

ROMAN SZUMLAKOWSKI

Uniwersytet Wrocławski
r.szumlakowski@gmail.com

Zasada równego dostępu do środków budżetowych jednostek samorządu terytorialnego dla wykonawców zadań publicznych

1. Wprowadzenie

Celem niniejszej publikacji jest przedstawienie realizacji przez jednostki samorządu terytorialnego zasady równego dostępu do środków publicznych dla wykonawców zadań publicznych na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. o prawie zamówień publicznych¹ (dalej: u.p.z.p.), która płynnie łączy się z zasadą zachowania uczciwej konkurencji wyrażonej w ustawie z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji² (dalej: u.z.n.k.). Ogromne znaczenie dla tej publikacji ma przedstawienie zachowań dyskryminujących podmioty gospodarcze, które ubiegają się o udzielenie danego zamówienia publicznego przez jednostki samorządu terytorialnego. Na potrzeby niniejszej publikacji zawężono *spectrum* problematyki badawczej znaczenia i funkcjonowania zasady równego dostępu do środków budżetowych gminy, powiatu oraz województwa w układzie horyzontalnym i wertykalnym.

W polskim systemie prawnym nie ma definicji legalnej dyskryminacji, przez którą rozumie się według słownika języka polskiego odmawianie komuś należnych praw³. Jednak system prawa międzynarodowego wprowadza po-

¹ Dz.U. z 2011 r. Nr 240, poz. 1429 ze zm.

² Dz.U. z 2007 r. Nr 201, poz. 1540 ze zm.

³ *Słownik współczesnego języka polskiego*, Warszawa 1996, s. 214.

jęcie dyskryminacji jako przejaw nierównego traktowania wobec prawa⁴ jednostek oraz podmiotów gospodarczych działających na wolnym rynku, co zaprzecza podstawowym prawom człowieka⁵. W Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka, zaakceptowanej i proklamowanej w rezolucji Zgromadzenia Ogólnego, w art. 7 wskazuje się, że wszyscy są równi wobec prawa i mają prawo, bez jakiegokolwiek różnicy, do jednakowej ochrony prawnej. Wszyscy mają prawo do jednakowej ochrony prawnej przed jakąkolwiek dyskryminacją będącą pogwałceniem niniejszej deklaracji i przed jakimkolwiek narażeniem na taką dyskryminację⁶. Pod względem swobody działalności gospodarczej każda jednostka, w tym podmiot gospodarczy, ma prawo korzystać z praw gospodarczych w związku z art. 3 Międzynarodowego Paktu Praw Gospodarczych, Społecznych i Kulturalnych z dnia 16 grudnia 1966 r. Państwa stanowiące strony niniejszego paktu zobowiązują się do zagwarantowania tegoż prawa⁷. Natomiast realizacja równego prawa jednostki i podmiotów do swobodnej działalności gospodarczej w systemie prawnym UE jest oparta na zapewnieniu przez państwa członkowskie prawa do wolnej konkurencji na rynku wewnątrzwspólnotowym przez eliminację z ustawodawstw krajowych przeszkód bezpośrednio lub pośrednio dyskryminujących, przez które rozumie się działania wyróżniające dane podmioty gospodarcze działające na wolnym rynku⁸, co prowadzi do ich nierównego traktowania.

Realizacja zasady równości wobec prawa zawsze odnosi się do stosunku wobec samego siebie, innych podmiotów oraz w stosunku do władzy publicznej⁹. Tę myśl powtórzono w art. 32 Konstytucji Rzeczypospolitej Polski z dnia 2 kwietnia 1997 r., gwarantującym wszystkim równość wobec prawa oraz prawo do równego traktowania przez władze publiczne. Nikt nie może być dyskryminowany w życiu politycznym, społecznym lub gospodarczym z jakiejkolwiek przyczyny¹⁰. Natomiast jednostki samorządu terytorialnego tworzące część władzy publicznej są zobligowane do przestrzegania konstytucyjnych zasad ustrojowych w ramach decentralizacji wykonywanych przez nie zadań publicznych z wykorzystaniem władztwa administracyjnego¹¹. Istotą ich samodzielności jest budżet samorządowy, przez który rozumie się zgodnie z art. 211 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r.

⁴ W. Góralczyk, S. Sawicki, *Prawo międzynarodowe publiczne w zarysie*, Warszawa 2006, s. 266.

⁵ *Ibidem*, s. 262.

⁶ J. Symonides, *ONZ. Bilans i perspektywy*, Warszawa 2006, s. 292.

⁷ A. Bieńczyk-Missala, *Międzynarodowa ochrona praw człowieka. Wybór dokumentów*, Warszawa 2008, s. 73–74.

⁸ M. Szydło, *Swobody rynku wewnętrznego, a reguły konkurencji. Między konwergencją a dywergencją*, Toruń 2006, s. 145–152.

⁹ R. Sowiński, *Wolność i ustawowa swoboda działalności gospodarczej*, Wrocław 2007, s. 41–42.

¹⁰ Dz.U. z 1997 r. Nr 78, poz. 483 ze zm.

¹¹ M. Wierzbowski, *Prawo administracyjne*, Warszawa 2011, s. 247–249.

o finansach publicznych (dalej: u.f.p.)¹² roczny plan dochodów i wydatków, a także rozchodów i przychodów danej jednostki. Tworzy on lokalny plan finansowy, który można określić aktem prawa miejscowego¹³. Budżet jednostki samorządu terytorialnego wraz z załącznikami obowiązuje przez cały rok kalendarzowy i jest uchwalany w formie uchwały budżetowej, będącej aktem wewnątrznie obowiązującym. Budżet samorządu terytorialnego odnosi się do zadań, które zostaną zrealizowane w bliższej przyszłości. Liczbowo konkretyzuje się w nim dochody oraz wydatki, które na podstawie art. 216 u.f.p. są przeznaczane na zadania własne jednostek samorządu terytorialnego, zadania z zakresu administracji rządowej i inne, zlecone ustawami jednostkom samorządu terytorialnego, zadania przejęte przez jednostki samorządu terytorialnego do realizacji w drodze umowy lub porozumienia, zadania realizowane wspólnie z innymi jednostkami samorządu terytorialnego, pomoc rzeczową lub finansową dla innych jednostek samorządu terytorialnego, określoną odrębną uchwałą przez organ stanowiący jednostki samorządu terytorialnego, programy finansowane z udziałem środków, o których mowa w art. 5 ust. 1 pkt 2 i 3 u.f.p.¹⁴ Gmina, powiat oraz województwo mogą rozłożyć ciężar wykonania zadań publicznych z wykorzystaniem podmiotów sektora prywatnego w ramach ogłoszonego przetargu publicznego o udzielenie zamówienia publicznego, który może w znacznym stopniu wpłynąć na racjonalne gospodarowanie finansami publicznymi. Głównymi zaletami takiej współpracy między podmiotem publicznym a prywatnym jest przyspieszenie rozwoju infrastruktury, szybsze wdrożenie inwestycji, ograniczenie kosztów, rozproszenie ekonomicznego ryzyka wykonania określonego zadania publicznego oraz polepszenie jakości świadczonych usług na podstawie jednego z trybów przetargowych z ustawy o prawie zamówień publicznych¹⁵. Na wykonanie określonego zadania publicznego samorząd terytorialny wybiera zazwyczaj oferty najtańsze jako najlepsze, co potwierdza zasadę, iż gminy, powiaty oraz województwa starają się prowadzić racjonalną gospodarkę w wydatkowaniu środków finansowych¹⁶.

Ryzyko inwestycyjne oraz ekonomiczne wykonania powierzonego zadania publicznego przez jednostkę samorządu terytorialnego na rzecz podmiotu prywatnego jest rozłożone równomiernie dla obu stron umowy cywilnej o wykonanie zadania publicznego w ramach procedury przetargowej. Świadczone przez sektor prywatny usługi na rzecz wspólnoty samorządowej mają charakter tymczasowy

¹² Dz.U. z 2009 r. Nr 157, poz. 1241 ze zm.

¹³ E. Chojna-Duch, *Podstawy finansów i prawa finansowego*, Warszawa 2010, s. 356–357.

¹⁴ M. Karlikowska et al., *Ustawa o finansach publicznych. Komentarz*, Warszawa 2010, s. 534.

¹⁵ D. Hajdys, *Partnerstwo publiczno-prywatne jako forma racjonalizacji wydatków inwestycyjnych gmin*, [w:] *Ekonomiczne i prawne problemy racjonalizacji wydatków publicznych*, t. 2. *Kontrowersje wokół wydatkowania środków publicznych w wybranych dziedzinach funkcjonowania państwa i gospodarki narodowej*, red. J. Głuchowski, A. Pomorska, J. Szołno-Koguc, Lublin 2005, s. 98–99.

¹⁶ A. Jurkowska, *Zamówienia publiczne jako sposób racjonalizacji wydatków publicznych*, Lublin 2005, s. 263–264.

— jednostki samorządu terytorialnego są zobowiązane do zapłaty z własnego budżetu środków finansowych na wykonanie przez stronę umowy zadań publicznych¹⁷. Udzielenie wykonania zadania publicznego przez samorząd dla sektora prywatnego odbywa się na równych zasadach na podstawie ustawy o prawie zamówień publicznych¹⁸.

2. Zasada równego dostępu do środków budżetowych dla wykonawców zadań publicznych

Zasada równego dostępu do środków publicznych oznacza, że wszystkie zainteresowane podmioty, także te nienależące do sektora publicznego, mają równe prawo do wykonania zadań publicznych ze środków finansowych pochodzących z budżetów jednostek samorządu terytorialnego¹⁹. Zasada ta może być rozpatrywana w dwóch aspektach: podmiotowym — odnosi się wówczas bezpośrednio do wszystkich podmiotów starających się o udzielenie wykonania danego zadania publicznego — oraz w aspekcie przedmiotowym, w którym wnikliwie analizuje się każdy etap procedury udzielenia danego zamówienia publicznego²⁰. Charakter podmiotowy zasady równości odnosi się także do równości stosunku cywilnoprawnego powstałego między wykonawcą a zamawiającym²¹, który nie może stawiać siebie jako uprzywilejowanej strony w danym przetargu publicznym ze względu na to, iż ma publicznoprawne narzędzia władcze²². Zamawiającego może wybrać organ wykonawczy danej jednostki samorządu terytorialnego — spośród podległych samorządowych jednostek organizacyjnych — jednostkę organizacyjną właściwą do przeprowadzenia postępowania i udzielenia zamówienia na rzecz tych jednostek w związku z art. 16 ust. 4 u.p.z.p. Zamawiający wyłącza w danym

¹⁷ W. Gonet, *Komentarz do ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym ze wzorami uchwał, umów i pism*, Warszawa 2006, s. 10–11.

¹⁸ B. Korbus, M. Strawiński, *Partnerstwo publiczno-prywatne: nowa forma realizacji zadań publicznych*, Warszawa 2006, s. 25.

¹⁹ W. Wójtowicz *et al.*, *Zarys finansów publicznych i prawa finansowego*, Warszawa 2008, s. 77.

²⁰ I. Ziarniak, *Zamówienia publiczne na dostawy i usługi informatyczne*, Warszawa 2009, s. 15.

²¹ W ustawie z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2004 r. Nr 19, poz. 177) w art. 2 mianem zamawiającego określono osobę fizyczną, osobę prawną albo jednostkę organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej obowiązującą do stosowania ustawy, wykonawcą zaś osobę fizyczną, osobę prawną albo jednostkę organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej, która ubiega się o udzielenie zamówienia publicznego, złożyła ofertę lub zawarła umowę w sprawie zamówienia publicznego.

²² G. Wicik, P. Wiśniewski, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2007, s. 102.

trybie przetargowym²³ najlepszą ofertę złożoną przez wykonawcę na wykonanie zamówienia publicznego, przez które rozumie się usługi, dostaw i roboty budowlane²⁴. Zasada ta została wprost wyrażona w art. 7 u.p.z.p. Zgodnie z tym przepisem zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Czynności związane z udzieleniem zamówienia publicznego wykonawcy zgodnie z przepisami ustawy o prawie zamówień publicznych przygotowują osoby zapewniające bezstronność i obiektywizm²⁵. Złamanie tego przepisu stanowi rażące naruszenie prawa, a także nieważność zawartej umowy z wykonawcą²⁶. Zasada ta odnosi się do równego traktowania wykonawców na każdym etapie postępowania udzielenia zamówienia publicznego, którzy znajdują się w podobnej sytuacji²⁷. Z czego wynika obowiązek, iż zamawiający nie ma prawa do zmiany kryteriów ocen ofert złożonych przez wykonawców w związku z prowadzonym danym postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego²⁸. Jednak, aby zamawiający mógł w pełni realizować wyżej scharakteryzowaną za-

²³ Podstawowe tryby udzielania zamówień publicznych to: przetarg nieograniczony, przetarg ograniczony, negocjacje z ogłoszeniem, dialog konkurencyjny, negocjacje bez ogłoszenia, zamówienie z wolnej ręki, zapytanie o cenę i licytacja elektroniczna, które zostały wymienione w rozdziale 3 ustawy o prawie zamówień publicznych. Szczególnym rodzajem zamówień publicznych są zamówienia sektorowe, które odnoszą się do wykonywania szczególnych rodzajów działalności gospodarczej ważnej dla rynku wspólnotowego: poszukiwania, rozpoznawania lub wydobywania gazu ziemnego, ropy naftowej oraz jej naturalnych pochodnych, węgla brunatnego, węgla kamiennego; zarządzania lotniskami, portami morskimi lub śródlądowymi oraz ich udostępniania przewoźnikom powietrznym, morskim i śródlądowym; tworzenia sieci przeznaczonych do świadczenia publicznych usług związanych z produkcją, przesyłaniem lub dystrybucją energii elektrycznej, gazu lub ciepła lub dostarczania energii elektrycznej, gazu albo ciepła do takich sieci lub kierowania takimi sieciami; tworzenia sieci przeznaczonych do świadczenia publicznych usług związanych z produkcją lub dystrybucją wody pitnej lub dostarczania wody pitnej do takich sieci lub kierowania takimi sieciami; obsługi sieci świadczących publiczne usługi w zakresie transportu kolejowego, tramwajowego, trolejbusowego, kolejną linową lub przy użyciu systemów automatycznych; obsługi sieci świadczących publiczne usługi w zakresie transportu autobusowego oraz świadczenia usług pocztowych na podstawie art. 132 u.p.z.p. Zamówienia sektorowe zostały dodane w drodze nowelizacji w 2004 r. do ustawy o prawie zamówień publicznych wskutek implementacji do ustawodawstwa krajowego dwóch dyrektyw WE: dyrektywy „klasycznej” 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi oraz dyrektywy 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych. Zob. L. Bogacz, M. Lempicka, G. Pyliński, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Bydgoszcz-Warszawa 2006, s. 394–398.

²⁴ E. Norek, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2008, s. 21.

²⁵ Dz.U. z 2004 r. Nr 19, poz. 177 ze zm.

²⁶ E. Norek, *op. cit.*, s. 52.

²⁷ M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, *Prawo zamówień publicznych*, Kraków 2005, s. 76.

²⁸ *Ibidem*, s. 77.

sadę, musi wziąć pod uwagę, jaki status prawny oraz rodzaj działalności gospodarczej prowadzą podmioty dopuszczone do udziału w przetargu publicznym, a także czy spełniają one warunki wzięcia udziału w takim postępowaniu, a w przypadku występowania z udziału w postępowaniu stosowne upoważnienie do dokonania tej czynności prawnej²⁹. Wyjątek od tej zasady tworzą preferencje europejskie w zamówieniach sektorowych, które zostały wyrażone w art. 138c u.p.z.p.³⁰

Wyroki zespołu arbitrów oraz sądów powszechnych ukształtowały i rozszerzyły wykładnię przepisów z art. 7 u.p.z.p., z której wywiedziono zasadę równego dostępu do środków budżetowych dla wykonawców zadania publicznego. Naruszeniem uczciwej konkurencji jest zaniechanie podania w ogłoszeniu o udzielenie zamówienia publicznego warunków dostępu w postępowaniu³¹. A także domaganie się przez zamawiającego dodatkowego wykazania się przez wykonawcę składającego ofertę spełniania przez niego warunków³² lub postawienie mu nowych warunków udziału w toku postępowaniu³³. Zamawiający musi sformułować klarownie warunki udzielenia zamówienia tak, aby przetarg publiczny nie okazał się nieuczciwą konkurencją³⁴. Treść ogłoszenia umieszczona w Biuletynie Zamówień Publicznych jest poddana tylko kontroli formalnej³⁵. Wyłoniony w trybie przetargowym wykonawca nie może zostać wybrany ze względu na zaufanie, doświadczenie oraz uwarunkowania organizacyjne przez zamawiającego³⁶ ani

²⁹ M. Winiarz, *Zamówienia publiczne po nowelizacji*, Wrocław 2006, s. 95.

³⁰ „Zamawiający może: zobowiązać wykonawców do zachowania poufnego charakteru informacji przekazywanych im w toku postępowania o udzielenie zamówienia; żądać przedstawienia także innych dokumentów niż określone w przepisach wydanych na podstawie art. 25 ust. 2, potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, jeżeli jest to niezbędne do oceny spełniania przez wykonawców tych warunków; odstąpić od obowiązku żądania wadium oraz zabezpieczenia należytego wykonania umowy. W przypadku zamówienia na dostawy odrzucić ofertę, w której udział towarów pochodzących z państw członkowskich Unii Europejskiej lub państw, z którymi Wspólnota Europejska zawarła umowy o równym traktowaniu przedsiębiorców, nie przekracza 50%, jeżeli przewidywał to w specyfikacji istotnych warunków zamówienia; odstąpić od obowiązku wykluczenia z postępowania wykonawców, w stosunku do których zachodzą przesłanki wykluczenia określone w art. 24 ust. 1 pkt 1, 2 lub 3, jeżeli stosowne zastrzeżenie zostało zamieszczone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. 2. Jeżeli nie można wybrać oferty najkorzystniejszej ze względu na to, że złożono dwie lub więcej ofert o takiej samej cenie lub przedstawiających taki sam bilans ceny i innych kryteriów oceny ofert, a w specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie przewidziano odrzucenia oferty zgodnie z ust. 1 pkt 4, zamawiający wybiera ofertę, która nie mogłaby zostać odrzucona na podstawie ust. 1 pkt 4. Ceny przedstawione w ofertach są takie same, jeżeli różnica między ceną najkorzystniejszej oferty a cenami innych ofert, które nie mogłyby zostać odrzucone na podstawie ust. 1 pkt 4, nie przekracza 3%”. Za: M. Płużański, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2009, s. 202.

³¹ Wyrok ZA z dnia 28 listopada 2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-3520/05, LEX nr 1134014.

³² Wyrok SO w Poznaniu z dnia 10 marca 2006 r., sygn. akt II Ca 41/06, niepubl.

³³ Wyrok ZA z dnia 13 czerwca 2006 r., sygn. akt UZP/ZO/0-1667/06, LEX nr 245097.

³⁴ Wyrok ZA z dnia 21 stycznia 2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-52/05, LEX nr 171869.

³⁵ Wyrok SO w Warszawie z dnia 26 października 2005r., sygn. akt V Ca 1876/05, niepubl.

³⁶ Wyrok ZA z dnia 13 grudnia 2006 r., sygn. akt UZP/ZO/0-2897/06, LEX nr 239981.

zostać wykluczony z postępowania o udzielenie danego zamówienia publicznego w związku z art. 16 u.p.z.p.³⁷ W ustawie nie występują przesłanki formalne i funkcjonalne uzasadniające, aby wykonawca wykazywał się w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego szczególnym doświadczeniem w realizacji podobnych zamówień w stosunku do tego, o które udzielenie się stara³⁸, a także pełnomocnictw udzielonych przez wykonawcę upoważnionym osobom do zaciągania w jego imieniu zobowiązań, ponieważ wynika to z odpisu z Krajowego Rejestru Sądowego³⁹. Zamawiający może żądać od wykonawcy przedłożenia dla własnej wiadomości certyfikatów, jeśli wynika to ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: siwz)⁴⁰. Jeśli istota danego zamówienia publicznego nakazuje szczegółowe określenie siwz, taki czyn nie różnicuje pod tym względem wykonawców ubiegających się o wykonanie danego zadania publicznego⁴¹. Zamawiający może wymagać przedstawienia przez wykonawcę zaświadczeń z ZUS oraz z urzędu skarbowego o niezaleganiu z uiszczaniem opłat, podatków oraz składek na ubezpieczenie zdrowotne i społeczne⁴². A od podmiotu zagranicznego starającego się o udzielenie zamówienia publicznego — zaświadczenia o niekaralności w kraju, z którego pochodzi⁴³. Zamawiający nie może przedwcześnie wykluczyć z postępowania o udzielenie zamówienia podmiotu, który nie przedłużył ważności wniesionego wadium⁴⁴. Dokonanie oceny przez zamawiającego spełniania istotnych warunków udzielenia zamówienia przez wykonawców, którzy złożyli ofertę o wykonanie zamówienia publicznego, powinno nastąpić według określonego dla wszystkich wykonawców terminu⁴⁵. W wypadku braków formalnych w ofercie złożonej przez wykonawców starających się o wykonanie zamówienia publicznego ich dyskwalifikacja z dalszego postępowania przez zamawiającego jest niezgodna z prawem⁴⁶. Także zmiana wykonawcy wybranego w procedurze o udzielenie wykonania danego zamówienia publicznego, z którym zawarto umowę cywilną, powoduje z mocy prawa nieważność złożonego na piśmie oświadczenia woli dwóch stron uczestniczących w przetargu publicznym⁴⁷. Chodzi tutaj przede wszystkim o obejście ustawy, w której wyniku wykonawca, który zawarł umowę z zamawiającym o wykonanie danego zamówienia publicznego, zrobił to w celu przekazania innemu podmiotowi uprawnień z niej

³⁷ Wyrok ZA z dnia 17 września 2002 r., sygn. akt UZP/0-1159/02, niepubl.

³⁸ Wyrok ZA z dnia 19 czerwca 2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-254/05, niepubl.

³⁹ Wyrok ZA z dnia 5 kwietnia 2006 r., sygn. akt UZP/ZO/0-932-06, niepubl.

⁴⁰ Wyrok SO w Warszawie z dnia 13 marca 2006 r., sygn. akt V Ca 1378/05, niepubl.

⁴¹ Wyrok ZA z dnia 31 stycznia 2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-137/05, LEX nr 168178.

⁴² Wyrok SO w Częstochowie z dnia 4 kwietnia 2006 r., sygn. akt VI Ca 115/06, niepubl.

⁴³ Wyrok ZA z dnia 17 listopada 2006 r., sygn. akt UZP/ZO/0-2770/06, LEX nr 250117.

⁴⁴ Wyrok ZA z dnia 12 lipca 2006 r., sygn. akt UZP/ZO/0-1973/06, LEX nr 1107290.

⁴⁵ Wyrok ZA z dnia 31 października 2006 r., sygn. akt UZP/ZO/0-2697/06, LEX nr 1111954.

⁴⁶ Wyrok ZA z dnia 11 lipca 2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-1665/05, LEX nr 174590.

⁴⁷ Wyrok SN z dnia 13 stycznia 2004 r., sygn. akt V CK 97/03, OSP 2005/2/22, Biul. SN 2004/6/7.

wynikających, niebędących składnikiem przedsiębiorstwa⁴⁸. Takie działanie ma zapobiec w przyszłości uniemożliwieniu wykonawcom dokonywania cesji podpisanych umów o udzielenie zamówienia publicznego, wyłączając tym samym stosowanie przepisu art. 519 § 1 pkt 2 kodeksu cywilnego⁴⁹.

Zasada równego dostępu do środków budżetowych jednostek samorządu terytorialnego dla wykonawców zadań publicznych odnosi się do zarówno do wykonawców krajowych, jak i zagranicznych⁵⁰, co wynika przede wszystkim z implementowanej w polskim systemie prawnym dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi⁵¹. Zgodnie z art. 2 dyrektywy 2004/18/WE instytucje zamawiające zapewniają równe i niedyskryminacyjne traktowanie wykonawców oraz działają w sposób przejrzysty, bezpośrednio związany z art. 18 Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej (dawny art. 12 TWE), zakazującym w zakresie zastosowania traktatów i bez uszczerbku dla postanowień szczególnych, które one przewidują, wszelkiej dyskryminacji ze względu na przynależność państwową. Parlament Europejski i Rada, stanowiąc zgodnie ze zwykłą procedurą ustawodawczą, mogą przyjąć wszelkie przepisy w celu zakazania takiej dyskryminacji⁵². Zasada niedyskryminacji wyrażona w dyrektywie 2004/18/WE i Traktacie o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej wywodzi się z ogólnych norm praw człowieka odnoszących się do tej kwestii, służąc budowaniu wspólnego rynku⁵³. Przepis art. 18 Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej dotyczy niedyskryminacji ze względu na przynależność państwową⁵⁴. Wywołuje skutek bezpośredni pod względem horyzontalnym oraz wertykalnym⁵⁵ — podmioty dyskryminowane mogą powoływać się w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na element wspólnotowy⁵⁶. Wykładnia przepisu art. 18 Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej zakazuje bezwzględnie dyskryminacji pośredniej oraz bezpośredniej państwom członkowskim, które jej nie mogą dokonywać, powołując się na istniejącą zasadę wzajemności w międzynarodowym prawie publicznym⁵⁷. Niestety, zasada

⁴⁸ A. Szyszkowski, A. Trzeźniewska-Markowicz, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz dla praktyków*, Gdańsk 2010, s. 28.

⁴⁹ J. Pieróg, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2010, s. 46.

⁵⁰ E. Norek, *op. cit.*, s. 48.

⁵¹ Dz.U. L 134 z 30.4.2004 r.

⁵² <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:083:0047:0200:PL:P> DF (dostęp: 1 listopada 2011).

⁵³ A. Sołtysińska, *Europejskie prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Kraków 2004, s. 107.

⁵⁴ *Ibidem*.

⁵⁵ A. Wróbel, *Stosowanie prawa Unii Europejskiej przez sądy*, Kraków 2005, s. 120.

⁵⁶ Orzeczenie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z dnia 7 lutego 1979 r. w sprawie *Knoors Case*, C-115/78, ECR 1979, s. 409.

⁵⁷ A. Sołtysińska, *Europejskie prawo...*, s. 111.

równego dostępu do środków budżetowych jednostek samorządu terytorialnego z perspektywy ustawodawstwa europejskiego nie normuje w żaden sposób sytuacji podmiotów pochodzących spoza Unii Europejskiej⁵⁸. W literaturze oraz orzecznictwie wskazuje się, iż odnosi się do każdego etapu procedury przetargowej — zamawiający powinien dokonać publikacji ogłoszenia o zamiarze udzielenia zamówienia publicznego zgodnie z celami niniejszej dyrektywy⁵⁹. Pojęcia równości i niedyskryminowania na gruncie ustawodawstwa Unii Europejskiej są pojęciami tożsamymi⁶⁰.

Warto zaznaczyć, iż Europejski Trybunał Sprawiedliwości w swoim orzecznictwie nie zakazał wzięcia udziału o udzielenie danego zamówienia publicznego przez podmioty, które były beneficjentami pomocy finansowej państwa⁶¹. Kwestia opisanej pomocy publicznej państwa względem danego podmiotu gospodarczego została szerzej omówiona w art. 3 dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi. Instytucja zamawiająca przyznaje podmiotowi, który nie jest instytucją zamawiającą, prawa specjalne lub wyłączne w zakresie świadczenia usług użyteczności publicznej. Akt przyznający takie prawo zawiera zastrzeżenie, że podmiot, którego to dotyczy, udzielając osobom trzecim zamówień publicznych na dostawy w ramach swojej działalności, musi przestrzegać zasady niedyskryminacji w odniesieniu do przynależności państwowej. Prawa wyłączne oraz szczególne mogą być tylko nadawane innym podmiotom przez samego zamawiającego na podstawie krajowych środków prawnych. Jednak niniejsza dyrektywa nie zawiera definicji legalnych pojęć praw wyłącznych oraz szczególnych ani usług użyteczności publicznej, które należy interpretować przez pryzmat prawa europejskiego. Uprawnienie to dotyczy tylko zamówień publicznych w zakresie dostaw, których wartość przekracza progi kwotowe określone w niniejszej dyrektywie⁶².

Zasada równego dostępu do środków budżetowych jednostek samorządu terytorialnego dla wykonawców zadań publicznych w świetle regulacji prawa europejskiego swoim zakresem stosowania obejmuje w całości zasadę zachowania uczciwej konkurencji na rynku, na którym jest ona ściśle uzupełniana przez tę zasadę prawną. Relacja pierwszej zasady w stosunku do drugiej zasady prawnej ma wąski charakter ze względu na rozległy zakres pojęciowy zasady uczciwej konkurencji, która reguluje wszystkie normy prawne odnoszące się do europej-

⁵⁸ Orzeczenie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z dnia 15 lipca 1982 r. w sprawie *Edeka Case*, C-245/81, ECR 1982, s. 2756.

⁵⁹ W. Czapliński *et al.*, *Prawo Wspólnot Europejskich. Orzecznictwo*, Warszawa 2001, s. 65.

⁶⁰ A. Sołtysińska, *Europejskie prawo...*, s. 114.

⁶¹ Orzeczenie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z dnia 7 grudnia 2000 r., C-94/99, ECR 2000, s. I-11037.

⁶² A. Sołtysińska, *Europejskie prawo...*, s. 120–122.

skiego prawa administracyjnego gospodarczego. Zasada równego dostępu do środków budżetów jednostek samorządu terytorialnego dla wykonawców zadań publicznych odnosi się tylko do europejskiego prawa zamówień publicznych.

3. Zasada zachowania uczciwej konkurencji na rynku

Z zasadą równego dostępu do środków budżetowych wykonawców zadań publicznych jest ściśle związana zasada zachowania uczciwej konkurencji na rynku⁶³, która w szerokim aspekcie została opisana w ustawie z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji⁶⁴. Celem tej zasady jest przeciwdziałanie praktykom monopolistycznym przedsiębiorców działających na wolnym rynku oraz ugruntowanie zasady uczciwej konkurencji⁶⁵. Nieprzestrzeganie tej zasady może spowodować powstanie barier w wejściu na rynek jako skutek zawartego porozumienia dostawców, mogącego wyeliminować potencjalnych konkurentów oraz podział potencjalnych zysków między stronami porozumienia⁶⁶. Zgodnie z art. 3 u.z.n.k. czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Czynami nieuczciwej konkurencji są w szczególności: wprowadzające w błąd oznaczenie przedsiębiorstwa, fałszywe lub oszukańcze oznaczenie pochodzenia geograficznego towarów albo usług, wprowadzające w błąd oznaczenie towarów lub usług, naruszenie tajemnicy przedsiębiorstwa, nakłanianie do rozwiązania lub niewykonania umowy, naśladownictwo produktów, pomawianie lub nieuczciwe zachwalanie, utrudnianie dostępu do rynku, przekupstwo osoby pełniącej funkcję publiczną, a także nieuczciwa lub zakazana reklama, organizowanie systemu sprzedaży lawinowej oraz prowadzenie lub organizowanie działalności w systemie konsorcyjnym. Zasada zachowania uczciwej konkurencji jest zrealizowana, jeśli zamawiający podczas procedury przetargowej będzie przestrzegał przepisów prawnych wyrażonych *expressis verbis* w art. 17 u.p.z.p., wyłączających z postępowania osoby stronnice, a także w związku z art. 24 ust. 1 u.p.z.p. wykluczających z przetargu publicznego niezrzetelnych wykonawców⁶⁷.

⁶³ P. Granecki, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2009, s. 59–62.

⁶⁴ Dz.U. z 2009 r. Nr 201, poz. 1540 ze zm.

⁶⁵ G. Herc, E. Komorowski, P. Szustakiewicz, *Zamówienia publiczne w Polsce. Studium prawne*, Warszawa 2005, s. 48.

⁶⁶ A. Sołtysińska, *Zamówienia publiczne w Unii Europejskiej*, Warszawa 2004, s. 44.

⁶⁷ L. Bogacz, M. Łempicka, G. Pyliński, *op. cit.*, s. 88.

Jednak w praktyce stosowania u.p.z.p. wykonawcy niewybrani w danym trybie przetargowym zarzucają złamanie przez zamawiającego art. 15 ust. 1 pkt 1 i 3⁶⁸, w których czynami nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez: sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców oraz rzeczowo nieuzasadnione, różnicowane traktowanie niektórych klientów. Z przytoczonego przepisu prawnego wynika, że zamawiający powinien odrzucić ofertę wykonawcy zawierającą cenę dumpingową⁶⁹. Ważne, aby zgłaszane ceny przez potencjalnych wykonawców były realne oraz zasadniczo nie odbiegały od siebie, znajdując się w granicach ceny ryczałtowej⁷⁰. Jeśli zamawiający nie wykluczy na początku procedury wykonawcy, który narusza w sposób rażący zasadę uczciwej konkurencji, takie zachowanie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji po stronie zamawiającego⁷¹. Z przykładem takiego czynu mamy do czynienia, gdy zamawiający dokona zsumowania wartości wykonanych zamówień publicznych po to, aby wykonawca mógł spełnić przesłankę dopuszczenia do udziału w procedurze o udzielenie zamówienia publicznego⁷². Zamawiający nie ma prawa zarzucić wykonawcy, iż dokonał czynu nieuczciwej konkurencji, jeśli spełnił on ustawowe wymagania⁷³. W przeciwnym razie zamawiający jest zobowiązany do podania uzasadnienia faktycznego oraz prawnego wykonawcy wykluczonemu z udziału o udzielenie przetargu publicznego na wykonanie zadania publicznego⁷⁴.

Podsumowując, należy stwierdzić, iż zamawiający powinien w sposób umiejętny potrafić rozróżnić — spośród wszystkich wykonawców przystępujących do udziału w procedurze przetargowej — podmioty mające stosowne doświadczenie, zasoby oraz kapitał do wykonania danego zadania publicznego od podmiotów, które nie mają wymienionych przymiotów⁷⁵, co bezpośrednio wpłynie na rzetelność wykonania danego zadania publicznego. Złamanie zasady zachowania uczciwej konkurencji na rynku przez zamawiającego lub wykonawców danego zadania publicznego jest też traktowane jako naruszenie zasady równego dostępu do środków budżetowych jednostek samorządu terytorialnego dla wykonawców zadań publicznych. Rodzi to skutki prawne dla obu tych stron.

⁶⁸ P. Granecki, *op. cit.*, s. 59.

⁶⁹ Wyrok ZA z dnia 13 stycznia 2006 r., sygn. akt UZP/ZO/0-5/06, LEX nr 183079.

⁷⁰ Wyrok KIO z dnia 22 kwietnia 2010 r., KIO/UPZ 496/10, LEX nr 598432.

⁷¹ Wyrok ZA z dnia 24 stycznia 2007 r., sygn. akt UZP/ZO/0-66/07, LEX nr 250175.

⁷² Wyrok KIO z dnia 20 kwietnia 2009 r., sygn. akt KIO/UPZ 449/09, LEX nr 497518.

⁷³ Wyrok KIO z dnia 23 lipca 2010 r., sygn. akt KIO/UPZ 1448/10, LEX nr 612228.

⁷⁴ Wyrok ZA z dnia 7 października 2002 r., sygn. akt UZP/ZO/0-12384/02, niepubl.

⁷⁵ H. Niedziela, *Nowe podejście do zamówień publicznych*, Warszawa 2011, s. 20.

4. Skutki złamania zasady równego dostępu do środków budżetowych jednostek samorządu terytorialnego dla wykonawców zadań publicznych oraz zasady zachowania uczciwej konkurencji na rynku

Zawarcie z pominięciem u.p.z.p. umowy przez zamawiającego z wybranym przez siebie wykonawcą powoduje jej nieważność z mocy art. 58 § 1 kodeksu cywilnego, zgodnie z którym czynność prawna sprzeczna z ustawą albo mająca na celu obejście ustawy jest nieważna, chyba że właściwy przepis przewiduje inny skutek, w szczególności ten, iż zamiast nieważnych postanowień czynności prawnej wchodzi odpowiednie przepisy ustawy. Nieważna jest także czynność prawna sprzeczna z zasadami współżycia społecznego oraz jeśli nieważnością jest dotknięta tylko część czynności prawnej, czynność pozostaje w mocy odnośnie do pozostałych części, chyba że z okoliczności wynika, iż bez postanowień dotkniętych nieważnością czynność nie zostałaby dokonana⁷⁶.

Niestosowanie przez zamawiającego u.p.z.p. jest rażącym pogwałceniem zasady równego dostępu do środków budżetowych jednostek samorządu terytorialnego dla wykonawców zadań publicznych w związku z zasadą zachowania uczciwej konkurencji na rynku⁷⁷. O nieważności zawartej umowy decyduje sąd powszechny, który dokonuje oceny przeprowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie przesłanek wymienionych w art. 146 u.p.z.p. Umowa podlega unieważnieniu, jeżeli zamawiający: z naruszeniem przepisów ustawy zastosował tryb negocjacji bez ogłoszenia lub zamówienia z wolnej ręki; nie zamieścił ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych albo nie przekazał ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich; zawarł umowę z naruszeniem przepisów art. 94 ust. 1 albo art. 183 ust. 1 u.p.z.p., jeżeli uniemożliwiło to Izbie uwzględnienie odwołania przed zawarciem umowy; uniemożliwił składanie ofert orientacyjnych wykonawcom niedopuszczonym dotychczas do udziału w dynamicznym systemie zakupów lub uniemożliwił wykonawcom dopuszczonym do udziału w dynamicznym systemie zakupów złożenie ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym w ramach tego systemu; udzielił zamówienia na podstawie umowy ramowej przed upływem terminu określonego w art. 94 ust. 1 u.p.z.p., jeżeli nastąpiło naruszenie art. 101 ust. 1 pkt 2 u.p.z.p.; z naruszeniem przepisów ustawy zastosował tryb zapytania o cenę. Unieważnienie umowy odnosi skutek od chwili jej zawarcia, z zastrzeżeniem art. 192 ust. 3 pkt 2 lit. B u.p.z.p. Prezes Urzędu

⁷⁶ Dz.U. Nr 16, poz. 93 ze zm.

⁷⁷ M. Płużański, *op. cit.*, s. 202–203.

też może wystąpić do sądu o unieważnienie umowy w wypadku dokonania przez zamawiającego czynności lub zaniechania dokonania czynności z naruszeniem przepisu ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania⁷⁸. Podmioty, które zostały wykluczone z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, mogą także dochodzić roszczeń odszkodowawczych od zamawiającego na podstawie przepisów regulujących tę kwestię w kodeksie cywilnym⁷⁹. Natomiast udzielenie przez zamawiającego zamówienia publicznego z pominięciem procedur przetargowych z u.p.z.p. oraz dokonanie wydatku budżetowego z budżetu samorządowego na ten cel⁸⁰ jest złamaniem ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów⁸¹.

Dyskryminowani wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego mają prawo do zastosowania środków ochrony prawnej w formie odwołania, które zostało szerzej opisane w art. 180 do art. 198g u.p.z.p. Jest ono bezpośrednio kierowane do Krajowej Izby Odwoławczej⁸². Organ ten w toku postępowania wyjaśniającego wydaje wyrok⁸³, który może być zaskarżony przez dyskryminowanego wykonawcę w formie kolejnego środka ochrony prawnej. Jest to skarga do sądu, stosuje się do niej przepisy kodeksu postępowania cywilnego o apelacji⁸⁴.

5. Zakończenie

Granica zasady równego dostępu do środków budżetowych jednostek samorządu terytorialnego dla wykonawców zadań publicznych została jasno wytyczona art. 32 Konstytucji Rzeczypospolitej oraz w związku art. 7 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, orzecznictwo zaś Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości oraz wyroki zespołów arbitrów i sądów powszechnych w Polsce rozszerzyły wykładnię systemową tych przepisów prawnych. Jednostki samorządu terytorialnego, wykonując zadania własne w formie przetargów publicznych, dokonują racjonalizacji wydatków publicznych na ten cel, a w dalszej perspektywie czasowej okazują się ważne korzyści płynące dla danej wspólnoty lokalnej. Warto zauważyć, iż polski ustawodawca w konstruowaniu

⁷⁸ J. Pieróg, *op. cit.*, s. 47.

⁷⁹ W. Łysakowski, J. Pieróg, *Ustawa o zamówieniach publicznych. Komentarz*, Warszawa 1998, s. 95.

⁸⁰ E. Norek, *op. cit.*, s. 51.

⁸¹ Dz.U. z 2005 r. Nr 14, poz. 114 ze zm.

⁸² M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, *op. cit.*, s. 751–754.

⁸³ A. Malinowski, *Prawo zamówień publicznych z komentarzem oraz aktami szczegółowymi*, Warszawa 2010, s. 154–155.

⁸⁴ G. Karwatowicz, M. Lamch-Rejowska, *Zamówienia publiczne w projektach współfinansowanych ze środków unijnych*, Wrocław 2011, s. 112.

przepisów prawnych dotyczących zamówień publicznych w Polsce zabezpieczył prawa i interesy stron biorących udział w danym przetargu publicznym, oddając im do dyspozycji środki ochrony prawnej. Często korzystają z nich, tworząc tym samym ugruntowany przez praktykę stosowania system prawny, który nie dopuszcza do różnicowania wykonawców ubiegających się o realizację zadania publicznego. Zasada równego dostępu do środków budżetowych jednostek samorządu terytorialnego dla wykonawców zadań publicznych nie ma charakteru absolutnego, ponieważ nakazuje równe traktowanie wykonawców starających się o udzielenia zamówienia publicznego, znajdujących się w podobnej sytuacji faktycznej oraz wykonujący podobną względem siebie działalność gospodarczą tylko w danym przetargu publicznym. Ważne, że charakter antydyskryminacyjny zasady równego dostępu do środków budżetowych jednostek samorządu terytorialnego jest ściśle skorelowany z zasadą zachowania uczciwej konkurencji, która dopełnia tej zasady prawnej. Jej głównym celem jest przeciwdziałanie nieuczciwym praktykom rynkowym na gruncie procedur przetargowych, sprawiając, że postulat o spójności systemu prawnego dzięki tej zasadzie zostaje spełniony.

The principle of equal access to the local government budget for contractors providing public services

Summary

The limit of the principle of equal access to local government budget for contractors providing public services has been clearly laid out in Article 32 of the Constitution of the Republic of Poland in relation to Article 7 of the Act of 29 January 2004 — Public Procurement Law. The principle of equal access to the local government budget for contractors providing public services is not absolute, as it requires equal treatment for operators applying for the award of a public contract in a similar factual situation, and performing a similar activity to each other only in the public tender. It is important that the nature of the anti-discrimination principle of equal access to the budget of local government units is closely correlated with the principle of maintaining fair competition, which complements the above legal principle. Its main purpose is to prevent unfair market practices on the basis of tender procedures, fulfilling the demand for consistency of the legal system through the principle.

Keywords: local government units, public services, public finance law, the principle of equality before the law, the court