

Kontrola udzielania zamówień – zasady ogólne kontrolerów

Kontrola polega na obserwowaniu, ustalaniu czy wykrywaniu stanu faktycznego, porównywaniu rzeczywistości z zamierzeniami, występowaniu przeciw zjawiskom niekorzystnym i sygnalizowaniu jednostkom kompetentnym o dokonanych spostrzeżeniach, bez decydowania jednak o zmianie kierunku działania jednostki skontrolowanej.¹

AGNIESZKA ZABOROWSKA

Co to znaczy kontrolować

W słowniku języka polskiego „kontrolę” określa się jako sprawdzanie czegoś, zestawienie stanu faktycznego ze stanem wymaganym.² Kontrolą są zatem czynności mające na celu zbadanie stanu faktycznego

i porównaniu go ze stanem pożądanym, przyjętym na podstawie określonego wzorca oraz wskazanie uchybień i sposobów ich naprawienia (zalecenia pokontrolne).

Wyniki kontroli zamówień publicznych powinny być objęte szeroką analizą – dokonaną zarówno przez bezpośrednio kontrolowanego zamawiającego, jak i przez organy kontrolne – w celu wyeliminowania naruszeń w przyszłości lub też na potrzeby przyszłych zmian przepisów o zamówieniach publicznych.



AGNIESZKA ZABOROWSKA
Adwokat, założyciel Kancelarii Adwokackiej Zaborowska. Specjalizuje się w procesie udzielania i realizacji zamówień publicznych, głównie w zakresie takich branż jak: budownictwo, IT, energetyka, sektor

medyczny oraz edukacja. Autorka wielu publikacji dotyczących zamówień publicznych.

¹ J. Starościak, Zarys nauki administracji, Warszawa 1971, s. 356.

² www.sjp.pwn.pl

ZAŁOŻENIA USTAWODAWCY

W trakcie funkcjonowania systemu zamówień publicznych w Polsce zidentyfikowano wiele problemów w tej dziedzinie wymagających, zdaniem ustawodawcy, uporządkowania. Jednym z tych problemów była kwestia rozproszonego i nieefektywnego systemu kontroli zamówień publicznych i fakt, że rozmaite organy uprawnione do kontroli stosowały rozbieżne podejścia do problematyki zamówień³. Celem ustawodawcy było usprawnienie systemu kontroli poprzez:

- wspólne przepisy ogólne dotyczące kontroli zamówień publicznych,
- przeprowadzenia kontroli na podstawie analizy ryzyka naruszenia prawa,
- wprowadzenie obowiązku publikacji wytycznych dotyczących prowadzenia kontroli przez organy kontroli.

Intencje ustawodawcy zostały wyrażone w art. 596 – 602 Prawa zamówień publicznych.

Zasady wskazane w Pzp nie wpływają na ustawowe kompetencje poszczególnych organów wynikające z przepisów odrębnych. Regulacje z 2019 r. wskazują jedynie na ramy metodologiczne samego procesu przeprowadzania kontroli, wspólnie dla wszystkich instytucji kontrolnych, tj.:

1. współpraca organów kontroli oraz uwzględnianie wyników dokonywanych przez Prezesa UZP lub inne organy kontroli (art. 597),
2. planowanie i przeprowadzanie kontroli na podstawie analizy ryzyka (art. 598),
3. dokonywanie kontroli na podstawie przygotowanych przez organy kwestionariuszy kontrolnych (art. 599 i 600),
4. podstawą negatywnego wyniku kontroli mogą być tylko uchybienia mogące mieć wpływ na wynik postępowania (art. 601),

5. upublicznianie wyników kontroli w BIP organów kontroli (art. 602).

DYREKTYWY NIC NIE NARZUCAJĄ

Zgodnie z art. 83 ust. 2 dyrektywy 2014/24/UE to państwa członkowskie zapewniają monitorowanie stosowania przepisów dotyczących zamówień publicznych. Kwestie kontroli udzielania zamówień publicznych nie znalazły uregulowania w dyrektywie 2014/24/UE, w tym zakresie pozostawiono ustawodawcom krajowym swobodę ich normowania.

Jednocześnie w motywie 121 dyrektywy 2014/24/UE wskazano, że: „Państwa członkowskie powinny nadal swobodnie decydować o tym, kto i w jaki sposób będzie taki monitoring prowadził w praktyce; powinny przy tym zachować także swobodę decydowania o tym, czy monitoring ten powinien opierać się na wybiórczej kontroli *ex post*, czy też na systematycznej kontroli *ex ante* odnoszącej się do postępowań o udzielenie zamówień publicznych objętych niniejszą dyrektywą. Powinna istnieć możliwość zwrócenia uwagi odpowiednich podmiotów na potencjalne problemy”.

Stąd też, do kontroli udzielania zamówień, w zakresie zgodności z przepisami o zamówieniach publicznych przeprowadzanej przez organy kontroli, stosuje się:

1. przepisy Pzp oraz
2. przepisy odrębne, właściwe ze względu na organ upoważniony do przeprowadzenia kontroli.

W przypadku wystąpienia sprzeczności pomiędzy zasadami przeprowadzania kontroli przewidzianymi w Pzp, a zasadami uregulowanymi w przepisach odrębnych – zastosowanie będzie miało Prawo zamówień publicznych.

³ H. Nowicki, O potrzebie zmian w systemie kontroli zamówień publicznych [w:] Funkcjonowanie systemu zamówień publicznych – aktualne problemy i propozycje rozwiązań, wyd. UZP 2017 r., str. 91.

ORGANY KONTROLI

System kontroli zamówień publicznych można podzielić na zewnętrzny i wewnętrzny. W systemie wewnętrznym wyróżnić można kontrolę Prezesa UZP. System zewnętrzny natomiast obejmuje pozostałe organy uprawnione do przeprowadzania kontroli zamówień publicznych. Stąd też, ilekroć w Pzp jest mowa o organach kontroli, należy przez to rozumieć:

1. Prezesa UZP,
2. Organy, o których mowa w art. 6 ustawy o kontroli w administracji rządowej – z wyłączeniem Prezesa Rady Ministrów, czyli:
 - Szef Kancelarii Prezesa Rady Ministrów kontroluje instytucje gospodarki budżetowej przez niego utworzone oraz podmioty, które otrzymały dotację z części budżetu państwa, której dysponentem jest Kancelaria Prezesa Rady Ministrów;
 - Minister, kierownik urzędu centralnego lub przewodniczący komitetu wchodzącego w skład Rady Ministrów kontroluje: podległe mu lub przez niego nadzorowane organy lub jednostki organizacyjne; jednostki podległe organom, o których mowa powyżej, lub przez nie nadzorowane; podmioty, które otrzymały środki budżetowe z części budżetu państwa, której jest dysponentem;
 - Wojewoda kontroluje: organy rządowej administracji zespolonej w województwie; jednostki podległe organom, o których mowa powyżej, lub przez nie nadzorowane; organy samorządu terytorialnego; podmioty, które otrzymały dotację z części budżetu państwa, której dysponentem jest wojewoda;
 - Organy administracji zespolonej i niezespolonej kontrolują: podległe im lub przez nie nadzorowane organy lub jednostki organizacyjne; jednostki podległe organom, o których mowa powyżej, lub przez nie nadzorowane.

3. Regionalne Izby Obrachunkowe.

Zgodnie z art. 2 ustawy o regionalnych izbach obrachunkowych – RIO sprawują nadzór nad działalnością: jednostek samorządu terytorialnego, związków metropolitalnych, związków międzygminnych, stowarzyszeń gmin oraz stowarzyszeń gmin i powiatów, związków powiatów, związków powiatowo-gminnych; stowarzyszeń powiatów; samorządowych jednostek organizacyjnych, w tym samorządowych osób prawnych oraz innych podmiotów, w zakresie wykonywania przez nie dotacji przyznawanych z budżetów jednostek samorządu terytorialnego.

4. Instytucję audytową oraz instytucję zarządzającą w rozumieniu przepisów dotyczących realizacji programów w zakresie polityki spójności oraz programów realizowanych z wykorzystaniem środków Europejskiego Funduszu Rolnego na rzecz Rozwoju Obszarów Wiejskich oraz funduszy wspierających sektory morski lub rybacki – prowadzące kontrole w zakresie udzielania zamówień publicznych.

Katalog wymienionych w art. 596 ust. 2 Pzp organów kontroli nie obejmuje Najwyższej Izby Kontroli oraz Prezesa Rady Ministrów, które realizują czynności kontrolne na podstawie odrębnych ustaw.

INFORMACJA O PRZEPROWADZONYCH KONTROLACH

Organy kontroli, w związku z przeprowadzaną kontrolą mają obowiązek współpracy i wymiany informacji o przeprowadzonych kontrolach i ich wynikach.

Jak wskazano w uzasadnieniu do projektu Pzp – zasada współpracy i uwzględniania wyników kontroli przeprowadzonych przez Prezesa UZP lub inne organy kontroli oznacza, że organy kontroli zobowiązane są do wymiany podstawowych informacji o przeprowadzanych kontrolach wśród zamawiających, a także o ich wynikach. Dodatkowo, na mocy nowelizacji Pzp z 2020 r. nakazano zamawiającym, aby niezwłocznie po wszczęciu kontroli informowali organ kontroli o przeprowadzonej wcześniej kontroli danego zamówienia przez inny organ kontroli i udostępnia jej wyniki. Ma to pozwolić na ograniczenie przypadków odmiennych interpretacji przepisów o zamówieniach

publicznych, pogłębienie zaufania uczestników systemu zamówień publicznych do państwa i jego organów, oraz ograniczenie dublowania postępowań kontrolnych tych samych zamówień publicznych.

Do „informacji o przeprowadzanych kontrolach” zaliczyć należy podstawowe dane związane z kontrolą, czyli:

- nazwę i adres zamawiającego;
- datę rozpoczęcia i zakończenia kontroli;
- oznaczenie postępowania o udzielenie zamówienia, które było przedmiotem kontroli;
- informację o stwierdzeniu naruszeń przepisów Pzp lub ich braku, a także wpływie na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

WNIOSEK O UDOSTĘPNIENIE INFORMACJI O KONTROLI

W przypadku powzięcia przez organ kontroli informacji o przeprowadzonej wcześniej kontroli danego zamówienia przez inny organ kontroli, organ ten obligatoryjnie zwraca się z wnioskiem o udostępnienie informacji o jej wyniku, w tym dokumentu kończącego kontrolę, do organu, który tę kontrolę przeprowadził.

Organ nie ma obowiązku składania takiego wniosku, jeżeli informację o przeprowadzonej kontroli danego zamówienia pozyskał w inny sposób (np. bezpośrednio od samego zamawiającego). W związku z obowiązkiem zamieszczania informacji o przeprowadzonych kontrolach i ich wynikach w BIP organu kontrolującego – organy powinny posiadać wiedzę o wzajemnie prowadzonych kontrolach.

Ponadto, organ kontroli prowadząc kontrolę z punktu widzenia legalności postępowań jest zobowiązany do uwzględniania wyników kontroli Prezesa UZP albo innego organu kontroli w danym postępowaniu. W mojej ocenie nie oznacza to jednak, że organ kontroli jest związany wynikami kontroli Prezesa UZP albo innego organu kontroli w danym postępowaniu. Zgodność czynności zamawiającego z przepisami prawa w da-

nym postępowaniu może być oceniona odmiennie przez dwa lub więcej organy kontroli.

Moim zdaniem w takim przypadku, w dokumencie kończącym kontrolę zasadne byłoby wskazanie, iż organ kontroli dokonał odmiennej oceny postępowania o udzielenie zamówienia publicznego od innego podmiotu kontrolującego, wraz ze wskazaniem uzasadnienia odmiennej oceny czynności zamawiającego.

Organ kontroli udostępnia informację, o której mowa w art. 597 ust. 2 Pzp niezwłocznie, nie później jednak, niż w terminie 30 dni od dnia otrzymania wniosku o jej udostępnienie.

ANALIZA PRAWDOPODOBIENSTWA NARUSZENIA PRAWA

Organy kontroli planują i przeprowadzają kontrolę po uprzednim dokonaniu analizy prawdopodobieństwa naruszenia prawa w ramach udzielania zamówienia.

Zdaniem autora, powinna ona dotyczyć każdego kontrolowanego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i posiadać indywidualny charakter, nawet jeżeli zamawiający cyklicznie udziela zbliżonych zamówień publicznych. W innym przypadku, cel przygotowania analizy prawdopodobieństwa naruszenia prawa, o którym mowa w uzasadnieniu projektu do Pzp, nie zostanie osiągnięty.

Jak wskazano w uzasadnieniu do projektu ustawy Pzp o prawdopodobieństwie naruszenia prawa w ramach udzielania zamówienia może świadczyć: mała liczba ofert, zarzuty stawiane przez wykonawców dotyczące sposobu określenia warunków udziału w postępowaniu lub opisu przedmiotu zamówienia, odstąpienie od umowy, a także wcześniej stwierdzone u zamawiającego istotne naruszenia prawa.

Moim zdaniem, organy kontroli nie powinny jednak ograniczać decyzji dotyczącej wszczęcia kontroli jedynie do prawdopodobieństwa wystąpienia jednej z sytuacji, wskazanych w uzasadnieniu do projektu Pzp z 2019 r. Instytucja zamawiająca ma obowiązek zapewnić właściwe stosowanie przepisów prawa, czyli zapewnić le-

galność swoich działań skutkujących wyborem oferty najkorzystniejszej, a każde prawdopodobieństwo wystąpienia bezprawnej czynności – mającej wpływ na wynik postępowania – powinno zostać zweryfikowane.

Co istotne, sporządzenie analizy prawdopodobieństwa naruszenia prawa w ramach udzielania zamówienia dotyczy wszystkich organów kontroli w rozumieniu art. 596 ust. 2 Pzp.

Analiza obejmuje identyfikację obszarów podmiotowych i przedmiotowych, w których ryzyko naruszenia przepisów prawa jest największe. Nie ma ograniczenia dotyczącego zakresu potencjalnych naruszeń. Może być przygotowana np. na podstawie wcześniejszych wyników kontroli postępowań prowadzonych u danego zamawiającego i na bazie stwierdzonych uprzednio naruszeń lub odnosić się do nieprawidłowości występujących w danej branży zamówień publicznych lub w sektorze gospodarczym.

Sposób przeprowadzenia analizy określa organ kontroli lub organ nad nim nadrzędny. Nie przeprowadza się jej w przypadku kontroli wszczynanej na wniosek.

O ile organ kontroli, o którym mowa w 596 ust. 2 pkt 2 Pzp jest zobowiązany do sporządzenia programu kontroli, o którym mowa w art. 14 ust. 1 ustawy o kontroli w administracji rządowej – to tenże organ kontroli dokonuje najpierw analizy prawdopodobieństwa naruszenia prawa, a dopiero następnie opracowuje program kontroli.

ZAMÓWIENIA NIEZGODNE Z PRZEPISAMI

Podstawę stwierdzenia, że postępowanie o udzielenie zamówienia zostało przeprowadzone niezgodnie z nowym Pzp, stanowi naruszenie przepisu tejże ustawy, które miało wpływ na wynik kontrolowanego postępowania. Wprowadzane ograniczenie ma słusznie zapobiegać stwierdzeniom, że drobne uchybienia formalne stanowią naruszenie prawa zamówień publicznych.

Przepisu, o którym mowa w art. 601 ust. 1 Pzp, nie stosuje się w przypadku kontroli postępowania o udzielenie zamówienia współfinansowanego ze środków Unii Europejskiej.

W celu przejrzystości i możliwości weryfikacji prawidłowości działań organów, a także ograniczeniu wątpliwości kontrolowanych podmiotów co do przyjętych przez organy kontroli sposobów interpretacji prawa, czy podjętych decyzji – organy kontroli publikują informacje o przeprowadzonych kontrolach i ich wynikach, w tym publikują dokument kończący kontrolę.

W uzasadnieniu do projektu Pzp z 2019 r. wskazano, że informacje o przeprowadzonych kontrolach i ich wynikach będą zanonimizowane. Taki obowiązek nie wynika jednakże wprost z treści art. 602. Publikacja będzie następować w BIP organu kontrolującego, w terminie 30 dni od dnia zakończenia kontroli.



Z A B O R O W S K A
KANCELARIA ADWOKACKA

**Zdolność widzenia
poza przepisy**

www.zaborowska.pl

Proces udzielania i realizacji
zamówień publicznych

Warunki kontraktowe
FIDIC

Fundusze
unijne