

CENTRALNE BIURO ANTYKORUPCYJNE

REKOMENDACJE
POSTĘPOWAŃ ANTYKORUPCYJNYCH
PRZY STOSOWANIU PROCEDURY
UDZIELANIA ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

WARSZAWA 2010

Projekt okładki
Danuta CZERSKA

Skład komputerowy
Lilianna KRÓLAK

ISBN 978-83-89999-97-9

Wydawnictwo Centrum Szkolenia Policji w Legionowie
zam. nr 60/2010; nakład 200 egz.

Spis treści

| | |
|---|----|
| Wprowadzenie | 5 |
| I. Etap planowania i przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego | 6 |
| II. Etap prowadzenia postępowania | 18 |
| III. Realizacja i odbiór zamówienia publicznego | 25 |
| IV. Odpowiedzialność za naruszenie przepisów przy udzielaniu zamówień publicznych | 30 |

Wprowadzenie

Zamówienia publiczne są największym w kraju rynkiem, przez który przepływają strumienie finansowe środków budżetowych oraz ogromna część środków unijnych.

Realizacja zadań publicznych przez podmioty dysponujące środkami publicznymi wiąże się z obowiązkiem ich wydatkowania zgodnie z obowiązującymi procedurami udzielania zamówień publicznych na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 – dalej jako p.z.p.).

Centralne Biuro Antykorupcyjne, realizując zadania nałożone przez ustawodawcę, zwraca uwagę na mogące pojawić się nieprawidłowości w wydatkowaniu środków publicznych w toku realizacji zakupu usług lub dostaw, a także procesów inwestycyjnych.

Niniejsze rekomendacje mają na celu przybliżenie procesu udzielania zamówień publicznych oraz udzielenie wsparcia kierownikom jednostek zamawiających w prowadzeniu postępowań o udzielenie zamówień publicznych poprzez wskazanie często pojawiających się nieprawidłowości oraz sposobów im zapobiegania. Opisane przykłady nieprawidłowości oraz sposoby im zapobiegania mogą pozytywnie wpłynąć na realizację procesu udzielenia zamówienia publicznego, a tym samym znacznie zwiększyć szanse zamawiającego na zakończenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z pożądanym skutkiem.

Nieprzestrzeganie przez zamawiającego norm wyrażonych w przepisach określających reguły wydatkowania środków publicznych może przynieść negatywne skutki ekonomiczne dla finansów jednostki, a w rezultacie doprowadzić do poniesienia przez niego odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, naruszenie przepisów prawa zamówień publicznych czy też odpowiedzialności karnej. Szybki termin realizacji inwestycji, jak też ogrom prac koniecznych do wykonania w takich programach jak rozwój infra-

struktury drogowej czy przygotowanie obiektów sportowych do zbliżających się mistrzostw Euro 2012 wymagać będą sprawnego, rzetelnego i profesjonalnego przygotowania, a następnie przeprowadzenia postępowań o udzielenie zamówień publicznych.

W celu uniknięcia zagrożeń korupcyjnych mogących pojawić się w toku realizacji inwestycji, mając również na uwadze maksymalne usprawnienie i transparentność podejmowanych procesów decyzyjnych oraz kierując się chęcią wypełnienia funkcji prewencyjnej, Centralne Biuro Antykorupcyjne przedstawia poniżej rekomendacje postępowań oraz wybrane aspekty odpowiedzialności, która jest związana z procesem udzielania zamówień publicznych.

I. Etap planowania i przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego

Przepisy prawa zamówień publicznych określają kierownika zamawiającego jako odpowiedzialnego za przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Fakt, iż kierownik zamawiającego odpowiada za przygotowanie i przeprowadzenie postępowania nie oznacza, że to kierownik sam powinien postępowanie przygotować i przeprowadzić. Kierownik zamawiającego może powierzyć przygotowanie lub przeprowadzenie postępowania pracownikom zamawiającego, a także osobom trzecim (np. w przypadku instytucji centralnego zamawiającego). Powierzenie przygotowania i przeprowadzenia postępowania pracownikom zamawiającego wiąże się z potrzebą wypracowania (lub też dokonania nowelizacji już istniejących) aktów prawa wewnętrznego określających w szczególności sposób procedurę udzielania zamówień publicznych w danej jednostce organizacyjnej.

Podstawowymi aktami prawa wewnętrznego odnoszącymi się wprost do procesu udzielania zamówień publicznych w danej jednostce organizacyjnej są: regulamin udzielania zamówień publicznych

oraz regulamin pracy komisji przetargowej. Konstrukcja regulaminu udzielania zamówień publicznych oraz regulaminu pracy komisji przetargowej powinna być konstrukcją jasną, czytelną, zawężającą pole do interpretacji, pozwalającą na identyfikację osób dokonujących czynności w procesie udzielenia zamówienia publicznego, jak też identyfikację dokumentów i zapisów w celu możliwości późniejszego odtworzenia procesu decyzyjnego.

Nieprzestrzeganie przez pracowników zamawiającego obowiązujących w danej jednostce organizacyjnej aktów prawa wewnętrznego może być dla kierownika zamawiającego podstawą do pociągnięcia pracownika do odpowiedzialności porządkowej określonej w kodeksie pracy, tj. kary upomnienia, kary nagany, włączając w uzasadnionych przypadkach możliwość zastosowania rozwiązania umowy o pracę bez wypowiedzenia z tytułu ciężkiego naruszenia przez pracownika podstawowych obowiązków pracowniczych.

Bardzo często zdarza się, że regulaminy udzielania zamówień publicznych czy też regulaminy prac komisji przetargowych zawierają tylko ogólne postanowienia, co niesie za sobą dowolność ich interpretacji oraz stwarza poczucie anonimowości w podejmowaniu decyzji na poszczególnych etapach postępowania. Przełamanie tej anonimowości powinno wyznaczać kierunki prac nad aktami prawa wewnętrznego u zamawiającego.

Na etapie organizacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego kierownik zamawiającego powinien mieć świadomość, jakie czynniki mogą mieć wpływ na udzielenie planowanego zamówienia. Analizą należy objąć zarówno otoczenie wewnętrzne zamawiającego (np.: wielkość posiadanych środków, stopień przygotowania merytorycznego pracowników, czas niezbędny na realizację zamówienia itp.), jak i otoczenie zewnętrzne (np.: znajomość rynku, liczba potencjalnych wykonawców, stopień innowacyjności przedsięwzięcia, tendencje rynku itp.). W tym celu planowanie zamówienia powinno łączyć się z analizą pod kątem wyspecyfikowania „słabych punktów” oraz podstawowych zagrożeń korupcyjnych.

Kierownik zamawiającego w oparciu o regulamin udzielania zamówień publicznych powołuje na członków komisji przetargowej osoby, które dają rękojmię rzetelnego i obiektywnego przeprowadzenia procedury o zamówienie publiczne. W tym miejscu należy zwrócić uwagę na możliwość powoływania członków komisji przetargowej ściśle określając ich zadania – określając już na etapie decyzji o powołaniu komisji przetargowej obszary działań danego członka komisji (np. Pan i Pani X powołani na członków komisji przetargowej – w zakresie badania dokumentów określających zdolność wykonawcy do brania udziału w przedmiotowym postępowaniu, Pan i Pani Y w zakresie oceny oferowanego przedmiotu zamówienia pod kątem spełniania wymogów zawartych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia – siwz). Przy podziale zakresów zadań poszczególnym członkom komisji należy pamiętać o doborze osób dających rękojmię należytego wykonania powierzonego im zadania oraz o zachowaniu w miarę możliwości zasady dwóch par oczu przy wykonywaniu każdej czynności zamawiającego.

Dla przejrzystości procedur na etapie przygotowywania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego rekomenduje się wprowadzanie przez kierownika zamawiającego wymogu tworzenia dwóch SIWZ w jednym postępowaniu, mianowicie jedną SIWZ „na zewnątrz” oraz drugą do dokumentacji postępowania (specyfikacja wewnętrzna zamawiającego) z wyszczególnieniem imion i nazwisk osób zajmujących się opracowaniem poszczególnych części specyfikacji.

Wśród najczęściej spotykanych symptomów wskazujących na możliwość nieetycznego, bądź niezgodnego z prawem zachowania można zaliczyć spotkania wykonawców z członkami komisji przetargowych poza siedzibą zamawiającego, po godzinach urzędowania, częste rozmowy telefoniczne członków komisji z wykonawcami, których treść stanowią uzgodnienia co do zapisów specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub treści oferty. Pożądanym jest aby regulamin pracy członków komisji przetargowej ściśle regulował tego typu

kwestie. Jednym z rozwiązań ograniczających ten proceder jest stworzenie restrykcyjnych przepisów w regulaminie pracy komisji przetargowej nakazujących ściśle przestrzeganie zasady pisemności. Każde pytanie powinno być sporządzone na piśmie, a odpowiedź winna następować także w drodze pisemnej. Kierownik zamawiającego przy uregulowaniu tego typu kwestii w akcie prawa wewnętrznego stwarza sobie podstawę do pociągnięcia do odpowiedzialności służbowej członka komisji łamiącego te zapisy. Zasady: „nie ma pytań ważnych i mniej ważnych, wszystkie są na piśmie” oraz bezwzględne dokumentowanie (np. w drodze notatki służbowej) i wskazanie potencjalnemu wykonawcy potrzeby sformalizowania pytania na piśmie, następnie przekazane zamawiającemu, przesłanie pocztą, faksem lub e-mailem winny być bezwzględnie i kategorycznie przestrzegane.

Zagrożenia płynące z błędów popełnianych na etapie tworzenia specyfikacji istotnych warunków zamówienia dotyczą przede wszystkim trzech sfer:

- a) określenia przedmiotu zamówienia,
- b) określenia warunków udziału w postępowaniu,
- c) określenia kryteriów oceny ofert.

Każda z wymienionych wyżej sfer niesie zagrożenie wystąpienia błędów i nieprawidłowości, które z kolei najczęściej skutkują złamaniem fundamentalnych w prawie zamówień publicznych zasad: jawności, równego traktowania oraz zachowania uczciwej konkurencji. Poszczególne elementy siwz – dotyczące opisu przedmiotu zamówienia, określania warunków udziału w postępowaniu oraz opisu sposobu ich spełnienia, a także ustalenia kryteriów oceny ofert są formułowane indywidualnie do każdego zamówienia przez osoby wykonujące czynności związane z przygotowaniem postępowania o udzielenie zamówienia. Ustalanie postanowień siwz jest w tych wypadkach poddane swobodnemu wyborowi i jako takie narażone jest szczególnie na niebezpieczeństwo braku obiektywizmu oraz inne zachowania o cechach korupcyjnych. Często zdarza się również, iż opisu przedmiotu zamówienia dokonują firmy zewnętrzne, co powoduje, że

zamawiający ma jeszcze mniejszy wpływ na treść wprowadzanych do siwz zapisów.

Kazus:

Firma „X” w krótkim czasie stała się wiodącą firmą wyspecjalizowaną w przygotowywaniu projektów budowy hal sportowych dla jednostek samorządu terytorialnego. Zawsze oferowała dość niską cenę za realizację projektów i w ten sposób wygrywała przetargi. Jednocześnie właściciel firmy „X” umówił się z szefem firmy przedstawicielskiej producenta technologii uzdatniania wody, iż w projektach realizowanych na potrzeby jednostek samorządu dotyczących budowy basenów określać będzie parametry związane z technologią uzdatniania wody w ten sposób, że spełniać je będzie tylko ten konkretny dostawca. Zgodnie z tą umową, w projektach znajdowały się zapisy ograniczające konkurencję, bowiem parametry określające wymaganą technologię uzdatniania wody wskazywały na jednego wykonawcę. Firma „X” otrzymywała gratyfikację od przedstawiciela firmy, której technologia była opisana w projekcie. Określona procentowo kwota jaka przypadła dla firmy „X” za wpisanie określonych parametrów, pozwalała nie tylko na składanie ofert o cenach gwarantujących uzyskanie zamówienia na prace projektowe, ale również przysparzała mu dodatkowej korzyści majątkowej. Urzędy prowadzące postępowania na wybór wykonawców basenów w oparciu o przygotowany wcześniej projekt firmy „X” nie weryfikowały propozycji projektanta. Zastosowane zapisy siwz miały wpływ na wynik postępowania, bowiem w przetargu na wykonawstwo obiektów basenowych odrzucono oferty konkurencyjne, gdyż nie spełniały one warunków określonych w specyfikacji.

Podczas kontroli pracownicy merytoryczni zamawiającego nie potrafili odpowiedzieć na pytania, dlaczego określono tak restrykcyjnie parametry techniczne w zakresie technologii uzdatniania wody.

Stwierdzić należy, że tego typu porozumienia wykonawców z osobami mającymi wpływ na przebieg procedury udzielenia zamówienia

publicznego, jak np. z projektantami są niedopuszczalne, a w efekcie ujawnienia takiego porozumienia mogą wpłynąć na poniesienie przez te osoby odpowiedzialności karnej.

Kazus:

Kierownik Wydziału Zamówień Publicznych polecił swojemu pracownikowi sporządzenie specyfikacji na dostawę komputerów. Pracownik ten, wykonując powierzone mu zadanie, zwrócił się o pomoc w określeniu parametrów komputerów do swojego znajomego, który prowadzi firmę zajmującą się sprzedażą sprzętu komputerowego. Już po dwóch godzinach otrzymał e-mailem pełny i szczegółowy opis jaki potrzebny był mu do stworzenia siwz. Dzięki temu mógł szybko przekazać swojemu przełożonemu gotowe materiały do ogłoszenia przetargu. Procedura została uruchomiona błyskawicznie z uwagi na zbliżający się koniec roku budżetowego i związaną z tym konieczność wykorzystania zarezerwowanych środków finansowych. Niestety, już następnego dnia po ukazaniu się ogłoszenia o przetargu do zamawiającego spłynęła lawina protestów zarzucających zamawiającemu dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w taki sposób, że postawione wymogi mógł spełnić tylko autoryzowany dostawca jednego modelu komputera klasy PC.

W sumie kilkadziesiąt protestów i związanych z nimi postępowań odwoławczych sparaliżowało procedurę udzielenia zamówienia publicznego. W rezultacie kierownik zamawiającego nie wykonał zakładanego budżetu.

Mając na uwadze wyżej przedstawione zagrożenia, rekomenduje się:

- szczegółową analizę zapisów siwz przed ich zatwierdzeniem, szczególnie pod kątem określonych w niej zapisów odnośnie przedmiotu zamówienia oraz warunków jakie muszą spełniać wykonawcy, sprawdzając, czy zapisy te nie faworyzują konkretnego wykonawcy;
- wprowadzenie zasady odbierania od osób przygotowujących opis przedmiotu zamówienia pisemnej informacji na temat

źródeł pozyskiwania informacji dotyczących przedmiotu zamówienia;

- **stosowanie racjonalnie uzasadnionych kryteriów oceny ofert, których zastosowanie zagwarantuje wybór oferty najkorzystniejszej;**
- **personalne określenie osób odpowiedzialnych za postanowienia zawarte w siwz.**

Kolejnym elementem, na który należy zwrócić uwagę jest możliwość wstrzymywania się przez członków komisji przetargowej od głosowań w zakresie postanowień dotyczących kwestii merytorycznych, co do których nie posiadają odpowiedniej wiedzy. Przyjęcie powyższej zasady dodatkowo sprzyja spersonifikowaniu odpowiedzialności za wprowadzone treści w dokumentacji postępowania.

Należy przy tym podkreślić, że niedopuszczalne jest ze strony przełożonych wywieranie presji na członka komisji przetargowej w kierunku zmuszenia go do zajęcia stanowiska w sytuacji, gdy w jego przeświadczeniu nie może on brać udziału w podejmowaniu decyzji w zakresie ustaleń zapisów siwz ze względu na brak dostatecznej wiedzy merytorycznej.

Każdy członek komisji który posiada odrębne zdanie od postanowień komisji (został przegłosowany), ma możliwość zgłoszenia wotum separatum. Na podstawie art. 96 ust. 2 p.z.p. wotum separatum można uznać za załącznik do protokołu w postaci oświadczenia członka komisji lub innego dokumentu. Członek komisji przetargowej składając uzasadnione zdanie odrębne swoim oświadczeniem ujawnia, iż w trakcie obrad komisji pojawiła się różnica zdań oraz że miał on inne zdanie niż podjęta decyzja. Przewodniczący komisji przetargowej winien poinformować o tym fakcie kierownika zamawiającego przed zatwierdzeniem protokołu z prowadzonego postępowania przetargowego.

Na uwagę zasługuje możliwość wykorzystania biegłych m.in. w celu rozwiązania kwestii spornych, które pojawiły się w procesie udzielania zamówienia publicznego. Biegłych powołuje się z reguły spośród osób znajdujących się na liście biegłych sądowych, co nie stoi

na przeszkodzie powołaniu w charakterze biegłego każdej osoby mającej odpowiednią wiedzę w danej dziedzinie. Biegłego powołuje każdorazowo kierownik zamawiającego na podstawie art. 21 ust. 4 p.z.p. z własnej inicjatywy lub na wniosek komisji przetargowej. Biegły, jako osoba wykonująca czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, składa pod rygorem odpowiedzialności karnej za fałszywe zeznania pisemne oświadczenie o braku lub istnieniu okoliczności, o których mowa w art. 17 p.z.p., określającym okoliczności wykluczenia osoby z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Należy pamiętać, iż biegły nie wchodzi w skład komisji przetargowej, a jedynie jest jej głosem doradczym. Jego uczestnictwo w pracach komisji może mieć charakter doraźny lub może ograniczyć się do pisemnych odpowiedzi na postawione przez komisję przetargową pytanie. Dopuszczenie biegłego jest zasadne co do pojedynczych zagadnień i każdorazowo wymaga zlecenia (734 k.c.).

Kierownik zamawiającego ma prawo do dokonywania zmiany członków komisji przetargowej w zasadzie w każdej fazie postępowania. Wskazany jest natychmiastowa reakcja kierownika zamawiającego w przypadku gdy otrzymał informację o braku bezstronności jednego lub więcej członków komisji.

W takim przypadku działanie kierownika zamawiającego będzie miało swoje uzasadnienie w art. 7 ust. 2 p.z.p., który stanowi iż: „czynności związane z przygotowaniem oraz przeprowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia wykonują osoby zapewniające bezstronność i obiektywizm”.

Kierownik zamawiającego może zmienić poszczególnych członków komisji, a nawet cały jej skład. Wymiana poszczególnych członków czy składu komisji może odbywać się także po otwarciu ofert, szczególnie wtedy, gdy np. pierwsza ocena ofert dokonana przez komisję zostanie zakwestionowana przez wykonawcę lub przez Krajową Izbę Odwoławczą. Nie oznacza to jednak, iż w każdej takiej sytuacji powinna nastąpić zmiana komisji. Pamiętać należy o tym, że zmiana składu powinna być dokonywana tylko w wyjątkowych wypadkach.

Art. 17 p.z.p. ma zapewnić bezstronność osób uczestniczących w postępowaniu w imieniu zamawiającego. Jest to w tym zakresie jedyny środek prawny, który gwarantuje zachowanie przez zamawiającego zasady uczciwej konkurencji przewidzianej w art. 7 ust. 1 p.z.p., ponieważ przewiduje obligatoryjne wyłączenie z postępowania osób, których bezstronność mogłaby budzić wątpliwości.

Oświadczenie o bezstronności składają na druku ZP-11 wszyscy biorący udział w postępowaniu po stronie zamawiającego (w tym także członkowie komisji). Ponieważ ten przepis dotyczy tylko zamawiającego nie można konsekwencji z niego wynikających rozciągać na wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego. Wyłączenie wynikające z art. 17 p.z.p. powinno nastąpić z chwilą ujawnienia informacji o niedozwolonych związkach takiej osoby z wykonawcą. Osoba pozostająca w związku z wykonawcą powinna bezzwłocznie powstrzymać się od wykonywania dalszych czynności w postępowaniu i natychmiast powiadomić o tym fakcie kierownika zamawiającego lub inną osobę, która powierzyła jej wykonywanie czynności. Nieuczynienie tego grozi zamawiającemu unieważnieniem postępowania lub nawet zawartej umowy.

Kazus:

Zamawiający przeprowadził postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane w trybie przetargu ograniczonego.

Dodatkowo członkowie komisji ustanowili wymogi udziału w postępowaniu eliminujące praktycznie każdą konkurencję.

Z tego też powodu, po etapie oceny złożonych przez oferentów wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zamawiający skierował zaproszenie do złożenia oferty do jednego tylko wykonawcy, informując go dodatkowo, że w wyniku wykluczenia z postępowania wszystkich pozostałych, został jedynym zaproszonym do złożenia oferty. W efekcie tak przeprowadzonego postępowania zamawiający uzyskał ofertę realizacji zamówienia o ok. 20% wyższą niż mógłby uzyskać na rynku, nawet bez organizowania przetargu.

W procesie ustalania warunków udziału w postępowaniu udzielał się tylko przewodniczący komisji przetargowej. Reszta składu komisji głosowała zgodnie z jego sugestiami.

Dalsza analiza powiązań personalnych wskazała na związki rodzinne przewodniczącego komisji z właścicielem firmy budowlanej, która otrzymała zlecenie.

Mając na uwadze powyżej przedstawione zagrożenia, rekomenduje się:

- **ściśle kontrolę warunków udziału w postępowaniu oraz identyfikację osób ustalających te warunki;**
- **weryfikację określonych warunków udziału w postępowaniu oraz opisu przedmiotu zamówienia pod kątem jak najszerszego dostępu do zamówienia potencjalnych wykonawców;**
- **w sytuacjach wątpliwych, żądanie podawania nazw firm bądź producentów spełniających określone wymogi.**

W procesie przygotowywania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego dla inwestycji budowlanych, kierownik zamawiającego wraz z podległymi mu służbami powinien znać podstawowe założenia przyszłej inwestycji.

Kazus:

Zamawiający, jakim była jedna z gmin zlecił wykonanie projektu na budowę Aqua-Parku. Firma projektowa wykonała wizualizację i projekt wg własnego pomysłu, sprawdzonego przy innych realizacjach. Ponieważ gmina nie sprecyzowała wcześniej swoich oczekiwań, projektant przewidział oprócz części sportowo-relaksacyjnej, również inne usługi w ramach projektowanego obiektu, adaptując swoją poprzednią realizację do aktualnie opracowywanego projektu dla gminy. Efektem przekopiowania rozwiązań z innego projektu i braku szczegółowych założeń ze strony zamawiającego, gmina przyjęła projekt obiektu wykraczającego poza obręb działki przeznaczonej na realizację inwestycji, stanowiącej własność gminy.

Wynikiem zaniedbania ze strony zamawiającego w zakresie opracowania szczegółowych założeń do inwestycji była konieczność ponie-

sienia dodatkowych kosztów związanych z wykupem dodatkowej działki pod inwestycję.

Dlatego też, zlecając prace projektowe rekomenduje się, by:

- **zlecenia prac projektowych poprzedzić stworzeniem programu funkcjonalno-użytkowego.**

W projektach, przedmiarach robót oraz kosztorysach inwestorskich dostrzega się często błędy skutkujące na późniejszym etapie koniecznością ich modyfikacji. Błędy te niejednokrotnie wynikają z niedbałości i nierzetelności po stronie firm projektowych. Jednak zdarzają się przypadki, że błędy pojawiają się celowo w porozumieniu z innymi osobami, często nawet bez wiedzy osób po stronie zamawiającego. Tego typu zмова firmy projektowej z przyszłym wykonawcą, z udziałem lub bez udziału osób po stronie zamawiającego często skutkuje właśnie wyborem tej firmy, która w zmovie uczestniczy. W takich wypadkach, oferta wygrywającej firmy, tylko pozornie jest ofertą najkorzystniejszą, gdyż w wyniku korekty ujawnionych już na etapie realizacji zadania nieprawidłowości w projektach lub kosztorysach ulega zmianie zakres robót oraz cena realizacji zamówienia.

Błędy projektowe w przedmiarach robót i kosztorysach mogą narażać zamawiającego na dodatkowe koszty oraz zarzut wyboru oferty nie najkorzystniejszej.

Kazus:

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na budowę budynku administracyjnego.

Założenia projektowe:

- a) *koszty ogólne – 5 000 000 zł,*
- b) *roboty budowlane – 40 000 000 zł,*
 - w tym – część naziemna (5 kondygnacji) – 25 000 000 zł,*
 - część podziemna (garaż z windą dla samochodów) – 15 000 000 zł.*

Razem wg kosztorysu inwestorskiego – 45 000 000 zł.

Firma projektowa weszła w porozumienie z wykonawcą A. Oprócz firmy A oferty złożyły firmy B oraz C, nieuczestniczące w zmovie.

Zmowa firmy projektowej z wykonawcą A polegała na tym, że tylko ten wykonawca został poinformowany, iż ze względów technicznych nastąpi zmiana projektu i zamiast planowanego zjazdu za pomocą drogiej windy dla samochodów skalkulowanego na 15 000 000 zł, można będzie wykonać zwykły zjazd do garażu z innej strony budynku. Budowa zwykłego zjazdu nie powinna przekroczyć kwoty 5 000 000 zł. Zamawiający uzyskał następujące oferty:

| | Wyszczególnienie | Cena wg kosztorysu inwestorskiego | Ceny złożonych ofert | | |
|-------|---|-----------------------------------|----------------------|------------|------------|
| | | | A | B | C |
| 1. | Koszty ogólne | 5 000 000 | 10 000 000 | 5 000 000 | 6 000 000 |
| 2. | Koszty robót budowlanych na powierzchni (budynek 5-kondygnacyjny) | 25 000 000 | 30 000 000 | 26 000 000 | 20 000 000 |
| 3. | Koszty robót budowlanych pod ziemią (garaż z windą) | 15 000 000 | 5 000 000 | 16 000 000 | 20 000 000 |
| RAZEM | | 45 000 000 | 45 000 000 | 47 000 000 | 46 000 000 |

Oferta A okazuje się być tylko pozornie najkorzystniejszą. Z zestawienia ujętego w powyższej tabeli widać bowiem, że firma A droższa jest w pozycjach 1 oraz 2 i tylko dzięki niskiej cenie w pozycji 3 wygrała przetarg. Zakładając wartość wykonania zwykłego zjazdu do garażu (bez windy dla samochodów) na kwotę 5 000 000 zł i zestawiając wartości z pozycji 1 i 2 można się przekonać, że zwycięzcą przetargu byłaby zupełnie inna firma, a zamówienie można by wykonać za kwotę o 14 000 000 zł niższą:

| Wyszczególnienie | | Ceny złożonych ofert | | |
|------------------|---|----------------------|------------|------------|
| | | A | B | C |
| 1. | Koszty ogólne | 10 000 000 | 5 000 000 | 6 000 000 |
| 2. | Koszty robót budowlanych na powierzchni (budynek 5-kondygnacyjny) | 30 000 000 | 26 000 000 | 20 000 000 |
| 3. | Koszty robót budowlanych pod ziemią (garaż z windą) | 5 000 000 | 5 000 000 | 5 000 000 |
| RAZEM | | 45 000 000 | 36 000 000 | 31 000 000 |

W celu uniknięcia zagrożeń płynących z powyższych nieprawidłowości, rekomenduje się:

- w umowach dotyczących realizacji prac projektowych, przedmiarów robót, kosztorysów inwestorskich, stosować zapisy o surowych karach za nierzetelne sporządzanie dokumentacji, gdy ujawnione błędy skutkują koniecznością ich zmian na etapie organizacji przetargu, zawierania umowy z wykonawcą, bądź na etapie realizacji lub odbioru robót;
- rozważyć możliwość rozbicia płatności za wykonane projekty, na etap odbioru projektu oraz na etap po zakończeniu inwestycji;
- zakupione projekty poddawać dodatkowemu sprawdzeniu przez niezależne osoby lub firmy przed ich odbiorem.

II. Etap prowadzenia postępowania

Dążenie do ograniczenia liczby podmiotów składających oferty to częsta skłonność zamawiających, którzy nie dbają o publiczne pieniądze. Takie praktyki uznać należy za niedopuszczalne, zaś jak największe upublicznienie informacji o organizowanych przetargach bez

wątpienia jest najpoważniejszym krokiem w kierunku transparentności działań zamawiającego. Pożądanym byłoby dążenie do zainteresowania postępowaniami przetargowymi jak największej liczby potencjalnych wykonawców.

Kazus:

Zamawiający przeprowadził postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę papieru do drukarek i kserokopiarek w trybie zapytania o cenę.

Skierował zapytanie do wymaganej liczby potencjalnych oferentów, określając w siwz dokładnie parametry zamawianego papieru oraz wyznaczając minimalny czas na złożenie oferty. Z uwagi na to, że cechy produktu określone przez zamawiającego były bardzo precyzyjne i nie dopuszczały najmniejszych odstępstw od postawionych wymagań, do upływu terminu wyznaczonego na składanie ofert zamawiający otrzymał jedynie dwie oferty.

W trakcie kontroli ustalono, iż postawione warunki spełniał tylko papier produkowany w dwóch krajach europejskich. Z uwagi na konieczność importu, jeden z oferentów zadał pytanie o możliwość wydłużenia terminu składania ofert ze względu na prowadzone negocjacje z producentem. Zamawiający nie udzielił odpowiedzi ze względu na fakt, że zapytanie wpłynęło do zamawiającego na mniej niż 6 dni przed terminem składania ofert.

Kierownik zamawiającego nie potrafił odpowiedzieć kontrolującemu na pytanie o powody wprowadzenia do siwz zapisów ograniczających konkurencję. Pracownicy merytoryczni, poza stwierdzeniem, że „jest najlepszy” – nie potrafili uzasadnić tak specyficznych potrzeb zamawiającego. Dodatkowo pisemne uzasadnienie przedstawione kontrolującemu po kilku dniach, zawierało argument wskazujący, że zamówiony papier powoduje zmniejszenie zapylenia o 10%, co wpływa na konserwację i żywotność sprzętu poligraficznego. Argumentacja ta jednak nie mogła być uznana przez kontrolujących, gdyż parametr „zapylenia” nie był przedmiotem oceny spełnienia warunków

podczas badania składanych ofert. Wobec powyższego całe postępowanie musiało być ocenione negatywnie przez kontrolujących, którzy wskazali, iż poprzez postawienie wygórowanych wymagań w zakresie opisu przedmiotu zamówienia w stosunku do potrzeb, zamawiający zakupił papier w cenie ok. 25% wyższej niż mógłby uzyskać od dostawców oferujących produkty konkurencyjne.

W celu uniknięcia tego typu nieprawidłowości rekomenduje się:

- **wybieranie podstawowych trybów udzielania zamówienia publicznego, stosowanie innych trybów musi być uzasadnione koniecznością oraz spełniać przesłanki ustawowe;**
- **ogłaszanie informacji o postępowaniach, wykraczając poza obowiązkowe publikacje, np. dodatkowo w prasie oraz np.: na utworzonym specjalnie serwisie ogłoszeniowym (dot. inwestycji Euro 2012), na stronie Ministerstwa Sportu i Turystyki lub Ministerstwa Infrastruktury (w przypadku zadań infrastrukturalnych, jak budowa dróg).**

Na etapie prowadzenia postępowania kluczowym wydaje się przestrzeganie praktyk antykorupcyjnych, których celem jest zminimalizowanie możliwości wpływania określonych osób na niezgodny z zasadami przebieg postępowania. Najsłabszym na tym etapie postępowania ogniwem jest człowiek, dlatego bardzo ważnym pozostaje przestrzeganie procedur mających za zadanie zarówno wsparcie, jak i kontrolę działań osób powołanych do przeprowadzenia postępowania po stronie zamawiającego.

Wiele przypadków nadużyć zdarza się przy zamówieniach o niskiej stosunkowo wartości, powtarzających się cyklicznie i realizowanych niezmiennie przez te same osoby.

Kazus:

Urząd miasta corocznie przeprowadza postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem są usługi ochrony. Procedurę przetargową za każdym razem przeprowadza pan X. Jego zadanie w zasadzie sprowadza się do skopiowania specyfikacji z po-

przedniego roku i naniesienia aktualnych terminów. W specyfikacjach tych tkwi jednak zapis wskazujący, iż potencjalny wykonawca przy ocenie ofert może uzyskać dodatkowo punkty w sytuacji, gdy wykaże, iż:

- dysponuje co najmniej 10 pojazdami z zalogami interwencyjnymi,
- odległość siedziby wykonawcy od siedziby urzędu jest nie większa niż 2 km,
- na podstawie otrzymanych referencji wykaże się co najmniej 3-letnim doświadczeniem w wykonywaniu usług ochrony urzędów publicznych.

W sumie na podstawie powyższych kryteriów oferenci mogą uzyskać dodatkowo 30 punktów – po 10 za każde kryterium.

Jednakże punkty w maksymalnej ilości uzyskuje jedynie firma „A”, która od lat ochrania budynek Urzędu. Firma ta wygrywa przetargi dzięki maksymalnym punktom przyznawanym przez komisję w ramach powyższych kryteriów. Posiada bowiem 10 pojazdów odkupionych od miejscowej Policji, które stoją na parkingu Urzędu, pod wynajmowaną od tego Urzędu siedzibą

Mimo, iż treść art. 5 ustawy p.z.p. w przypadku takich usług, jak usługi ochrony, pozwala na ustalanie kryteriów oceny ofert na podstawie właściwości wykonawcy, to jednak w ostateczności eliminują one z dostępu do zamówienia wszystkie konkurencyjne firmy.

Bezproblemowa realizacja kontraktów na tyle „uśpiła” czujność kierownika jednostki, że przestał on zwracać uwagę na pojawiające się informacje o zażytych kontaktach pana Wiesława z szefem firmy „A”. Przestano też zwracać uwagę na to, że pozostali członkowie komisji wiedząc, że tak naprawdę nie mają wpływu na wynik postępowania, podpisywali panu Wiesławowi dokumenty przetargowe bez wnikania w ogóle w tryb procedury. Jak wyjaśniali kontrolującym – mieli świadomość, że nic się nie zmieni, a przynajmniej mieli spokój, nie musieli przesiadywać na posiedzeniach komisji, pisać pism, zastanawiać się nad pytaniami itp.

W celu ograniczenia tego typu nadużyć, rekomenduje się:

- stosowanie tzw. zasady dwóch par oczu;

- **przyjęcie zasady kontaktów z oferentami tylko w siedzibie zamawiającego i każdorazowego dokumentowania faktu kontaktu z przedstawicielami firm ubiegających się o udzielenie zamówienia;**
- **jasne określenie zadań członków komisji i ich odpowiedzialność (zachowanie zasady indywidualnej odpowiedzialności, a nie rozmydlenie jej na całą komisję);**
- **określenie i egzekwowanie sankcji stosowanych w przypadku wykrycia praktyk korupcyjnych, bądź innych poważnych nieprawidłowości.**

Należy pamiętać, iż główną odpowiedzialność za prawidłowość przeprowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego ponosi kierownik zamawiającego. Stanowi o tym jednoznacznie treść art. 18 ust. 1 p.z.p. Skoro więc kierownik zamawiającego odpowiada za przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o zamówienie publiczne, to w jego dobrze pojętym interesie jest – z jednej strony dobór odpowiednich osób przygotowujących postępowanie i wykonujących czynności w postępowaniu, z drugiej strony wprowadzenie takich zasad, w których konkretne czynności będzie można przypisać konkretnym osobom. Tylko przy takim rozwiązaniu, w którym jasne będzie, kto wykonał daną czynność i kto za nią odpowiada możliwe będzie pełne zrealizowanie dyspozycji art. 18 ust. 2 p.z.p. wskazującej na odpowiedzialność za przygotowanie i przeprowadzenie postępowania również osób, którym kierownik zamawiającego powierzył określone czynności.

W ten sposób, tworząc przejrzystą procedurę wewnętrzną, kierownik zamawiającego nie tylko wypełnia wolę ustawodawcy w zakresie transparentności całego procesu związanego z udzieleniem zamówienia publicznego, ale i sam siebie – przynajmniej w części – chroni przed odpowiedzialnością za popełniane w procedurze ewentualne błędy. Zabezpiecza jednocześnie interes publiczny poprzez możliwość bieżącego reagowania na pojawiające się problemy oraz personalnego wskazania i odsunięcia od czynności, a nawet ukarania osób łamiących te procedury.

Pożądanym jest jasne określenie w regulaminie pracy komisji przetargowej podległości służbowej przewodniczącego jak też członków komisji na czas trwania postępowania bezpośrednio kierownikowi zamawiającego.

W tym celu rekomenduje się uszczegółowienie (np. za pomocą przykładowego formularza przedstawionego poniżej) regulaminów wewnętrznych dotyczących procedury udzielania zamówienia publicznego.

| Czynność | Osoby upoważnione/odpowiedzialne |
|---|----------------------------------|
| I. Przygotowanie postępowania | |
| 1. Wybór pracownika przygotowującego opis przedmiotu zamówienia | → |
| 2. Stworzenie programu funkcjonalno-użytkowego | → |
| 3. Oszacowanie wartości zamówienia | → |
| 4. Ustalenie harmonogramu rzeczowo-finansowego | → |
| 5. Sporządzenie i skierowanie wniosku o uruchomienie procedury przetargowej | → |
| II. Prowadzenie postępowania | |
| 6. Powołanie komisji przetargowej | → |
| 7. Wybór trybu udzielenia zamówienia publicznego | → |
| 8. Opracowanie SIWZ | → |
| 9. Przygotowanie projektu umowy | → |
| 10. Odbiór prac projektowych | → |
| 11. Przygotowanie i publikacja ogłoszenia o zamówieniu | → |

| | |
|---|---|
| 12. Udzielanie odpowiedzi na pytania | → |
| 13. Kontakt z wykonawcami | → |
| 14. Przyjmowanie ofert | → |
| 15. Przyjmowanie wadium | → |
| 16. Otwarcie ofert | → |
| 17. Złożenie oświadczeń z art. 17 ust. 2 pzp | → |
| 18. Ocena ofert | → |
| 19. Rozstrzyganie w zakresie wnoszonych środków odwoławczych | → |
| 20. Wnioski w zakresie wykluczenia wykonawców, odrzucenia ofert, wyboru oferty najkorzystniejszej | → |
| 21. Zatwierdzanie wniosków komisji | → |
| 22. Zatwierdzenie protokołu postępowania | → |
| 23. Zwolnienia zabezpieczeń wadium | → |
| 24. Przyjęcie zabezpieczenia należytego wykonania umowy | → |
| 25. Zawarcie umowy | → |
| III. Realizacja umowy | |
| 26. Nadzór nad realizacją umowy | → |
| 27. Wniosek o zmianę treści umowy | → |
| 28. Zatwierdzenie i przyjęcie wykonania umowy | → |
| 29. Rozliczenie umowy | → |
| 30. Naliczenie kar umownych | → |
| 31. Czynności wynikające z realizacji gwarancji lub rękojmi | → |

III. Realizacja i odbiór zamówienia publicznego

Bardzo częstym błędem popełnianym przez instytucję zamawiającą jest uznanie, iż procedura związana z udzieleniem zamówienia publicznego kończy się wraz z podpisaniem umowy, po rozstrzygnięciu postępowania i upływie terminów przewidzianych na wniesienie środków odwoławczych. Takie myślenie prowadzi do częstych zaniechań w zakresie nadzoru i kontroli nad realizacją udzielonych zamówień. Tymczasem ustawa – Prawo zamówień publicznych odnosi się również do etapu realizacji udzielonego już zamówienia. Przede wszystkim chodzi tu o określenie na etapie specyfikacji istotnych warunków zamówienia przyszłych wspólnych zobowiązań stron. Realizacji tych zobowiązań ustawodawca poświęca dział VI ustawy p.z.p., z kluczowym przepisem art. 144, który generalnie stanowi o nienaruszalności postanowień ujętych w zawartych w wyniku przeprowadzonej procedury umów o zamówienia publiczne. Podmioty, które udzieliły zamówienia w trybie przepisów ustawy p.z.p., nader często i w sposób niezgodny z brzmieniem przepisu art. 144 dokonują zmian zawartej umowy w trakcie realizacji zamówienia. Takie nieprawidłowości są często wykazywane w trakcie kontroli dokonywanych przez upoważnione instytucje. Podkreślić, w tym miejscu należy, że konieczność zmian zawartej umowy, w zdecydowanej większości przypadków nie wynika z okoliczności uzasadniających taką zmianę, a jest wynikiem błędów popełnionych wcześniej – na etapie planowania i realizacji procedury zamówieniowej.

Kazus:

Zamawiający ogłosił przetarg na wykonanie projektu hali sportowej. Jednym z kryteriów oceny ofert zapisano termin realizacji o wadze 10%. To kryterium zdecydowało o wyborze oferty firmy B droższej od konkurencyjnej oferty A, jednakże z terminem realizacji krótszym o 3 miesiące.

W miarę zbliżającego się terminu oddania projektu, Wykonawca

uświadomił sobie, że nie jest w stanie zakończyć prac projektowych w terminie określonym w swojej ofercie oraz zawartej umowie.

W obliczu zaistniałej sytuacji zamawiający wyraził zgodę na aneksowanie umowy, przesuując termin realizacji o 6 miesięcy. Jako podstawę zmiany umowy powołano treść art. 144 p.z.p., tj. konieczność przeprowadzenia badań geologicznych, czego nie można było przewidzieć w chwili zawierania umowy.

W trakcie kontroli ustalono na podstawie oświadczeń odebranych od pracowników merytorycznych konkurencyjnej firmy, że złożona przez firmę A oferta uwzględniała konieczność wykonania badań geologicznych, gdyż przeprowadzenie takich badań na etapie projektowania jest rzeczą oczywistą w sytuacji, gdy w warunkach przetargu zamawiający nie informował o posiadaniu wykonanych ekspertyz geologicznych.

W omawianym przypadku błąd popełnił pracownik Wydziału Inwestycji Zamawiającego, nie umieszczając w siwz informacji o konieczności uwzględnienia w składanych ofertach prac związanych z przeprowadzeniem badań geologicznych.

Błąd popełnił również oferent, gdyż chcąc wygrać przetarg, skrócił maksymalnie czas przewidziany na prace projektowe i nie uwzględnił tak istotnej kwestii, jak ustalenie, czy zakresem prac objęte są również badania geologiczne.

W wyniku porozumienia pomiędzy pracownikami zamawiającego a wykonawcą dokonano niekorzystnej dla zamawiającego zmiany treści umowy na podstawie fałszywych przesłanek. W rezultacie zrealizowano projekt na warunkach mniej korzystnych – z opóźnieniem oraz za wyższą cenę.

W celu zminimalizowania zagrożeń płynących z tego typu nieprawidłowości rekomenduje się ustanowienie jednolitych i przejrzystych:

- procedur zmian zawartych umów w przypadkach zaistnienia okoliczności uzasadniających ich zmianę;**
- zasad postępowania przy odbiorze przedmiotu zamówienia;**

- **zasad postępowania przy stwierdzeniu wad w przedmiocie zamówienia.**

Do zjawisk sprzyjających praktykom korupcyjnym należy etap nadzoru inwestorskiego i odbioru przedmiotu zamówienia. Nierzetelny i nieuczciwy nadzór inwestorski może przesądzić o stratach dla finansów publicznych, jakimi dysponuje jednostka zamawiająca. Często ustalenia nadzoru inwestorskiego ze względu na charakter prac są bardzo trudne lub wręcz niemożliwe do zweryfikowania, dlatego też należy zwracać szczególną uwagę na ewentualne kontakty nadzoru z wykonawcą.

Kazus:

Na etapie realizacji drogi ekspresowej, laboratorium wykonawcy stwierdziło, że na trzech odcinkach o łącznej długości 800 metrów można nałożyć warstwę masy asfaltowej bez wymiany podłoża. W porozumieniu jednak z przedstawicielem firmy prowadzącej nadzór inwestorski wpisano w książkach budowy, że dokonano wymiany podłoża na całym odcinku modernizowanej drogi. Inwestor zapłacił za roboty, które faktycznie nie zostały wykonane.

W celu zminimalizowania niebezpieczeństwa wystąpienia niedozwolonego porozumienia pomiędzy wykonawcą a nadzorem inwestorskim, na szkodę zamawiającego, rekomenduje się:

- **szczególną dbałość o przydzielanie zadań związanych z nadzorem inwestorskim osobom lub firmom niezależnym, niebudzącym wątpliwości co do ich bezstronności;**
- **wzmocnienie (wzmózenie) działań kontroli wewnętrznej, ze szczególnym zwróceniem uwagi na realizację poszczególnych etapów prac (zgodnych z harmonogramem).**

Rzetelność i uczciwość osób prowadzących nadzór nad inwestycją może mieć duże znaczenie nie tylko dla jakości wykonywanych robót, ale również może mieć znaczący wpływ na ostateczną wartość realizowanego kontraktu. Powtarzającym się błędem zamawiających jest powiązanie wynagrodzenia nadzoru inwestorskiego z kosztami ponoszonymi na realizowaną inwestycję.

Kazus:

Zamawiający – gmina W, zawarła umowę z firmą Z jako inwestorem zastępczym przy budowie mostu. Kontrakt z wykonawcą opiewał na kwotę 220 mln zł. Wynagrodzenie dla inwestora zastępczego, którego zadaniem było nadzorowanie budowy, wykonawców oraz podwykonawców określono na 3% kwoty jaką dostają wykonawcy. Taka umowa nie motywowała inwestora zastępczego do oszczędności. Skoro więc firma Z zarabiała tym więcej, im więcej kosztowała realizacja inwestycji, to zaliczała w poczet kosztów również te, które nie były wcześniej przewidziane. Tak więc inwestor zastępczy uznał za uzasadnione koszty dodatkowe, bardzo kosztowne ekspertyzy, a także szereg dodatkowych robót, z którymi wiązała się oczywiście konieczność zmian w projektach, za które również należało dodatkowo zapłacić. W efekcie tego stanu, w którym interes zamawiającego i działającego w jego imieniu inwestora zastępczego były sprzeczne, ostateczny koszt realizacji inwestycji wyniósł 400 mln zł, z czego wynagrodzenie dla firmy Z z zakładanych początkowo 6,6 mln zł wzrosło do kwoty 12 mln zł.

Ustalając wzajemne zobowiązania kontraktowe, rekomenduje się:

- **zawieranie umów o nadzór inwestorski, których treść gwarantuje zamawiającemu, że postępowanie osób pełniących ten nadzór, zgodne będzie z interesem publicznym;**
- **wprowadzanie takich postanowień, których treści będą motywować drugą stronę do właściwego prowadzenia nadzoru nad realizowaną inwestycją. Takimi elementami motywacyjnymi w umowie mogą być np.: dodatkowe nagrody za poczynione oszczędności, czy skrócenie terminów realizacji.**

Należy pamiętać, iż w jednostkach sektora finansów publicznych, kluczową zasadą jest realizacja wydatków w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem zasady uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów. Wielu dysponentów środków publicznych zdaje się zapominać o tej zasadzie, przedkładając ponad nią efekt w postaci wykonania budżetu.

Należy także zwrócić uwagę na kształtowanie się relacji pomiędzy

kierownikiem zamawiającego a przewodniczącym komisji przetargowej i członkami komisji. Przewodniczący komisji przetargowej powinien odpowiadać bezpośrednio przed kierownikiem zamawiającego w oparciu o Prawo zamówień publicznych oraz akty wykonawcze. Faktem jest, że to kierownik zamawiającego powołuje w drodze decyzji komisję przetargową, zatwierdzając jej skład ale należy pamiętać, że z chwilą powołania komisja przetargowa na czas pracy przy udzielaniu zamówienia publicznego nie powinna w tym zakresie podlegać nadzorowi swoim bezpośrednim przełożonym. Często bowiem jest tak, że komisja przetargowa prowadząca postępowanie jest narażona na wywieranie nacisku poprzez bezpośredniego przełożonego, który to z kolei chce wykazać się przed kierownikiem zamawiającego ze skuteczności w działaniu.

Kazus:

Kierownik zamawiającego powołał komisję do przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, będącego jednym z największych i najbardziej prestiżowych zamówień w danym roku budżetowym. Naczelnik wydziału (niebędący członkiem komisji), z którego pochodziła większość komisji przetargowej, chcąc zyskać w oczach kierownika zamawiającego, zaraz po powołaniu komisji zapewnił kierownika zamawiającego, że „jego ludzie” (członkowie komisji z jego wydziału) i on, przeprowadzą postępowanie sprawnie, szybko i co najważniejsze z pożądanym efektem.

Okazało się że naczelnik z racji podległości służbowej oraz stosując zasadę „cel uświęca środki” wywierał bezprawny nacisk na przewodniczącego komisji, a tym samym na jej członków, wymuszając podejmowanie określonych decyzji stojących w sprzeczności z obowiązującym prawem. Sposoby, których używał aby osiągnąć ten cel często ograniczały się do argumentu, że: „najważniejszym celem naszej firmy której jest Pan/Pani pracownikiem, powtarzam pracownikiem, jest udzielenie tego zamówienia, a nieprzestrzeganie wszystkich tych biurokratycznych, często nielogicznych przepisów. Dyrektorowi bardzo na tym zależy, więc nie utrudniajcie, tylko do pracy, trzeba mieć sobie radzić; tylu chciało by tu pracować”.

W celu uzyskania najlepszych efektów, a jednocześnie zminimalizowania podejrzeń manipulowania procedurami, rekomenduje się ścisłe przestrzeganie ogólnych zasad obowiązujących na każdym etapie prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tj.:

- jawności;
- zachowania uczciwej konkurencji;
- równego traktowania podmiotów ubiegających się o zamówienia;
- eliminowania sytuacji powodujących podejrzenie zajścia konfliktu interesów;
- eliminowanie uznaniowości przy podejmowaniu decyzji;
- reagowanie kierownika jednostki na sygnały świadczące o występowaniu praktyk korupcyjnych, na każdym etapie postępowania.

IV. Odpowiedzialność za naruszenie przepisów przy udzielaniu zamówień publicznych

Odpowiedzialność, jaką można wiązać z dopuszczeniem się nieprawidłowości przy udzielaniu zamówień publicznych można podzielić na dwa rodzaje: odpowiedzialność o charakterze dyscyplinarnym wynikającą np. z naruszenia dyscypliny finansów publicznych oraz na odpowiedzialność karną.

1. Odpowiedzialność wynikająca z ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759)

Rozdział VII ustawy Prawo zamówień publicznych kształtuje instytucję odpowiedzialności o charakterze porządkowym za udzielanie zamówień publicznych z naruszeniem przepisów ustawy. Odpowiedzialność ta nie ma charakteru indywidualnego, decyzje o nałożeniu kary kierowane są do podmiotu zamawiającego.

Zgodnie z **przepisem art. 200 ust. 1** ustawy Prawo zamówień publicznych, karze pieniężnej podlega zamawiający, który:

- 1) udziela zamówienia:

- a) z naruszeniem przepisów ustawy określających przesłanki stosowania trybów udzielania zamówienia: negocjacji bez ogłoszenia, z wolnej ręki lub zapytania o cenę,
 - b) bez wymaganego ogłoszenia,
 - c) bez stosowania ustawy,
- 2) dokonuje zmian w zawartej umowie z naruszeniem przepisów ustawy.

Ponadto karze pieniężnej podlega zamawiający, który:

- 1) określa warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję,
- 2) opisuje przedmiot zamówienia w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję,
- 3) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z naruszeniem zasady jawności,
- 4) nie przestrzega terminów określonych w ustawie,
- 5) wyklucza wykonawcę z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z naruszeniem przepisów określających przesłanki wykluczenia,
- 6) odrzuca ofertę z naruszeniem przepisów ustawy określających przesłanki odrzucenia oferty,
- 7) dokonuje wyboru najkorzystniejszej oferty z naruszeniem przepisów ustawy – jeżeli naruszenie to ma wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Zamawiający, który popełnił czyn z art. 200 ustawy Prawo zamówień publicznych, podlega karze pieniężnej w wysokości:

- 1) 3000 zł – jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8,
- 2) 30 000 zł – jeżeli wartość zamówienia jest równa kwocie lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, a jest mniejsza niż 10 000 000 euro dla dostaw lub usług oraz 20 000 000 euro dla robót budowlanych,
- 3) 150 000 zł – jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 10 000 000 euro dla dostaw lub 20 000 000 euro dla robót budowlanych.

Kara pieniężna nakładana jest przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w drodze decyzji administracyjnej, a zatem jej nałożenie powinno być poprzedzone postępowaniem administracyjnym prowadzonym w trybie określonym w Kodeksie postępowania administracyjnego.

Prezes Urzędu nie nakłada kary pieniężnej, jeżeli w związku z naruszeniem przepisu ustawy Izba lub sąd nałożyli karę finansową.

2. Odpowiedzialność wynikająca z ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. z 2005 r. Nr 14, poz. 114, z późn. zm.)

Wymierzone w postępowaniu o naruszenie dyscypliny finansów publicznych kary nie zostały przypisane do konkretnych naruszeń. Wybór kary jest pozostawiony organowi orzekającemu.

Zgodnie z przepisem art. 31 ust. 1 karami za naruszenie dyscypliny finansów publicznych są:

- 1) upomnienie – kara ta wymierzana jest w przypadku naruszenia dyscypliny finansów publicznych popełnionego nieumyślnie lub w przypadku gdy stopień szkodliwości naruszenia dyscypliny finansów publicznych nie jest oznaczony;
- 2) nagana;
- 3) kara pieniężna – wymierzana w wysokości od jednokrotności do trzykrotności miesięcznego wynagrodzenia osoby odpowiedzialnej za naruszenie dyscypliny finansów publicznych – obliczonego jak za czas urlopu wypoczynkowego – należnego w roku w którym doszło do naruszenia: jeżeli nie jest możliwe ustalenie wysokości wynagrodzenia (jak w przypadku osoby pełniącej funkcję na podstawie kontraktu) – karę pieniężną wymierza się w wysokości od jednokrotności do pięciokrotności przeciętnego wynagrodzenia;
- 4) zakaz pełnienia funkcji związanych z dysponowaniem środkami publicznymi – na okres od jednego roku do pięciu lat.

Zgodnie z art. 4 powołanej wyżej ustawy odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych podlegają:

- 1) osoby wchodzące w skład organu wykonującego budżet lub plan finansowy jednostki sektora finansów publicznych albo jednostki niezaliczanej do sektora finansów publicznych otrzymującej środki publiczne lub zarządzającego mieniem tych jednostek;
- 2) kierownicy jednostek sektora finansów publicznych;
- 3) pracownicy jednostek sektora finansów publicznych, którym powierzono określone obowiązki w zakresie gospodarki finansowej lub czynności przewidziane w przepisach o zamówieniach publicznych;
- 4) osoby gospodarujące środkami publicznymi przekazanymi jednostkom niezaliczanym do sektora finansów publicznych.

Zgodnie z art. 17 naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest udzielenie zamówienia publicznego:

- 1) wykonawcy, który nie został wybrany w trybie określonym w przepisach o zamówieniach publicznych;
- 2) z naruszeniem przepisów o zamówieniach publicznych dotyczących:
 - a) przesłanek stosowania trybów udzielenia zamówienia publicznego: negocjacji bez ogłoszenia, z wolnej ręki lub zapytania o cenę,
 - b) obowiązku przekazania lub zamieszczenia ogłoszenia w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego,
 - c) obowiązku zawiadomienia Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych;
- 3) którego przedmiot lub warunki zostały określone w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji;
- 4) z innym, niż wymienione w pkt 1-3, naruszeniem przepisów o zamówieniach publicznych, jeżeli naruszenie to miało wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego;
- 5) zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego:
 - a) bez zachowania formy pisemnej;
 - b) na czas dłuższy niż określony w przepisach o zamówieniach publicznych lub na czas nieoznaczony, z wyłączeniem przypadków dopuszczonych w przepisach o zamówieniach publicznych;
 - c) przed ogłoszeniem orzeczenia przez Krajową Izbę Odwoławczą, z naruszeniem przepisów o zamówieniach publicznych;
- 6) unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicz-

nego z naruszeniem przepisów o zamówieniach publicznych, określających przesłanki upoważniające do unieważnienia tego postępowania;

- 7) niezłożenie przez członka komisji przetargowej lub inną osobę występującą w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w imieniu zamawiającego oświadczeń wymaganych przepisami o zamówieniach publicznych;
- 8) niewyłączenie z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego osoby podlegającej wyłączeniu z takiego postępowania na podstawie przepisów o zamówieniach publicznych;
- 9) zmiana umowy w sprawie zamówienia publicznego z naruszeniem przepisów o zamówieniach publicznych;
- 10) dopuszczenie przez kierownika jednostki sektora finansów publicznych do popełnienia naruszenia dyscypliny finansów publicznych wskutek zaniedbania lub niewypełnienia obowiązków w zakresie kontroli zarządczej.

3. Odpowiedzialność wynikająca z ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks karny (Dz. U. z 1997 r. Nr 88, poz. 553, z późn. zm.)

Naruszenie prawa w trakcie prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego może także skutkować odpowiedzialnością karną.

Do typowych przestępstw, które mogą wystąpić w procesie udzielania zamówień publicznych zaliczymy przestępstwa z art. 228 do 231 Kodeksu karnego (k.k.). Ich znamionami będą następujące zachowania:

Przyjęcie korzyści majątkowej lub osobistej – określone w art. 228 k.k.

- 1) przyjęcie w związku z pełnieniem funkcji publicznej korzyści majątkowej lub osobistej albo jej obietnicy podlega karze pozbawienia wolności od 6 miesięcy do 8 lat, w przypadku mniejszej wagi sprawca podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 2;
- 2) przyjęcie w związku z pełnieniem funkcji publicznej korzyści ma-

jątkowej lub osobistej albo jej obietnicy za zachowanie stanowiące naruszenie przepisów prawa, podlega karze pozbawienia wolności od roku do lat 10; karze tej podlega także ten, kto uzależnia wykonanie czynności służbowej od otrzymania korzyści majątkowej lub osobistej albo jej obietnicy lub takiej korzyści żąda;

- 3) przyjęcie w związku z pełnieniem funkcji publicznej korzyści majątkowej znacznej wartości albo jej obietnicy, podlega karze pozbawienia wolności od lat 2 do 12;
- 4) karom określonym wyżej podlega także ten, kto, w związku z pełnieniem funkcji publicznej w państwie obcym lub organizacji międzynarodowej, przyjmuje korzyść majątkową lub osobistą albo jej obietnicę lub takiej korzyści żąda, albo uzależnia wykonanie czynności służbowej od jej otrzymania.

Wręczenie korzyści majątkowej lub osobistej – określone w art. 229 k.k.

- 1) Kto udziela albo obiecuje udzielić korzyści majątkowej lub osobistej osobie pełniącej funkcję publiczną w związku z pełnieniem tej funkcji, podlega karze pozbawienia wolności od 6 miesięcy do 8 lat. W przypadku mniejszej wagi, sprawca podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo karze pozbawienia wolności do lat 2.
- 2) *Nie podlega karze sprawca przestępstwa określonego wyżej, jeżeli korzyść majątkowa lub osobista bądź ich obietnica zostały przyjęte przez osobę pełniącą funkcję publiczną, a sprawca powiadomił o tym fakcie organ powołany do ścigania przestępstw i ujawnił wszystkie istotne okoliczności przestępstwa, zanim organ ten dowiedział się o nim.*
- 3) Jeśli sprawca czynu określonego wyżej działa, aby skłonić osobę pełniącą funkcję publiczną do naruszenia przepisów prawa lub udziela albo obiecuje udzielić takiej osobie korzyści majątkowej bądź osobistej za naruszenie tych przepisów podlega karze pozbawienia wolności do lat 10.
- 4) Kto osobie pełniącej funkcję publiczną, w związku z pełnieniem tej funkcji, udziela albo obiecuje udzielić korzyści majątkowej znacznej wartości, podlega karze pozbawienia wolności od lat 2 do 12.

- 5) Karom określonym powyżej podlega odpowiednio ten, kto udziela albo obiecuje udzielić korzyści majątkowej lub osobistej osobie pełniącej funkcję publiczną w państwie obcym lub w organizacji międzynarodowej – w związku z pełnieniem tej funkcji.

Pośrednictwo w zamian za korzyści majątkowe oraz dotyczące działania na szkodę interesu publicznego – określone art. 230, 230a, 231 k.k.

- 1) Kto powołując się na wpływy w instytucji państwowej, samorządowej organizacji międzynarodowej albo krajowej lub w zagranicznej jednostce organizacyjnej dysponującej środkami publicznymi albo wywołując przekonanie innej osoby lub utwierdzając ją w przekonaniu o istnieniu takich wpływów, podejmuje się pośrednictwa w załatwieniu sprawy w zamian za korzyść majątkową lub osobistą albo jej obietnicę, podlega karze pozbawienia wolności od 6 miesięcy do lat 8. W przypadku mniejszej wagi, sprawca podlega grzywnie albo karze ograniczenia wolności, albo karze pozbawienia wolności do lat 2.
- 2) Kto udziela albo obiecuje udzielić korzyści majątkowej lub osobistej w zamian za pośrednictwo w załatwieniu sprawy w instytucji państwowej, samorządowej, organizacji międzynarodowej lub krajowej bądź w zagranicznej jednostce organizacyjnej dysponującej środkami publicznymi, polegającej na bezprawnym wywarceniu wpływu na decyzję, działanie lub zaniechanie osoby pełniącej funkcję publiczną, w związku z pełnieniem tej funkcji, podlega karze pozbawienia wolności od 6 miesięcy do lat 8. W przypadku mniejszej wagi sprawca podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo karze pozbawienia wolności do lat 2.
- 3) *Nie podlega karze sprawca przestępstwa określonego wyżej, jeśli korzyść majątkowa lub osobista lub ich obietnica zostały przyjęte, a sprawca zawiadomił o tym fakcie organ powołany do ścigania przestępstw i ujawnił wszystkie istotne okoliczności przestępstwa, zanim organ ten dowiedział się o nim.*
- 4) Funkcjonariusz publiczny, który przekraczając swoje uprawnienia lub niedopełniając obowiązków, działa na szkodę interesu publicznego lub prywatnego, podlega karze pozbawienia wolności do

lat 3. Jeśli sprawca tych czynów dopuszcza się ich w celu osiągnięcia korzyści majątkowych lub osobistych, podlega karze pozbawienia wolności od roku do lat 10.

Jeśli natomiast sprawca działa nieumyślnie i wyrządza istotną szkodę, podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 2.

Utrudnianie przetargu publicznego – określone w art. 305 k.k.

Przestępstwo to polega na bezprawnym działaniu na szkodę beneficjenta przetargu publicznego – a więc organizatora przetargu lub podmiotu, na którego rzecz przetarg został zorganizowany – poprzez zakłócenie jego przebiegu. Przestępstwo z art. 305 k.k. może polegać na:

- 1) udaremnianiu lub utrudnianiu przetargu publicznego w celu osiągnięcia korzyści majątkowej;
- 2) rozpowszechnianiu informacji albo zatajaniu informacji mających znaczenie dla zawarcia umowy;
- 3) wejściu w porozumienie z inną osobą działającą na szkodę właściciela mienia albo osoby lub instytucji, na rzecz której przetarg jest dokonywany.

Sprawca może podlegać karze pozbawienia wolności do lat trzech. Ponadto, zgodnie z art. 33 § 2 k.k., sąd może wymierzyć obok kary pozbawienia wolności także karę grzywny.

W związku z udzielaniem zamówień publicznych możemy wyróżnić z Kodeksu karnego także przestępstwa przeciwko obrotowi gospodarczemu, których istotę definiuje art. 296a w § 1 k.k. oraz art. 297 k.k.

Art. 296a k.k. określa odpowiedzialność osoby pełniącej funkcje w jednostce organizacyjnej, a mianowicie:

- kto pełniąc funkcję kierowniczą w jednostce organizacyjnej wykonującej działalność gospodarczą lub mając, z racji zajmowanego stanowiska lub pełnionej funkcji, istotny wpływ na podejmowanie decyzji związanych z działalnością takiej jednostki, przyjmuje korzyść majątkową lub osobistą albo jej obietnicę w zamian za zachowanie mogące wyrządzić tej jednostce szkodę majątkową albo

za czyn nieuczciwej konkurencji lub za niedopuszczalną czynność preferencyjną na rzecz nabywcy lub odbiorcy towaru, usługi lub świadczenia, podlega karze pozbawienia wolności od 3 miesięcy do lat 5;

- w § 2 tego artykułu zapisano, że tej samej karze podlega ten, kto w analogicznych przypadkach udziela albo obiecuje udzielić korzyści majątkowych lub osobistych.

Natomiast nie podlega karze sprawca czynu określonego w § 2 lub w związku z nim, jeżeli korzyść majątkowa lub osobista bądź też ich obietnica zostały przyjęte, a sprawca powiadomił o tym fakcie organ powołany do ścigania przestępstw i ujawnił wszystkie istotne okoliczności, zanim organ ten dowiedział się z innego źródła;

- przepis art. 297 k.k. określa odpowiedzialność osoby, która w celu uzyskania dla siebie lub kogo innego od organu lub instytucji dysponujących środkami publicznymi zamówienia publicznego przedkłada podrobiony, przerobiony, poświadczający nieprawdę albo nierzetelny dokument albo nierzetelne, pisemne oświadczenie dotyczące okoliczności o istotnym znaczeniu dla uzyskania zamówienia; podlega ona karze pozbawienia wolności od 3 miesięcy do lat 5.

Wymienione powyżej niektóre formy odpowiedzialności, czy to dyscyplinarnej, czy też karnej pokazują jak szerokie może być spektrum nieprawidłowości, które mogą wystąpić w procesie udzielania zamówienia publicznego.

Wydatkowaniu środków publicznych zawsze powinny przyświecać zasady określone w Prawie zamówień publicznych jak też legalność wydatkowania środków pieniężnych, celowość, rzetelność oraz gospodarność.