

PRACE NAUKOWE

Uniwersytetu Ekonomicznego we Wrocławiu

RESEARCH PAPERS

of Wrocław University of Economics

270

Zamówienia publiczne – stan obecny i perspektywy



Redaktorzy naukowi

Tadeusz Kocowski

Janusz Kaspryszyn



Wydawnictwo Uniwersytetu Ekonomicznego we Wrocławiu
Wrocław 2012

Redaktor Wydawnictwa: Barbara Majewska
Redakcja techniczna i korekta: Barbara Łopusiewicz
Łamanie: Małgorzata Czupryńska
Projekt okładki: Beata Dębska

Publikacja jest dostępna w Internecie na stronach:
www.ibuk.pl, www.ebscohost.com,
The Central and Eastern European Online Library www.ceeol.com,
a także w adnotowanej bibliografii zagadnień ekonomicznych BazEkon
http://kangur.uek.krakow.pl/bazy_ae/bazekon/nowy/index.php

Informacje o naborze artykułów i zasadach recenzowania znajdują się
na stronie internetowej Wydawnictwa
www.wydawnictwo.ue.wroc.pl

Kopiowanie i powielanie w jakiegokolwiek formie
wymaga pisemnej zgody Wydawcy

© Copyright by Uniwersytet Ekonomiczny we Wrocławiu
Wrocław 2012

ISSN 1899-3192
ISBN 978-83-7695-286-4

Wersja pierwotna: publikacja drukowana

Druk: Drukarnia TOTEM

Spis treści

Wstęp	7
Maciej Guziński , Uczelnia publiczna jako podmiot zamówień publicznych (wybrane zagadnienia).....	9
Krzysztof Horubski , Zmiany składu konsorcjum w postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz na etapie wykonywania zamówienia	24
Karol Kiczka , Uznanie administracyjne w Prawie zamówień publicznych....	38
Leon Kieres , Prawo zamówień publicznych – dziedzina prawa europejskiego, odrębny system regulacji oraz swoiste ujęcie problemów regulowanych..	54
Tadeusz Kocowski , Wspólni zamawiający oraz wspólni wykonawcy w systemie zamówień publicznych	74
Natalia Milostan , Zielone zamówienia publiczne jako polityka stosowana przy wyborze oferty	91
Piotr Schmidt , Błędna stawka podatku VAT jako błąd w obliczeniu ceny i powod odrzucenia oferty	105
Martyna Sługocka-Kolpaczyńska , Podstawy udzielenia zamówienia publicznego z wolnej ręki w świetle art. 67 ust. 1 pkt 3 – Prawo zamówień publicznych.....	121
Piotr Soroka , Zamówienia publiczne a wolność gospodarcza	131
Małgorzata Stręciwilk , Zatrzymanie wadium na podstawie art. 46 ust. 4a w świetle orzecznictwa	145
Mateusz Winiarz , Definicja postępowania o udzielenie zamówienia publicznego a zakres odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych w przedmiocie zamówień publicznych	160

Summaries

Maciej Guziński , Public university as a subject of public procurement (selected problems).....	23
Krzysztof Horubski , Changes of the composition of a consortium in tender procedures and at the initial stage of contract performance	36
Karol Kiczka , Administrative discretion in the public procurement law	53
Leon Kieres , Public procurement law – the area of European law, the separate system of regulation and the specific approach to adjustable problems.....	73
Tadeusz Kocowski , Joint orderers and joint contractors in the system of public procurement	90

Natalia Miłostan , Green public procurement as the policy used in selecting an offer.....	104
Piotr Schmidt , Wrong tax rate as an error in the calculation of prices and the reason of tender rejection.....	120
Martyna Sługocka-Kolpaczyńska , Fundamentals of negotiated public procurement in the light of Art. 67 paragraph 1 point 3 – public procurement law.....	130
Piotr Soroka , Public procurement and economic freedom.....	144
Małgorzata Stręciwilk , Retainment of the tender deposit tender based on Article 46 paragraph 4a in the light of jurisprudence.....	159
Mateusz Winiarz , The definition of the procedure for awarding a public contract and the scope of liability for the breach of public finance discipline in the area of public procurement.....	173

Tadeusz Kocowski

Uniwersytet Ekonomiczny we Wrocławiu
Uniwersytet Wrocławski

WSPÓLNI ZAMAWIAJĄCY ORAZ WSPÓLNI WYKONAWCY W SYSTEMIE ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

Streszczenie: Stronami umowy o zamówienie publiczne są zamawiający i wykonawca. Przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych przewidują możliwość, aby w procesie udzielania zamówienia publicznego podmioty: zarówno po stronie zamawiającego, jak i wykonawcy, wystąpiły działając wspólnie. Celem podstawowym, który miał być osiągnięty poprzez wprowadzenie możliwości tego typu rozwiązań, było wspomoczenie procesu racjonalizacji oszczędnego i efektywnego wydatkowania środków przeznaczonych na zamówienia publiczne. Cele cząstkowe były oczywiście inne i powiązane z możliwością maksymalnego zaspokojenia interesów zamawiających i wykonawców, między którymi często zachodzi antynomia – mimo iż formalnie podlegające regulacji prawa prywatnego porozumienia zawierane przez te podmioty w pewnej mierze kształtowane są także bezpośrednio przez ustawodawcę. Ta ingerencja jest wszakże o wiele dalej idąca w przypadku treści porozumień zawieranych przez wykonawców niż zamawiających.

Słowa kluczowe: wspólni zamawiający, wspólni wykonawcy, zamówienie publiczne.

1. Wstęp

Różnorodne świadczenia dokonywane na rzecz podmiotów publicznych, których finansowanie następuje ze środków określanych mianem publicznych, zawsze stanowiły przedmiot szczególnego zainteresowania, zarówno samych podmiotów ubiegających się o możliwość realizacji owych świadczeń, jak i opinii publicznej. Ta ostatnia zainteresowana była szczególnie kierunkami wydawania przez państwo i jego agendy owych środków, racjonalnością i transparentnością ich wydatkowania, a także tworzeniem warunków umożliwiających maksymalną i uczciwą konkurencję zachodzącą pomiędzy podmiotami w staraniach o ich uzyskanie. Starający się o uzyskanie zamówienia zainteresowani byli przede wszystkim ustaleniem maksymalnie bezstronnych, obiektywnych i jednakowych (równych) zasad ich udzielania oraz procesu wyboru podmiotów mających wykonywać owe świadczenia. Nie bez znaczenia dla ochrony interesu podmiotów starających się o możliwość realizacji

świadczenia, było istnienie przewidzianych w przepisach środków prawnych pozwalających chronić go w postępowaniach prowadzonych przez podmioty je zamawiające.

Udzielanie świadczenia następowało zawsze poprzez zawarcie stosownej umowy, czyli dokonanie czynności prawnej, formalnie regulowanej przepisami prawa cywilnego. Biorąc wszakże pod uwagę konieczność respektowania wskazanych powyżej zasad związanych z jego udzielaniem, a także rygoryzm związany z przestrzeganiem warunków jego wykonania, dla osiągnięcia wyznaczonego celu należało zastosować regulacje prawne pozwalające ograniczać autonomię uczestniczących w tym procesie podmiotów w stopniu daleko większym, niż to jest możliwe przy zastosowaniu regulacji należących w całości do prawa prywatnego. Biorąc pod uwagę dychotomiczny podział prawa¹, procedury udzielania owych zleceń czy rygoryzm związany z ich wykonywaniem, musiały zostać uregulowane w przeważającej mierze za pomocą norm prawnych zaliczanych do prawa publicznego, choć zawierały oczywiście także normy zaliczane do prawa prywatnego. Tworzone w ten sposób regulacje ustawowe niewątpliwie stanowiły odejście od zasady tworzenia regulacji jednorodnych zawierających przepisy należące głównie do jednej gałęzi prawa.

Regulacje ustawowe, mające za cel regulację określonych stosunków społecznych za pomocą instytucji i norm zaliczanych do różnych gałęzi prawa, zarówno do prawa cywilnego, jak i prawa administracyjnego, to zjawisko spotykane coraz częściej w praktyce życia gospodarczego, a w jurysprudencji określone mianem regulacji mieszanych. Problematyka zlecenia przez podmioty publiczne zamówień różnorodnym wykonawcom stała się jedną z podstaw do stworzenia tego typu odrębnych regulacji ustawowych. W tak konstruowanych aktach idzie bowiem o dokonanie całościowej regulacji zagadnienia będącego przedmiotem pewnej sfery stosunków społecznych, co powoduje, że w efekcie mamy do czynienia z tworzeniem tzw. regulacji kompleksowych, w naszym przypadku dotyczących zamówień współcześnie zwanych publicznymi. Ze względu na zawarte w swej treści regulacje, z formalnego punktu widzenia, ustawy te mogą być kwalifikowane do różnych działów prawa.

Na gruncie prawa polskiego mieliśmy już kilka takich kompleksowych regulacji dotyczących problematyki udzielania zamówień przez podmioty publiczne. Sprawy te regulowane były przepisami ustaw: ustawy z dnia 15 lutego 1933 r. o dostawach i robotach na rzecz Skarbu Państwa, samorządu oraz instytucji prawa publicznego², ustawy z dnia 18 listopada 1948 r. o dostawach, robotach i usługach na rzecz Skarbu Państwa, samorządu oraz niektórych kategorii osób prawnych³, ustawy z dnia 28 grudnia 1957 r. o dostawach, robotach i usługach na rzecz jednostek państwowych⁴ oraz ustawa z dnia 21 grudnia 1983 r. o zmianie niektórych ustaw wprowa-

¹ Na ten temat zobacz: S. Fundowicz, *Dychotomiczny podział prawa*, „Samorząd Terytorialny” 2000, z. ½, s. 47 i n. oraz cytowana tam literatura.

² Dz.U. Nr 19, poz. 127.

³ Dz.U. Nr 63, poz. 497.

⁴ Dz.U. z 1958, Nr 3, poz. 7.

dzających reformę gospodarczą⁵. Współczesne regulacje prawne dotyczące systemu zamówień publicznych zapoczątkowane zostały przepisami ustawy z dnia 10 czerwca 1994 r. o zamówieniach publicznych⁶, zastąpionej następnie współcześnie obowiązującą, acz wielokrotnie nowelizowaną, ustawą z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych⁷ (dalej jako Ustawa).

Obowiązujące przepisy regulujące procedurę udzielania zamówień publicznych stwierdzają jednoznacznie, że przez zamówienie publiczne należy rozumieć umowy odpłatne zawierane między zamawiającym a wykonawcą, których przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane. Regulują one ponadto zasady i tryb udzielania zamówień publicznych, środki ochrony prawnej, kontrolę udzielania zamówień publicznych oraz organy właściwe w sprawach uregulowanych w ustawie Prawo zamówień publicznych. W literaturze podkreśla się, że pojęcie zamówienia publicznego identyfikowane jest za pomocą następujących wyznaczników: 1) przedmiot zamówienia – usługi, dostawy lub roboty budowlane, 2) forma zamawiania ich realizacji – umowa odpłatna, 3) podmiot dokonujący zamówienia – zamawiający, czyli podmiot zobowiązany do stosowania ustawy⁸. Charakterystyczne, iż nie zalicza się do nich wykonawców, choć to zamawiający i wykonawcy będą właśnie stronami zawieranych między nimi odpłatnych umów, co przesądza o tym, że ustawodawca wyklucza możliwość istnienia zamówień publicznych udzielanych pod tytułem darmowym (nieodpłatnych). Zaznaczyć należy, iż zamówieniem publicznym nie jest także każda zawarta umowa odpłatna. Regulacja znajdująca się w przepisach ustawy odnosi się jedynie do tych umów odpłatnych, zawartych pomiędzy zamawiającym a wykonawcą, których przedmiotem są jedynie usługi, dostawy lub roboty budowlane⁹.

Wskazaliśmy powyżej, iż przepisy Ustawy określają zasady i tryb udzielania zamówień publicznych, środki ochrony prawnej, kontrolę udzielania zamówień publicznych oraz organy właściwe w sprawach uregulowanych w ustawie. Choć niewątpliwie osią systemu zamówień publicznych jest oczywiście umowa, to przepis art. 139 Ustawy wyraźnie stwierdza, że do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny, jeżeli jej przepisy nie stanowią inaczej. To ostatnie stwierdzenie powoduje, że zawieranie umów w sprawie zamówień publicznych nie odbywa się zgodnie z zasadą swobody umów przewidzianą w przepisie art. 353¹ Kodeksu cywilnego. Przyjmuje się też, że zasada ta wyraża się *ex definitione* w swobodzie co do kształtowania treści stosunku umownego, ale również polega na:

⁵ Dz.U. Nr 71, poz. 318.

⁶ Dz.U. Nr 76, poz. 344.

⁷ Dz.U. Nr 19, poz. 177.

⁸ Por. J. Pieróg, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2004, s. 22; D. Szczepański, *Zamówienia publiczne*, Pułtusk 2004, s. 20 i n.; J. Baehr i in., *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2007, s. 29 i n.; H. Hartung i in., *Prawo zamówień publicznych po nowelizacji 2006*, Wrocław 2006, s. 20 i n.

⁹ Por. H. Nowicki, *Prawo zamówień publicznych – pojęcie i zakres regulacji*, [w:] *XV-lecie systemu zamówień publicznych w Polsce*, red. H. Nowicki, J. Sadowy, Toruń – Warszawa 2011, s. 90.

- 1) swobodzie decyzji co do zawarcia samej umowy (podjęcia decyzji),
- 2) swobodzie wyboru kontrahenta (osoby),
- 3) swobodzie kształtowania treści kontraktu,
- 4) swobodzie wyboru formy kontraktu¹⁰.

Zawieranie umowy w sprawie zamówienia publicznego odbywa się zgodnie ze ściśle określonymi procedurami przewidzianymi w przepisach Ustawy.

Procedura zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, określana jest przez przepisy zaliczane do prawa publicznego gospodarczego, a normy tego prawa mają przeważnie charakter tzw. norm bezwzględnie obowiązujących. Można powiedzieć, iż w dużej mierze odpowiadają one tej stosunkowo niewielkiej części norm prawa cywilnego, które określane są mianem *ius cogens*. Wszakże w prawie cywilnym określenie bezwzględnie obowiązujące odnosi się do tych norm tego prawa, których dyspozycje nie mogą być zmieniane ani ograniczane wolą stron czy odmiennymi obyczajami. W prawie administracyjnym sytuacja jest nieco inna. Mamy tu do czynienia nie tylko z brakiem wpływu woli stron na dyspozycje norm prawnych, ale także z tym, że istnieje obowiązek podejmowania zachowań wyznaczonych przez tę normę prawną. Działanie musi być podjęte w takim kształcie i według takich reguł, jakie wytycza norma prawna¹¹. Mamy więc tu wyraźne wzmocnienie konieczności podejmowania działania zgodnego z dyspozycją normy.

W prawie cywilnym większość obowiązujących norm to normy określane mianem *ius dispositivum*. Oznacza to, że np. strony mogą dane kwestie rozwiązywać w sposób odmienny od woli ustawodawcy, a w przypadku pozostawienia pewnych spraw bez ustaleń stron lub uczynienia tego w sposób niekompletny obowiązują przepisy prawa cywilnego¹². Kształtuje to niewątpliwie określoną swobodę stron, której zakres, jeśli chodzi o zawieranie umów, wyrażony został w przepisie art. 353¹ K.c. Stanowi on, iż 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. Jak więc widzimy, swoboda ta ma jednak swoje granice, które wyznaczane są przez przepisy prawa oraz zasady współżycia społecznego¹³. Zamawiający w większości przypadków nie może niestety korzystać z możliwości, jakie zwykle są udziałem choćby adresata tego typu norm, gdyż jego sposób postępowania w danej sytuacji określają w sposób konkretny i jednoznaczny przepisy ustawy, nie dając mu w tym względzie w zasadzie żadnych możliwości wyboru.

¹⁰ Por. A. Kidyba, *Prawo handlowe*, Warszawa 2000, s. 567-568.

¹¹ Por. J. Zimmermann, *Prawo administracyjne*, Kraków 2005, s. 38.

¹² Por. Z. Radwański, *Zarys części ogólnej prawa cywilnego*, Warszawa 1979, s. 43; B. Ziemianin, *Prawo cywilne. Część ogólna*, Poznań 1999, s. 24.

¹³ Zobacz na ten temat: P. Machnikowski, *Swoboda umów według art. 353¹ k.c. Konstrukcja prawna*, Warszawa 2005, s. 7; R. Trzaskowski, *Granice swobody kształtowania treści i celu umów obligacyjnych (353¹ k.c.)*, Kraków 2005.

2. Zamawiający i wykonawcy

Sytuacja stron zawierających umowę w przedmiocie zamówienia publicznego wygląda więc zgoła inaczej niż zwyczajowa sytuacja stron zawierających umowę, które mogą korzystać z możliwości stworzonych przez przepis art. 353¹ Kc. Jak już wskazaliśmy powyżej stronami umowy o zamówienie publiczne są zamawiający i wykonawcy. Z tych dwu kategorii podmiotów będących stronami umów o zamówienie publiczne, szczególną pozycję zajmować będzie zamawiający, czyli zgodnie z treścią przepisu art. 2 pkt 12 Ustawy, osoba fizyczna, osoba prawna albo jednostka organizacyjna nieposiadająca osobowości prawnej, która zobowiązana została do stosowania Ustawy – stosowania Ustawy, czyli bezwzględnego przestrzegania określonych w jej przepisach zasad, trybów i procedur udzielania zamówień publicznych. W ich gestii będzie prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Postępowania wszczynanego w drodze zamieszczenia publicznego ogłoszenia o zamówieniu lub przesłania zaproszenia do składania ofert albo przesłania zaproszenia do negocjacji w celu dokonania wyboru oferty wykonawcy, z którym zostanie zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego lub – w przypadku trybu zamówienia z wolnej ręki – wynegocjowania postanowień takiej umowy.

Zamawiający to ten podmiot, który jest odpowiedzialny za zgodne z jej przepisami przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, wybór wykonawcy oraz zawarcie umowy. Postępowanie mające na celu dokonanie wspomnianych działań zostało szczegółowo przez przepisy Ustawy określone. Przyjąć także można, iż zamawiającym będzie podmiot wyraźnie w ustawie wskazany, dokonujący zamówień na roboty budowlane, dostawy oraz usługi i w zasadzie wydatkujący na ich uzyskanie środki finansowe, które kwalifikowane są jako środki publiczne¹⁴. Działania zamawiającego podlegają kontroli. Zgodnie z przepisem art. 161 Ustawy, kontrolę udzielania zamówień przeprowadza Prezes Urzędu Zamówień Publicznych. Celem kontroli jest sprawdzenie zgodności postępowania o udzielenie zamówienia z przepisami ustawy. Wszczęcie kontroli może poprzedzać postępowanie wyjaśniające, mające na celu ustalenie, czy zachodzi uzasadnione przypuszczenie, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia doszło do naruszenia przepisów¹⁵ Ustawy, które mogło mieć wpływ na jego wynik. Zgodnie z przepisem art. 164, z przeprowadzonej kontroli sporządza się protokół, który zawiera w szczególności:

- 1) nazwę (firmę) i adres zamawiającego;
- 2) datę rozpoczęcia i zakończenia kontroli;
- 3) imiona i nazwiska kontrolujących;

¹⁴ Por. Z. Świeboda, *Ustawa o zamówieniach publicznych z komentarzem*, Warszawa 2002, s. 18.

¹⁵ Por. K. Kiczka, *Kontrola w prawie zamówień publicznych*, [w:] A. Borkowski i in., *Prawo zamówień publicznych*, Kolonia Limited, Wrocław 2008, s. 186.

4) oznaczenie postępowania o udzielenie zamówienia, które było przedmiotem kontroli;

5) informację o stwierdzeniu naruszeń.

W istocie więc kontroli podlegają przede wszystkim działania zamawiającego. Prowadząc postępowanie wyjaśniające lub kontrolę, Prezes Urzędu może: 1) żądać od kierownika zamawiającego niezwłocznego przekazania kopii dokumentów związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia potwierdzonych za zgodność z oryginałem przez kierownika zamawiającego; 2) żądać od kierownika zamawiającego, od pracowników zamawiającego oraz innych podmiotów udzielenia, w terminie przez niego wyznaczonym, pisemnych wyjaśnień w sprawach dotyczących przedmiotu kontroli.

Działania podejmowane przez zamawiającego poddane zostały także ocenie wykonawcy oraz innego podmiotu, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia i poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów Ustawy. Od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy przysługuje odwołanie. Powinno ono wskazywać czynność lub zaniechanie czynności zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, zawierać związane przedstawienie zarzutów, określać żądanie oraz wskazywać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające jego wniesienie. Wnoszone ono jest do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w formie pisemnej albo elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu. Odwołujący przesyła kopię odwołania zamawiającemu przed upływem terminu do wniesienia odwołania w taki sposób, aby mógł on zapoznać się z jego treścią przed upływem tego terminu. Wykonawca lub uczestnik konkursu może także w terminie przewidzianym do wniesienia odwołania poinformować zamawiającego o niezgodnej z przepisami ustawy czynności podjętej przez niego lub zaniechaniu czynności, do której jest on zobowiązany na podstawie Ustawy, na które wszakże, zgodnie z jej przepisami, nie przysługuje odwołanie.

Zamawiający, który udziela zamówienia z naruszeniem przepisów Ustawy określających przesłanki stosowania trybów udzielania zamówienia: negocjacji bez ogłoszenia, z wolnej ręki lub zapytania o cenę, bez wymaganego ogłoszenia, bez stosowania Ustawy lub dokonuje zmian w zawartej umowie z naruszeniem przepisów Ustawy podlega karze pieniężnej. Jej wysokość ustala się w zależności od wartości zamówienia. Karę pieniężną nakłada Prezes Urzędu Zamówień Publicznych w drodze decyzji administracyjnej.

Wykonawcy, zgodnie z przepisem art. 2 pkt 11 Ustawy, to osoby fizyczne, osoby prawne lub jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej, które ubiegają się o udzielenie zamówienia publicznego, złożyły ofertę lub zawarły umowę w sprawie zamówienia publicznego. Zawarta w przepisie art. 2 pkt 11 Ustawy definicja wykonawcy od strony podmiotowej jest identyczna z przewidzianą w przepisie

art. 2 pkt 12 Ustawy definicją zamawiającego. Różnica dotyczy roli, jaką podmioty te pełnią w procedurze udzielania i realizacji zamówień publicznych.

Wykonawca to podmiot, który ubiega się o udzielenie zamówienia publicznego, złożył ofertę, zawarł umowę w sprawie zamówienia publicznego lub ją wykonuje. Przepisy Ustawy bardzo szeroko określają pojęcie wykonawcy i, co istotne, nie utożsamiają wykonawcy z przedsiębiorcą, co mogłoby wydawać się zasadne, gdyż zamówienia publiczne dotyczą usług, dostaw lub robót budowlanych, czyli z formalnego punktu widzenia działalności określanej mianem gospodarczej.

Ustawodawca nie rozstrzyga także jednoznacznie o tym, kiedy określony podmiot uzyskuje status wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, ani o tym, kiedy status taki, w tym postępowaniu traci. Czy ustawodawca przyjął w przepisach ustawy obiektywną, czy subiektywną koncepcję wykonawcy? Czy status wykonawcy uzyskuje się choćby z chwilą pobrania specyfikacji istotnych warunków zamówienia ze strony internetowej zamawiającego (podmiot w takiej sytuacji może uważać się za wykonawcę), czy istnieją w postępowaniu czynności, których dokonanie lub zaniechanie może przesądzić o tym, że podmiot uzyskuje lub traci status wykonawcy? Jest to istotne choćby z tego powodu, iż zamawiający zobowiązany jest przez przepisy ustawy do określonych świadczeń na rzecz wykonawców¹⁶. Wykonawca wszakże musi spełniać warunki pozwalające mu ubiegać się o udzielenie zamówienia, przewidziane w przepisach art. 22, a także nie może podlegać wykluczeniu z toczącego się postępowania z przyczyn określonych w przepisach art. 24 Ustawy. W odróżnieniu od zamawiającego, wykonawca przy zawieraniu umowy o zamówienie publiczne korzysta mimo wszystko w dużym stopniu z gwarancji autonomii swej woli, bo nawet w przypadku gdy to jego oferta została uznana za najkorzystniejszą, nie musi zawrzeć umowy o realizację zamówienia publicznego. Zgodnie bowiem z treścią przepisu art. 94 ust. 3 Ustawy, jeżeli wykonawca, którego oferta została wybrana, uchyla się od zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego lub nie wnosi wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy, zamawiający może wybrać ofertę najkorzystniejszą spośród pozostałych ofert bez przeprowadzania ich ponownego badania i oceny, chyba że zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania, o których mowa w art. 93 ust. 1. Wykonawca w procesie zamówień publicznych ma więc odmienny od zamawiającego status.

3. Wspólni zamawiający

Zamawiającym, jak wskazaliśmy powyżej, będzie osoba fizyczna, osoba prawna albo jednostka organizacyjna nieposiadająca osobowości prawnej, obowiązana do stosowania Ustawy. Z formalnego punktu widzenia, biorąc pod uwagę fakt, że zamówienie publiczne jest odpłatną umową, zastanawiać może to, że wśród zamawia-

¹⁶ Por. H. Hartung i in., *Prawo zamówień publicznych...*, s. 40; M. Stachowiak, J. Jurzykowski, J. Dzierżanowski, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Kraków 2005, s. 35.

jących, ale także wykonawców wymienione są jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej. Zwróćmy wobec tego uwagę na przepis art. 1 Kodeksu cywilnego stanowiący, że „kodeks niniejszy reguluje stosunki cywilnoprawne między osobami fizycznymi i osobami prawnymi”. Oznacza to, że stronami umowy nie mogą być jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej. Kodeks cywilny dopuszcza co prawda, by stronami umowy były jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej, ale posiadające zdolność prawną. Przepis art. 33¹ § 1 K.c. stanowi, że do jednostek organizacyjnych niebędących osobami prawnymi, którym ustawa przyznaje zdolność prawną, stosuje się odpowiednio przepisy o osobach prawnych, co oznacza, iż stronami tymi mogą być tzw. ułomne osoby prawne.

Ustawa regulująca procedury udzielania zamówień publicznych nadaje status zamawiających także jednostkom organizacyjnym nieposiadającym osobowości prawnej lub ułomnym osobom prawnym. I tak przepis art. 32 ust. 5 Pzp stanowi, że jeżeli wyodrębniona jednostka organizacyjna zamawiającego, posiadająca samodzielność finansową, udziela zamówienia związanego z jej własną działalnością, wartość udzielanego zamówienia ustala się odrębnie od wartości zamówień udzielanych przez inne jednostki organizacyjne tego zamawiającego posiadające samodzielność finansową. Do tej kategorii zamawiających zaliczyć należy te jednostki organizacyjne, które nie mają osobowości prawnej (np. administracja rządowa, sądy, służby państwowe, np. policja), w sytuacji gdy mienie państwowe jest w posiadaniu tych państwowych jednostek organizacyjnych, to stanowią one tzw. *stationes fisci*, korzystając w obrocie z osobowości prawnej Skarbu Państwa, ale występując samodzielnie w czynnościach prawnych i procesowych¹⁷. Tak samo jak państwo jednostki samorządu terytorialnego zarządzają mieniem za pośrednictwem komunalnych jednostek organizacyjnych nieposiadających osobowości prawnej (tzw. *stationes communis* lub *stationes municipi*) i także je zaliczać będziemy do kategorii zarówno zamawiających, jak i wykonawców.

Zamawiający jest niewątpliwie osią procesu zamówień publicznych a podmioty związane przepisami Ustawy zostały jednoznacznie przez jej przepisy określone. Wśród zamawiających, czyli podmiotów zobowiązanych do stosowania przepisów ustawy, wyróżnić można kilka kategorii podmiotów. Do pierwszej kategorii zaliczyć należy jednostki organizacyjne wskazane w art. 3 ust. 1 pkt 1 i 2 Ustawy, czyli w istocie podmioty zaliczane do szeroko rozumianego sektora finansów publicznych. W pozostałych kategoriach, określonych w punktach 3-7, wskazano podmioty, na których obowiązek stosowania przepisów Ustawy spoczywa tylko wówczas, kiedy spełnione są warunki wskazane w treści omawianych przepisów, co oznacza, iż zastosowano tu obok wskazania podmiotów, także konieczne do spełnienia przez nie kryterium przedmiotowe, pozwalające na wskazanie tych spośród nich, które

¹⁷ Za Skarb Państwa podejmuje czynności procesowe organ państwowej jednostki organizacyjnej, z której działalnością wiąże się dochodzone roszczenie, lub organ jednostki nadrzędnej (art. 67 § 2 k.p.c.).

zobowiązane są do stosowania jej przepisów, czyli uzyskujące tym samym status zamawiających. Wśród zamawiających znajdujemy więc także jednostki, które trudno byłoby zaliczyć do jednostek sektora finansów publicznych.

Postępowanie o udzielenie zamówienia przygotowuje i przeprowadza zamawiający. Zamawiający może powierzyć przygotowanie lub przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia własnej jednostce organizacyjnej lub osobie trzeciej. Regulacje zawarte w ustawie odpowiadają sytuacjom, gdy zamawiającym jest pojedyncza jednostka organizacyjna, co nie oznacza, że ustawa nie dopuszcza sytuacji stanowiących modyfikację tej sytuacji. Udzielenie zamówienia publicznego może być niekiedy bardziej efektywne z punktu widzenia wydatkowanych środków, w wypadku choćby łączenia zamówień jednorodnych lub podobnych. Znaczną grupę zamawiających tworzą wszakże organy władzy publicznej, w tym organy administracji rządowej, organy kontroli państwowej i ochrony prawa oraz sądy i trybunały. Stąd też racjonalne wydaje się choćby centralizowanie jednorodnych zakupów dokonywanych przez te jednostki.

Przepisy art. 15a Ustawy przewidują taką możliwość, która wyraża się w instytucji centralnego zamawiającego. Centralny zamawiający może przygotowywać i przeprowadzać postępowania o udzielenie zamówienia, udzielać zamówień lub zawierać umowy ramowe na potrzeby zamawiających z administracji rządowej, jeżeli zamówienie jest związane z działalnością więcej niż jednego zamawiającego. Może on także dokonywać czynności również na potrzeby innych zamawiających. Prezes Rady Ministrów może wskazać centralnego zamawiającego spośród organów administracji rządowej lub jednostek organizacyjnych podległych tym organom lub przez nie nadzorowanych. Prezes Rady Ministrów, wskazując centralnego zamawiającego, może w drodze zarządzenia polecić zamawiającym z administracji rządowej nabywanie określonych rodzajów zamówień od centralnego zamawiającego lub od wykonawców wybranych przez centralnego zamawiającego oraz udzielanie zamówień na podstawie umowy ramowej zawartej przez centralnego zamawiającego, a także określić zakres informacji przekazywanych centralnemu zamawiającemu przez tych zamawiających, niezbędnych do przeprowadzenia postępowania oraz sposób współdziałania z centralnym zamawiającym. Do centralnego zamawiającego stosuje się odpowiednio przepisy dotyczące zamawiającego.

Oczywiście nie powinno być problemów z nabywaniem dostaw usług lub robót budowlanych od centralnego zamawiającego. Zgodnie z przepisem art. 4 pkt 11 przepisów Ustawy nie stosuje się do nabywania dostaw, usług lub robót budowlanych od centralnego zamawiającego lub od wykonawców wybranych przez centralnego zamawiającego.

Przepisy Ustawy przewidują także sytuację, w której minister kierujący działem administracji rządowej może w drodze zarządzenia wskazać spośród podległych mu jednostek organizacyjnych lub przez niego nadzorowanych zamawiającego, który będzie właściwy do przeprowadzenia postępowania i udzielenia zamówienia na rzecz tych jednostek, a także polecić tym jednostkom nabywanie określonych rodza-

jów zamówień od wskazanego albo centralnego zamawiającego lub od wykonawców wybranych przez wskazanego albo centralnego zamawiającego oraz polecieć udzielanie zamówień na podstawie umowy ramowej zawartej przez wskazanego albo centralnego zamawiającego. Podobnie organ wykonawczy jednostki samorządu terytorialnego może wyznaczyć spośród podległych samorządowych jednostek organizacyjnych jednostkę organizacyjną właściwą do przeprowadzenia postępowania i udzielenia zamówienia na rzecz tych jednostek.

Przepisy art. 16 przewidują także wybór zamawiającego dokonywany bez użycia środków administracyjnych. Oznacza to, że samodzielnie powstała grupa zamawiających może wspólnie przeprowadzić postępowanie i udzielić zamówienia, wyznaczając spośród siebie zamawiającego upoważnionego do przeprowadzenia postępowania i udzielenia zamówienia w ich imieniu i na ich rzecz. Będzie on działał jako pełnomocnik pozostałych zamawiających udzielających zamówienia wspólnego. W literaturze podkreśla się, że pełnomocnikiem zamawiających występujących wspólnie może być wyłącznie podmiot zamawiający w rozumieniu art. 3 Ustawy, i to taki, dla którego celem przystąpienia do wspólnej procedury jest udzielenie zamówienia wspólnego, a nie odpłatne wykonywanie czynności pełnomocnika¹⁸.

Zamówienie przeprowadzane i udzielane będzie w takim przypadku przez jednego zamawiającego w imieniu wielu zamawiających. Przepis Ustawy stanowi bowiem wyraźnie, iż zamawiający mogą wspólnie przeprowadzić postępowanie i udzielić zamówienia, wyznaczając spośród siebie zamawiającego upoważnionego do przeprowadzenia postępowania i udzielenia zamówienia w ich imieniu i na ich rzecz, co pozwala twierdzić, że zakres upoważnienia, jaki zostanie udzielony jednemu z uczestniczących podmiotów powinien być stosunkowo szeroki. Prowadzić postępowanie i udzielać zamówienie będzie jeden z uczestniczących w grupie podmiotów. W pewnym sensie będzie on pełnił funkcję w pewnym zakresie podobną do tej, którą pełni w konsorcjum pełnomocnik (lider). Zamawiający, który będzie upoważniony do przeprowadzenia postępowania, zobowiązany będzie do działania na podobnych zasadach, na jakich w obrocie prawnym działają pełnomocnicy. Toteż będzie on swoistego rodzaju pełnomocnikiem pozostałych członków porozumienia udzielających wspólnego zamówienia¹⁹.

Skutki podejmowanych przez niego działań dotykać będą pozostałych zamawiających działających wspólnie. Na przykład w przypadku naruszenia przepisów ustawy wszyscy zamawiający odpowiadać będą za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Wynika to jednoznacznie z przepisu art. 16 ust. 5 ustawy stanowiącego, że przepisy dotyczące zamawiającego stosuje się odpowiednio do zamawiających, wspólnie prowadzących postępowanie i udzielających zamówienia.

¹⁸ Por. H. Niedziela, *Zamówienia wspólne*, „Zamówienia Publiczne. Doradca” 2010, z. 9, s. 14.

¹⁹ Por. D. Jagiełło, *Porozumienia zawierane przez beneficjentów środków pochodzących z Unii Europejskiej*, „Zamówienia Publiczne. Doradca” 2010, z. 3, s. 12.

Niewątpliwie podstawą owego wspólnego działania zamawiających powinno być porozumienie zawarte w formie pisemnej, co wynika choćby z zasad udzielania zamówień publicznych. Treść porozumienia kształtowana będzie niewątpliwie wolą jego uczestników. To właśnie oni samodzielnie postanawiać będą o wspólnym prowadzeniu tego typu działań i ponosić ich ewentualne negatywne konsekwencje. Konsekwencje, które wynikać mogą z niedokonania lub niewłaściwego wykonania obowiązku ścisłego przestrzegania przepisów Ustawy przez zamawiającego upoważnionego do przeprowadzenia postępowania i udzielenia zamówienia w ich imieniu i na ich rzecz.

Motywy podejmowania tego typu działań znajdować należy przede wszystkim w sferze ekonomicznej w przypadku zamówień na usługi i dostawy. To wspólne występowanie i tym samym komasowanie zamówień pozwala w rezultacie na uzyskanie tzw. efektu skali, czyli silniejszej pozycji w negocjacjach z dostawcami, a tym samym uzyskanie lepszych warunków cenowych i pozacenowych. Przy większych zakupach łatwiej jest osiągnąć lepsze warunki dostaw, co w dużej mierze pozwala na wykonanie drugiego celu realizacji instytucji zamówień publicznych, a mianowicie oszczędnego i efektywnego wydatkowania przeznaczonych na zamówienie środków²⁰. Pozwala to także na standaryzację i unifikację procedur dotyczących udzielania zamówień publicznych, co może przyczynić się do wyeliminowania ewentualnych nieprawidłowości w stosowaniu przepisów Ustawy.

4. Wspólni wykonawcy

Wykonawca, zgodnie z przepisami Ustawy, to osoba fizyczna, osoba prawna albo jednostka organizacyjna nieposiadająca osobowości prawnej, która ubiega się o udzielenie zamówienia publicznego, złożyła ofertę lub zawarła umowę w sprawie zamówienia publicznego. Wszakże o udzielenie zamówienia, zgodnie z przepisami art. 22 ust. 1 Ustawy mogą ubiegać się jedynie wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące: posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności – jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania; posiadania wiedzy i doświadczenia; dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia; sytuacji ekonomicznej i finansowej. Oznacza to, że istotną rolę w procesie uzyskiwania zamówień publicznych odgrywać będzie potencjał, a więc wielkość wykonawcy i jego doświadczenia w realizacji zadań gospodarczych oraz stan kwalifikacji osób związanych z wykonawcą, czyli wszystkie atrybuty, którymi dysponują przedsiębiorcy.

Przedsiębiorcy wśród wykonawców zamówień publicznych stanowią niewątpliwie grupę najliczniejszą, choć w swej masie także zróżnicowaną. Wyraźnie potwier-

²⁰ Por. J. Sadowy, *Cele systemu zamówień publicznych i ich realizacja na przestrzeni 15 lat w świetle sprawozdań Prezesa Urzędu*, [w:] *XV-lecie systemu zamówień...*, s. 173.

dzają to przepisy ustawy o swobodzie działalności gospodarczej²¹, które wyróżniają w tym zbiorze mikroprzedsiębiorców, małych i średnich przedsiębiorców. Rozwój grupy małych i średnich przedsiębiorców jest koniecznym składnikiem zrównoważonego rozwoju gospodarki jako całości i o to zabiega państwo. W przepisach art. 103 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej wskazuje się wyraźnie, iż Państwo stwarza, z poszanowaniem zasad równości i konkurencji, korzystne warunki dla funkcjonowania i rozwoju mikroprzedsiębiorców, małych i średnich przedsiębiorców, także poprzez inicjowanie zmian stanu prawnego. Stąd też udzielanie zamówień publicznych, na które przeznaczają się znaczne kwoty ze środków publicznych powinno także stwarzać szanse na udział w nich grupy mikroprzedsiębiorców, małych i średnich przedsiębiorców.

Wszakże w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, a także w sytuacji udzielenia takiego zamówienia wszyscy wykonawcy traktowani być powinni jednakowo niezależnie od posiadanego statusu prawnego. Przepisy ustawy o zamówieniach publicznych, podobnie jak uregulowania unijne, nie przewidują żadnych preferencji, które związane byłyby z wielkością wykonawcy czy reprezentowanym przez niego potencjałem gospodarczym. Biorąc pod uwagę skalę jednostkową udzielanych zamówień, to niewątpliwie mały potencjał wykonawczy jednostek tego sektora w wielu przypadkach staje się przeszkodą w samodzielnym uzyskaniu zamówienia publicznego.

Jedną z form zapewnienia rozwoju mikro-, małym i średnim przedsiębiorcom byłoby ułatwienie im udziału w ogromnym rynku zamówień publicznych. Zlecenia uzyskiwane od podmiotów publicznych dawałyby tym podmiotom pewną stabilizację działalności i zapewniałyby podstawy do rozwoju w warunkach gospodarki rynkowej. Ze względu wszakże na obowiązujące zasady udzielania zamówień publicznych, rynek ten nie jest do końca w pełni przychylny tej kategorii przedsiębiorców, którzy działają na nim pojedynczo, jeśli chodzi o zamówienia o dużej wartości. Ułatwieniem byłaby w takiej sytuacji możliwość dzielenia zamówienia na części. Przepisy ustawy (art. 32 ust. 2 i 4 Ustawy) nie zabraniają dzielenia dużego zamówienia na części, co w konsekwencji mogłoby sprawiać, że stanie się ono bardziej dostępne dla małych i średnich przedsiębiorców. Jedynym prawnym ograniczeniem możliwości dzielenia dużych zamówień na części jest przepis art. 32 ust. 2 Ustawy stanowiący, że zamawiający nie może w celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy dzielić zamówienia na części lub zaniżać jego wartości. Dzielenie zamówienia jest niestety kłopotliwe i prowadzi do zwiększenia po stronie zamawiających nakładów organizacyjnych na postępowania, stąd nie są oni zbyt zainteresowani tego typu działaniami. Swoistym wyjściem z tej niekorzystnej sytuacji jest niewątpliwie stworzenie możliwości wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego.

²¹ Ustawa z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej, tj. Dz.U. z 2010 r., Nr 220, poz. 1447, z późn. zm.

Uprawnienie do wspólnego ubiegania się o zamówienie wynika wprost z przepisów art. 23 Ustawy, co oznacza, iż nie jest wymagane, by zamawiający wyraźnie ją dopuszczał czy wypowiedział się o takiej możliwości realizacji zamówienia w specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub innych dokumentach postępowania²². Brak takich unormowań nie oznaczałby jednak niemożności wspólnego ubiegania się o zamówienie, należy bowiem uznać, że możliwość ta jest implikowana przez podstawowe dla udzielania zamówień publicznych zasady równego traktowania wykonawców i ochrony konkurencji. Dyrektywy unijnego prawa zamówień również odnoszą się do kwestii wspólnego ubiegania się o zamówienie, stanowiąc, że grupy wykonawców mogą składać oferty lub wysuwać swoje kandydatury (art. 4 ust. 2 dyrektywy 2004/18/WE oraz art. 11 ust. 2 dyrektywy 2004/17/WE)²³. Jednocześnie w przepisach tych zakazuje się zamawiającemu stawiania wymogów w zakresie przybierania przez wykonawców określonych form organizacyjno-prawnych na etapie składania ofert bądź wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Dopuszcza się jednak możliwość stawiania wspomnianego wymogu na etapie realizacji zamówienia (w warunkach umowy w sprawie zamówienia), gdyby było to niezbędne do jego prawidłowego wykonania. Potwierdza to zasadę swobody wyboru odpowiedniej formy organizacyjno-prawnej przy ubieganiu się o zamówienie publiczne.

Wskazaliśmy już powyżej, że podstawowym obowiązkiem zamawiającego jest traktowanie na równych zasadach wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie oraz wykonawców działających w tej mierze samodzielnie. Niedopuszczalne będzie w szczególności różnicowanie warunków udziału w postępowaniu w stosunku do wykonawców występujących wspólnie poprzez stawianie im wymogów dodatkowych, nieprzewidzianych w stosunku do wykonawców samodzielnych²⁴.

Wspomniany art. 23 Ustawy przewiduje, że wykonawcy mogą wspólnie ubiegać się o udzielenie zamówienia. W takiej sytuacji wykonawcy ustanawiają pełnomocnika do reprezentowania ich w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo reprezentowania w postępowaniu i zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Jeżeli oferta wykonawców działających wspólnie została wybrana, zamawiający może żądać przed zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego umowy regulującej współpracę tych wykonawców.

Ustawodawca zdaje się zakładać, że wykonawcy w tym celu nie będą tworzyć stałych form organizacyjno-prawnych, lecz wybierać formy sformalizowane w stopniu minimalnym, a więc mające status jednostek organizacyjnych nieposiadających osobowości prawnej. Jest to oczywiście zgodne z treścią przepisu art. 2

²² Por. M. Stachowiak [w:] M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, *Prawo zamówień...*, s. 161-162.

²³ Dyrektywa 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. koordynująca procedury udzielania zamówień publicznych przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, Dz.U. UE L 134/1, z późn. zm.

²⁴ M. Stachowiak [w:] M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, *Prawo zamówień...*, s. 162.

pkt 11 Ustawy, który przewiduje, że wykonawcami obok osób fizycznych, osób prawnych, mogą być także jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej. Taką jednostką organizacyjną może być, ale pod pewnymi warunkami, przewidziana w przepisach Kodeksu cywilnego, spółka cywilna. Trudno wskazać, iż przepis art. 23 wyraźnie odwołuje się do konstrukcji tego typu spółki, choćby ze względu na przepis nakazujący wykonawcom działającym wspólnie ustanowienie pełnomocnika do reprezentowania ich w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo reprezentowania w postępowaniu i zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Celem gospodarczym, do którego mogłyby zmierzać utworzona przez wykonawców zarówno spółka cywilna, jak i zbliżone do niej umowne formy współdziałania, będzie uzyskanie zamówienia publicznego²⁵. Tego typu formy organizacyjne współuczestnictwa małych i średnich przedsiębiorców w rynku zamówień publicznych określane są w literaturze i orzecznictwie mianem konsorcjum (łac. *consortium* – zjednoczenie, od *consors* – uczestnik, współudziałowiec), choć treść właściwych przepisów ustawy takim pojęciem nie operuje²⁶.

W wielu przypadkach konsorcjum będzie miało, choć niewątpliwie niekoniecznie musi, formę prawną zbliżoną do spółki cywilnej, określanej równocześnie mianem tzw. spółki okazyjnej (spółki okolicznościowej). Spółka okazyjna tworzona jest na krótko w celu wykorzystania nadarżającej się okazji gospodarczej, najczęściej dla jednej określonej transakcji lub konkretnego przedsięwzięcia. Może się utworzyć nawet po zawarciu umowy, która ma zostać zrealizowana. Z natury rzeczy zakres prowadzenia spraw i reprezentacji spółki jest wówczas bardzo ograniczony, często nawet wyczerpująco określony już w umowie.

Organizacja konsorcjum może być różna, w zależności od wykorzystania możliwości dyspozytywnej regulacji cywilnoprawnej²⁷. Najczęściej jeden z uczestników odgrywa rolę wiodącą (tzw. lidera) i to on – we wszystkich lub najważniejszych sprawach – w sposób wiążący pozostałych konsorcjantów występuje wobec głównego kontrahenta konsorcjum. Uczestnicy takiego porozumienia mogą kształtować w nim wewnętrzne zasady odpowiedzialności za wykonanie zobowiązań. Nierzadko to lider przyjmuje odpowiedzialność za zobowiązania pozostałych uczestników, choć z perspektywy kontrahenta konsorcjum zastosowanie w takim przypadku znajduje przepis art. 864 Kc, stanowiący o solidarnej odpowiedzialności współników. W przypadku przyjęcia innej formy współdziałania, solidarność ta wynika z treści przepisu art. 141 Ustawy.

Konieczność ustanowienia pełnomocnika przez podmioty wspólnie ubiegające się o udzielenie zamówienia i tworzące w tym celu niesformalizowaną jednostkę

²⁵ Por. W. Stodolak [w:] H. Hartung, *Zamówienia publiczne...*, s. 139.

²⁶ Por. M. Stachowiak [w:] M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, *Prawo zamówień...*, s. 162; W. Stodolak [w:] H. Hartung, *Zamówienia publiczne...*, s. 138.

²⁷ Por. A.W. Wiśniewski, *Prawo o spółkach. Podręcznik praktyczny*, t. I, Warszawa 1992, s. 119-120.

organizacyjną, nieposiadającą osobowości prawnej ani nawet ułomnej osobowości prawnej, wydaje się rozwiązaniem korzystnym, chroniącym interesy nie tylko zamawiającego, ale i wykonawców. Zamawiający, składając pełnomocnikowi określone oświadczenia woli lub wiedzy, ma bowiem gwarancję ich skuteczności wobec uczestników konsorcjum (mocodawców pełnomocnika), z drugiej strony wykonawcy w sytuacji braku wspólnego pełnomocnika musieliby dokonywać wszystkich czynności w postępowaniu wobec zamawiającego wspólnie²⁸.

5. Zakończenie

Stronami umowy o zamówienie publiczne są zamawiający i wykonawca. Przepisy Ustawy przewidują możliwość, aby zarówno po stronie zamawiających, jak i po stronie wykonawców wystąpiły podmioty działające wspólnie. Choć niewątpliwie cele przyświecające stworzeniu takich możliwości z formalnego punktu widzenia były oczywiście odmienne, to nie ulega wątpliwości, iż wspomagają one proces racjonalizacji oszczędnego i efektywnego wydatkowania środków przeznaczonych na zamówienia publiczne.

Ten proces jest szczególnie zauważalny w przypadku wspólnych zamawiających. Chodzi przede wszystkim o stworzenie możliwości jak najbardziej efektywnego wydatkowania posiadanych środków publicznych. Niejako przy okazji, uzyskuje się także możliwość standaryzacji procedur, minimalizowania ilości popełnianych błędów związanych z realizacją przewidzianych procedur, a tym samym bardziej skutecznego stosowania rozwiązań przewidzianych w przepisach samej Ustawy.

Stworzenie możliwości wzajemnego współdziałania wielu wykonawców również pozwala osiągnąć wspomniany podstawowy skutek. Wszakże motywy kreowania tego typu możliwości w tym przypadku zdają się także nieco inne. Powołanie wspólnego wykonawcy może bowiem pozwolić na uzyskanie wymaganych efektów technicznych i technologicznych, które nie byłyby możliwe do zrealizowania w przypadku wykonawstwa samodzielnego. W większym zaś stopniu umożliwia to skuteczne konkutowanie w procesie uzyskania zamówienia przez działających wspólnie małych i średnich wykonawców z podmiotami, których potencjał i możliwości techniczne są tak duże, iż stawiałyby je zawsze na pozycji przegranej.

Kształtowanie treści umowy będącej formalną podstawą współdziałania zarówno zamawiających, jak i wykonawców nie zostało pozostawione pełnej autonomii tworzących ją jednostek. W określonym zakresie formowana jest ona przez przepisy Ustawy. Nakładają one bowiem na zamawiających konieczność wyznaczenia zamawiającego upoważnionego do przeprowadzenia postępowania i udzielenia zamówie-

²⁸ Por. K. Horubski, T. Kocowski, *Konsorcjum jako instrument wsparcia małych i średnich przedsiębiorców w systemie zamówień publicznych*, [w:] *Nowe podejście do zamówień publicznych – zamówienia publiczne jako instrument zrównoważonego rozwoju. Doświadczenia polskie i zagraniczne*, red. J. Niczyporuk, J. Sadowy, M. Urbanek, Kazimierz Dolny 2001, s. 52.

nia w ich imieniu. W przypadku wykonawców nakładają obowiązek ustanowienia pełnomocnika do reprezentowania ich w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo reprezentowania w postępowaniu i zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, zawarcia umowy na piśmie w przypadku wybrania oferty czy wreszcie stanowią o tym, że wykonawcy ponoszą solidarną odpowiedzialność za wykonanie umowy i wniesienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy, choćby w zawartej między sobą umowie postanowili inaczej.

Literatura

- Baehr J., Czajkowski T., Dzierżanowski W., Kwieciński T., Łysakowski W., *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2007.
- Borkowski A., Guziński M., Horubski K., Kiczka K., Kieres L., Kocowski T., Miemieć W., Szydło M., *Prawo zamówień publicznych*, Kolonia Limited, Wrocław 2008.
- Fundowicz S., *Dychotomiczny podział prawa*, „Samorząd Terytorialny” 2000, z. ½.
- Hartung H., Laudański P., Stodolak W., Stręciwilk M., Winiarz M., *Zamówienia publiczne po nowelizacji 2006*, Wrocław 2006.
- Horubski K., Kocowski T., *Konsorcjum jako instrument wsparcia małych i średnich przedsiębiorców w systemie zamówień publicznych*, [w:] *Nowe podejście do zamówień publicznych – zamówienia publiczne jako instrument zrównoważonego rozwoju. Doświadczenia polskie i zagraniczne*, red. J. Niczyporuk, J. Sadowy, M. Urbanek, Kazimierz Dolny 2001.
- Jagiello D., *Porozumienia zawierane przez beneficjentów środków pochodzących z Unii Europejskiej*, „Zamówienia Publiczne Doradca” 2010, z. 3.
- Kidyba A., *Prawo handlowe*, Warszawa 2000.
- Nowicki H., *Prawo zamówień publicznych – pojęcie i zakres regulacji*, [w:] *XV-lecie systemu zamówień publicznych w Polsce*, red. H. Nowicki, J. Sadowy, Toruń – Warszawa 2011.
- Machnikowski P., *Swoboda umów według art. 353¹ k.c. Konstrukcja prawna*, Warszawa 2005.
- Niedziela H., *Zamówienia wspólne*, „Zamówienia Publiczne, Doradca”, 2010, z. 9.
- Pieróg J., *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2004.
- Radwański Z., *Zarys części ogólnej prawa cywilnego*, Warszawa 1979.
- Sadowy J., *Cele systemu zamówień publicznych i ich realizacja na przestrzeni 15 lat w świetle sprawozdań Prezesa Urzędu*, [w:] *XV-lecie systemu zamówień publicznych w Polsce*, red. H. Nowicki, J. Sadowy, Toruń – Warszawa 2011.
- Stachowiak M., Jerzykowski J., Dzierżanowski W., *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2010.
- Szczepański D., *Zamówienia publiczne*, Pułtusk 2004. Świeboda Z., *Ustawa o zamówieniach publicznych z komentarzem*, Warszawa 2002.
- Trzaskowski R., *Granice swobody kształtowania treści i celu umów obligacyjnych (art. 353¹ k.c.)*, Kraków 2005.
- Wiśniewski A.W., *Prawo o spółkach. Podręcznik praktyczny*, t. I, Warszawa 1992.
- Ziemianin B., *Prawo cywilne. Część ogólna*, Poznań 1999.
- Zimmermann J., *Prawo administracyjne*, Kraków 2005.

JOINT ORDERERS AND JOINT CONTRACTORS IN THE SYSTEM OF PUBLIC PROCUREMENT

Summary: Buyer and supplier are parties to the public procurement contracts. The provisions of the Public procurement act provide the possibility that both buyers and suppliers of the public procurement process act in collaboration. The primary objective, which was to be achieved by introducing the possibility of such activities, was to support the rationalization process of cost-effective and efficient ways of disbursement of assets allocated in public procurement system. Secondary goals were different, related to the interests of both buyers and suppliers, between which there is often antinomy. Although agreements, formally regulated by the stipulations of the civil law, are signed by the parties, to some extent they are also shaped directly by the legislature. However, this interference in the shape of the agreement is much more extensive for suppliers than for buyers.

Keywords: collaborative contracting, collaborative contractors, public procurement.