiotów, które określają dany przedmiot lub usługę. Coś, co ma ustalone standardy, charakteryzuje się przede wszystkim powtarzalnością i typowością. Są to dostawy lub usługi oparte na pewnym wzorcu. Typowość tych przedmiotów jest wymogiem, który warunkuje zastosowanie trybu zapytania o cenę, z tego względu, że w postępowaniu prowadzonym w tym trybie jedynym możliwym i przewidzianym przez ustawodawcę kryterium oceny ofert jest cena. Zgodnie z wykładnią celowościową można stwierdzić, że tylko cena może odróżniać od siebie przedmioty charakteryzujące się ustalonymi standardami⁴¹⁶.

⁴¹⁴ Np. orzeczenie GKO z dnia 20 lutego 2012 r., BDF1/4900/6/5/RN-2/12/77, niepubl.; orzeczenie GKO z dnia 11 lutego 2013 r., BDF/4900/130/131-132/12/3394, niepubl.

⁴¹⁵ Orzeczenie GKO z dnia 20 lutego 2012 r., BDF1/4900/6/5/RN-2/12/77, niepubl.

⁴¹⁶ Orzeczenie GKO z dnia 11 lutego 2013 r., BDF/4900/130/131-132/12/3394, niepubl.

W orzecznictwie GKO, z powołaniem się na ukształtowane orzecznictwo TSUE (i dawniejsze orzecznictwo Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości), reprezentowane jest stałe stanowisko, że zastosowanie trybów niekonkurencyjnych, a więc także trybu zapytania o cenę, dopuszczalne jest jedynie w wyjątkowych sytuacjach, które muszą być interpretowane w sposób ścisły.

Warto w tym miejscu zaznaczyć, że przewidziane tu prawem sankcje są dwojakie: niezależnie od odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego z naruszeniem przesłanek stosowania trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki lub zapytania o cenę stanowi przesłankę unieważnienia takiej umowy (art. 146 ust. 1 pkt 1 i 6 Pzp). Unieważnienia dokonuje sąd na wniosek Prezesa UZP (art. 144a ust. 1 Pzp). Z odpowiedzialnością będziemy więc mieli do czynienia w sytuacji, gdy zostanie zastosowany którykolwiek z wymienionych trybów pomimo braku podstaw do jego zastosowania.

Art. 17 ust. 1c u.n.d.f.p. stanowi, że naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest naruszenie przepisów o zamówieniach publicznych w inny sposób niż określony w ust. 1 i 1b, jeżeli miało ono wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, chyba że nie doszło do udzielenia zamówienia publicznego.

Kolejną penalizowaną sytuacją jest zgodnie z powołanym przepisem udzielenie zamówienia publicznego z innym niż wymienione wcześniej (w ust. 1 i 1b) naruszeniem przepisów o zamówieniach publicznych, jeżeli naruszenie to miało wpływ na wynik postępowania. Dokonując wykładni gramatycznej powyższego przepisu, należy przyjąć, że naruszeniem dyscypliny będzie każde inne naruszenie przepisów ustawy Pzp, o ile naruszenie to wpłynęło na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Może to być wybranie jako najkorzystniejszej oferty innej, niż miałoby to miejsce w razie przeprowadzenia postępowania zgodnie z obowiązującymi przepisami, czy niewykluczenie z postępowania wykonawcy, który nie spełnił warunku udziału w postępowaniu.

Ustawa nie uzależnia odpowiedzialności od wagi popełnionego naruszenia przepisów o zamówieniach publicznych. Istotne jest jednak to, aby naruszenie takie w sposób niebudzący wątpliwości miało wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Przy tym wpływ ten nie może być hipotetyczny, ale musi być realny⁴¹⁷. W orzecznictwie GKO przyjmuje się, że należy udowodnić związek przyczynowo-skutkowy między naruszeniem a zmianą wyniku postępowania o udzielenie zamówienia. Jeśli nie da się wykazać istnienia takiego związku, to nie można mówić o naruszeniu dyscypliny finansów

⁴¹⁷ Orzeczenie GKO z dnia 20 października 2005 r., DF/GKO-Odw.-47/63/RN-17/2005/420, Biuletyn GKO 2006, nr 1, poz. 12.

publicznych, bez względu na wagę naruszonego przepisu Pzp. W konkretnej sprawie musi zatem istnieć pewność, że nieprawidłowe zachowanie osoby obwinionej miało rzeczywisty wpływ na wynik postępowania⁴¹⁸.

Zgodnie z ukształtowaną linią orzecniczą, aby przypisać komuś naruszenie dyscypliny finansów publicznych z tytułu czynu określonego w art. 17 ust. 1c u.n.d.f.p., należy ustalić, po pierwsze, czy udzielono zamówienia publicznego, po drugie, czy w toku postępowania w sprawie o udzielenie zamówienia publicznego naruszono konkretny przepis prawny. W przypadku stwierdzenia powyższych faktów konieczne jest zbadanie, czy w konkretnym przypadku nienaruszenie przepisów o zamówieniach publicznych doprowadziłoby do innego wyniku postępowania. Sekwencja rozważań powinna więc być następująca:

- 1) ustalenie na podstawie materiału dowodowego, czy w przedmiotowej sprawie udzielono zamówienia publicznego;
- 2) skonfrontowanie działań zamawiającego z dyspozycjami norm prawnych w celu identyfikacji naruszonych przepisów lub przepisu o zamówieniach publicznych, w szczególności zawartych w ustawie Pzp;
- 3) dokonanie oceny, czy prawidłowe działanie zamawiającego, to jest stosowanie się do dyspozycji ustawy, skutkowałoby innym wynikiem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Art. 17 ust. 2 pkt 1 u.n.d.f.p. przewiduje, że naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego bez zachowania formy pisemnej.

Stosownie do art. 9 ust. 1 Pzp, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, z zastrzeżeniem wyjątków określonych w ustawie, prowadzi się z zachowaniem formy pisemnej. Dla zachowania pisemnej formy czynności prawnej wymagane jest złożenie własnoręcznego podpisu na dokumencie zawierającym treść oświadczenia woli (art. 78 § 1 Kc). Z kolei art. 139 ust. 2 Pzp przewiduje, że umowa w sprawie zamówienia publicznego wymaga, pod rygorem nieważności, zachowania formy pisemnej. Niezachowanie formy zastrzeżonej *ad solemnitatem* powoduje bezwzględną nieważność czynności prawnej, która w konsekwencji nie wywołuje skutków prawnych (art. 73 § 1 Kc). Stanowisko takie możemy znaleźć także w wyroku SN z dnia 7 lutego 2013 r.⁴¹⁹, gdzie sąd przyjął, iż zawieranie umów w trybie ustawy Pzp jest poddane szczególnej regulacji związanej z celem ustawy. Oznacza to konieczność respektowania jej przepisów, co nie powinno rzuto-

⁴¹⁸ Orzeczenie GKO z dnia 20 listopada 2006 r., DF/GKO-4900-76/94/RN-38/06/2246, niepubl.

⁴¹⁹ Sygn. akt II CSK 248/12, „Gazeta Prawna” z 26.04.2013.

wać jednak na kwalifikację materialnoprawną umów z punktu widzenia prawa cywilnego. Umowa zawarta przez jednostkę sektora finansów publicznych o roboty budowlane pozostaje w dalszym ciągu umową, o której mowa w art. 647 Kc. Zmianie podlega natomiast rygor, pod jakim zastrzeżona jest forma tej umowy. Znajduje tu bowiem zastosowanie forma pisemna nie dla celów dowodowych, ale pod rygorem nieważności.

Skoro umowa zawarta w formie innej niż pisemna jest nieważna, to w konsekwencji należy przyjąć, że nie udzielono zamówienia publicznego. Penalizacji w tym przypadku nie podlega więc udzielenie zamówienia publicznego, lecz posłużenie się inną formą zawarcia umowy niż forma pisemna. W związku z powyższym nie są wymagane żadne inne okoliczności. Odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych poniesie osoba odpowiedzialna za udzielenie zamówienia, jeśli nie będzie w stanie udokumentować owego faktu pisemną umową.

Zagadnienie to zostało omówione szerzej w związku z zasadami udzielania zamówień publicznych (rozdział I), a także w związku z charakterem prawnym umowy o udzielenie zamówienia publicznego (rozdział III).

Zgodnie z art. 17 ust. 2 pkt 2 u.n.d.f.p. naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego na czas dłuższy niż określony w przepisach o zamówieniach publicznych lub na czas nieoznaczony, z wyłączeniem przypadków dopuszczonych w przepisach o zamówieniach publicznych.

Umowę w sprawie zamówienia publicznego można zawrzeć na czas oznaczony, jednak nie dłuższy niż 4 lata. Zgodnie z art. 142 ust. 2 Pzp możliwe jest zawarcie umowy na okres dłuższy niż 4 lata, o ile przedmiotem jej są świadczenia okresowe lub ciągłe, a wykonanie zamówienia w dłuższym okresie spowoduje oszczędności kosztów realizacji zamówienia w stosunku do okresu czteroletniego, lub jest to uzasadnione zdolnościami płatniczymi zamawiającego lub zakresem planowanych nakładów oraz okresem niezbędnym do ich spłaty. Z kolei, w myśl art. 143 ust. 1 Pzp, na czas nieoznaczony może być zawarta jedynie umowa, której przedmiotem są między innymi dostawy: wody za pomocą sieci wodno-kanalizacyjnej lub odprowadzanie ścieków do takiej sieci; energii elektrycznej z sieci elektroenergetycznej; gazu z sieci gazowej; ciepła z sieci ciepłowniczej. Oznacza to, że naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest zawarcie umowy na okres dłuższy niż 4 lata lub na czas nieoznaczony, o ile nie zachodzi którakolwiek z okoliczności wymienionych w art. 142 ust. 2 lub w art. 143 ust. 1 Pzp.

Zawarcie umowy w dłuższym horyzoncie czasowym ogranicza konkurencję na rynku zamówień publicznych, utrudniając doń dostęp dla nowych podmiotów. Uzasadnieniem przyjęcia zasady o czasowym trwaniu umowy jest zatem pogląd, że zawarcie umowy na czas dłuższy jest dopuszczalne tylko w szczególnych, wskazanych powyżej

okolicznościach. Możliwość ta dotyczy także kredytu i pożyczki, umowy rachunku bankowego i ubezpieczenia (art. 142 ust. 4 Pzp).

Jak zauważyła GKO, aby można było dochodzić odpowiedzialności za ten czyn, muszą wystąpić dwie przesłanki. Po pierwsze, musi dojść do zawarcia przez zamawiającego umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz po drugie, treść tej umowy musi zawierać zapisy, zgodnie z którymi umowa została zawarta na czas dłuższy niż dopuszczony w przepisach o zamówieniach publicznych albo na czas nieoznaczony, z wyjątkiem przypadków dopuszczonych przepisami o zamówieniach publicznych. Konieczne więc jest rozstrzygnięcie następujących kwestii: 1) czy zamawiający zawarł umowę w sprawie zamówienia publicznego; 2) czy przedmiot umowy określony został w taki sposób, że dopuszcza zgodnie z przepisami o zamówieniach publicznych zawarcie jej na czas nieoznaczony, oraz 3) czy zawarta umowa zawiera zapisy, zgodnie z którymi czas jej obowiązywania nie został w dacie jej podpisania oznaczony⁴²⁰.

Według art. 17 ust. 2 pkt 4 u.n.d.f.p. naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego przed ogłoszeniem orzeczenia przez Krajową Izbę Odwoławczą, z naruszeniem przepisów o zamówieniach publicznych.

Artykuł 183 ust. 1 Pzp zakazuje zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego do czasu ostatecznego rozstrzygnięcia odwołania, wniesionego w trybie przewidzianym przez art. 180 Pzp. Organem właściwym do rozpoznawania odwołań wnoszonych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest Krajowa Izba Odwoławcza (KIO; art. 172 ust. 1 Pzp). Odwołanie może wnieść wykonawca, uczestnik konkursu, a także inny podmiot, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów o zamówieniach publicznych (art. 179 ust. 1 Pzp). Przysługuje ono wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy (art. 180 ust. 1 Pzp). Termin do wniesienia odwołania nie został określony w sposób jednolity. Wynosi on 5, 10 lub 15 dni albo 1 lub 6 miesięcy. Również niejednolity jest początek biegu terminu, może to być: 1) dzień przesłania informacji o czynności zamawiającego; 2) dzień publikacji lub zamieszczenia ogłoszenia; 3) dzień, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia, lub 4) dzień zawarcia umowy. Czas trwania i początek biegu terminu

⁴²⁰ Orzeczenie GKO z dnia 22 października 2009 r., BDF1/49000/50//50/09/1809, Biuletyn GKO 2009, nr 4, poz. 13.

zależne są od przedmiotu odwołania oraz rodzaju i wartości zamówienia (art. 182 ust. 1–4 Pzp).

Zakaz zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego w przypadku wniesienia odwołania obowiązuje do czasu wydania przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie (art. 183 ust. 1 Pzp). Izba rozpoznaje odwołanie w ciągu 15 dni od dnia jego doręczenia (art. 189 ust. 1 Pzp), wydając stosowne orzeczenie. Na orzeczenie Izby przysługuje skarga do sądu.

Tylko wyjątkowo KIO może w drodze postanowienia uchylić zakaz zawarcia umowy przed wydaniem orzeczenia. Uchylenie zakazu możliwe jest tylko na wniosek zamawiającego, o ile niezawarcie umowy mogłoby spowodować negatywne skutki dla interesu publicznego przewyższające korzyści związane z koniecznością ochrony wszystkich interesów, w odniesieniu do których zachodzi prawdopodobieństwo doznania uszczerbku w wyniku czynności podjętych przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia (art. 183 ust. 2 Pzp).

Naruszeniem dyscypliny finansów publicznych będzie zatem zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego przed ogłoszeniem przez KIO orzeczenia, chyba że Izba ta wyda stosowne postanowienie. Uchybienie to będzie ponadto stanowić podstawę wystąpienia Prezesa UZP do sądu z wnioskiem o unieważnienie wadliwie zawartej umowy, jeżeli wadliwość ta uniemożliwiła Izbie uwzględnienie odwołania przed zawarciem umowy (art. 146 ust. 1 pkt 3 Pzp).

Art. 17 ust. 3 u.n.d.f.p. przewiduje, że naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z naruszeniem przepisów o zamówieniach publicznych, określających przesłanki upoważniające do unieważnienia tego postępowania.

W przepisach art. 93 ust. 1 pkt 1–7 Pzp określono zamknięty katalog przesłanek obligatoryjnego unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia. Według tego przepisu zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli:

- 1) nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu albo nie wpłynął żaden wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu od wykonawcy niepodlegającego wykluczeniu, w postępowaniu prowadzonym w trybie innym niż zapytanie o cenę i licytacja elektroniczna,
- 2) w postępowaniu prowadzonym w trybie zapytania o cenę nie złożono co najmniej dwóch ofert niepodlegających odrzuceniu,
- 3) w postępowaniu prowadzonym w trybie licytacji elektronicznej wpłynęły mniej niż dwa wnioski o dopuszczenie do udziału w licytacji elektronicznej, albo nie została złożona żadna oferta,

- 4) cena najkorzystniejszej oferty nie przewyższa kwoty, którą zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia,
- 5) w przypadku, o którym mowa w art. 91 ust. 5 Pzp (tj. wówczas, gdy w postępowaniu o udzielenie zamówienia, w którym jedynym kryterium oceny ofert jest cena, nie można dokonać wyboru oferty najkorzystniejszej ze względu na to, że zostały złożone oferty o takiej samej cenie), zostały złożone oferty dodatkowe o takiej samej cenie,
- 6) wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć – zasadność unieważnienia w tym wypadku poddana zostaje ocenie przez Prezesa UZP,
- 7) postępowanie obciążone jest wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Zamawiający jest zobligowany do unieważnienia prowadzonego postępowania w przypadku wystąpienia któregośkolwiek ze zdarzeń enumeratywnie wymienionych w powołanym przepisie ustawy. Oznacza to, że działanie zamawiającego powinno być pozbawione w odniesieniu do instytucji unieważnienia postępowania jakiejkolwiek uznaniowości. Interpretacja przesłanek unieważnienia postępowania powinna być dokonywana w sposób ścisły, przy zachowaniu prymatu wykładni gramatycznej i celowościowej Ciężar dowodu, że dokonanie czynności wymagającej unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego mającej normatywne i faktyczne podstawy, spoczywa zawsze na zamawiającym⁴²¹.

W przypadku unieważnienia postępowania z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, wykonawcy, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu, mogą zgłosić w stosunku do zamawiającego żądanie zwrotu uzasadnionych kosztów uczestnictwa w dotychczasowym postępowaniu. Do kosztów należy w szczególności zaliczyć koszty przygotowania oferty, a także koszty przejazdów oraz koszty przesłania materiałów, karty zakupu SIWZ, koszty uzyskania niezbędnych zaświadczeń oraz koszty zastępstwa procesowego. Zwrot kosztów jest jednak ograniczony do kosztów niezbędnych do udziału w postępowaniu⁴²². Nie będzie jednak przysługiwał zwrot kosztów wykonawcom wykluczonym z postępowania oraz tym, których oferty zostały odrzucone jako sprzeczne z treścią SIWZ.

⁴²¹ Wyrok KIO z dnia 13 stycznia 2012 r., KIO 2808/11.

⁴²² S. Babiarz, *Komentarz do art. 93*, [w:] S. Babiarz, Z. Czarnik, P. Janda, P. Pelczyński, *Prawo zamówień...*, s. 595.

W art. 93 ust. 1a Pzp została wymieniona dodatkowa sytuacja uprawniająca zamawiającego do możliwości unieważnienia postępowania. Wystąpi ona wówczas, kiedy bezzwrotne środki pochodzące z budżetu UE lub od państw członkowskich EFTA, które miały być przeznaczone na sfinansowanie całości lub części zamówienia, nie zostały zamawiającemu przyznane, a możliwość unieważnienia postępowania z tej przyczyny została przewidziana w:

- 1) ogłoszeniu o zamówieniu w przypadku postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego, przetargu ograniczonego, negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego albo licytacji elektronicznej,
- 2) zaproszeniu do negocjacji – w postępowaniu prowadzonym w trybie negocjacji bez ogłoszenia albo zamówienia z wolnej ręki,
- 3) zaproszeniu do składania ofert – w postępowaniu prowadzonym w trybie zapytania o cenę.

Unieważnienie postępowania z tytułu tych przesłanek, w odróżnieniu od przesłanek wskazanych w art. 93 ust. 1 Pzp, ma zupełnie inny charakter. Posługując się wykładnią gramatyczną sformułowań zawartych na początku omawianego przepisu, należy przyjąć, że unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia jest uzależnione od woli zamawiającego. Ustawodawca posłużył się bowiem sformułowaniem „zamawiający może unieważnić postępowanie”. Z prawa tego zamawiający będzie mógł skorzystać w przypadku nieotrzymania bezzwrotnych środków europejskich. Dla skuteczności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia fakt nieprzyznania tych środków jest jednak niewystarczający. Ustawodawca wymaga bowiem jednoczesnego spełnienia dwóch dodatkowych przesłanek. Obok nieprzyznania zamawiającemu bezzwrotnych środków europejskich, które miały być przeznaczone na sfinansowanie całości lub części zamówienia, ustawodawca wymaga także, aby możliwość unieważnienia postępowania z tego tytułu była wcześniej przez zamawiającego przewidziana albo w ogłoszeniu o zamówieniu publicznym w przypadku trybów wskazanych art. 93 ust. 1a pkt 1, albo w zaproszeniu do negocjacji w przypadku negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki, lub w zaproszeniu do składania ofert w odniesieniu do zapytania o cenę. Zatem możliwość unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia musi być poprzedzona dwiema przesłankami, które dopiero w przypadku ich łącznego zaistnienia upoważniają zamawiającego do unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

W literaturze wskazuje się, że jest to szczególna sytuacja, którą należy traktować jako wyjątek od zasady zakazu zaciągania zobowiązań w związku z udzieleniem zamówienia.

wienia publicznego niemającego pokrycia w środkach finansowych⁴²³. Należy zgodzić się z tezą, że wprowadzenie takiego warunkowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w zasadzie bez pokrycia finansowego, jest uzasadnione jedynie koniecznością wcześniejszego wyboru wykonawcy zamówienia równolegle z toczącą się procedurą aplikacyjną zamawiającego o bezzwrotne środki europejskie. Nie należy jednak w całości podzielić pogląd, że przepis ten zezwala na uruchomienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego poza planem wydatków zamawiającego.

Należy przypomnieć, na co wcześniej już wskazywano, że zgodnie z art. 153 ust. 1 u.f.p. Minister Finansów może, na wniosek dysponenta części budżetowej, udzielić zapewnienia finansowania lub dofinansowania z budżetu państwa w danym roku budżetowym, jeżeli środki na ten cel zostały ujęte w rezerwie budżetowej oraz w kolejnych latach, między innymi w przypadku projektów finansowanych z udziałem środków, o których mowa w art. 5 ust. 1 pkt 2 u.f.p. Jest to szczególnie rodzaj promesy, potwierdzającej zabezpieczenie środków dla finansowania omawianych zamówień. Art. 153 ust. 1 u.f.p. umieszczony jest w rozdziale piątym działu trzeciego ustawy o finansach publicznych, a więc w części dotyczącej budżetu państwa, jednak z promesy takiej będą mogły skorzystać także j.s.t. Zarząd województwa, będąc instytucją zarządzającą regionalnym programem operacyjnym finansowanym z udziałem omawianych środków, może otrzymać taką promesę dla zapewnienia sfinansowania wydatków kwalifikowanych, które w późniejszym czasie, za pośrednictwem polecenia płatności, zostaną sfinansowane z budżetu środków europejskich.

Konkludując rozważania dotyczące tego deliktu, należy jeszcze raz podkreślić, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego należy traktować jako przyrzeczenie publiczne zawarcia umowy, od którego uwolnić się można jedynie przy zaistnieniu ustawowych wyczerpująco wymienionych przesłanek. Nie można zatem unieważnić postępowania bez przyczyn ustawowych lub z innych powodów, niż podaje ustawa. Naruszeniem dyscypliny finansów publicznych będzie zatem nie tylko unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia z naruszeniem przepisów określających przesłanki upoważniające do takiego unieważnienia postępowania. Deliktem będzie także unieważnienie postępowania, mimo że żadna z owych przesłanek w takim postępowaniu nie zaistniała, a zatem dokonane bez prawnie dopuszczalnej przyczyny.

Art. 17 ust. 4 u.n.d.f.p. stanowi, że naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest niezłożenie przez członka komisji przetargowej lub inną osobę wykonującą czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego po stronie zamawiającego

⁴²³ R. Szostak, *Zakaz udzielania zamówień publicznych bez dostatecznego pokrycia finansowego*, [w:] B. Gnela (red.), *Ustawowe ograniczenia swobody umów. Zagadnienia wybrane*, Warszawa 2010, s. 160.

oświadczenia o braku lub istnieniu okoliczności powodujących wyłączenie z tego postępowania.

Jedną z gwarancji przestrzegania zasady uczciwej konkurencji stanowi zapewnienie bezstronności i obiektywizmu osób wykonujących czynności w postępowaniu o udzieleniu zamówienia publicznego. Ustawodawca nakłada więc na osoby biorące udział w tym postępowaniu obowiązek składania odpowiednich oświadczeń.

Zgodnie z art. 17 ust. 2 Pzp oświadczenia takie muszą być złożone na druku urzędowym. Wzór takiego oświadczenia zawiera druk ZP-11 stanowiący załącznik do rozporządzenia w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego⁴²⁴. Natomiast niezłożenie w imieniu zamawiającego wymaganych przepisami oświadczeń wypełnia znamiona kolejnego z czynów stanowiących naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Dopuścić się go może członek komisji przetargowej lub inna osoba występująca w postępowaniu o udzieleniu zamówienia publicznego. Osoby te zobowiązane są do pisemnych oświadczeń, składanych pod rygorem odpowiedzialności karnej za fałszywe zeznania, o braku lub istnieniu okoliczności, skutkujących wyłączeniem z udziału w postępowaniu (art. 17 ust. 2 Pzp). Stanowi to zapewnienie bezstronności osób działających w imieniu zamawiającego.

Zgodnie z art. 17 ust. 1 Pzp wyłączeniu powinny podlegać następujące osoby, jeżeli:

- ubiegają się o udzielenie tego zamówienia,
- pozostają w związku małżeńskim, w stosunku pokrewieństwa lub powinowactwa w linii prostej, pokrewieństwa lub powinowactwa w linii bocznej, do drugiego stopnia, lub są związane z tytułu przysposobienia, opieki lub kurateli z wykonawcą, jego zastępcą prawnym lub członkami organów zarządzających lub organów nadzorczych wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia,
- przed upływem 3 lat od dnia wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia pozostawały w stosunku pracy lub zlecenia z wykonawcą lub były członkami organów zarządzających lub organów nadzorczych wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia,
- pozostają z wykonawcą w takim stosunku prawnym lub faktycznym, że może to budzić uzasadnione wątpliwości co do bezstronności tych osób,
- zostały prawomocnie skazane za przestępstwo popełnione w związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia, przestępstwo przekupstwa, przestępstwo przeciwko obrotowi gospodarczemu lub inne przestępstwo popełnione w celu osiągnięcia korzyści majątkowych.

⁴²⁴ Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 16 października 2008 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, Dz.U. Nr 188, poz. 1154.

Penalizowane jest już samo uchylenie się od złożenia oświadczenia. Nie jest natomiast istotna treść tego oświadczenia. Jego prawdziwość podlega bowiem weryfikacji dokonywanej w ramach postępowania karnego. Złożenie zeznania fałszywej treści rodzi odpowiedzialność karną. Zgodnie z art. 233 § 1 k.k. kto, składając zeznanie mające służyć za dowód w postępowaniu sądowym lub w innym postępowaniu prowadzonym na podstawie ustawy, zeznaje nieprawdę lub prawdę zataja, podlega karze pozbawienia wolności do lat trzech. Należy podkreślić, że warunkiem powyższej odpowiedzialności jest, aby przyjmujący zeznanie, działając w zakresie swoich uprawnień, uprzedził zeznającego o odpowiedzialności karnej lub odebrał od niego przyrzeczenie (art. 233 § 2 k.k.).

W przypadku uzyskania przez osobę podlegającą wyłączeniu wiadomości o okolicznościach wyłączających ją z udziału w postępowaniu i pomimo to podjęcia przez nią czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, należy zgodnie z art. 17 ust. 3 Pzp czynności takie powtórzyć bez udziału tej osoby. Konieczność powtórzenia czynności nie dotyczy otwarcia ofert oraz innych czynności faktycznych niewpływających na wynik postępowania.

Składanie wymienionych oświadczeń nie jest w ocenie GKO tylko czynnością formalną, ale winno być wynikiem wnikliwej analizy podmiotów występujących w postępowaniach w sprawach zamówień publicznych. Analiza ta ma także istotny wpływ na realizację materialnej zasady bezstronności⁴²⁵. Niezłożenie oświadczenia wprost narusza zasadę bezstronności i obiektywizmu. Osoba bowiem, która nie dopełni omawianego obowiązku, już z samego tego powodu nie daje oferentom gwarancji zapewnienia tych zasad⁴²⁶. Nie trzeba również wykazywać związku tego czynu z wynikiem postępowania. Już sam fakt niezłożenia oświadczenia jest na tyle szkodliwy, że powinien skutkować odpowiedzialnością niezależnie od jego wpływu na postępowanie⁴²⁷.

Według art. 17 ust. 5 u.n.d.f.p. naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest niewyłączenie z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego osoby podlegającej wyłączeniu z takiego postępowania na podstawie przepisów o zamówieniach publicznych.

Jak już wyżej ustalono, przesłanki obligatoryjnego wyłączenia od wykonywania czynności w imieniu zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia wymieniono w art. 17 ust. 1 Pzp. Czynności wyłączenia dokonuje wyłącznie kierownik jed-

⁴²⁵ Orzeczenie GKO z dnia 23 października 2006 r., DF/GKO-4900-73/91/06/2242, Biuletyn GKO 2007, nr 1, poz. 13.

⁴²⁶ Orzeczenie GKO z dnia 29 października 2007 r., DF/GKO-4900-47/51/07/1995, Biuletyn GKO 2008, nr 1, poz. 14.

⁴²⁷ Orzeczenie GKO z dnia 19 stycznia 2006 r., DF/GKO/Odw.-86/113/2005/735, Biuletyn GKO 2006, nr 2, poz. 9.

nostki lub osoba, której kierownik powierzył wykonywanie tej czynności w jego imieniu. Obowiązek wyłączenia dotyczy osoby, która nie złożyła oświadczenia, jak również osoby, która takie oświadczenie złożyła i wskazała w nim jedną z przesłanek skutkującą jej wyłączeniem. Wyłączenie z postępowania ma charakter obligatoryjny. Nie jest wymagane uzasadnienie wpływu zaistnienia okoliczności wyłączającej na bezstronność członka komisji lub innej osoby występującej w imieniu zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Szkodliwość tego uchybienia jest wyraźna, pomijając niebezpieczeństwo stronnictwa i zagrożenie przestępstwem korupcyjnym, w grę wchodzi jeszcze sankcja cywilnoprawna. Mianowicie czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego podjęte przez osobę podlegającą wyłączeniu są dotknięte nieważnością od momentu powzięcia przez nią wiadomości o okolicznościach uzasadniających to wyłączenie. Wymagają więc powtórzenia, z wyjątkiem otwarcia ofert oraz innych czynności faktycznych niewpływających na wynik postępowania (art. 17 ust. 3 Pzp).

Przepisy normujące kwestię wyłączenia z postępowania dotyczą pracowników zamawiającego lub osób występujących w jego imieniu, a nie oferenta. W przypadku stwierdzenia okoliczności skutkujących wykluczeniem z postępowania, obowiązkiem zamawiającego jest odsunięcie takich osób od udziału w postępowaniu. W żadnym wypadku nie może skutkować wykluczeniem oferenta.

4.4. Delikty popełnione po udzieleniu zamówienia publicznego w związku z jego wykonywaniem

Zgodnie z art. 17 ust. 6 u.n.d.f.p. naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest zmiana umowy w sprawie zamówienia publicznego z naruszeniem przepisów o zamówieniach publicznych.

Z wykładni gramatycznej powołanego przepisu wynika jednoznacznie, że ustawodawca nie zakazuje dokonywania zmian umowy w sprawie zamówienia publicznego, ale wprowadza nakaz, aby zmiany były dokonywane wyłącznie w warunkach przewidzianych w przepisach Pzp. Dopuszczalność dokonywania takich zmian przewidziana jest w treści art. 144 Pzp. Przepis ten zakazuje dokonywania istotnych zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba że zamawiający przewidział taką możliwość w ogłoszeniu lub specyfikacji oraz określił jej warunki. Jak wynika z brzmienia przepisu, zakaz dokonywania zmian w umowie w sprawie udzielenia zamówienia publicznego dotyczy wyłącznie zmian istotnych. Nie zostało wyjaśnione w ustawie, co należy rozumieć pod pojęciem istotnej zmiany. Wydaje się jednak, że chodzi o taką zmianę, która w znaczący

sposób wpłynie na modyfikację stosunku umownego (np. zmiana ceny, terminu wykonania zamówienia itp.). Ponadto zakaz ten nie ma charakteru bezwzględnego. Istnieje bowiem przesłanka dopuszczająca dokonywanie takich zmian. Zmiana może być dokonana, jeżeli zamawiający przewidział możliwość dokonania takiej zmiany jeszcze w ogłoszeniu o zamówieniu lub w SIWZ oraz określił jej warunki (art. 144 ust. 1 Pzp). Wynika z tego, że ustawodawca wymaga od zamawiającego przewidywalności możliwej zmiany warunków zamówienia. Zakaz, o którym mowa, dotyczy niewątpliwie sytuacji, w której umowa w sprawie zamówienia publicznego została już zawarta.

Naruszeniem dyscypliny finansów publicznych będzie zatem każda zmiana postanowień zawartej umowy o cechach zmiany istotnej oraz dokonana z pominięciem warunku ją dopuszczającego. Nie podlegają penalizacji zmiany dokonane z respektowaniem tego warunku, a także zmiany nieistotne. Należy w tym miejscu dodać, że każda zmiana umowy dokonana z naruszeniem przepisów nie tylko wypełni znamiona opisanego wyżej deliktu finansowego. Zmiana taka, wprowadzona do umowy, zostanie unieważniona z mocy prawa (art. 144 ust. 2 Pzp). Unieważnienie nie będzie natomiast dotyczyło samej umowy w sprawie zamówienia publicznego.

4.5. Delikty stanowiące niewykonanie lub nienależyte wykonanie przez kierownika jednostki sektora finansów publicznych obowiązków w zakresie kontroli zarządczej

Osobną grupę naruszeń dyscypliny finansów publicznych stanowią wymienione w art. 18c u.n.d.f.p. delikty będące niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem przez kierownika jednostki sektora finansów publicznych obowiązków w zakresie kontroli zarządczej. Kontrola ta dotyczy wszystkich obszarów działalności j.s.t, w tym także niezwiązanych z udzielaniem zamówień publicznych. Spośród wszystkich 13 deliktów, wyliczonych w kolejnych punktach tego artykułu, cztery czyny mają związek z udzielaniem zamówień publicznych w zakresie stanowiącym przedmiot rozważań w niniejszym opracowaniu. Są to czyny wymienione w pkt 5–8 tego artykułu, a mianowicie:

Naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest niewykonanie lub nienależyte wykonanie przez kierownika jednostki sektora finansów publicznych obowiązków w zakresie kontroli zarządczej w jednostce sektora finansów publicznych, jeżeli miało wpływ na:

- *udzielenie zamówienia publicznego wykonawcy, który nie został wybrany w trybie określonym w przepisach o zamówieniach publicznych;*
- *zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego z naruszeniem przepisów o zamówieniach publicznych dotyczących formy pisemnej umowy, okresu, na*

który umowa może być zawarta, lub w przypadku wniesienia odwołania – terminu jej zawarcia;

- niewylączenie z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego osoby podlegającej wyłączeniu z takiego postępowania na podstawie przepisów o zamówieniach publicznych;*
- unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z naruszeniem przepisów o zamówieniach publicznych, określających przesłanki unieważnienia tego postępowania.*

W związku z udzieleniem zamówienia publicznego kierownik będzie ponosił odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania przez niego obowiązków w zakresie kontroli zarządczej wyłącznie wtedy, gdy miało ono wpływ na cztery wyżej wymienione czyny wskazane w art. 18c ust. 1 pkt 5–8 u.n.d.f.p. Jak już wcześniej wspomniano, takie ukształtowanie odpowiedzialności kierownika jednostki sektora finansów publicznych ma uniezależnić ją od tego, czy doszło wcześniej w jednostce do naruszenia dyscypliny finansów publicznych popełnionego przez jej pracownika. Odpowiedzialność będzie zatem ponosił samodzielnie kierownik jednostki w związku z zaniedbaniami z zakresu kontroli zarządczej w takiej sytuacji, gdy w toku przygotowania i przeprowadzenia postępowania czynności naruszające dyscyplinę finansów publicznych wykonywała bezpośrednio osoba nielegitymizująca się upoważnieniem do ich realizacji, w wyniku czego doszło do udzielenia zamówienia publicznego. Wymóg ten ma zdyscyplinować kierowników także do dopełnienia obowiązków pozwalających ustalić w sposób niebudzący wątpliwości zakres obowiązków pracowników i zakres ich upoważnienia do dokonywania czynności związanych z przygotowaniem i przeprowadzeniem zamówienia publicznego. W obecnie obowiązującym stanie prawnym kierownik będzie ponosił odpowiedzialność, jeżeli zostanie udowodnione, iż nie dopełnił obowiązków w zakresie kontroli zarządczej, co przyczyniło się do nieprawidłowego wykonywania przez pracownika czynności lub też poprawnego wykonywania tych czynności, do których wszakże nie miał upoważnienia. Powinny zatem być sprecyzowane jednoznaczne procedury, określające w treści regulaminów, statutów czy też pracowniczych zakresów czynności rodzaje zadań powierzonych pracownikom i związaną z nimi odpowiedzialność.

Delikt ten może być zarówno rezultatem działania kierownika jednostki, jak i zaniedbania przez niego działań w badanym zakresie. Dla powstania tej odpowiedzialności konieczne jest jednak, aby zaniedbanie lub niewypełnienie obowiązków w zakresie kontroli zarządczej przez kierownika miało dający się udowodnić wpływ na powstanie nie-

prawidłowości dotyczących przygotowania i przeprowadzenia czynności związanych z udzieleniem zamówienia publicznego.

Regulacje w zakresie odpowiedzialności za naruszenie przepisów o udzielaniu zamówień publicznych mają więc w zasadzie charakter kompleksowy, jako że zachodzi korelacja między art. 200 Pzp a art. 17 ust. 1 u.n.d.f.p. Jeżeli zamawiający nie ponosi za określone naruszenie przepisów ustawy odpowiedzialności na gruncie ustawy Pzp, to czyn ten jest penalizowany na gruncie u.n.d.f.p.⁴²⁸.

Przeprowadzona analiza badanego w związku z udzieleniem zamówienia publicznego zakresu przedmiotowego odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych prowadzi do wniosku, że znamiona tych czynów zostały przez ustawodawcę określone w zasadzie wyczerpująco i precyzyjnie. Uznał on bowiem, że ochrona dobra prawnego, jakim jest ład finansów publicznych, wymaga określenia katalogu czynów mogących ten ład naruszyć. Katalog wymienionych w ustawie czynów jest obszerny. Będąc katalogiem zamkniętym dopuszcza jednak, aby jako naruszenie dyscypliny finansów publicznych traktować także niewskazane w tym katalogu naruszenie przepisów ustawy Pzp (innych niż określone w art. 17 ust. 1 i 1b), jeżeli miały one wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (art. 17 ust. 1 pkt 4 u.n.d.f.p.), chyba że nie doszło do udzielenia zamówienia. Musi zatem wystąpić dający się udowodnić związek przyczynowo-skutkowy. W takim ujęciu wymienione w ustawie delikty zdają się wyczerpywać wszelkie możliwe działania niezgodne z zasadami gospodarowania mieniem i środkami publicznymi, które mogłyby naruszyć ład finansów publicznych. Niektóre z przepisów tej ustawy chronią też interes publiczny w aspektach wykraczających poza wymiar finansowy, sprzyjając tym samym zasadzie wolnego rynku i związanymi z nią podstawowymi zasadami uczciwej konkurencji, niedyskryminacji i równego traktowania wykonawców.

⁴²⁸ I. Łazuga, *Odpowiedzialność za naruszenia ustawy Pzp w świetle nowelizacji ustawy prawo zamówień publicznych oraz ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych*, [w:] A. Borowicz, M. Królikowska-Olczak, J. Sadowy, W. Starzyńska (red.), *Ekonomiczne i prawne zagadnienia zamówień publicznych. Polska na tle Unii Europejskiej*, Łódź 2010, s. 138.

Rozdział VI

Uwagi końcowe

Podsumowując rozważania zawarte w poprzednich rozdziałach, należy skupić się nad niektórymi z poruszonych tam kwestii, rodzącymi wątpliwości czy zasługującymi na podkreślenie. Zgodnie z myślą przewodnią monografii najważniejsze z nich dotyczą finansowoprawnych aspektów procesu udzielania zamówień publicznych przez j.s.t. i ich jednostki organizacyjne. W pracy stwierdzono, że nastąpiło rozszerzenie zakresu przedmiotowego prawa finansów samorządu terytorialnego. Prawna determinacja dostaw, usług i robót budowlanych udzielanych przez j.s.t., stanowi bowiem obecnie kompleksowy system normatywny scalający w tym zakresie regulację publicznego prawa gospodarczego z regulacją prawa finansów samorządu terytorialnego.

1. Przyjęcie modelu gospodarki rynkowej ze wszystkimi tego konsekwencjami oznacza akceptację istnienia wolnego rynku i wolności gospodarczej, rozumianej jako autonomia podejmowania decyzji przedsiębiorczych. Wolność ta oznacza powstrzymanie się organów władzy publicznej od wkraczania w tę autonomię w sposób zaprzeczający istnieniu praw i wolności w gospodarce. Traktat o Unii Europejskiej stworzył w większości państw Europy obszar bez granic wewnętrznych, na którym jest zapewniona wolność gospodarcza oraz swobodny przepływ towarów, osób, usług i kapitału. Traktat o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej dodatkowo wprowadził zakaz ograniczania bądź zakłócania konkurencji oraz nakaz prowadzenia polityki gospodarczej w poszanowaniu zasady otwartej gospodarki rynkowej z wolną konkurencją. W polskim systemie prawnym zasady wolności gospodarczej przewiduje Konstytucja RP. Wskazane zasady nie mają jednak charakteru absolutnego. Stosowanie ich może być bowiem z istotnych powodów ograniczane.

Za częściowym ograniczaniem wolności gospodarczej przemawiają argumenty na rzecz ochrony dóbr publicznych, których cechą charakterystyczną jest to, że służą zaspokajaniu potrzeb określonych społeczności. Owe dobra chronione to wywodząca się z praw człowieka niedyskryminacja, równość traktowania, a w konsekwencji uczciwa konkurencja. Regulacje prawne ograniczające swobodę wydatkowania środków publicznych służą ochronie wymienionych dóbr, uznanych za ważniejsze od pełnej wolności gospodarczej. Wolny rynek nie jest bowiem w stanie w sposób optymalny i zupełny zapewnić zaspokojenia wszystkich podstawowych potrzeb społecznych, np. w dziedzinie oświaty, ochrony zdrowia czy infrastruktury.

Ochrona dóbr nadrzędnych i respektowanie podstawowych zasad uzasadniają skalę ograniczeń publicznoprawnych, jakie obowiązują w systemie finansów samorządu terytorialnego w związku z udzielaniem zamówień publicznych przez j.s.t.

2. Z przeprowadzonych badań wynika, że interes publiczny nie może być utożsamiany z interesem prywatnym. Interes publiczny dotyczy ogółu, nieokreślonej z góry liczby osób, a nie jednostki. Interes prywatny (jednostkowy) wchodzi często w kolizję z interesem publicznym. Jeżeli chodzi o zamówienia publiczne, to w interesie osoby reprezentującej zamawiającego może być powielanie utartych schematów, dążenie za wszelką cenę do podtrzymania już nawiązanych kontaktów z dotychczasowymi wykonawcami. Czasami przybiera to postać wykonywania czynności w trakcie procedury związanej z udzieleniem zamówienia publicznego w sposób niezgodny z przepisami Pzp. Jak ustalono, reżim prawny udzielania zamówień publicznych zmierza do eliminacji tego typu zachowań. Interes prywatny osób odpowiedzialnych za udzielanie zamówień publicznych przez j.s.t. nie może być bowiem w żadnym wypadku konkurencyjny wobec interesu publicznego. Pojawia się jednak kolejny konflikt. Racjonalność wydatkowania środków przemawia za skracaniem poszczególnych etapów procedury zamówień publicznych. Wymagania uczciwej konkurencji i eliminowania zjawisk korupcyjnych przemawiają natomiast za zaostrzeniem procedur.

W trakcie realizacji zamówienia publicznego występuje brak równowagi stron stosunku zobowiązaniowego powstałego w związku z udzieleniem zamówienia publicznego. Zamawiający w sposób arbitralny kształtuje warunki umowy, mającej w pewnej mierze charakter zbliżony do umowy adhezyjnej. Podkreśla się, że zamawiający decyduje o tym, co chce nabyć oraz na jakich warunkach. W pracy ustalono, że chociaż charakterystyczną cechą stosunków cywilnoprawnych jest równość stron, to w przypadku umów o zamówienie publiczne jest ona w istotny sposób ograniczana.

Zamawiający jednak nie zawsze znajduje się w pozycji uprzywilejowanej. W tym miejscu należy wskazać immanentną sprzeczność interesów zamawiającego i wykonawców. Celem wykonawców jest maksymalizacja zysku oraz uzyskanie zamówień zapewniających owe zyski. Celem zamawiającego, będącego j.s.t., jest nabycie dostaw, usług lub robót budowlanych na zasadach najkorzystniejszych dla społeczności lokalnej. Regulacje prawne sprzyjające zasadom wolnego rynku minimalizują tę sprzeczność interesów, ale nie mogą jej całkowicie wykluczyć. Jedną z przyczyn takiego stanu rzeczy jest asymetria kompetencji stron. Różnorodność przedmiotów zamówień utrudnia zamawiającemu, któremu najczęściej brakuje specjalistycznej wiedzy, sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia w sposób rzeczywiście najkorzystniejszy dla późniejszego postępowania. Wykonawcy dysponujący taką wiedzą i lepiej zorientowani w realiach rynku zyskują lepszą pozycję negocjacyjną i mogą czasami wykorzystać swoją przewagę.

Wskazane obszary konfliktów, jakie mogą się pojawić przy udzielaniu zamówień publicznych, uzasadniają konieczność wprowadzenia odpowiedniego reżimu prawnego, który chroniąc uprawnione interesy stron, będzie jednak przede wszystkim chronił interes publiczny.

3. Ustawę Pzp w obecnie obowiązującym brzmieniu należy uznać za udaną implementację dorobku prawnego Wspólnot Europejskich i Unii Europejskiej do polskiego porządku prawnego. Zasadnicze elementy tej wielokrotnie nowelizowanej ustawy są obecnie zgodne z celami unijnych dyrektyw dotyczących zamówień publicznych. Oprócz tego w polskim porządku prawnym obowiązują wprost rozporządzenia unijne z zakresu zamówień publicznych. W razie wątpliwości prawnych interpretacja przepisów prawa krajowego winna być zgodna z celami unijnych dyrektyw.

Krajowe regulacje prawne dotyczące zamówień publicznych wykraczają istotnie poza samą ustawę Pzp. Zawarte są także w aktach normatywnych należących do innych gałęzi prawa. Do najważniejszych z nich należy zaliczyć prawo finansów publicznych, prawo administracyjne oraz prawo cywilne. Reżimowi prawnemu regulującemu udzielanie zamówień publicznych można zatem przypisać charakter hybrydowy. Z tego powodu analizy przepisów ustawy Pzp nie można dokonywać w oderwaniu od przepisów z innych gałęzi prawa.

Dla problematyki zamówień publicznych udzielanych przez j.s.t. zasadnicze znaczenie mają zagadnienia finansowoprawne systemu finansowego j.s.t., ze szczególnym uwzględnieniem zasad determinujących gospodarkę prowadzoną przez j.s.t. w związku z udzielaniem zamówień publicznych. Gdy zamówienie publiczne jest finansowane z udziałem bezzwrotnych środków europejskich, na omówione wyżej regulacje nakłada się dodatkowy reżim prawny, determinujący pozyskiwanie i wykorzystywanie tych środków. Wydatki na sfinansowanie zamówień publicznych z udziałem tych środków muszą zatem być zgodne z celami oraz procedurami określonymi w umowie międzynarodowej lub innymi procedurami obowiązującymi przy ich wykorzystaniu. W rezultacie następuje nakładanie się trzech reżimów prawnych. Sytuacja taka nie ułatwia nie tylko stosowania obowiązujących przepisów, ale także racjonalnego wydatkowania środków przez j.s.t.

Zagadnienia te są istotne już na najwcześniejszym etapie działań poprzedzających udzielenie zamówienia publicznego, czyli w momencie planowania przedsięwzięć związanych z zamówieniami publicznymi. Szczególny reżim publicznoprawny polega także na określeniu zasad, sposobu i form postępowania w całym procesie udzielenia zamówienia publicznego, poczynając od jego przygotowania aż po realizację w oparciu o zawartą umowę.

Odrębna regulacja zamówień publicznych, mająca charakter bezwzględnie obowiązujący, tworzy zatem zespół ograniczeń wobec ogólnej swobody kontraktowej, wymusza-

jących posługiwanie się wyznaczonymi instrumentami prawno-obligacyjnymi (zwłaszcza przetargowymi sposobami kontraktowania) bądź pozbawiających zamawiającego określonych uprawnień (możliwości) powszechnie dostępnych, np. zakaz udzielania zamówień ramowych lub bezterminowych czy zakaz dokonywania niektórych zmian postanowień zawartej umowy.

4. Ustalono, że umowa o udzielenie zamówienia publicznego jest umową cywilnoprawną z istotnymi ograniczeniami o charakterze publicznoprawnym. Ograniczenia swobody zawierania umów w przypadku umowy o udzielenie zamówienia publicznego polegają na ustanowieniu określonego reżimu zachowania przy jej zawieraniu poprzez wskazanie przesłanek, które muszą zostać spełnione dla wyłonienia podmiotu takiej umowy oraz ustalenia jej przedmiotu.

Ograniczenia swobody zawierania umów w sprawie zamówienia publicznego są celowe. Mają one na względzie przede wszystkim ochronę interesu publicznego. Zabezpieczają również interesy zamawiających (j.s.t.) przed nieuzasadnionymi roszczeniami wykonawców o zmianę treści takiej umowy. Można zatem przyjąć, że w sytuacjach, w których interes publiczny nie jest zagrożony, swoboda umów nie powinna być ograniczana. Dotyczy to w szczególności zmian nieistotnych treści umowy oraz takich zmian, które byłyby korzystne dla zamawiającego, a jednocześnie nie naruszałyby ogólnych zasad udzielania zamówień publicznych.

5. W pracy ustalono, że j.s.t. spełniają rolę podstawowych usługodawców w zakresie usług publicznych. W wyniku tego są one traktowane w coraz większym stopniu jako przedsiębiorstwa usługowe. Podkreśla się jednak równocześnie, że cele gospodarujących j.s.t. odróżniają się istotnie od celów przedsiębiorstw prywatnych. Wykonywanie zadań przez te jednostki nie ma bowiem na celu maksymalizacji zysku, lecz maksymalizację ilości i jakości usług zbiorowych, a co za tym idzie – dobrobytu społeczeństwa. Dominuje zatem dążenie do osiągnięcia celów rzeczowych wyznaczonych przez prawo. Na określanie celów j.s.t. mają wpływ różne środowiska społeczne lub polityczne. Z tego względu procedury w ustalaniu ważności (hierarchii) celów są bardziej złożone niż w gospodarce prywatnej. Wynika z tego także ich konfliktogenny charakter. Jego przejawem jest występowanie kolizji między racjonalizacją a legalnością działania, która jeszcze ciągle pozostaje podstawowym kryterium oceny wykonywania zadań przez j.s.t. Z uwagi na to, kryterium gospodarności było długo stawiane na drugim miejscu. W ostatnich latach zwraca się jednak w coraz większym stopniu uwagę również na to kryterium. Sprawia to, że istotne są procedury zamówień publicznych, których celem jest między innymi uwzględnienie kryteriów legalności i gospodarności.

Jednostki samorządu terytorialnego działają w interesie społeczności lokalnych. Wykonując zadania mające na celu zaspokojenie potrzeb tych społeczności, dążą do stworzenia warunków zapewniających możliwość nieprzerwanej i niezakłóconej bieżącej działalności, możliwość planowania dalszych działań na trwałych podstawach, a także bieżącego i przyszłego bezpieczeństwa finansowego. Gwarancje takie stwarza samodzielność finansowa j.s.t., rozumiana w aspekcie administracyjno-prawnym (sprawowanie władztwa i prawo kształtowania własnych struktur organizacyjnych realizujących prawem określone zadania i kompetencje) i przede wszystkim finansowoprawnym (wyposażenie w środki finansowe oraz prawo do dysponowania nimi – swoboda stanowienia dochodów, dokonywania wydatków, a także zarządzania utworzonym w tym celu zasobem środków finansowych, jakim jest budżet j.s.t., na podstawie prawa i w jego granicach).

6. Instrumenty prawnofinansowe jako konkretne konstrukcje normatywne zmierzające do osiągnięcia wyznaczonych celów wywierają wpływ na czynności dokonywane na wszystkich etapach udzielania zamówienia publicznego, począwszy od czynności poprzedzających wybór wykonawcy zamówienia, poprzez zawarcie umowy, aż po działania związane z jej realizacją i rozliczeniem. Konieczność stosowania instrumentów finansowoprawnych wymusza określone ograniczenia. Dotyczą one dwóch podstawowych kwestii. Chodzi o zaplanowanie środków finansowych adekwatnych do szacowanej wartości zamówienia, które muszą być realnie zabezpieczone w budżecie zgodnie z oszacowaną wartością zamówienia. Biorąc jednak pod uwagę przesłanki unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, istotne jest, aby kwota zaplanowana na sfinansowanie zamówienia umożliwiła pokrycie ceny wybranej najkorzystniejszej oferty. Drugi obszar determinacji finansowoprawnej stanowi wymóg dokonywania wydatków przeznaczonych na finansowanie zamówień publicznych na podstawie i zgodnie z zasadami przewidzianymi w ustawie o finansach publicznych.

Wartość zamówienia przekraczająca ustawowo określony próg, obecnie wynoszący równowartość w złotych kwoty 14 000 euro, jest podstawą obowiązku stosowania przepisów ustawy Pzp. W każdym przypadku zamówienia udzielanego zgodnie z przepisami tej ustawy, niezależnie od jego wartości, j.s.t. jako zamawiający ponosi pewne stałe koszty jego organizacji i przeprowadzenia. Przy zamówieniach o niewielkiej wartości nie sprzyja to wydatkowaniu środków publicznych w sposób oszczędny i efektywny. Zdarza się, że czas potrzebny na przygotowanie i przeprowadzenie postępowania jest wielokrotnie dłuższy niż potrzebny do znalezienia odpowiedniego wykonawcy zamówienia. W przypadku niektórych zamówień koszty związane z organizacją i przeprowadzeniem otwartego, konkurencyjnego postępowania przetargowego przewyższają korzyści wynikające z jego prowadzenia. Z tych względów niektóre kraje członkowskie UE, w tym Polska, wprowadziły dolny próg wartości zamówienia, poniżej którego nie stosuje się przepisów Pzp.

Średni dolny próg stosowania przepisów o zamówieniach publicznych dla dostaw i usług wynosi obecnie dla krajów członkowskich UE ok. 21 000 euro. Wskazane jest podwyższenie obowiązującego progu nie tylko, aby doprowadzić do zgodności przepisów krajowych z regulacjami innych państw UE, ale także dlatego, aby ułatwić wykonawcom z sektora małych i średnich przedsiębiorstw dostęp do zamówień publicznych bez zbędnych barier administracyjnych. Celem działania j.s.t. powinno być bowiem dążenie do stworzenia odpowiedniego otoczenia dla rozwoju działalności małych i średnich przedsiębiorstw na ich terenie. Postulowane podwyższenie progu do 20 000 euro może okazać się niewystarczające dla osiągnięcia tego celu.

7. Planowanie finansowe j.s.t. jest koniecznym elementem procedury budżetowej, mającym istotny wpływ na kształtowanie zamierzeń dotyczących przyszłych zamówień publicznych. Jest ono realizowane w dwóch horyzontach czasowych, a mianowicie w formie planów wieloletnich (wieloletnia prognoza finansowa) i planów rocznych (budżet j.s.t.). Regulacje te kreują ograniczenia swobody zawierania umów o udzielenie zamówień publicznych.

W wydłużonym horyzoncie czasowym ważne są kwestie sposobu uregulowania w wieloletniej prognozie finansowej struktury przedsięwzięć, łącznych nakładów finansowych, limitów wydatków na poszczególne lata oraz limitów zobowiązań, które mogą zostać zaciągnięte z tego tytułu. Ustalenia te będą miały wpływ na potencjalne zabezpieczenie finansowe dla zamówień publicznych realizowanych w poszczególnych latach.

Dla praktycznej realizacji zamówień publicznych istotne znaczenie ma wymóg ujęcia w załączniku do wieloletniej prognozy finansowej limitu zobowiązań dotyczącego poszczególnych przedsięwzięć. Zgodnie z obowiązującymi zasadami granica tych zobowiązań jest ustalana przez organ stanowiący j.s.t. w treści prognozy. Do ustalania limitu zobowiązań organ stanowiący może upoważnić także organ wykonawczy j.s.t., który może tę kompetencję przekazać kierownikom samorządowych jednostek organizacyjnych. Sprzyjając elastyczności działania, rozwiązanie to poszerza jednak znacznie krąg osób ponoszących odpowiedzialność za ewentualne nieprawidłowości przewidziane w ustawie o finansach publicznych.

Limit zobowiązań w przypadku udzielania zamówień publicznych powinien być ustalony zgodnie z zasadami ogólnymi wyznaczającymi dopuszczalny pułap zaciągania zobowiązań w stosunku do wszystkich jednostek sektora finansów publicznych. Ustawodawca przewiduje fakultatywność upoważnienia dla zarządu j.s.t. do zaciągania zobowiązań wykraczających poza granice roku budżetowego. Konieczność jego wprowadzenia jest jednak uzasadniona zapewnieniem sprawnego bieżącego zarządzania gospodarką j.s.t. oraz prawidłowego funkcjonowania urzędu j.s.t. i innych jednostek organizacyjnych wykonujących zadania samorządu terytorialnego.

Należy zwrócić uwagę na to, że w.p.f. jest planem wieloletnim, obejmującym okres najmniej czteroletni. Realizacja zamówienia publicznego może być natomiast zaplanowana w krótszym horyzoncie czasowym. Finansowanie wydatków związanych z realizacją zamówienia publicznego jest zatem ściślej powiązane z rocznym horyzontem czasowym, tj. z budżetem j.s.t.

Podstawowe zasady dokonywania wydatków ze środków publicznych oraz zasady regulujące zachowanie się podmiotów sektora finansów publicznych jako uczestników rynku mają nadrzędny charakter wobec regulacji normatywnej determinującej udzielanie zamówień publicznych. Na polskim gruncie prawnym formułuje je ustawa o finansach publicznych w rozdziale poświęconym wydatkowaniu środków publicznych.

8. Zasada dokonywania wydatków publicznych w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem zasad uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów, sformułowana w przepisach ustawy o finansach publicznych i wielokrotnie powoływana w pracy, ma nie tylko źródło normatywne w przepisach ustawy o finansach publicznych. Jest także umocowana w teoriach ekonomicznych. Wiązana jest ze skutecznością i efektywnością wykorzystywania zasobów. Rozróżnia się przy tym efektywność wyborów (decyzji o kierunku wydatkowania z góry określonej kwoty środków) oraz efektywność kosztową (minimalizację kosztów wykonania zawczasu określonych zadań). Wymienione rodzaje efektywności mają ścisły związek z zamówieniami publicznymi udzielanymi przez j.s.t. Efektywność wyborów odgrywa decydującą rolę w toku planowania zamówień publicznych. W sytuacji ograniczonych środków publicznych determinuje to podejmowanie rozstrzygnięć co do planowanych przedsięwzięć i wydatków dotyczących tych zamówień realizowanych w danym roku budżetowym. Efektywność kosztowa jest natomiast podstawą decyzji bieżących podejmowanych w toku wykonywania budżetu. Jest też podstawowym kryterium wyboru oferty w zamówieniach publicznych udzielanych przez j.s.t. Tak rozumianej efektywności wydatkowania środków publicznych służy też kontrola zarządcza realizowana w ramach systemu zamówień publicznych.

Normatywizacja zasad i procesów zaciągania zobowiązań i sposobów realizowania wydatków występująca w badanym zakresie sprawia, że przedmiotem reglamentacji prawnej są zagadnienia dotyczące nie tylko reguł wydatkowania (lub zakazu wydatkowania), ale także celów i wysokości wydatków. Wydatki j.s.t. w konsekwencji zawarcia umowy o udzielenie zamówienia publicznego, tak jak inne wydatki publiczne, są dokonywane na podstawie i w granicach prawa, przy respektowaniu nakazów i zakazów ich dokonywania, wynikających nie tylko z przepisów prawa finansowego, ale także z przepisów innych gałęzi prawa, w tym z uwzględnieniem przepisów dotyczących poszczególnych rodzajów wydatków. Występuje tu sytuacja nakładania się regulacji prawnych tworzących system prawny zamówień publicznych, pochodzących od prawodawcy unijnego i krajowego,

z systemem regulacji finansowoprawnych, mających głównie charakter krajowy i wyznaczających zakres i instrumenty finansowoprawne umożliwiające realizację zamówień publicznych przez j.s.t.

Przestrzeganie narzuconych przez przepisy Pzp zasad postępowania, nakazujących m.in. respektowanie zasad uczciwej konkurencji i zasad wyboru oferty, sprawia, że realizacja zamówienia zachodzi w sposób najbardziej korzystny ekonomicznie dla zamawiającego. Jeżeli zamawiającym jest j.s.t. dysponująca środkami publicznymi, to korzyść ekonomiczna przekłada się bezpośrednio na interes publiczny. Jeżeli kryterium wyboru oferty będzie stanowiła wyłącznie cena, bez uwzględnienia innych kryteriów związanych z przedmiotem zamówienia, to realizowanie takich zamówień, jak wykazuje praktyka, nie odpowiada właściwym wymogom jakościowym i technicznym. Wiąże się też często z dużymi opóźnieniami w realizacji zamówienia. Na etapie realizacji takich zamówień pojawiają się ponadto dodatkowe koszty finansowe powodujące, że rzeczywisty koszt realizacji zamówienia przewyższa kwotę pierwotnie wskazaną w ofercie wybranego wykonawcy. Taka sytuacja zmusza do poszukiwania dodatkowych środków w budżecie poprzez instrumenty finansowoprawne, takie jak przeniesienia planowanych wydatków w budżecie, zwiększanie planowanych wydatków z rezerw budżetowych lub blokowanie planowanych wydatków. Należy zatem uznać za zasadną propozycję z dnia 29 listopada 2012 r. nowelizacji ustawy Pzp (Druk sejmowy nr 1226). Polega ona na umożliwieniu w przypadku przetargu nieograniczonego lub przetargu ograniczonego zastosowania jedynie kryterium ceny, tylko gdy pozostałe kryteria wymagane ustawą zostały wcześniej określone w opisie przedmiotu zamówienia w taki sposób, że ich spełnienie zapewni wykonanie usługi lub dostawy w najwyższym możliwym standardzie. Takie rozwiązanie służyłoby zachowaniu zasady oszczędności przy wydatkowaniu środków publicznych.

9. Kontrola wydatkowania środków pieniężnych na sfinansowanie zamówień publicznych przez j.s.t. jest koniecznym elementem weryfikacji prawidłowości realizacji zamówienia publicznego. Pozwala ona na ocenę efektywności wykorzystania środków i ewentualnie na podjęcie niezbędnych decyzji, które mogą zapobiec naruszeniom przepisów prawa.

W oparciu o bogate orzecznictwo wykazano częste występowania nieprawidłowości w procesie udzielania zamówień publicznych przez j.s.t. Naruszenia obowiązujących przepisów przy udzielaniu zamówień publicznych mogą wynikać z braku odpowiedniej kompetencji wśród osób odpowiedzialnych za przeprowadzenie czynności wymaganych w ramach procedury udzielania zamówień publicznych. Zamawiający mają także trudności z interpretowaniem obowiązujących przepisów, zawierających nieraz nieostre sformułowania i luki prawne. Częstotliwość wprowadzania zmian do obowiązującego prawa także nie ułatwia jego stosowania.

Przyczyną naruszeń przepisów ustawy Pzp jest też dążenie do wykorzystania wszelkich ułatwień proceduralnych umożliwiających zastosowanie trybów nieprzetargowych. Tryby nieprzetargowe ograniczające konkurencję rynkową są bowiem najwygodniejsze dla zamawiających. Tryby przetargowe cechują się natomiast czasochłonną procedurą oraz szczególnymi obowiązkami informacyjnymi stwarzającymi dodatkowe utrudnienia.

Przeprowadzona analiza zakresu przedmiotowego odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych w związku z udzieleniem zamówienia publicznego prowadzi do wniosku, że znamiona tych czynów zostały określone w ustawie w zasadzie wyczerpująco i precyzyjnie. Z przepisów ustawy wynika, że ochrona dobra prawnego, jakim jest ład finansów publicznych, wymaga określenia katalogu czynów mogących naruszyć ten ład. Katalog czynów zabronionych wymienionych w ustawie jest obszerny. Jako katalog zamknięty dopuszcza jednak, aby jako naruszenie dyscypliny finansów publicznych traktować także niewskazane w nim naruszenia przepisów ustawy, jeżeli miały one wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W takim ujęciu wymienione w ustawie delikty zdają się wyczerpywać wszelkie możliwe działania niezgodne z zasadami gospodarowania mieniem i środkami publicznymi, które mogłyby naruszyć ład finansów publicznych. Przepisy tej ustawy chronią też interes publiczny w aspektach wykraczających poza wymiar finansowy. Sprzyjają tym samym respektowaniu zasady wolnego rynku i związanych z nią podstawowych zasad uczciwej konkurencji, niedyskryminacji i równego traktowania wykonawców.

Niedostatek środków finansowych będących w dyspozycji j.s.t. oraz niepewność co do przyszłych dochodów wymuszają na nich daleko posuniętą ostrożność w dokonywaniu zamówień publicznych. Nie byłoby w tym nic złego, gdyby oznaczało to rozważne planowanie zamówień publicznych z uwzględnieniem zasad efektywności ekonomicznej. Prowadzi to jednak również do ograniczania zakresu wykonywanych zadań, a także do swobodnego manipulowania zamówieniami publicznymi. Z kontroli przeprowadzanych przez RIO wynika, że czasem dochodzi do niezgodnego z prawem unieważnienia postępowań w sprawie zamówień publicznych w związku z brakiem możliwości finansowych j.s.t., których przyczyną jest brak zgodności między organami j.s.t. w kwestii zasadności realizacji konkretnego przedsięwzięcia inwestycyjnego. Taki brak porozumienia nie zawsze jest rezultatem konfliktów o charakterze politycznym. Jego podłożem jest często brak wystarczających środków finansowych. Z tego wynika również często spotykana skłonność do dzielenia zamówień na kilka mniejszych, stosowana nie tylko w celu ominięcia stosowania przepisów ustawy Pzp, lecz także w celu zabezpieczenia realizacji choćby części zadań niezbędnych dla zaspokojenia potrzeb społeczności lokalnej lub regionalnej.

Częstym też naruszeniem przepisów ustawy jest dzielenie zamówień na części w celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy lub umożliwienia wyboru trybów mniej

kłopotliwych lub czasochłonnych dla zamawiającego. Należy więc pozytywnie ocenić propozycję z dnia 13 listopada 2012 r. nowelizacji przepisów ustawy Pzp (Druk sejmowy nr 1335), w której przewiduje się możliwość dokonania podziału zamówienia na części przez zamawiającego, jeżeli jest to uzasadnione względami technicznymi, organizacyjnymi, gospodarczymi lub zdolnością finansowania zamówienia przez zamawiającego. Aprobując samą propozycję możliwości dokonania podziału zamówienia na części, w pewnych sytuacjach nie można jednak uznać za właściwe uzależnienie tej możliwości od stworzenia otwartego katalogu kryteriów, sformułowanych ponadto za pomocą terminów niedookreślonych.

10. Istnienie ograniczeń o charakterze publicznoprawnym w stosunku do cywilnoprawnej swobody zawierania umów będących podstawą udzielenia zamówień publicznych nie powinno być traktowane jako szczególne ograniczenie samodzielności j.s.t. Samodzielność ta jest bowiem elementem decentralizacji administracji publicznej w celu zapewnienia realizacji zadań służących zaspokojeniu potrzeb danej społeczności. Jej istota polega na tym, że jest prawnie (ustawowo) określona. Stąd obowiązujący reżim prawny determinujący udzielanie zamówień publicznych należy z punktu widzenia zasady samodzielności prowadzenia gospodarki przez j.s.t. ocenić jako odpowiedni i w żadnej mierze jej nieograniczający.

Realizacja gospodarki finansowej przez podmiot publiczny, jakim jest j.s.t., musi się odbywać na podstawie i w granicach obowiązującego prawa. Ład finansów publicznych, którego źródłem jest legalność działań, służy bowiem racjonalności dokonywania wszelkich wydatków, w tym również służących realizacji zamówień publicznych. Obowiązujące przepisy w związku z dokonywaniem przez j.s.t. wydatków przeznaczonych na realizację zamówień publicznych należy zatem ocenić jako wystarczający kompromis między konstytucyjną i ustawową zasadą samodzielności wydatkowej j.s.t. a racjonalnością wydatkowania środków publicznych przez te jednostki.

Ograniczenia o charakterze publicznoprawnym, w tym finansowoprawnym, stojąc na straży realizacji interesu publicznego, służą przede wszystkim eliminacji nieprawidłowości w udzielaniu zamówień publicznych. Ze względu na wielokrotnie podkreślany w niniejszej pracy złożony charakter regulacji determinujących proces udzielania zamówień publicznych, mający źródła w wielu gałęziach prawa, należy stanowczo postulować konsekwentne dążenie do harmonizacji regulacji normatywnej obowiązującej w tym zakresie. Harmonizacja ta powinna obejmować cały proces udzielania zamówień publicznych, aby stał się spójnym elementem gospodarki finansowej j.s.t.

Bibliografia

Wykaz literatury

- Arrowsmith S., *The Law of Public and Utilities Procurement*, Londyn 1996.
- Barcz J. (red.), *Prawo Unii Europejskiej*, wyd. 3, Warszawa 2006.
- Białończyk W., *Glosa do wyroku SN z dnia 6 maja 2004 r.*, Sygn. akt II CK – 315/03, OSP 2005, nr 5, poz. 60.
- Bitner M., Cichocki K.S., *Standardy zarządzania długiem w jednostkach samorządu terytorialnego*, „Samorząd Terytorialny” 2009, nr 7–8.
- Blome C., *Öffentliches Beschaffungsmarketing*, Berlin 2006.
- Bojarski M. (red.), *Prawo karne materialne. Część ogólna i szczególna*, Warszawa 2004.
- Borkowska K., Kościńska-Paszkowska A., *Odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Komentarz*, Warszawa 2010.
- Borodo A., *Polskie prawo finansowe. Zarys ogólny*, Toruń 2010.
- Borodo A., *Samorząd terytorialny. System prawnofinansowy*, Warszawa 2012.
- Borowicz A., Królikowska-Olczak M., Sadowy J., Starzyńska W. (red.), *Ekonomiczne i prawne zagadnienia zamówień publicznych. Polska na tle Unii Europejskiej*, Łódź 2010.
- Chmaj M. (red.), *Zamówienia publiczne*, Warszawa 2010.
- Chmielnicki P. (red.), *Komentarz do ustawy o samorządzie powiatowym*, Warszawa 2005.
- Chojna-Duch E., *Środki finansowe na cele publiczne*, [w:] Chojna-Duch E., Litwińczuk H. (red.), *Prawo finansowe*, Warszawa 2010, s. 58.
- Chojna-Duch E., Litwińczuk H. (red.), *Prawo finansowe*, Warszawa 2010.
- Czaja-Hliniak I., *Prawno-finance gwarancje samodzielności jednostek samorządu terytorialnego*, Bielsko-Biała 2001.
- Czaja-Hliniak I. (red.), *Nauka prawa finansowego po I dekadzie XXI wieku. Księga pamiątkowa dedykowana Profesorowi Apoloniuszowi Kosteckiemu*, Kraków 2012.
- Czajka A., *Wpływ europejskiego soft law na polskie ustawodawstwo w dziedzinie zamówień publicznych*, [w:] *Prawo wobec wyzwań współczesności*, t. 7, Materiały sesji naukowej, Poznań, 07.12.2010.

- Czarnow S., *Kontrasygnata – martwa instytucja?*, „Finanse Komunalne” 2010, nr 11.
- Czołpińska E., *Wieloletnia prognoza finansowa w jednostkach samorządu terytorialnego*, „Finanse Komunalne” 2010, nr 5.
- Czykier-Wierzba D., Jastrzębska M. (red.), *Uwarunkowania absorpcji środków unijnych przez sektor żywnościowy i jednostki samorządu terytorialnego. Analiza i rekomendacje*, Gdańsk 2011.
- Dębowska-Romanowska T., *Prawo finansowe. Część konstytucyjna wraz z częścią ogólną*, Warszawa 2010.
- Dębowska-Romanowska T., *Wydatki publiczne, ich formy prawne oraz zasady realizacji w sektorze finansów publicznych*, [w:] Ruśkowski E. (red.), *System prawa finansowego*, t. II, Warszawa 2010.
- Dębowska-Romanowska T., *Zagadnienia prawne wydatków publicznych na rzecz osób trzecich*, Łódź 1993.
- Dobaczewska A., Juchniewicz E., Sowiński T. (red.), *System finansów publicznych wobec wyzwań XXI wieku*, Warszawa 2010.
- Drucker P., *Managing for Business Effectiveness*, „Harvard Business Review” 1985, nr 5–6.
- Drwiłło A., Gliniecka J., *Finanse gmin*, Gdańsk 1995.
- Fermus-Bobowiec A., *Umowa w sprawie zamówienia publicznego jako szczególna umowa cywilnoprawna*, cz. 1, „Radca Prawny” 2011, nr 131, Dodatek naukowy.
- Filipiak B., Dylewski M., *Kontrowersje związane ze sporządzaniem wieloletniej prognozy finansowej JST w związku z wdrożeniem budżetu zadaniowego*, „Finanse Komunalne” 2010, nr 12.
- Galiński D., *Źródła finansowania projektów unijnych przez jednostki samorządu terytorialnego*, [w:] Czykier-Wierzba D., Jastrzębska M. (red.), *Uwarunkowania absorpcji środków unijnych przez sektor żywnościowy i jednostki samorządu terytorialnego. Analiza i rekomendacje*, Gdańsk 2011.
- Galster J., Mik C., *Podstawy europejskiego prawa wspólnotowego*, Toruń 1996.
- Gaudemet P.M., Molinier J., *Finanse publiczne*, Warszawa 2000.
- Gawroński H., *Zarządzanie strategiczne w samorządzie terytorialnym*, Warszawa 2010.
- Giezek J., *Wina oraz okoliczności ją wyłączające*, [w:] Bojarski M. (red.), *Prawo karne materialne. Część ogólna i szczególna*, Warszawa 2004.
- Gliniecka J., *Zasady polskiego prawa dochodów samorządu terytorialnego*, Bydgoszcz 2001.

- Glumińska-Pawlic J., *Samodzielność finansowa jednostek samorządu terytorialnego w Polsce*, Katowice 2003.
- Glumińska-Pawlic J., *Wydatki i rozchody budżetowe jednostek samorządu terytorialnego*, [w:] Kosikowski C. (red.), *Finanse samorządowe 2008*, Warszawa 2008.
- Głuchowski J., *Budżet i procedura budżetowa*, Wydawnictwa Sejmowe, Warszawa 2001.
- Gnela B. (red.), *Ustawowe ograniczenia swobody umów. Zagadnienia wybrane*, Warszawa 2010.
- Gnela M., *Ograniczenia swobody kontraktowej w zakresie zmiany treści umowy zawartej w wyniku udzielenia zamówienia publicznego*, [w:] Gnela B. (red.), *Ustawowe ograniczenia swobody umów. Zagadnienia wybrane*, Warszawa 2010.
- Golat R., *Zamówienia publiczne w sferze kultury*, wyd. 2, Warszawa 2012.
- Gonet W., *Uwagi o formach prowadzenia gospodarki komunalnej*, „Samorząd Terytorialny” 2008, nr 7–8.
- Grabowska-Szweicer E., Meducki M., *Zastosowanie prawa cywilnego w zamówieniach publicznych*, Wrocław 2012.
- Granecki P., *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2007.
- Griffin R.W., *Podstawy zarządzania organizacjami*, Warszawa 2002.
- Guldenmund R.H., *Towards an Administrative Sanctioning System in the Common Agricultural Policy*, [w:] Harding C., Swart B. (red.), *Enforcing European Community Rules, Criminal Proceedings, Administrative Practices and Harmonization*, Dartmouth 1996.
- Guziński M., *Krajowe prawo zamówień publicznych*, [w:] Guziński M. (red.), *Zamówienia publiczne jako przedmiot regulacji prawnej. Podręcznik uniwersytecki*, Wrocław 2012.
- Guziński M., *Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego*, [w:] Guziński M. (red.), *Zamówienia publiczne jako przedmiot regulacji prawnej. Podręcznik uniwersytecki*, Wrocław 2012.
- Guziński M. (red.), *Zamówienia publiczne jako przedmiot regulacji prawnej. Podręcznik uniwersytecki*, Wrocław 2012.
- Hanusz A., *Prawnofinansowe podstawy działalności samorządu terytorialnego*, „Nowe Prawo” 1991, nr 1–3.
- Hanusz A., *Samodzielność finansowa gmin a system podatkowy w Polsce*, „Roczniki Nauk Prawnych Katolickiego Uniwersytetu Lubelskiego” 1998, nr 8, Zeszyt specjalny.

- Harding C., Swart B. (red.), *Enforcing European Community Rules, Criminal Proceedings, Administrative Practices and Harmonization*, Dartmouth 1996.
- Haręza A., Szydło M., Szydło W., *Współpraca dla rozwoju regionu pomiędzy jednostkami samorządu terytorialnego a przedsiębiorcami geologicznymi i górniczymi*, Wrocław 2012.
- Hartung W., *Korekty finansowe w projektach europejskich*, „UE-Fundusze Strukturalne” nr 11 (45), www.ue-fs.pl.
- Hoekman B., Kostecki M.M., *Ekonomia światowego systemu handlu. WTO: zasady i mechanizmy negocjacji*, wyd. 2, Wrocław 2011.
- Horubski K., *Realizacja zamówienia publicznego*, [w:] Guziński M. (red.), *Zamówienia publiczne jako przedmiot regulacji prawnej. Podręcznik uniwersytecki*, Wrocław 2012.
- INTOSAI, *Standardy kontroli*, Najwyższa Izba Kontroli, Warszawa 2000.
- Izdebski H., *Samorząd terytorialny. Podstawy ustroju i działalności*, Warszawa 2006.
- Izdebski H., Kulesza M., *Administracja publiczna. Zagadnienia ogólne*, Warszawa 2004.
- Jagielski J., *Kontrola administracji*, Warszawa 2006.
- Jakimowicz W., *Wykładnia w prawie administracyjnym*, Kraków 2006.
- Kaczmarczyk J., *Wybór oferty w trybie art. 94 ust. 3, „Zamówienia Publiczne. Doradca”* 2012, nr 7.
- Karlikowska M., Miemiec W., Ofiarski Z., Sawicka K., *Ustawa o finansach publicznych. Komentarz*, Wrocław 2010.
- Karwatowicz G., *Decyzja o zwrocie środków z funduszy UE*, „Finanse Publiczne” 2010, nr 3.
- Karwatowicz G., *Jak uniknąć zwrotu nieprawidłowo wydatkowanych środków unijnych*, Wrocław 2011.
- Karwatowicz G., Lamch-Rejowska M., *Zamówienia publiczne w projektach współfinansowanych ze środków unijnych*, Wrocław 2011.
- Karwatowicz G., Odachowski J., *Definicja legalna „nieprawidłowości” w kontekście funduszy strukturalnych i Funduszu Spójności*, „Kontrola Państwowa” 2009, nr 4.
- Kiczka K., *Kontrola w prawie zamówień publicznych*, [w:] Guziński M. (red.), *Zamówienia publiczne jako przedmiot regulacji prawnej. Podręcznik uniwersytecki*, Wrocław 2012.
- Kieres L., *Europejskie prawo zamówień publicznych*, [w:] Guziński M. (red.), *Zamówienia publiczne jako przedmiot regulacji prawnej. Podręcznik uniwersytecki*, Wrocław 2012.

- Knemeyer F.-L., *Bayerisches Kommunalrecht*, Stuttgart 2004.
- Kosikowski C., *Dyscyplina finansów publicznych oraz odpowiedzialność za jej naruszenie*, [w:] Kosikowski C., Ruśkowski E. (red.), *Finanse publiczne i prawo finansowe*, Warszawa 2008.
- Kosikowski C., *Ustawa o finansach publicznych. Komentarz*, Warszawa 2011.
- Kosikowski C., Ruśkowski E. (red.), *Finanse publiczne i prawo finansowe*, Warszawa 2008.
- Kosikowski C., Salachna J.M. (red.), *Finanse samorządowe. 580 pytań i odpowiedzi*, Warszawa 2012.
- Kostecki A. (red.), *Prawo finansowe i nauka prawa finansowego na przełomie wieków. Ogólnopolska Konferencja Katedr Prawa Finansowego*, Kraków, 21-23 października 1999 r., Kraków 2000.
- Kotlińska J., *Wieloletnia prognoza finansowa – jak rozumieć przepisy ustawowe, aby je prawidłowo stosować*, „Finanse Komunalne” 2010, nr 10, dodatek specjalny.
- Krajewski S., Mackiewicz M., Krajewski P., *Przygotowanie wieloletniej prognozy finansowej – wybrane problemy metodologiczne*, „Finanse Komunalne” 2010, nr 7–8.
- Kryczko P., *Model odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych*, [w:] Kostecki A. (red.), *Prawo finansowe i nauka prawa finansowego na przełomie wieków: Ogólnopolska Konferencja Katedr Prawa Finansowego*, Kraków, 21-23 października 1999 r., Kraków 2000.
- Kryczko P., *Ustawa o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Wprowadzenie*, Kraków 2005.
- Lachiewicz W. (red.), *Finanse publiczne*, Warszawa 2010.
- Lamch-Rejowska M., Laszczyński Ł., *Prawo zamówień publicznych. Praktyczny poradnik dla zamawiających i wykonawców*, Warszawa 2012.
- Lange K., *Wybrane aspekty cywilno-prawne kontrasygnaty skarbnika jednostki samorządu terytorialnego*, „Finanse Komunalne” 2009, nr 9.
- Legutko M., *Wieloletnia prognoza finansowa jako podstawa zaciągania zobowiązań wieloletnich w świetle odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych*, [w:] Smag M., Winiarz M. (red.), *Dyscyplina finansów publicznych – stan obecny i kierunki zmian*, Kraków 2011.
- Lipiec-Warzecha L., *Ustawa o finansach publicznych. Komentarz*, Warszawa 2011.
- Lipiec-Warzecha L., *Ustawa o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Komentarz*, Warszawa–Kraków 2008.
- Lubińska T., *Budżet zadaniowy w Polsce. Reorientacja z wydatkowania na zarządzanie pieniędzmi publicznymi*, Warszawa 2007.

- Łacny J., *Ochrona interesów finansowych Unii Europejskiej w dziedzinie polityki spójności*, Warszawa 2010.
- Łacny J., *Ponoszone przez państwa członkowskie finansowe skutki naruszenia interesów finansowych Unii Europejskiej w dziedzinie polityki regionalnej*, [w:] Nowak C. (red.), *Ochrona interesów finansowych a przemiany instytucjonalne Unii Europejskiej*, Warszawa 2009.
- Łazuga I., *Odpowiedzialność za naruszenia ustawy Pzp w świetle nowelizacji ustawy prawo zamówień publicznych oraz ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych*, [w:] Borowicz A., Królikowska-Olczak M., Sadowy J., Starzyńska W. (red.), *Ekonomiczne i prawne zagadnienia zamówień publicznych. Polska na tle Unii Europejskiej*, Łódź 2010, s. 138.
- Łętowska E. (red.), *System prawa prywatnego*, t. 5, *Prawo zobowiązań – część ogólna*, Warszawa 2006.
- Machnikowski P., *Swoboda umów*, [w:] Łętowska E. (red.), *System prawa prywatnego*, t. 5, *Prawo zobowiązań – część ogólna*, Warszawa 2006.
- Małecki J., *Finanse gminy samorządowej de lege lata i de lege ferenda*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1991, nr 2.
- Małecki J., *Sądowa ochrona samodzielności finansowej samorządu terytorialnego*, [w:] *I Forum Samorządowe. Polska samorządność w integrującej się Europie*, Szczecin 2004.
- Małecki J., *Z problematyki nadzoru nad finansami komunalnymi*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1991, nr 1.
- Mazurkiewicz M., *Dyscyplina budżetowa*, [w:] Weralski M. (red.), *System instytucji prawno-finansowych PRL*, t. II, Warszawa 1982.
- Mazurkiewicz M., *Odpowiedzialność finansowa za naruszenie dyscypliny budżetowej w PRL*, Wrocław 1968.
- Mazurkiewicz M., *Zakres finansów lokalnych i ich gwarancje konstytucyjne*, [w:] Miemiec W., Cybulski B., (red.), *Samorządowy poradnik budżetowy na 1997 rok*, Warszawa 1997.
- McNair Lord, *The law of treaties*, Oxford 1961.
- Miemiec M., *Zadania samorządu terytorialnego*, [w:] Miemiec W., Sawicka K., Miemiec M., *Prawo finansów publicznych sektora samorządowego*, Warszawa 2013.
- Miemiec M., *Zakres działania gminy*, [w:] Boć J. (red.), *Prawo administracyjne*, Wrocław 2010.
- Miemiec M., *Zakres działania powiatu*, [w:] Boć J. (red.), *Prawo administracyjne*, Wrocław 2010.

- Miemiec M., *Zakres działania województwa*, [w:] Boć J. (red.), *Prawo administracyjne*, Wrocław 2010.
- Miemiec W., *Budżet środków europejskich jako podstawowe źródło finansowania projektów i programów z udziałem bezzwrotnych środków unijnych*, [w:] Miemiec W. (red.), *Europejskie bezzwrotne źródła finansowania polityki regionalnej w Polsce. Aspekty prawno-finansowe*, Wrocław 2012.
- Miemiec W., *Czy budżet powiatu w świetle nowej ustawy o finansach publicznych można określić mianem budżetu zadaniowego?*, *Studia z Nauk Społecznych*, Polkowice 2010, nr 3.
- Miemiec W., *Konsekwencje naruszenia dyscypliny finansów publicznych w związku z udzieleniem zamówienia publicznego*, [w:] Guziński M. (red.), *Zamówienia publiczne jako przedmiot regulacji prawnej. Podręcznik uniwersytecki*, Wrocław 2012.
- Miemiec W., *Konsekwencje nieprawidłowego wykorzystania bezzwrotnych środków unijnych w ustawie o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych*, [w:] Miemiec W. (red.), *Europejskie bezzwrotne źródła finansowania polityki regionalnej w Polsce*, Wrocław 2012.
- Miemiec W., *Pojęcie samodzielności finansowej jednostek samorządu terytorialnego*, [w:] Miemiec W., Sawicka K., Miemiec M., *Prawo finansów publicznych sektora samorządowego*, Warszawa 2013.
- Miemiec W., *Prawne gwarancje samodzielności finansowej gminy w zakresie dochodów publicznoprawnych*, Wrocław 2005.
- Miemiec W., *Wydatki jednostek samorządu terytorialnego*, [w:] Miemiec W., Sawicka K., Miemiec M., *Prawo finansów publicznych sektora samorządowego*, Warszawa 2013.
- Miemiec W., *Wykonywanie budżetu środków europejskich*, [w:] Miemiec W. (red.), *Europejskie bezzwrotne źródła finansowania polityki regionalnej w Polsce. Aspekty prawno-finansowe*, Wrocław 2012.
- Miemiec W. (red.), *Europejskie bezzwrotne źródła finansowania polityki regionalnej w Polsce*, Wrocław 2012.
- Miemiec W., Sawicka K., Miemiec M., *Prawo finansów publicznych sektora samorządowego*, Warszawa 2013.
- Młynarczyk A., *Dostosowanie polskich unormowań do prawa wspólnotowego w zakresie finansowania zadań jednostek samorządu terytorialnego ze środków Unii Europejskiej*, „Finanse Komunalne” 2003, nr 1.
- Nowak C. (red.), *Ochrona interesów finansowych a przemiany instytucjonalne Unii Europejskiej*, Warszawa 2009.

- Odachowski J., *Pojęcie nieprawidłowości wykorzystania przyznanych środków w prawie UE*, [w:] Miemiec W. (red.), *Europejskie bezzwrotne źródła finansowania polityki regionalnej w Polsce*, Wrocław 2012.
- Odachowski J., *Wykluczenie beneficjenta*, [w:] Miemiec W. (red.), *Europejskie bezzwrotne źródła finansowania polityki regionalnej w Polsce*, Wrocław 2012.
- Ofiarska M., Ofiarski Z., *Samodzielność jako fundamentalna wartość samorządu terytorialnego*, [w:] Czaja-Hliniak I. (red.), *Nauka prawa finansowego po I dekadzie XXI wieku. Księga pamiątkowa dedykowana Profesorowi Apoloniuszowi Kosteckiemu*, Kraków 2012.
- Ofiarski Z., *Dochody i wydatki jednostek samorządu terytorialnego*, [w:] Miemiec W., Cybulski B. (red.), *Samorządowy poradnik budżetowy na 2004 r.*, Warszawa 2004.
- Ofiarski Z., *Komentarz do art. 44 ufp*, [w:] Karlikowska M., Miemiec W., Ofiarski Z., Sawicka K., *Ustawa o finansach publicznych. Komentarz*, Wrocław 2010.
- Ofiarski Z., *Prawo finansowe*, Warszawa 2010.
- Ofiarski Z., Ofiarska M., *Umowa w sprawie udzielania dotacji celowej*, [w:] Dobaczewska A., Juchniewicz E., Sowiński T. (red.), *Daniny publiczne. Prawo finansowe wobec wyzwań XXI wieku*, Warszawa 2010.
- Ostrowski K., *Prawo finansowe. Zarys ogólny*, Warszawa 1970.
- Owsiak S., *Finanse publiczne. Teoria i praktyka*, Warszawa 2005.
- Panfil P., *Budżet środków europejskich, wnioski de lege lata*, [w:] Dobaczewska A., Juchniewicz E., Sowiński T. (red.), *System finansów publicznych. Prawo finansowe wobec wyzwań XXI wieku*, Warszawa 2010.
- Piasta D., *Zamówienia publiczne w świetle procedur Światowej Organizacji Handlu*, Warszawa 2001.
- Pieróg J., *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2012.
- Pomorska A., Smoleń P., Stelmasiak J., Gorgol A. (red.), *Prawo finansowe w warunkach członkostwa Polski w Unii Europejskiej, Księga jubileuszowa dedykowana Profesor Wandzie Wójtowicz*, Lublin 2011.
- Radwański Z., *Teoria umów*, Warszawa 1977.
- Robaczyński T., *Środki europejskie*, [w:] Lachiewicz W. (red.), *Finanse publiczne*, Warszawa 2010.
- Ruśkowski E., *Finanse lokalne w dobie akcesji*, Warszawa 2004.
- Ruśkowski E., *Zasady budżetowe*, [w:] Kosikowski C., Ruśkowski E. (red.), *Finanse publiczne i prawo finansowe*, Warszawa 2008.

- Ruśkowski E. (red.), *System prawa finansowego*, t. II: *Prawo finansowe sektora finansów publicznych*, Warszawa 2010.
- Ruśkowski E., Salachna J.M. (red.), *Nowa ustawa o finansach publicznych wraz z ustawą wprowadzającą. Komentarz praktyczny*, Gdańsk 2010.
- Sadowy J. (red.), *Kryteria oceny ofert w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego – przykłady i zastosowanie*, Warszawa 2011.
- Salachna J.M., *Granice samodzielności legislacyjnej jednostek samorządu terytorialnego. Studium prawnofinansowe na gruncie ustrojowym*, Gdańsk 2012.
- Salachna J.M., *Wieloletnia prognoza finansowa jako przedmiot kontroli i nadzoru regionalnych izb obrachunkowych*, „Finanse Komunalne” 2010, nr 10, dodatek specjalny.
- Salachna J.M., *Wydatki i rozchody budżetowe j.s.t. – zagadnienia podstawowe*, [w:] Kosikowski C., Salachna J.M., *Finanse samorządowe. 580 pytań i odpowiedzi*, Warszawa 2012.
- Samuelson P.A., Nordhaus W.D., *Ekonomia*, Warszawa 2005.
- Sawicka K., *Kompetencje organów jednostek samorządu terytorialnego w zakresie uchwalania budżetu*, „Finanse Komunalne” 2009, nr 4, s. 5.
- Sawicka K., *Procedura budżetowa*, [w:] Miemiec W., Sawicka K., Miemiec M., *Prawo finansów publicznych sektora samorządowego*, Warszawa 2013.
- Sawicka K., *Wieloletnia prognoza finansowa*, [w:] Miemiec W., Sawicka K., Miemiec M., *Prawo finansów publicznych sektora samorządowego*, Warszawa 2013.
- Sawicka K., *Wydatki w formie dotacji z budżetu jednostki samorządu terytorialnego*, [w:] Pomorska A., Smoleń P., Stelmasiak J., Gorgol A. (red.), *Prawo finansowe w warunkach członkostwa Polski w Unii Europejskiej. Księga jubileuszowa dedykowana Profesor Wandzie Wójtowicz*, Lublin 2011.
- Skrzypek W., *Jakość i efektywność*, Lublin 2002.
- Smag M., Winiarz M. (red.), *Dyscyplina finansów publicznych – stan obecny i kierunki zmian*, Kraków 2011.
- Stachowiak M., Jerzykowski J., Dzierżanowski W., *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, wyd. 4, Warszawa 2010.
- Szorc M., Zaczeniuk K., *Wykonywanie zadań j.s.t. w trybie zamówień publicznych*, [w:] Kosikowski C., Salachna J.M. (red.), *Finanse samorządowe. 580 pytań i odpowiedzi*, Warszawa 2012.
- Szostak R., *Obowiązek zawarcia umowy*, „Zamówienia Publiczne. Doradca” 2005, nr 10.

- Szostak R., *Planowanie i finansowanie zamówień publicznych*, Warszawa 2007.
- Szostak R., *Zakaz udzielania zamówień publicznych bez dostatecznego pokrycia finansowego*, [w:] Gneta B. (red.), *Ustawowe ograniczenia swobody umów. Zagadnienia wybrane*, Warszawa 2010.
- Szydło M., *The Process of Granting Exclusive Rights in the Light of Treaty Rules on Free Movement*, „German Law Journal” 2011, nr 7.
- Szydło M., *Udzielenie zamówienia publicznego jako pomoc państwa w rozumieniu art. 87 ust. 1 Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2007, z. 2.
- Słownik języka polskiego PWN*, t. I, Warszawa 1978.
- Słownik języka polskiego PWN*, t. II, Warszawa 1978.
- Szymczak M. (red.), *Słownik języka polskiego PWN*, t. II, Warszawa 1979.
- Szyszkowski A., Trześniewska-Markowicz A., *Prawo zamówień publicznych. Komentarz dla praktyków*, Gdańsk 2008.
- Weralski M. (red.), *System instytucji prawno-finansowych PRL*, t. II, Warszawa 1982.
- Wieloński M., *Europejskie prawo zamówień publicznych jako narzędzie polityki społeczno-gospodarczej Unii Europejskiej*, Warszawa 2013.
- Wieloński M., *Realizacja interesu publicznego w prawie zamówień publicznych*, Warszawa 2012.
- Wolter A., Ignatowicz J., Stefaniuk K., *Prawo cywilne. Zarys części ogólnej*, Warszawa 1998.
- Wójtowicz W., *Podstawy prawa budżetowego*, [w:] W. Wójtowicz (red.), *Zarys finansów publicznych*, Warszawa 2011.
- Wójtowicz W. (red.), *Zarys finansów publicznych*, Warszawa 2011.
- Wyrzykowski M., *Pojęcie interesu społecznego w prawie administracyjnym*, Warszawa 1986.
- Zimmermann J., *Prawo administracyjne*, Warszawa 2008.

Źródła prawa

a) międzynarodowego

Ustawa modelowa ONZ z dnia 15 czerwca 1994 r. w sprawie zamawiania towarów, robót budowlanych i usług, http://www.bzg.pl/sites/www.bzg.pl.new/files/bzg-2005-04/ustawa_modelowa_onz.pdf [data dostępu: 29.05.2013].

Konwencja Narodów Zjednoczonych z dnia 14 grudnia 2005 r. przeciwko korupcji, Dz.U. z 2007 r., Nr 84, poz. 563.

Porozumienie WTO w sprawie zakupów rządowych z dnia 15 kwietnia 1994 r. (GPA).

Europejska Karta Samorządu Lokalnego z dnia 15 października 1985 r., Dz.U. z 1994, Nr 124, poz. 607.

b) Unii Europejskiej

Traktat o Unii Europejskiej z dnia 7 lutego 1992 r., wersja skonsolidowana, Dz.U. C 326/13 z 26.10.2012.

Traktat o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej, Dz.U. z 2007 r. Nr 203, poz. 1569, wersja skonsolidowana Dz.U. C 326/47 z 26.10.2012.

Dyrektywa Rady 89/665/EWG z dnia 21 grudnia 1989 r. w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane, Dz.U. L 395/33 z 30.12.1989, Polskie wydanie specjalne: Rozdział 06 Tom 01 P. 246–248.

Dyrektywa Rady 92/13/EWG z dnia 25 lutego 1992 r. koordynująca przepisy ustawowe, wykonawcze i administracyjne odnoszące się do stosowania przepisów wspólnotowych w procedurach zamówień publicznych podmiotów działających w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i telekomunikacji, Dz.U. L 76/14 z 23.3.1992, Polskie wydanie specjalne: Rozdział 06 Tom 01 P. 315–321.

Dyrektywa Rady 92/75/EWG z dnia 22 września 1992 r. w sprawie wskazania poprzez etykietowanie oraz standardowe informacje o produkcie, zużycia energii oraz innych zasobów przez urządzenia gospodarstwa domowego, Dz.U. L 297/16 z 13.10.1992, Polskie wydanie specjalne: Rozdział 13 Tom 011 P. 216–219.

Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2004/17/WE z dnia 31 marca 2004 r. koordynująca procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, Dz.U. L 134/1 z 30.04.2004, Polskie wydanie specjalne: Rozdział 06 Tom 07 P. 19–131.

Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2004/18/WE z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień na roboty budowlane, dostawy i usługi, Dz.U. L 134/114 z 30.04.2004, Polskie wydanie specjalne: Rozdział 06 Tom 07 P. 132–262.

Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2006/32/WE z dnia 5 kwietnia 2006 r. w sprawie efektywności końcowego wykorzystania energii i usług energetycznych oraz uchylająca dyrektywę Rady 93/79/EWG, Dz.U. L 114/64 z 27.04.2006.

Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2007/66/WE z dnia 11 grudnia 2007 r. zmieniająca dyrektywy Rady 89/665/EWG i 92/13/EWG w zakresie poprawy skuteczności procedur odwoławczych w dziedzinie udzielania zamówień publicznych, Dz.U. L 335/31 z 20.12.2007.

Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/33/WE z dnia 23 kwietnia 2009 r. w sprawie promowania ekologicznie czystych i energooszczędnych pojazdów transportu drogowego, Dz.Ur. UE L 120/5 z 15.05.2009.

Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/81/WE z dnia 13 lipca 2009 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania niektórych zamówień na roboty budowlane, dostawy i usługi przez instytucje lub podmioty zamawiające w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa i zmieniająca dyrektywy 2004/17/WE i 2004/18/WE, Dz.U. L 216/76 z 20.08.2009.

Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2010/30/UE z dnia 19 maja 2010 r. w sprawie wskazania poprzez etykietowanie oraz standardowe informacje o produkcie, zużycia energii oraz innych zasobów przez produkty związane z energią, Dz.U. L 153/1 z 18.06.2010.

Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2010/31/UE z dnia 19 maja 2010 r. w sprawie charakterystyki energetycznej budynków, Dz.U. L 153/13 z 18.06.2010.

Rozporządzenie Rady (WE, Euroatom) nr 2988/1995 z dnia 18 grudnia 1995 r. w sprawie ochrony interesów gospodarczych Wspólnot Europejskich, Dz.U. L 312/1 z 23.12.1995.

Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 2195/2002 z dnia 5 listopada 2002 r. w sprawie Wspólnego Słownika Zamówień, Dz.U. L 329 z 17.12.2003, Polskie wydanie specjalne: Rozdział 01 Tom 01 P. 340–343.

Rozporządzenie Komisji (WE) nr 1564/2005 z dnia 7 września 2005 r. ustanawiające standardowe formularze do publikacji ogłoszeń w ramach procedur zamówień publicznych zgodnie z dyrektywami 2004/17/WE i 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady, Dz.U. L 257/1 z 01.10.2005.

Rozporządzenie Rady (WE) nr 1083/2006 z dnia 11 lipca 2006 r. ustanawiające przepisy ogólne dotyczące Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego oraz Funduszu Spójności i uchylające rozporządzenie (WE) nr 1260/1999, Dz.U. L 210/25 z 31.07.2006.

Rozporządzenie Komisji (WE) nr 1828/2006 z dnia 8 grudnia 2006 r. ustanawiające szczegółowe zasady wykonania rozporządzenia Rady (WE) nr 1083/2006 ustanawiającego przepisy ogólne dotyczące Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego oraz Funduszu Spójności oraz rozporządzenia (WE) nr 1080/2006 Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Dz.U. L 371/1 z 27.12.2006.

Rozporządzenie Rady (WE, Euroatom) nr 1995/2006 z dnia 13 grudnia 2006 r. zmieniające rozporządzenie (WE, Euroatom) nr 1605/2002 w sprawie rozporządzenia finansowego mającego zastosowanie do budżetu ogólnego Wspólnot Europejskich, Dz.Urz. UE L 390/1 z 30.12.2006.

Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 1370/2007 z dnia 23 października 2007 r. dotyczące usług publicznych w zakresie kolejowego i drogowego transportu pasażerskiego oraz uchylające rozporządzenia Rady (EWG) nr 1191/69 i 1107/70, Dz.U. L 315/1 z 03.12.2007.

Rozporządzenie Komisji (WE) nr 213/2008 z dnia 28 listopada 2007 r. zmieniające rozporządzenie (WE) nr 2195/2002 Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie Wspólnego Słownika Zamówień (CPV) oraz dyrektywy 2004/17/WE i 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady dotyczące procedur udzielania zamówień publicznych w zakresie zmiany CPV, Dz.Urz. WE L 340 z 16.12.2002.

Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 106/2008 z dnia 15 stycznia 2008 r. w sprawie wspólnotowego programu znakowania efektywności energetycznej urządzeń biurowych (Energy Star), Dz.U. L 39/1 z 13.02.2008.

Rozporządzenie Komisji (WE) nr 1150/2009 z dnia 10 listopada 2009 r. zmieniające rozporządzenie (WE) nr 1564/2005 w odniesieniu do standardowych formularzy do publikacji ogłoszeń w ramach procedur zamówień publicznych zgodnie z dyrektywami Rady 89/665/EWG i 92/13/EWG, Dz.U. L 313/3 z 28.11.2009.

Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 1221/2009 z dnia 25 listopada 2009 r. w sprawie dobrowolnego udziału organizacji w systemie ekzarządzania i audytu we Wspólnocie (EMAS), uchylające rozporządzenie nr 761/2001 (nowe rozporządzenie EMAS), Dz.U. L 342/1 z 22.12.2009.

Rozporządzenie Komisji (WE) nr 1177/2009 z dnia 30 listopada 2009 r. zmieniające dyrektywy 2004/17/WE, 2004/18/WE i 2009/81/WE Parlamentu Europejskiego i Rady w odniesieniu do progów obowiązujących w zakresie procedur udzielania zamówień, Dz.U. L 314/64 z 01.12.2009.

Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 66/2010 z dnia 25 listopada 2010 r. w sprawie oznakowania ekologicznego UE (nowe rozporządzenie Ecolabel), Dz.U. L 27/1 z 30.01.2010.

Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE, Euroatom) nr 996/2012 z dnia 22 października 2012 r. w sprawie zasad finansowych mających zastosowanie do budżetu ogólnego Unii Europejskiej, oraz uchylające rozporządzenie Rady (WE), Euroatom nr 1605/2002, Dz.U. L 298/1 z 26.10.2012.

Decyzja Rady 94/800/WE z dnia 22 grudnia 1994 r. w sprawie porozumienia GPA, Dz.U. L 336 z 23.12.1994, Polskie wydanie specjalne: Rozdział 11 Tom 21 P. 80–81.

c) krajowego

Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r., Dz.U. Nr 78, poz. 483 ze zm.

Ustawa z dnia 15 lutego 1933 r. o dostawach i robotach na rzecz Skarbu Państwa, samorządu oraz instytucji prawa publicznego, Dz.U. Nr 19, poz. 127.

Ustawa z dnia 14 czerwca 1960 r. – Kodeks postępowania administracyjnego, tekst jedn. Dz.U. z 2000 r., Nr 98, poz. 1071 ze zm.

Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny, Dz.U. Nr 16, poz. 93 ze zm.

Ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego, Dz.U. Nr 43, poz. 296 ze zm.

Ustawa z dnia 26 października 1982 r. o wychowaniu w trzeźwości i przeciwdziałaniu alkoholizmowi, tekst jedn. Dz.U. z 2012 r., poz. 1356.

Ustawa z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym, tekst jedn. Dz.U. z 2001 r., Nr 142, poz. 1591.

Ustawa z dnia 7 września 1991 r. o systemie oświaty, tekst jedn. Dz.U. z 2004 r., Nr 256, poz. 2572 ze zm.

Ustawa z dnia 25 października 1991 r. o organizowaniu i prowadzeniu działalności kulturalnej, tekst jedn. Dz.U. z 2012 r., poz. 406.

Ustawa z dnia 7 października 1992 r. o regionalnych izbach obrachunkowych, tekst jedn. Dz.U. z 2012 r. poz. 1113.

Ustawa z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, tekst jedn. Dz.U. z 2003 r., Nr 153, poz. 1503 ze zm.

Ustawa z dnia 4 marca 1994 r. o zakładowym funduszu świadczeń socjalnych, Dz.U. z 2012 r., poz. 592, 908 i 1456.

Ustawa z dnia 7 lipca 1994 r. – Prawo budowlane, tekst jedn. Dz.U. z 2006 r., Nr 156, poz. 1118 ze zm.

Ustawa z dnia 29 września 1994 r. o rachunkowości, tekst jedn. Dz.U. z 2009 r., Nr 152, poz. 1223 ze zm.

Ustawa z dnia 23 grudnia 1994 r. o Najwyższej Izbie Kontroli, tekst jedn. Dz.U. z 2012 r., poz. 82.

Ustawa z dnia 20 grudnia 1996 r. o gospodarce komunalnej, Dz.U. z 2011 r., Nr 45, poz. 236 ze zm.

Ustawa z dnia 20 czerwca 1997 r. – Prawo o ruchu drogowym, tekst jedn. Dz.U. z 2012 r., poz. 1137.

Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny, Dz.U. Nr 88, poz. 553 ze zm.

Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r., Ordynacja podatkowa, tekst jedn. Dz.U. z 2005 r., Nr 8, poz. 60 ze zm.

Ustawa z dnia 5 czerwca 1998 r. o samorządzie województwa, tekst jedn. Dz.U. z 2001 r., Nr 142, poz. 1593.

Ustawa z dnia 5 czerwca 1998 r. o samorządzie powiatowym, tekst jedn. Dz.U. z 2001 r., Nr 142, poz. 1592.

Ustawa z dnia 24 lipca 1998 r. o wprowadzeniu zasadniczego trójstopniowego podziału terytorialnego państwa, Dz.U. Nr 96, poz. 603.

Ustawa z dnia 10 września 1999 r. Kodeks karny skarbowy, tekst jedn. Dz.U. z 2007 r., Nr 111, poz. 765 ze zm.

Ustawa z dnia 20 lipca 2000 r. o ogłaszaniu aktów normatywnych i niektórych innych aktów prawnych, tekst jedn. Dz.U. z 2010 r., Nr 17 poz. 95.

Ustawa z dnia 27 kwietnia 2001 r. Prawo ochrony środowiska, tekst jedn. Dz.U. z 2008 r., Nr 25, poz. 150.

Ustawa z dnia 5 lipca 2001 r. o cenach, Dz.U. Nr 97, poz. 1050 ze zm.

Ustawa z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej, Dz.U. Nr 112, poz. 1198 ze zm.

Ustawa z dnia 24 kwietnia 2003 r. o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie, Dz.U. z 2010 r., Nr 234, poz. 1536.

Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, tekst jedn. Dz.U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 ze zm.

Ustawa z dnia 22 października 2004 r. o jednostkach doradztwa rolniczego, Dz.U. z 2012 r. poz. 1414.

Ustawa z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, tekst jedn. Dz.U. z 2013 r., poz. 168.

Ustawa z dnia 6 grudnia 2006 r. o zasadach prowadzenia polityki rozwoju, Dz.U. z 2009 r. Nr 84, poz. 712 ze zm.

Ustawa z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, Dz.U. Nr 50, poz. 331 ze zm.

Ustawa z dnia 26 kwietnia 2007 r. o zarządzaniu kryzysowym Dz.U. Nr 89, poz. 590.

Ustawa z dnia 19 grudnia 2008 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym, Dz.U. z 2009 r., Nr 19, poz. 100 ze zm.

Ustawa z dnia 23 stycznia 2009 r. o wojewodzie i administracji rządowej w województwie, Dz.U. Nr 31, poz. 206.

Ustawa z dnia 9 stycznia 2009 r. o koncesji na roboty budowlane i usługi, Dz.U. Nr 19, poz. 101 ze zm.

Ustawa z dnia 3 kwietnia 2009 r. o wspieraniu zrównoważonego rozwoju sektora rybackiego z udziałem Europejskiego Funduszu Rybackiego, Dz. U. Nr 72, poz. 619 ze zm.

Ustawa z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych, Dz.U. Nr 157, poz. 1240 ze zm.

Ustawa z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych, Dz.U. Nr 206, poz. 1591.

Ustawa z dnia 16 grudnia 2010 r. o publicznym transporcie zbiorowym, Dz.U. z 2011 r., Nr 5, poz. 13.

Ustawa z dnia 5 stycznia 2011 r. Kodeks wyborczy, Dz.U. Nr 21, poz. 112.

Ustawa z dnia 15 kwietnia 2011 r. o działalności leczniczej, tekst jedn. Dz.U. z 2013 r., poz. 217.

Ustawa z dnia 12 października 2012 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi, Dz.U. z 2012 r., poz. 1271.

Ustawa z dnia 7 grudnia 2012 r. o zmianie niektórych ustaw w związku z realizacją ustawy budżetowej, Dz.U. z 2012 r., poz. 1456.

Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 czerwca 2000 r. w sprawie zasad techniki prawodawczej, Dz.U. Nr 100, poz. 908 ze zm.

Rozporządzenie Ministra Infrastruktury z dnia 18 maja 2004 r. w sprawie określenia metod i podstaw sporządzania kosztorysu inwestorskiego, obliczania planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym, Dz.U. Nr 130, poz. 1389.

Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 16 października 2008 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, Dz.U. Nr 188, poz. 1154.

Rozporządzenie Ministra Finansów z dnia 17 grudnia 2009 r. w sprawie płatności w ramach programów finansowych z udziałem środków europejskich oraz przekazywania informacji dotyczących tych płatności, Dz.U. Nr 220, poz. 1726.

Rozporządzenie Ministra Rozwoju Regionalnego z dnia 18 grudnia 2009 r. w sprawie warunków i trybu udzielania i rozliczania zaliczek oraz zakresu i terminów składania wniosków o płatność w ramach programów finansowanych z udziałem środków europejskich, Dz.U. Nr 223, poz. 1786 ze zm.

Wytyczne Ministra Rozwoju Regionalnego z dnia 14 maja 2010 r. dotyczące kwalifikowania wydatków w ramach funduszy strukturalnych i Funduszu Spójności w okresie programowania 2007–2013, MP z 2010 r., Nr 37, poz. 521.

Rozporządzenie Ministra Finansów z dnia 5 lipca 2010 r. w sprawie szczególnych zasad rachunkowości oraz planów kont dla budżetu państwa, budżetów jednostek samorządu terytorialnego, jednostek budżetowych, samorządowych zakładów budżetowych, państwowych funduszy celowych oraz państwowych jednostek budżetowych mających siedzibę poza granicami Rzeczypospolitej Polskiej, Dz.U. Nr 128, poz. 861 ze zm.

Rozporządzenie Ministra Finansów z dnia 7 grudnia 2010 r. w sprawie sposobu prowadzenia gospodarki finansowej jednostek budżetowych i samorządowych zakładów budżetowych, Dz.U. Nr 241, poz. 1616.

Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 16 grudnia 2011 r. w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej, Dz.U. Nr 282, poz. 1649 ze zm.

Rozporządzenie Prezesa RM z dnia 16 grudnia 2011 r. w sprawie średniego kursu złotego w stosunku do euro stanowiącego podstawę przeliczenia wartości zamówień publicznych, Dz.U. Nr 282, poz. 1650.

Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 3 grudnia 2012 r. w sprawie

wyказу робót budowlanych, Dz.U. z 2012 r., poz. 1372.

Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mają być składane, Dz.U. z 2013 r., poz. 231

Wykaz orzecnictwa

Orzeczenie TSUE z dnia 20 września 1988 r. w sprawie 31/87 *Gebroeders Beentjes BV v. Holandia*, Zb.Orz. 1988, s. 4635, pkt 28–31, 36–37.

Orzeczenie TSUE z dnia 26 września 2000 r. w sprawie C-225/98 *Komisja v. Francja*, Zb.Orz. 2000, s. I-7445, pkt 58–54.

Orzeczenie TSUE z dnia 7 grudnia 2000 r. w sprawie C-324/98 *Telaustria Verlags GmbH and Telephonadress GmbH v. Telekom Austria and Herold Business Data AG*, ECR 2000, s. I-10745.

Wyrok TSUE z dnia 11 stycznia 2001 r. w sprawie *Grecja v. Komisja*, C-247/98, ECR 2001, s. I-1, pkt 13 i 14.

Wyrok TSUE z dnia 9 września 2004 r. w sprawie *Grecja v. Komisja*, C-332/01, ECR 2004 s. I-7699, pkt 63.

Wyrok TSUE z dnia 21 lipca 2005 r. w sprawie C-515/03 *Eichsferder Schlachtbetrieb GmbH*, Zb.Orz. 2005, s. I-7355.

Wyrok TSUE z dnia 18 stycznia 2007 r. w sprawie C-220/05 *Jean Auroux i inni v. Commune de Ranne*, Zb.Orz. 2007, s. I-00385.

Wyrok TSUE z dnia 24 kwietnia 2008 r. w sprawie *Belgia v. Komisja*, C-418/06, ECR 2008, s. I-3047, pkt 154.

Uchwała Trybunału Konstytucyjnego z dnia 12 marca 1997 r., W 8/96 OTK 1997, nr 1, poz. 15.

Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 14 listopada 2000 r., Sygn. K 7/00, OTK 2000, nr 7, poz. 259.

Wyrok SN z dnia 17 lipca 2009 r. (IV CSK 117/09), LEX nr 523584.

Wyrok SN z dnia 7 lutego 2013 r., II CSK 248/12, „Gazeta Prawna” z 26.04.2013.

Wyrok NSA z dnia 18 stycznia 1995 r., A/Wr 1386/94, „Przegląd Orzecnictwa Podatkowego” 1996, nr 6, poz. 181.

Wyrok WSA w Warszawie z dnia 16 czerwca 2003 r., V Ca 1213/02, ZPO 2004, nr 3, poz. 32.

- Wyrok WSA w Krakowie z dnia 6 października 2006 r., I SA/Kr 917/06, CBOSA.
- Wyrok WSA w Gliwicach z dnia 24 sierpnia 2011 r. (III SA/GL 838/11), LEX nr 1119996.
- Wyrok Sądu Antymonopolowego z dnia 19 listopada 2001 r., sygn. XVII Ama 2/01, Dz.Urz. UOKiK z 2002 r., Nr 1, poz. 47.
- Orzeczenie GKO z dnia 18 czerwca 2001 r. DF/GKO-62/83-84/2001, LEX nr 51525.
- Orzeczenie GKO z dnia 5 listopada 2001 r., DF/GKO/Odw. – 113/159/2001, LEX nr 52221.
- Orzeczenie GKO z dnia 21 kwietnia 2005 r., DF/GKO/Odw. – 107/145/2004/1325, niepubl.
- Orzeczenie GKO z dnia 29 września 2005 r., DF/GKO/Odw. – 6/47/2005/337, niepubl.
- Orzeczenie GKO z dnia 20 października 2005 r., DF/GKO-Odw. – 47/63/RN-17/2005/420, Biuletyn GKO 2006, nr 1, poz. 12.
- Orzeczenie GKO z dnia 16 stycznia 2006 r. DF/GKO/Odw. – 77/101, niepubl.
- Orzeczenie GKO z dnia 19 stycznia 2006 r., DF/GKO/Odw. – 86/113/2005/735, Biuletyn GKO 2006, Nr 2, poz. 9.
- Orzeczenie GKO z dnia 13 marca 2006 r., DF/GKO-Odw. – 106/140/2005/1188, Biuletyn GKO 2006, nr 2, poz. 14.
- Orzeczenie GKO z dnia 20 kwietnia 2006 r., DF/GKO/Odw. – 4900-19/26/06/327, „Biuletyn orzecnictwa w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych” 2006, Nr 3, poz.7, s. 35.
- Orzeczenie GKO z dnia 28 września 2006 r., DF/GKO-4900-41/54/RN-23/06/1118, Biuletyn GKO 2007, nr 1, poz. 7.
- Orzeczenie GKO z dnia 23 października 2006 r., DF/GKO-4900-73/91/06/2242, Biuletyn GKO 2007, Nr 1, poz. 13.
- Orzeczenie GKO z dnia 20 listopada 2006 r., DF/GKO-4900-76/94/RN-38/06/2246, niepubl.
- Orzeczenie GKO z dnia 23 listopada 2006 r., DF/GKO-4900-83/103/06/2564, niepubl.
- Orzeczenie GKO z dnia 11 października 2007 r., DF/GKO-43900-41/45/07/1787, Biuletyn GKO 2008, nr 1, poz. 7.

Orzeczenie GKO z 15 października 2007 r., DF/6KO-4900-40/44/07/1771, Biuletyn GKO 2008, nr 1, poz. 9.

Orzeczenie GKO z dnia 29 października 2007 r., DF/GKO-4900-47/51/07/1995, Biuletyn GKO 2008, Nr 1, poz. 14.

Orzeczenie GKO z dnia 22 października 2009 r., BDF1/49000/50//50/09/1809, Biuletyn GKO 2009, nr 4, poz. 13.

Orzeczenie GKO z dnia 18 kwietnia 2011 r. BDF/4900/17/20/11/ /937, LEX nr 798188.

Orzeczenie GKO z dnia 20 lutego 2012 r., BDF1/4900/1/1/12/6, niepubl.

Orzeczenie GKO z dnia 23 kwietnia 2012 r., BDF/4900/12/10/12/210, „Biuletyn orzecznictwa w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych” 2012, nr 2, s. 92.

Orzeczenie GKO z dnia 11 czerwca 2012 r., BDF1/4900/46/45/12/122, „Biuletyn orzecznictwa w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych” 2012, nr 3, s. 48.

Orzeczenie GKO z dnia 19 lipca 2012 r., BDF1/4900/59/59/12/1577, niepubl.

Orzeczenie GKO z dnia 26 lipca 2012 r., BDF1/4900/63/63/12/1714, niepubl.

Orzeczenie GKO z dnia 10 września 2012 r., BDF1/4900/70/70/12/2045, „Biuletyn orzecznictwa w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych” 2012, nr 4, s. 46.

Orzeczenie GKO z dnia 20 września 2012 r., BDF1/4900/78/78/12/2200, niepubl.

Orzeczenie GKO z dnia 8 listopada 2012 r., BDF1/4900/88/8812/2400, niepubl.

Orzeczenie GKO z dnia 26 listopada 2012 r., BDF1//4900/90/90/12/2468, niepubl.

Orzeczenie GKO z dnia 11 lutego 2013 r., BDF/4900/130/131-132/12/3394, niepubl.

Wyrok KIO z dnia 12 sierpnia 2008 r., KIO/UZP 486/08.

Wyrok KIO z dnia 15 grudnia 2010 r., KIO/UZP 2588/10.

Wyrok KIO z dnia 13 stycznia 2012 r., KIO/UZP 2808/11.

Inne źródła

Sprawozdanie z działalności regionalnych izb obrachunkowych i wykonania budżetu przez jednostki samorządu terytorialnego w 1999 roku, Krajowa Rada Regionalnych Izb Obrachunkowych, Warszawa 2000.

World Bank, *Guidelines. Procurement of Goods, Works, and Services under IBRD and IDA Credits & Grants by World Bank Borrowers*, Washington 2011.



“Przedstawiona rozprawa prof. Wiesławy Miemieć *Zagadnienia finansowoprawne zamówień publicznych w działalności jednostek samorządu terytorialnego* stanowi oryginalne, samodzielne rozwiązanie przez Autorkę zagadnienia naukowego, wnosząc poważny wkład w rozwój doktryny prawa finansowego. Ważna teoretycznie i potrzebna praktykom finansów samorządowych problematyka instytucji prawnofinansowych w sensie zamówień publicznych nie miała dotychczas monograficznego opracowania i wypełnienie tej luki przez Autorkę jest nie do przecenienia, jako wzbogacenie teorii prawa finansowego samorządu terytorialnego w Polsce. Ma także walor praktyczny dla pracowników j.s.t. i osób studiujących finanse publiczne.”

prof. dr hab. Marek Mazurkiewicz