

HENRYK NOWICKI

ORCID: 0000-0003-0392-2433

Uniwersytet Mikołaja Kopernika w Toruniu

nowicki@umk.pl

Systemowe ujęcie kontroli w nowym prawie zamówień publicznych

Abstrakt: W artykule przedstawiono nowe ujęcie kontroli zamówień publicznych w świetle ustawy Prawo zamówień publicznych. Analiza jest prowadzona z perspektywy przyjętych rozwiązań prawnych, które w znacznym zakresie odpowiadają postulatom doktryny. Prowadzone badania oparte są na przyjęciu systemu kontroli zamówień, którego podstawę dają organy kontroli ujęte w p.z.p. W tekście przedstawiono wpływ poglądów doktryny na warunki prawidłowej budowy systemu kontroli oraz prawidłowego funkcjonowania systemu kontroli. Ważne do ustalenia sytuacji prawnej podmiotów kontrolowanych są rozważania dotyczące procedur kontroli oraz określonych ustawowo praw i obowiązków kontrolowanych i kontrolujących. W opracowaniu zawarto również uwagi odnoszące się do nowo powołanego organu, jakim jest Komitet do spraw Kontroli w Zamówieniach Publicznych, i jego roli w systemowym funkcjonowaniu kontroli zamówień.

Słowa kluczowe: zamówienia publiczne, kontrola, system kontroli.

Zagadnienia wprowadzające

Problematyka kontroli jest jednym z ważnych zagadnień, które wiąże się z funkcjonującymi w naszym systemie prawa przepisami z zakresu zamówień publicznych. Ustawodawca krajowy, określając zakres regulacji nowej ustawy Prawo zamówień publicznych (dalej: p.z.p.)¹ wskazał między innymi na kontrolę udzielania zamówień. Oprócz tego zakresem ustawy zostały objęte środki ochrony prawnej oraz pozasądowe rozwiązywanie sporów dotyczących realiza-

¹ Ustawa z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz.U. z 2021 r. poz. 1129).

cji umów w sprawie zamówienia publicznego². Przywołane przepisy odnoszą się wprost do kontroli realizowanej w systemie administracji przez wyspecjalizowane organy kontrolujące zamówienia publiczne oraz sądy. Spośród organów powołanych do kontroli należy najpierw wskazać na Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych (dalej: UZP)³, ale też na Najwyższą Izbę Kontroli⁴, regionalne izby obrachunkowe⁵ oraz inne organy, które kontrolują zamówienia publiczne⁶. Wśród organów kontrolujących zamówienia publiczne występują również organy uczestniczące w kontroli zamówień publicznych współfinansowanych ze środków Unii Europejskiej⁷. W przypadku zamówień publicznych ważną rolę odgrywa kontrola sądowa realizowana w ramach środków ochrony prawnej⁸ oraz kontrola sądowa będąca wynikiem zaskarżalności do sądów niektórych działań uczestników procesu udzielania zamówień publicznych⁹. Z kontrolą sądową będziemy mieli do czynienia także w przypadku rozwiązania sporu przed sądem polubownym¹⁰. Natomiast z kontrolą sądową zamówień publicznych możemy mieć styczność w przypadku naruszenia norm prawa karnego¹¹.

Wskazane organy¹² uczestniczące w kontroli zamówień publicznych możemy zakwalifikować jako współtworzące system kontroli zamówień publicznych¹³.

² Art. 1 pkt 8 i 9 p.z.p.

³ Art. 603–617 p.z.p.

⁴ Zob. art. 2 ust. 3 ustawy z dnia 23 grudnia 1994 roku o Najwyższej Izbie Kontroli (tekst jedn. Dz.U. z 2020 r. poz. 1200 ze zm.); dalej: ustawa o NIK.

⁵ Zob. art. 1 ust. 2 ustawy z dnia 7 października 1992 roku o regionalnych izbach obrachunkowych (tekst jedn. Dz.U. z 2019 r. poz. 2137).

⁶ Szerzej o organach kontrolujących zamówienia publicznej zob. H. Nowicki, *O potrzebie zmian w systemie kontroli zamówień publicznych*, [w:] *Funkcjonowanie systemu zamówień publicznych — aktualne problemy i propozycje rozwiązań*, red. M. Stręciwilk, A. Panasiuk, Warszawa 2017, s. 87; *idem*, *Kontrola zamówień publicznych w świetle zmian prawnych z 2016 r., uwagi de lege lata i de lege ferenda*, „Disputatio” 22, 2019, nr 2, s. 37.

⁷ Zob. P. Nowicki, *Kontrola zamówień publicznych udzielanych w ramach projektów współfinansowanych ze środków Unii Europejskiej*, [w:] *Kontrola zamówień publicznych*, red. T. Kocowski, J. Sadowy, Wrocław-Warszawa 2013, s. 391. Szerzej por. *Zamówienia publiczne jako instrument sprawnego wykorzystania środków unijnych*, red. E. Adamowicz, J. Sadowy, Gdańsk-Warszawa 2012.

⁸ Art. 579 ust. 1 p.z.p.

⁹ Zob. np. art. 444 ust. 3; art. 459 ust. 1; art. 460; art. 611 pkt 2 p.z.p.

¹⁰ Art. 591 ust. 1 p.z.p.

¹¹ Np. art. 296a, art. 297, art. 305 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 roku Kodeks karny (tekst jedn. Dz.U. z 2021 r. poz. 2345). Zob. J. Presz-Król, A. Adach-Nerwińska, *Odpowiedzialność karna i materialna jako konsekwencje naruszenia ustawy Prawo zamówień publicznych*, [w:] *Kontrola zamówień...*, s. 77 n.

¹² Pod pojęciem organów uczestniczących w kontroli zamówień publicznych rozumiem również sądy.

¹³ W wielu publikacjach wskazywałem na potrzebę podejścia systemowego zarówno do systemu prawa zamówień publicznych, jak i — w konsekwencji — systemu kontroli zamówień publicznych; zob. np. H. Nowicki, *Prawo zamówień publicznych — pojęcie i zakres regulacji*, [w:] *XV-lecie systemu zamówień publicznych w Polsce*, red. H. Nowicki, J. Sadowy, Toruń-Warszawa 2009,

Przez system kontroli zamówień publicznych rozumiemy wszystkie organy powołane i uprawnione do kontroli tych zamówień, których działanie oparte jest na wspólnych regułach wynikających z systemu prawa, w tym prawa zamówień publicznych, a które to reguły powodują współdziałanie i współzależności zachodzące pomiędzy tymi organami w związku z kontrolą zamówień publicznych. Gdy przyjmujemy takie określenie systemu kontroli zamówień publicznych, niezbędne będzie zidentyfikowanie wszystkich organów kontrolujących oraz doprecyzowanie pojęciowe przedmiotu kontroli i innych zagadnień związanych z funkcjonowaniem tego systemu. Takie założenie wymaga skonfrontowania rozwiązań przyjętych w nowej ustawie Prawo zamówień publicznych z postulatami doktryny w zakresie prawidłowo ukształtowanych rozwiązań systemowych. Analiza ta ma służyć ocenie aktualnych rozwiązań ustawowych i ich wpływu na sytuację prawną kontrolowanych. Należy również wskazać, jak przyjęte regulacje służą poprawie działania kontroli i funkcjonowania zamówień publicznych.

Założenia przyjętych rozwiązań ustawowych w zakresie kontroli

Jednym z założeń przyjętych w trakcie prac nad koncepcją, a następnie projektem nowej ustawy Prawo zamówień publicznych było zmodyfikowanie przepisów dotyczących kontroli w zamówieniach publicznych. Problemy te zostały zidentyfikowane w uzasadnieniu projektu ustawy¹⁴, w którym wskazano między innymi na potrzebę: podniesienia efektywności udzielanych zamówień; odejścia od nadmiernego koncentrowania się na spełnianiu wymogów formalnych zamiast uzyskania najlepszego jakościowo produktu lub usługi; szerokiej dostępności środków odwoławczych do Krajowej Izby Odwoławczej oraz skargi na wyroki KIO do sądów powszechnych; ograniczenia rozproszonego i nieefektywnego systemu kontroli. Potrzebę modyfikacji prawa w tym zakresie podnosiły publikacje naukowe, które były efektem licznych konferencji naukowych z zakresu nowego podejścia do zamówień publicznych oraz profesjonalizacji kadr działających na tym rynku¹⁵.

s. 87; *idem*, *Pojęcie Prawa zamówień publicznych*, [w:] *System zamówień publicznych w Polsce*, red. J. Sadowy, Warszawa 2013, s. 69; *idem*, *Kontrola postępowań o udzielenie zamówienia publicznego*, [w:] *System zamówień...*, s. 366; *idem*, *Sądowa kontrola części systemu prawnej kontroli zamówień publicznych*, [w:] *Kontrola zamówień...*, s. 95.

¹⁴ Druk sejmowy nr 3624 z 12 lipca 2019 roku.

¹⁵ Do poszczególnych opracowań będę się odwoływał w dalszej części artykułu. Jako publikację wskazującą na współpracę środowiska naukowego w tym zakresie zob. H. Nowicki, P. Nowicki, K. Kucharski, *Wkład uniwersyteckiego środowiska naukowego w Toruniu w rozwój Prawa*

Prawidłowemu ukształtowaniu przepisów dotyczących kontroli wobec zdiagnozowanych problemów musi posłużyć prawidłowe i jednoznaczne sformułowanie wielu przepisów i stworzenie instytucji w nowym prawie zamówień publicznych. Z tych też względów należy wskazać na część rozwiązań przyjętych w ustawie i wprowadzone tam nowe pojęcia oraz zdefiniowane na nowo terminy już funkcjonujące w systemie prawa zamówień publicznych¹⁶. Bezpośrednio z problematyką kontroli wiążą się na przykład niektóre pojęcia zdefiniowane w tak zwanym słowniku ustawy oraz terminy, do których odwołuje się ustawodawca w dalszych przepisach, a które nie zawsze są definiowane na gruncie prawa. Do takich pojęć należy na przykład „efektywność udzielanych zamówień”, która to problematyka nie tylko ma umocowanie w przepisach prawa, ale również jest zjawiskiem z zakresu ekonomii i nauk o zarządzaniu¹⁷. Ustawodawca, przyjmując rozwiązania dotyczące kontroli, kierował się potrzebą jej usprawnienia i temu mają służyć wprowadzone wspólne przepisy o charakterze ogólnym¹⁸. Poprawie funkcjonowania kontroli służy natomiast obowiązek przeprowadzenia analizy ryzyka naruszenia prawa oraz obowiązek publikowania przez organy kontrolujące wytycznych dotyczących prowadzenia kontroli. Spośród przyjętych rozwiązań ustawowych co do kontroli należy ponadto wskazać na zmiany dotyczące środków ochrony prawnej oraz sądowego i pozasądowego rozstrzygania sporów. Oczekiwany efekt wprowadzanych rozwiązań ustawowych w zakresie kontroli ma być zwiększenie efektywności kontroli zamówień publicznych.

Przyjęte rozwiązania ustawowe dotyczące kontroli w świetle poglądów doktryny

Dokonując analizy przyjętych rozwiązań ustawowych dotyczących i związanych z kontrolą, należy odwołać się do przyjętych regulacji i skonfrontować je z rozważaniami i poglądami doktryny¹⁹. Reformując organy kontrolujące zamówień

zamówień publicznych w Polsce, [w:] *Państwo a gospodarka*, t. 9. *Nowe Prawo zamówień publicznych*, red. H. Nowicki, P. Nowicki, K. Kucharski, Toruń 2020, s. 7.

¹⁶ System prawa zamówień publicznych należy przyjąć w ujęciu szerokim; zob. H. Nowicki, *Nowe Prawo zamówień publicznych a system prawa zamówień publicznych. Integracja systemu*, [w:] *Dziś i jutro w zamówieniach publicznych*, red. M. Lemonnier, H. Nowak, Warszawa 2019, s. 156.

¹⁷ Zob. T. Kocowski, *Zorganizowanie uczestników procesu zamówień publicznych a efektywność wykorzystania środków publicznych*, [w:] *Zamówienia publiczne jako instrument...*, s. 19; P. Nowicki, *Aksjologia prawa zamówień publicznych. Pomiędzy efektywnością ekonomiczną a instrumentalizacją*, Toruń 2019.

¹⁸ Dział XI, rozdział I p.z.p.

¹⁹ Wśród publikacji z zakresu kontroli administracji należy wskazać na: S. Jędrzejewski, H. Nowicki, *Kontrola administracji publicznej. Kontrola nadzór, struktura systemu, instytucje*, Toruń 1995; J. Jagielski, *Kontrola administracji publicznej*, Warszawa 2018.

wienia publiczne, trzeba uwzględnić wypracowane przez przedstawicieli doktryny warunki konieczne do wdrożenia poprawnej struktury systemu kontroli. Są to: oficjalność kontroli, aktywność kontroli, bezstronność kontroli, proporcjonalność kontroli, fachowość kontroli oraz efektywność kontroli²⁰. Wśród warunków, które należy podkreślić i które zostały zidentyfikowane w toku prac legislacyjnych, są proporcjonalność, fachowość i efektywność kontroli.

Wyrazem proporcjonalności jest przyjęcie jako podstawy podejmowania działań kontrolnych po uprzednim dokonaniu analizy prawdopodobieństwa naruszenia prawa w ramach udzielanego zamówienia²¹. W przypadku kontroli Prezesa UZP ustawodawca wskazał, że jest ona wszczynana w sytuacji uzasadnionego przypuszczenia naruszenia przepisów ustawy, które mogło mieć wpływ na wynik postępowania, zawarcie lub zmianę umowy²².

Fachowość kontroli muszą gwarantować same organy kontroli. Dodatkowo ustawodawca wśród zadań Prezesa UZP wskazał: dążenie do zapewnienia jednolitego stosowania przepisów ustawy, prowadzenie działalności edukacyjno-szkoleniowej, przedstawianie stanowiska w związku z wątpliwościami interpretacyjnymi między organami kontroli oraz opiniowanie kwestionariusza kontroli²³. Prowadzenie działalności edukacyjno-szkoleniowej służy profesjonalizacji kadr uczestniczących w procesach zamówieniowych, w tym kadr organów kontroli²⁴. Kontrola prowadzona przez profesjonalne kadry, dysponujące pogłębioną wiedzą z zakresu zamówień publicznych, jest w stanie wykryć ewentualne nieprawidłowości i sformułować wnioski pokontrolne.

Efektywność kontroli to właściwie sformułowane wnioski wynikające z przeprowadzonej kontroli oraz ich wpływ na poprawę działania kontrolowanego, a także korygowanie działań zamawiającego. Środkiem służącym efektywności przeprowadzonej kontroli są stwierdzone naruszenia przepisów ustawy²⁵, zalecenia pokontrolne²⁶ oraz zamieszczenie informacji o wynikach kontroli w Biuletynie Informacji Publicznej organu, który przeprowadził kontrolę²⁷. Obowiązek publikacji informacji o przeprowadzonych kontrolach oraz ich wynikach dotyczy wszystkich organów realizujących kontrolę udzielania zamówień. Powołując Komitet do spraw Kontroli w Zamówieniach Publicznych ustawodawca wskazał,

²⁰ Szerzej zob. H. Nowicki, *Kontrola zamówień publicznych z perspektywy nowej ustawy*, „Prawo Zamówień Publicznych” 2018, nr 3, s. 8 n.

²¹ Art. 598 ust. 1 p.z.p.

²² Art. 607 ust. 1 p.z.p.

²³ Art. 469 p.z.p.

²⁴ Na temat realizacji tego zadania przez prezesa UZP i współpracy w tym zakresie ze środowiskiem naukowym zob. H. Nowicki, P. Nowicki, K. Kucharski, *op. cit.*

²⁵ Art. 609 ust. 1 pkt 2 lit. b p.z.p.

²⁶ Art. 616 ust. 1 pkt 3 p.z.p.

²⁷ Art. 602 p.z.p.

że jednym z jego podstawowych zadań jest dbałość o efektywność kontroli zamówień publicznych²⁸.

Przygotowując reformę kontroli zamówień publicznych, należało uwzględnić warunki poprawnego funkcjonowania systemu kontroli, do których zaliczamy współdziałanie organów kontroli i nadzoru oraz współpracę wszystkich organów kontroli²⁹.

Regulacje przyjęte w p.z.p. tylko w niewielkim zakresie odnoszą się do współdziałania organów kontroli z organami nadzoru³⁰. W przypadku kontroli w administracji rządowej organy kontrolujące są zobowiązane do przekazywania na wniosek Prezesa Rady Ministrów na przykład informacji dotyczących działalności kontrolnej, w tym informacji o wynikach kontroli, o zaleceniach pokontrolnych oraz sposobie ich realizacji³¹. Kierownik jednostki kontrolującej jest zobowiązany do przekazywania informacji o wynikach kontroli kierownikowi jednostki nadrzędnej lub sprawującej nadzór nad jednostką kontrolowaną³². W przypadku kiedy kierownik jednostki kontrolującej uzna to za właściwe, może informację o wynikach kontroli przekazać również do innych organów lub jednostek. Przekazywanie informacji o wyniku kontroli organowi nadzoru w stosunku do kontrolowanych podmiotów publicznych jest szczególnie ważne ze względu na niewłaściwy charakter wyników kontroli. Wynik kontroli administracyjnej wskazuje co najwyżej na naruszenie prawa i ma charakter zaleceń. Dopiero organ sprawujący nadzór w zakresie swojej właściwości może zastosować prawny środek nadzoru, który będzie miał charakter władczej ingerencji w działanie kontrolowane. Dlatego do właściwego funkcjonowania systemu zamówień publicznych, oprócz kontroli administracyjnej, istotna jest kontrola przedsądowa realizowana przez Krajową Izbę Odwoławczą³³. Ważna jest również kontrola sądowa realizowana w ramach środków ochrony prawnej³⁴ oraz kontrola sądowa, która może mieć miejsce w przypadku bezpośredniego wystąpienia do sądu przez ustawowo upoważniony podmiot³⁵. W przypadku zamówienia udzielanego z wykorzystaniem

²⁸ Zob. art. 494 p.z.p.

²⁹ H. Nowicki, *Kontrola zamówień publicznych z perspektywy...*, s. 10; *idem*, *Sądowa kontrola...*, s. 95.

³⁰ Takie rozwiązanie jest zasadne ze względu na to, że stosunki nadzoru co do zasady są wynikiem układów ustrojowych, których przepisy p.z.p. nie dotyczą.

³¹ Art. 9 ustawy z dnia 15 lipca 2011 roku o kontroli w administracji rządowej (tekst jedn. Dz.U. z 2020 r. poz. 224).

³² Art. 57 ustawy o kontroli w administracji rządowej.

³³ Zob. art. 2 ust. 9 dyrektywy 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 grudnia 2007 roku zmieniającej dyrektywę Rady 89/665/EWG i 92/13/EWG w zakresie poprawy skuteczności procedur odwoławczych w dziedzinie udzielania zamówień publicznych (Dz.Urz. UE L Nr 335, s. 31).

³⁴ Art. 579 ust. 1 oraz art. 590 ust. 1 p.z.p.

³⁵ Zob. np. art. 444; art. 457–460 p.z.p.

trybu zamówienia z wolnej ręki, określanego jako zamówienie *in house*³⁶, prawodawca wskazał na organ nadzoru i jego uprawnienia do zastosowania określonych środków nadzoru³⁷. Organami nadzoru nad zamawiającymi przynależnymi do samorządu terytorialnego są regionalne izby obrachunkowe, które są zarazem organami kontroli zamówień publicznych.

Nowym rozwiązaniem przyjętym na gruncie obecnej ustawy są przepisy wprowadzające obowiązek współpracy organów kontrolujących zamówienia publiczne. W uzasadnieniu podniesiono, że urzeczywistnieniem zasady współdziałania organów kontroli w nowym prawie zamówień publicznych jest powołanie Komitetu do spraw Kontroli w Zamówieniach Publicznych, czyli forum współpracy wszystkich instytucji kontrolujących zamówienia, związanych ze środkami zarówno krajowymi, jak i pochodzącymi z UE. Zadania komitetu w tym zakresie zostały określone między innymi jako zapewnienie możliwości współpracy organów kontroli w kwestii prowadzonych kontroli, występowania do Prezesa UZP o wydanie opinii lub podjęcia innych działań zmierzających do zapewnienia prawidłowego i jednolitego rozumienia przepisów o zamówieniach, proponowanie rozwiązań w zakresie zmiany w systemie kontroli oraz propagowanie dobrych praktyk co do standardów kontroli³⁸. W dalszych przepisach dotyczących kontroli ustawodawca zobowiązał organy kontroli do współpracy z sobą w związku z prowadzoną kontrolą. Przejawem tej współpracy jest wymiana informacji o przeprowadzonych kontrolach oraz ich wynikach, a także uwzględnianie wyniku kontroli przeprowadzonej wcześniej przez inny organ³⁹. Natomiast zamawiający został zobowiązany do poinformowania organu wszczynającego kontrolę o wcześniejszym przeprowadzeniu kontroli danego zamówienia przez inny organ kontroli i do udostępnienia jej wyników⁴⁰.

Ważna dla systemowego ujęcia kontroli zamówień publicznych jest identyfikacja na gruncie p.z.p. organów uprawnionych lub zobowiązanych do kontroli zamówień. Kolejnym działaniem jest wskazanie podmiotów, które mogą być poddawane kontroli. Niezbędne jest również określenie przedmiotu kontroli przypisane poszczególnym organom kontroli oraz wskazanie, w jakim zakresie kontrola jest realizowana wobec poszczególnych uczestników postępowania i udzielonego zamówienia publicznego. Zagadnieniem wymagającym uwzględnienia przy dokonywanej analizie jest dodatkowo zarysowanie kryteriów kontroli, którymi mogą się posługiwać poszczególne organy kontrolujące. Prawo zamówień publicznych koncentruje się na kryterium legalności udzielania zamówień. Należy podkreślić,

³⁶ H. Nowicki, *Zamówienia publiczne in house w jednostkach samorządu terytorialnego w świetle treści art. 144b ustawy Prawo zamówień publicznych*, [w:] *Procedura zamówień publicznych*, t. 1, red. J. Niczyporuk, Lublin 2019, s. 93.

³⁷ Art. 444 p.z.p. odpowiada swą konstrukcją art. 144b ustawy z 2004 roku.

³⁸ Art. 494 p.z.p.

³⁹ Art. 597 ust. 1–3 p.z.p.

⁴⁰ Art. 597 ust. 4 p.z.p.

że wprowadzone regulacje odnoszące się do współpracy organów kontroli mogą dotyczyć tylko kontroli i jej wyników opartych na kryterium legalności. Tylko wyniki oparte na tym samym kryterium dają się bowiem zastosować w działaniach innego organu kontrolującego. Musimy jednak brać pod uwagę także inne kryteria kontroli, którymi posługuje się część organów kontrolujących udzielanie zamówień. To zastrzeżenie dotyczące stosowania innych kryteriów odnosi się również do organów kontroli wskazanych w p.z.p.

Konsekwencjom zachodzącej relacji prawnej między kontrolującym a kontrolowanym w demokratycznym państwie prawa musi towarzyszyć określenie praw i obowiązków zachodzących pomiędzy tymi podmiotami w związku z prowadzoną kontrolą. Rozważenia wymagają zagadnienia dotyczące procedur kontroli i określenia sytuacji prawnej kontrolowanego, jego upodmiotowienia w związku z prowadzoną kontrolą, które obejmują takie zagadnienia, jak wszczęcie kontroli, jej prowadzenie oraz zakończenie wraz z wynikiem kontroli. Przepisy prawa muszą określać nie tylko prawa organu kontrolującego, ale muszą też jednoznacznie wskazywać obowiązki i prawa kontrolowanego, którym towarzyszą obowiązki również po stronie organu kontrolującego.

Ustawodawca bezpośrednio w przepisach poprzednio obowiązujących ustaw z zakresu zamówień publicznych wskazywał na kontrolę Prezesa UZP⁴¹ oraz kontrolę przedsądową realizowaną przez zespoły arbitrów⁴², zastąpioną kontrolą Krajowej Izby Odwoławczej⁴³. Jedną z nowelizacji ustawy z 1994 roku wprowadzono kontrolę sądową⁴⁴. Przyznaniu określonych uprawnień w zakresie udzielania zamówień *in house* organom nadzorczym towarzyszyło upoważnienie do kontroli działań poddanych temu nadzorowi⁴⁵.

Wprowadzeniu przepisów z zakresu zamówień publicznych towarzyszyło przyznawanie kolejnym organom kontroli uprawnień w zakresie kontroli zamówień publicznych. Zwiększająca się liczba organów kontrolujących zamówienia powodowała liczne problemy, których adresatami byli między innymi zamawiający i ich działania związane z procedurami zamówieniowymi. Wielość organów kontrolujących i stosowane zindywidualizowane procedury kontroli doprowadziły do sytuacji, kiedy zamawiający bardziej koncentrował się na wymogach

⁴¹ Art. 9 ust. 2 pkt 2 ustawy z dnia 10 czerwca 1994 roku o zamówieniach publicznych (tekst pierwotny Dz.U. Nr 76, poz. 344), utrzymany art. 161 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (tekst pierwotny Dz.U. Nr 19, poz. 177).

⁴² Art. 88 ustawy z 1994 roku.

⁴³ Krajowa Izba Odwoławcza została powołana w 2007 roku zgodnie z art. 1 pkt 49 ustawy z dnia 13 kwietnia 2007 roku o zmianie ustawy — Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. Nr 82, poz. 560).

⁴⁴ Kontrolę sądową wprowadzono dodanym art. 91a do ustawy z 1994 roku; zob. art. 1 pkt 57 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 roku o zmianie ustawy o zamówieniach publicznych (Dz.U. Nr 123, poz. 778).

⁴⁵ Dodany art. 144b na mocy art. 1 ustawy z dnia 22 czerwca 2016 roku o zmianie ustawy — Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. poz. 1020).

formalnych, często bardzo drobiazgowych, a samo udzielenie zamówienia i jego realizacja schodziły na drugi plan. Problem ten został zidentyfikowany w pracach nad nowym prawem zamówień publicznych i stał się podstawą zmodyfikowania przepisów w tym zakresie. W związku z wielością organów uprawnionych do kontroli zamówień publicznych należało uregulować wzajemne relacje zachodzące pomiędzy nimi. Jest to szczególnie istotne w przypadku zbiegu uprawnień kontrolnych co do podmiotu i przedmiotu kontroli. Należało zatem określić wzajemne relacje dotyczące podejmowania kontroli na przykład w zakresie: powiadamiania o zamiarze podjęcia kontroli; ograniczenia liczby kontroli w tym samym czasie; ochrony kontrolowanego przed nadmiernym angażowaniem w spełnianie obowiązków wobec organów kontroli. Konieczna do uregulowania stała się ponadto problematyka kolejnych kontroli następujących „po sobie” i znaczenia wyniku już przeprowadzonej kontroli dla organu rozpoczynającego kontrolę. Oczywiście chodzi tu o zbieżność przedmiotową kontroli oraz kontrole prowadzone z wykorzystaniem tych samych kryteriów.

Ustawodawca przyjął jako zasadę planowanie kontroli oraz uzależnił jej przeprowadzenie od uprzedniej analizy prawdopodobieństwa naruszenia prawa w udzielanym zamówieniu⁴⁶. Sama kontrola prowadzona jest na podstawie kwestionariusza kontroli opracowanego przez organ kontroli i przekazanego kontrolowanemu wraz z zawiadomieniem o wszczęciu kontroli. W toku kontroli organ nie może wykroczać poza zagadnienia i dokumenty wskazane w kwestionariuszu. Prawodawca, przyjmując zakres podmiotowy regulacji nowego prawa zamówień publicznych, wskazał między innymi na podmioty zobowiązane do stosowania przepisów ustawy. Tak ogólne ujęcie skutkuje tym, że wśród tych podmiotów będziemy mieli zamawiających, wykonawców, organy właściwe w sprawach zamówień oraz inne podmioty, których sytuację prawną określają przepisy p.z.p. Podmioty te poddane są przepisom p.z.p. wyłącznie w takim zakresie, w jakim są oni uczestnikami poszczególnych etapów przygotowania i prowadzenia postępowania o udzielenie oraz realizacji zamówienia publicznego. Wśród podmiotów, które w swych działaniach są zobowiązane do stosowania przepisów p.z.p., mamy również organy uprawnione lub zobowiązane do kontroli udzielania zamówień. To przepisy konstytuujące dane organy wskazują na zakres uczestnictwa tych organów w kontroli udzielania zamówień publicznych. Przepisy te określają, czy dany organ kontrolujący jest uprawniony, czy też zobowiązany do podejmowania działań kontrolnych. Tylko Prezes UZP jest powołany jedynie do kontroli zamówień publicznych. Pozostałe organy kontrolują zamówienia publiczne oraz inne dziedziny działalności podmiotów poddanych ich kontroli. Określając zakres przedmiotowy, który wskazuje na kontrolę zamówień publicznych, ustawodawca ustalił kryteria kontroli oraz to, jakie etapy dotyczące udzielania zamówień poddawane są kontroli.

⁴⁶ Art. 598 p.z.p.

W przypadku analizowanej ustawy prawodawca posługuje się pojęciem „kontrola udzielania zamówień”⁴⁷, a następnie definiuje udzielenie zamówienia jako zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego⁴⁸. Wprowadzając przepisy ogólne regulujące zagadnienia kontroli⁴⁹, ustawodawca posługuje się również pojęciem kontroli „udzielania zamówień”⁵⁰. Natomiast w przypadku przepisów opisujących kontrolę prowadzoną przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych prawodawca określa, że prezes przeprowadza kontrolę w zakresie zgodności z przepisami ustawy działań lub zaniechań zamawiającego⁵¹. W dalszych przepisach dotyczących kontroli prowadzonej przez Prezesa UZP wskazano, że stosuje się je do kontroli postępowania o udzielenie zamówienia, zawarcia lub zmiany umowy⁵². Takie ustawowe poszerzone określenie zakresu kontroli służy właściwemu ujęciu tej instytucji i uprawnień w tym zakresie Prezesa UZP. Z kolei zróżnicowane podejście prawodawcy co do zarysowywania zakresu prowadzonych kontroli w przypadku innych organów kontroli ma tylko znaczenie porządkujące. Zakres kontroli poszczególnych organów kontroli jest określany w przepisach powołujących dany organ kontroli i wskazujących na zakres podmiotowy i przedmiotowy kontroli. Przykładem może być Najwyższa Izba Kontroli⁵³, której zakres przedmiotowy kontroli jest określony najszerzej jako kontrola działalności⁵⁴. Takie ujęcie zakresu kontroli oznacza, że w przypadku podmiotów poddanych kontroli NIK ma możliwość kontrolowania wszystkich działań podejmowanych w związku z przygotowaniem, prowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz realizacji umowy w sprawie zamówienia publicznego. NIK może również kontrolować działalność przedsiębiorców i innych podmiotów w zakresie wykonywania zamówień publicznych⁵⁵. Tymczasem w przypadku regionalnych izb obrachunkowych ustawodawca wskazał między innymi, że dokonują one kontroli gospodarki finansowej i zamówień publicznych w stosunku do podmiotów wskazanych ustawowo⁵⁶. Także w wypadku organów kontroli w administracji rządowej kontrola obejmuje działalność podmiotów poddanych tej kontroli⁵⁷.

Rozbieżności w terminologii pojęć określających zakres kontroli są pewną ułomnością ustawy, jednak nie są istotnym problemem w związku z prowadzo-

⁴⁷ Art. 1 pkt 10 p.z.p.

⁴⁸ Art. 7 pkt 25 p.z.p.

⁴⁹ Dział XI, rozdział 1 p.z.p.

⁵⁰ Art. 596 ust. 1 p.z.p.

⁵¹ Art. 603 ust. 1 p.z.p.

⁵² Art. 603 ust. 2 p.z.p.

⁵³ Ustawa o NIK.

⁵⁴ Zob. art. 2 ust. 1 i 2 ustawy o NIK.

⁵⁵ Art. 3 ust. 3 pkt 2 ustawy o NIK.

⁵⁶ Art. 1 ust. 2 ustawy z dnia 7 października 1992 roku o regionalnych izbach obrachunkowych (tekst jedn. Dz.U. z 2019 r. poz. 2137 ze zm.).

⁵⁷ Art. 3 ust. 1 ustawy o kontroli w administracji rządowej; zob. art. 596 ust. 2 pkt 2 p.z.p.

nymi działaniami kontrolnymi. Ważne z perspektywy systemowego podejścia do kontroli zamówień publicznych są wprowadzone w p.z.p. przepisy ogólne⁵⁸. Zgodnie z dyspozycją przepisów p.z.p. organy kontrolujące zamówienia publiczne są zobowiązane stosować przepisy p.z.p. przed przepisami odrębnymi właściwymi dla danego organu kontroli⁵⁹. Ustawodawca wskazał przy tym organy kontroli administracyjnej składające się na system kontroli zamówień poprzez określenie składu organu doradczego ministra powołanego do monitorowania i analizowania działalności organów kontroli oraz ustalenie organów kontroli podlegających monitorowaniu⁶⁰. Powołując Komitet do spraw Kontroli w Zamówieniach Publicznych, prawodawca wskazał, że w jego pracach uczestniczą przedstawiciele: Prezesa Rady Ministrów, ministra właściwego do spraw gospodarki, ministra właściwego do spraw rozwoju regionalnego, Prezesa UZP, Prezesa KIO, Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów oraz instytucji audytowej w rozumieniu przepisów dotyczących realizacji programów w zakresie polityki spójności⁶¹. W pracach komitetu uczestniczą także zaproszeni przedstawiciele Najwyższej Izby Kontroli oraz regionalnych izb obrachunkowych⁶². Natomiast do organów kontroli, które są określone ustawowo jako kontrolujące udzielanie zamówień, zaliczono: Prezesa UZP, organy wskazane przepisami ustawy o kontroli w administracji (z wyłączeniem Prezesa Rady Ministrów)⁶³, regionalne izby obrachunkowe oraz instytucje audytowe i instytucje zarządzające w rozumieniu przepisów dotyczących realizacji programów w zakresie polityki spójności oraz programów realizowanych z wykorzystaniem środków Europejskiego Funduszu Rolnego na Rzecz Rozwoju Obszarów Wiejskich i funduszy wspierających sektory morski lub rybacki⁶⁴.

Uwagi końcowe

Tworząc nowe ramy prawne kontroli udzielania zamówień, prawodawca nie ingeruje w dotychczasowe ustawowe kompetencje poszczególnych organów kontroli tworzących analizowany system organów. Wprowadza jedynie pewne ramy dotyczące procedur kontroli, które wiążą wszystkie organy objęte tą regulacją. Do najważniejszych należy zaliczyć:

⁵⁸ Dział XI. „Kontrola udzielania zamówień”, rozdział 1. „Przepisy ogólne” p.z.p.

⁵⁹ Art. 596 ust. 3 p.z.p.

⁶⁰ Art. 494 pkt 1 p.z.p.

⁶¹ Art. 495 ust. 1 p.z.p.

⁶² Art. 495 ust. 2 p.z.p.

⁶³ Art. 6 ustawy o kontroli w administracji rządowej.

⁶⁴ Art. 596 ust. 2 p.z.p.

- pierwszeństwo stosowania przepisów p.z.p. w przypadku sprzeczności regulacji p.z.p. z przepisami odrębnymi właściwymi dla innych organów kontroli;
- współdziałanie organów kontroli w ramach Komitetu do spraw Kontroli w Zamówieniach Publicznych;
- współpracę organów kontroli i uwzględnianie wyników kontroli prowadzonej przez inne organy kontroli, w szczególności Prezesa UZP;
- planowanie kontroli;
- przeprowadzanie kontroli po uprzednim dokonaniu analizy prawdopodobieństwa naruszenia prawa;
- dokonywanie kontroli na podstawie kwestionariusza kontroli;
- to, że negatywny wynik kontroli może być sformułowany tylko w przypadku naruszenia przepisów p.z.p., które miało wpływ na wynik postępowania (z wyjątkiem zamówień współfinansowanych ze środków UE).

Bibliografia

- Jagielski J., *Kontrola administracji publicznej*, Warszawa 2018.
- Jędrzejewski S., Nowicki H., *Kontrola administracji publicznej. Kontrola nadzór, struktura systemu, instytucje*, Toruń 1995.
- Kocowski T., *Zorganizowanie uczestników procesu zamówień publicznych a efektywność wykorzystania środków publicznych*, [w:] *Zamówienia publiczne jako instrument sprawnego wykorzystania środków unijnych*, red. E. Adamowicz, J. Sadowy, Gdańsk-Warszawa 2012.
- Nowicki H., *Kontrola postępowań o udzielenie zamówienia publicznego*, [w:] *System zamówień publicznych w Polsce*, red. J. Sadowy, Warszawa 2013.
- Nowicki H., *Kontrola zamówień publicznych w świetle zmian prawnych z 2016 r., uwagi de lege lata i de lege ferenda*, „Disputatio” 22, 2019, nr 2.
- Nowicki H., *Kontrola zamówień publicznych z perspektywy nowej ustawy*, „Prawo Zamówień Publicznych” 2018, nr 3.
- Nowicki H., *Nowe Prawo zamówień publicznych a system prawa zamówień publicznych. Integracja systemu*, [w:] *Dziś i jutro w zamówieniach publicznych*, red. M. Lemonnier, H. Nowak, Warszawa 2019.
- Nowicki H., *O potrzebie zmian w systemie kontroli zamówień publicznych*, [w:] *Funkcjonowanie systemu zamówień publicznych — aktualne problemy i propozycje rozwiązań*, red. M. Stręciwilk, A. Panasiuk, Warszawa 2017.
- Nowicki H., *Pojęcie Prawa zamówień publicznych*, [w:] *System zamówień publicznych w Polsce*, red. J. Sadowy, Warszawa 2013.
- Nowicki H., *Prawo zamówień publicznych — pojęcie i zakres regulacji*, [w:] *XV-lecie systemu zamówień publicznych w Polsce*, red. H. Nowicki, J. Sadowy, Toruń-Warszawa 2009.
- Nowicki H., *Sądowa kontrola części systemu prawnej kontroli zamówień publicznych*, [w:] *Kontrola zamówień publicznych*, red. T. Kocowski, J. Sadowy, Wrocław-Warszawa 2013.
- Nowicki H., *Zamówienia publiczne in house w jednostkach samorządu terytorialnego w świetle treści art. 144b ustawy Prawo zamówień publicznych*, [w:] *Procedura zamówień publicznych*, t. 1, red. J. Niczyporuk, Lublin 2019.

- Nowicki H., Nowicki P., Kucharski K., *Wkład uniwersyteckiego środowiska naukowego w Toruniu w rozwój Prawa zamówień publicznych w Polsce*, [w:] *Państwo a gospodarka*, t. 9. *Nowe Prawo zamówień publicznych*, red. H. Nowicki, P. Nowicki, K. Kucharski, Toruń 2020.
- Nowicki P., *Aksjologia prawa zamówień publicznych. Pomiędzy efektywnością ekonomiczną a instrumentalizacją*, Toruń 2019.
- Nowicki P., *Kontrola zamówień publicznych udzielanych w ramach projektów współfinansowanych ze środków Unii Europejskiej*, [w:] *Kontrola zamówień publicznych*, red. T. Kocowski, J. Sadowy, Wrocław-Warszawa 2013.
- Presz-Król J., Adach-Nerwińska A., *Odpowiedzialność karna i materialna jako konsekwencje naruszenia ustawy Prawo zamówień publicznych*, [w:] *Kontrola zamówień publicznych*, red. T. Kocowski, J. Sadowy, Wrocław-Warszawa 2013.
- Zamówienia publiczne jako instrument sprawnego wykorzystania środków unijnych*, red. E. Adamowicz, J. Sadowy, Gdańsk-Warszawa 2012.

Systemic Approach to Control in the New Public Procurement Law

Summary

The article presents a new approach to public procurement control in the light of the Public Procurement Law. The analysis is conducted in terms of the adopted legal solutions, which to a large extent correspond to the postulates of legal scholars. The research is based on the adoption of a procurement control system based on the control authorities included in the Public Procurement Law. The influence of the views of legal science on the conditions of the proper construction of the control system and the conditions of the proper functioning of the control system was presented. Considerations regarding control procedures as well as statutory rights and obligations of the controlled and controlling entities are important in determining the legal situation of the controlled entities. Comments were presented regarding the Committee for Control in Public Procurement, a newly established body, and its role in the systemic functioning of procurement control.

Keywords: public procurement, control, control system.