

# Kontrola udzielania zamówień publicznych a nadzór w materialnym prawie administracyjnym<sup>1</sup>

## Wprowadzenie

Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych<sup>2</sup> wprowadziła do polskiego porządku prawnego rozbudowaną regulację kompetencji kontrolnych Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych (UZP) nad procedurami udzielania zamówień publicznych<sup>3</sup>. Wobec faktu powiązania czynności kontrolnych i ich wyników z dalszymi instrumentami prawnymi pozostającymi w sferze kompetencji wskazanego organu, a pozwalającymi mu uzyskać bezpośredni lub pośredni wpływ na sytuację prawną podmiotu kontrolowanego, zasadne staje się rozważenie kwestii umiejscowienia tak postrzeganego zespołu działań prawnych w kontekście rozróżniania w teorii prawa administracyjnego oraz prawa publicznego gospodarczego funkcji kontrolnej (jako kontroli

---

<sup>1</sup> Publikację przygotowano w ramach projektu badawczego pt. „Nadzór publiczny nad rynkiem zamówień publicznych”, finansowanego przez Narodowe Centrum Nauki na podstawie decyzji z 5 II 2015 r., nr DEC-2014/14/E/HS5/00845.

<sup>2</sup> Tekst jedn. Dz.U. 2015, poz. 2164 ze zm., dalej „p.z.p”.

<sup>3</sup> Upřednio obowiązująca Ustawa z dnia 10 VI 1994 r. o zamówieniach publicznych (tekst jedn. Dz.U. 2002 Nr 72, poz. 664 ze zm.) zawierała jedynie lakoniczną regulację tej kwestii. Zgodnie z art. 9 ust. 2 pkt 2 tej ustawy Prezes UZP mógł „żądać od zamawiających informacji o przebiegu procesu udzielania zamówień publicznych i ich realizacji oraz udostępniania dokumentacji dotyczącej zamówienia publicznego, we wskazanym przez siebie terminie”. Natomiast na podstawie art. 9 ust. 3 wskazanej ustawy na Prezesie UZP spoczywał, w przypadku ujawnienia naruszenia dyscypliny finansów publicznych, obowiązek zawiadomienia właściwego rzeczownika dyscypliny finansów publicznych o jej naruszeniu.

samoistnej) oraz funkcji nadzorczej (obejmującej także czynności kontrolne). W wypowiedziach doktryny prawa zamówień publicznych przeważa pogląd o samoistnym charakterze kontroli sprawowanej przez Prezesa UZP<sup>4</sup>. Wobec tego w tych wypowiedziach można odnaleźć stanowiska świadczące o niemożności przyjęcia na podstawie ustawy p.z.p. istnienia nadzoru nad zamówieniami publicznymi<sup>5</sup> lub też wskazujące, że kontrola udzielania zamówień wykazuje cechy typowej kontroli administracyjnej<sup>6</sup>. Niemniej jednak można wskazać także na poglądy, które poprzez odniesienie rozważań o tej kontroli do jej powiązań z dalszymi środkami prawnymi, będącymi w gestii organu kontrolnego, ukazują możliwość umiejscowienia tych czynności kontrolnych, przynajmniej w niektórych sytuacjach, jako elementu szerzej ujmowanego mechanizmu nadzorczego<sup>7</sup>. Jednocześnie należy pamiętać, że ustawodawca nie zawsze kieruje się w swych działaniach legislacyjnych poglądami i aparatem pojęciowym uformowanym w ramach nauki prawa, stąd nauka ta, dążąc do określenia istoty danych instytucji prawnych, zwłaszcza w obszarze prawa publicznego, także nie powinna uznawać za przesądzające sformułowań, którymi posługuje się ustawodawca<sup>8</sup>. Tak więc przyjęty przez ustawodawcę w przepisach ustawy p.z.p. termin „kontrola udzielania zamówień publicznych” nie powinien *a priori* być uznawany za przesądzający wskazywaną kwestię problemową. W związku z tym celem niniejszych rozważań jest podjęcie próby rozstrzygnięcia, czy i przy jakich założeniach można uznać procedurę kontrolną ustawy p.z.p. za element ciągu działań prawnych

<sup>4</sup> Zob. H. Nowicki, *Kontrola uprzednia realizowana przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych*, w: *Zamówienia publiczne jako instrument sprawnego wykorzystania środków unijnych*, pod red. E. Adamowicz, J. Sadowego, Warszawa 2012, s. 212–213; E. Przeszło, *Kontrola udzielania zamówień publicznych*, Poznań 2013, s. 301.

<sup>5</sup> E. Przeszło, op. cit., s. 301.

<sup>6</sup> H. Nowicki, *Kontrola postępowań o udzielenie zamówienia publicznego*, w: *System zamówień publicznych w Polsce*, pod red. J. Sadowego, Warszawa 2013, s. 367.

<sup>7</sup> Zob. A. Panasiuk, *Publicznoprawne ograniczenia przy udzielaniu zamówień publicznych*, Bydgoszcz–Warszawa 2007, s. 166–167; K. Horubski, *Publiczno- i prywatnoprawne elementy zamówień publicznych*, „Państwo i Prawo” 2009, nr 7, s. 78–80. K. Marak przedstawił zagadnienie kontroli udzielania zamówień na tle ogólnych rozważań o cechach nadzoru w administracyjnym prawie materialnym, choć nie dokonuje wprost takiego przyporządkowania procedury kontrolnej z ustawy p.z.p. Zob. K. Marak, *Kontrola udzielania zamówień publicznych w świetle instytucji kontroli i nadzoru w materialnym prawie administracyjnym*, w: *Kontrola zamówień publicznych*, pod red. T. Kocowskiego, J. Sadowego, Wrocław–Warszawa 2013, s. 146–147.

<sup>8</sup> K. Kiczka, *Administracyjnoprawne środki kształtowania sytuacji prawnej przedsiębiorców*, w: *Administracyjne prawo gospodarcze*, pod red. L. Kieresa, Wrocław 2009, s. 433–434.

odpowiadających założeniom konstrukcyjnym nadzoru w prawie administracyjnym. Kwestie te będą rozpatrywane na płaszczyźnie materialnego prawa administracyjnego, stąd też konieczne jest wykazanie materialnoprawnego charakteru stosunków prawnych kształtujących się na podstawie odnośnych przepisów ustawy p.z.p. Ustalenia te są poprzedzone ogólną charakterystyką procedur kontrolnych tej ustawy.

## 1. Rodzaje kontroli udzielania zamówień publicznych sprawowanej przez prezesa UZP

W obecnej regulacji polskiego prawa zamówień publicznych w ramach procedur kontrolnych pozostających w sferze kompetencji prezesa UZP wyodrębniono kontrolę uprzednią zamówień współfinansowanych ze środków Unii Europejskiej (UE)<sup>9</sup> oraz kontrolę doraźną<sup>10</sup>. Określenie „kontrola uprzednia” odnosi się do faktu, że zawsze poprzedza ona zawarcie umowy. Z kolei kontrola doraźna może być podjęta z urzędu lub na wniosek dowolnego podmiotu zarówno w trakcie postępowania, jak i w ciągu czterech lat po jego zakończeniu<sup>11</sup>. Głównym kryterium rozgraniczenia obu rodzajów kontroli jest obligatoryjny charakter pierwszej z nich<sup>12</sup>, a także to, że odnosi się ona wyłącznie do zamówień

<sup>9</sup> Zob. art. 169–171a p.z.p.

<sup>10</sup> Zob. art. 165–168a p.z.p.

<sup>11</sup> Zob. art. 165 ust. 2 p.z.p.

<sup>12</sup> Wyjątki od zasadniczo obligatoryjnego charakteru kontroli uprzedniej oraz fakultatywności kontroli doraźnej są określone w przepisach art. 165 ust. 4, art. 169 ust. 4 oraz art. 170 ust. 3 p.z.p. Zgodnie z pierwszym z wskazanych uniformowań prezes UZP ma obowiązek wszcząć, co do zasady pozostającą w jego gestii decyzyjnej, kontrolę doraźną, jeżeli wnioskuje o to instytucja zarządzająca według przepisów o Narodowym Planie Rozwoju oraz przepisów o poszczególnych funduszach objętych finansowaniem unijnym, wymienionych w tym przepisie. Obowiązek taki powstaje także w sytuacji, gdy z wnioskiem wystąpi agencja płatnicza w rozumieniu przepisów o wspieraniu rozwoju obszarów wiejskich z udziałem środków Europejskiego Funduszu Rolnego. Obowiązek, o którym tu mowa, tak jak ma to miejsce w ramach ogólnych reguł dotyczących kontroli doraźnej (zob. art. 165 ust. 1 p.z.p.), jest warunkowany faktem występowania uzasadnionego przypuszczenia, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia doszło do naruszenia przepisów ustawy, które mogło mieć wpływ na jego wynik. Przypuszczenie takie ma wynikać z treści wniosku instytucji zarządzającej lub agencji płatniczej. Z kolei drugi ze wskazanych przepisów stanowi wyjątek od obligatoryjnego charakteru kontroli uprzedniej zamówień współfinansowanych ze środków unijnych. Na podstawie art. 169 ust. 4 p.z.p. prezes UZP na wniosek instytucji zarządzającej może odstąpić od przeprowadzenia kontroli uprzedniej, jeżeli w ocenie instytucji zarządzającej postępowanie zostało przeprowadzone w sposób zgodny z przepisami ustawy. Prezes UZP,

współfinansowanych ze środków UE o określonej wartości<sup>13</sup>, podczas gdy kontrola doraźna nie jest objęta ograniczeniami co do rodzaju czy wartości zamówienia, a także może być przeprowadzona nie tylko przed zawarciem umowy, lecz także po. Dodatkowo prezes UZP został wyposażony w kompetencję do przeprowadzania kontrolnego postępowania wyjaśniającego<sup>14</sup> podejmowanego w celu stwierdzenia, czy w danym stanie faktycznym występują okoliczności uzasadniające przypuszczenie, że miało miejsce naruszenie przepisów ustawy p.z.p., które mogło mieć wpływ na wynik postępowania<sup>15</sup>. Kryterium kontroli prezesa UZP jest wyłącznie kryterium legalności odnoszone do postępowania o udzielenie zamówienia, stąd też celem kontroli jest sprawdzenie zgodności postępowania o udzielenie zamówienia z przepisami ustawy p.z.p.<sup>16</sup> Kontrola udzielania zamówień publicznych odbywa się wyłącznie w siedzibie UZP, dlatego można ją określić jako kontrolę kameralną<sup>17</sup>. Możliwy zakres czynności kontrolnych wyznaczany jest upoważnieniem prezesa UZP do: żądania dostarczenia przez zamawiającego do siedziby Urzędu Zamówień Publicznych kopii dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia; żądania złożenia

w przypadku przychylenia się do takiego wniosku, jest zobowiązany do niezwłocznego przekazania zamawiającemu oraz wnioskującej instytucji zarządzającej informacji o odstąpieniu od kontroli. Natomiast w świetle art. 170 ust. 3 p.z.p. w przypadku udzielania zamówień w częściach (zob. art. 32 ust. 4 p.z.p.), jeżeli wartość poszczególnych części zamówienia jest mniejsza niż kwoty wartości szacunkowej zamówienia, których osiągnięcie lub przekroczenie rodzi obowiązek przeprowadzenia kontroli uprzedniej, prezes UZP może odstąpić od przeprowadzenia tej kontroli, informując o tym zamawiającego niezwłocznie po otrzymaniu kopii dokumentacji postępowania. W tym więc przypadku dochodzi do wszczęcia postępowania kontrolnego poprzez przekazanie organowi kontrolnemu kopii dokumentacji postępowania (art. 169 ust. 3 p.z.p.), niemniej jednak nie dochodzi do przeprowadzenia czynności kontrolnych ze względu na odstąpienie od nich przez organ kontrolny.

<sup>13</sup> Zob. art. 169 ust. 2 p.z.p.

<sup>14</sup> Zob. art. 161 ust. 4 oraz art. 163 ust. 1 p.z.p.

<sup>15</sup> Postępowanie wyjaśniające, choć uregulowane w oddziale I, rozdziału trzeciego ustawy p.z.p. zawierającego przepisy wspólne dla obu rodzajów kontroli, zastosowanie znajduje w zasadzie do kontroli doraźnej, a to z powodu obligatoryjnego, a więc w rzeczywistości niezależnego od przypuszczenia naruszenia prawa w postępowaniu, charakteru kontroli uprzedniej. Można by jedynie rozważać, czy przepisy o postępowaniu wyjaśniającym w odniesieniu do zamówień objętych kontrolą uprzednią nie znalazłyby zastosowania w sytuacji, gdy instytucja zarządzająca na podstawie art. 169 ust. 4 p.z.p. wnioskuje o odstąpienie od przeprowadzenia kontroli uprzedniej, a prezes UZP podjąłby postępowanie wyjaśniające dla upewnienia się o zasadności wniosku instytucji zarządzającej.

<sup>16</sup> Zob. art. 161 ust. 2 p.z.p.

<sup>17</sup> H. Nowicki, *Kontrola uprzednia...*, s. 217.

pisemnych wyjaśnień przez kierownika zamawiającego, pracowników zamawiającego oraz inne podmioty (w szczególności wykonawców lub inne organy uprawnione do kontroli zamówień publicznych)<sup>18</sup>; zasięgnięcia opinii biegłych, jeżeli ustalenie lub ocena stanu faktycznego sprawy bądź dokonanie innych czynności kontrolnych wymaga wiadomości specjalnych<sup>19</sup>. Jednocześnie stan faktyczny sprawy jako podstawa wyników kontroli powinien być ustalony na podstawie całości kształtu materiału zebranego w toku postępowania wyjaśniającego oraz kontroli, w szczególności dokumentów związanych z postępowaniem, wyjaśnień kierownika i pracowników zamawiającego, opinii biegłych oraz wyjaśnień innych podmiotów<sup>20</sup>.

W odniesieniu do kontroli uprzedniej oraz kontroli doraźnej podjętej przed zawarciem umowy należy zwrócić uwagę na ich korygujące (prewencyjne) cele. Widoczne jest to w fakcie objęcia treścią aktu pokontrolnego (informacji o wynikach kontroli) także zaleceń pokontrolnych, jeżeli w toku kontroli ustalono, że zasadne jest unieważnienie postępowania lub usunięcie stwierdzonych naruszeń ustawy<sup>21</sup>. Wykonanie przez zamawiającego zaleceń pokontrolnych (np. unieważnienie dokonanych czynności i ich powtórzenie z właściwym wynikiem, dokonanie czynności bezprawnie zaniechanych) powinno doprowadzić do stanu zgodności postępowania z prawem, chyba że stwierdzone w postępowaniu naruszenie ma charakter nieusuwalny (np. sprzeczne z zasadą ochrony konkurencji postanowienia specyfikacji wpływające na wyniki postępowania), co stanowi podstawę do unieważnienia postępowania przez zamawiającego, zapobiegając przy tym zawarciu wadliwej umowy w sprawie zamówienia. Wzmocnieniu prewencyjnego oddziaływania kontroli uprzedniej, o którym tu mowa, służy ustawowe zastrzeżenie o zakazie zawarcia umowy przed momentem doręczenia zamawiającemu informacji o wyniku kontroli<sup>22</sup>.

Z kolei kontrola doraźna mająca miejsce po zawarciu umowy w sprawie zamówienia służy przede wszystkim realizacji celów o charakterze represyjnym (sankcyjnym). Z jej negatywnym wynikiem wiążą się bowiem dalsze kompetencje prezesa UZP do skorzystania ze środków prawnych, które mogą doprowadzić lub bezpośrednio prowadzą do

---

<sup>18</sup> Ibidem.

<sup>19</sup> Zob. art. 163 ust. 1 p.z.p.

<sup>20</sup> Zob. art. 163 ust. 3 p.z.p.

<sup>21</sup> Zob. art. 171 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 165 ust. 2 p.z.p.

<sup>22</sup> Zob. art. 171 ust. 4 p.z.p.

realizacji wobec zamawiającego lub osób zajmujących się po jego stronie przygotowaniem lub przeprowadzeniem postępowania określonych konsekwencji (dolegliwości) prawnych. Informacja o wynikach kontroli doraźnej, w której stwierdzono naruszenia ustawy p.z.p. w postępowaniu poprzedzającym zawarcie umowy, może stanowić podstawę do: 1. wniesienia przez prezesa UZP powództwa do sądu powszechnego o unieważnienie umowy w całości lub w części<sup>23</sup>; 2. zawiadomienia przez prezesa UZP właściwego rzecznika dyscypliny finansów publicznych o naruszeniach ustawy p.z.p., stanowiących czyny naruszające dyscyplinę finansów publicznych<sup>24</sup>; 3. wszczęcia przez prezesa UZP jurysdykcyjnego postępowania administracyjnego w celu wydania decyzji o karze pieniężnej skierowanej do zamawiającego spoza sektora finansów publicznych<sup>25</sup>. Fakt sprzęgnięcia kontroli doraźnej z dalszymi środkami prawnymi oddziaływania na sytuację prawną samego zamawiającego lub osób działających na jego rzecz potwierdza zasadność traktowania tej kontroli jako mechanizmu prawnego, mającego dostarczyć podstaw faktycznych do egzekwowania określonych sankcji o różnej naturze prawnej. Sankcje te podlegają przy tym realizacji przez samego prezesa UZP (administracyjne kary pieniężne) lub inne właściwe organy (sąd powszechny, komisję orzekającą w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych).

Informacja o wynikach kontroli (czy to uprzedniej, czy doraźnej), formalnie rzecz biorąc, nie ma charakteru wiążącego zamawiającego. Brak jest bowiem przepisu, który stanowiłby o związaniu jej wynikami instytucji zamawiającej<sup>26</sup>. Niemniej jednak nie tylko w przypadku kontroli doraźnej *ex post*, lecz także kontroli poprzedzającej zawarcie umowy może stanowić ona przesłankę sięgania po dalsze, wskazane powyżej, środki prawne pozostające w gestii prezesa UZP. W tym drugim przypadku może mieć to miejsce w razie niewykonania przez zamawiającego zaleceń pokontrolnych sformułowanych jeszcze przed zawarciem umowy definitywnej w sprawie zamówienia publicznego. Warto w tym miejscu zwrócić uwagę również na fakt, że formalnie niewiążąca dla zamawiającego informacja o wynikach kontroli w określonej sytuacji może stać się wiążąca w odniesieniu do prezesa

<sup>23</sup> Zob. art. 144a, art. 146 ust. 6 p.z.p.

<sup>24</sup> Zob. art. 168a p.z.p.

<sup>25</sup> Zob. art. 202 p.z.p.

<sup>26</sup> Zob. A. Chełmoński, *Nadzór policyjny i reglamentacyjny w administracyjnym prawie gospodarczym*, w: *Administracyjne prawo gospodarcze*, pod red. L. Kieresa, s. 520–521.

UZP. Skutek taki jest następstwem przeprowadzenia, przewidywanej w ustawie p.z.p., swoistej procedury weryfikacji ustaleń dokonanych w toku kontroli uprzedniej lub doraźnej. Procedura ta jest inicjowana w wyniku wniesienia przez zamawiającego zastrzeżeń do wyników kontroli, a organem rozstrzygającym o tych zastrzeżeniach jest Krajowa Izba Odwoławcza (KIO)<sup>27</sup>. KIO, wydając opinię w sprawie zastrzeżeń zamawiającego, formułuje ostateczny wynik kontroli<sup>28</sup>, który dla prezesa UZP jest wiążący<sup>29</sup>. Charakter tego związania nie jest wyraźnie określony w odnośnych przepisach ustawowych. W jednej z uchwał KIO dotyczącej tej kwestii wskazano, że poza przepisem art. 167 ust. 4 p.z.p. „stwierdzającym, że opinia Izby jest wiążąca dla Prezesa Urzędu, brak w prawie zamówień publicznych wskazówek co do charakteru opinii wydawanej przez Izbę”<sup>30</sup>. Zajmując stanowisko w tej kwestii, należałoby stwierdzić, że ostateczny (ustalony opinią KIO), pozytywny wynik kontroli (brak stwierdzenia naruszeń, które miały lub mogły mieć wpływ na wynik postępowania) powinien skutkować brakiem możliwości sięgnięcia przez prezesa UZP po wskazywane powyżej środki prawne służące reakcji na stwierdzone przez niego, lecz niepotwierdzone przez KIO naruszenia prawa. Z kolei w sytuacji ostatecznego uznania negatywnych ustaleń zamawiającego co do zgodności z prawem kontrolowanego postępowania prezes UZP dysponuje faktyczną podstawą do posłużenia się odpowiednimi środkami prawnymi, o których była tu już mowa.

Dokonana powyżej krótka charakterystyka procedur kontrolnych unormowanych w ustawie p.z.p. stanowi punkt wyjścia do zasadniczej dla niniejszego opracowania kwestii, a więc do oceny zasadności odnośnienia do tych procedur kategorii pojęciowej nadzoru w materialnym prawie administracyjnym.

## 2. Pojęcie nadzoru w teorii prawa administracyjnego

W nauce prawa administracyjnego, a także publicznego prawa gospodarczego kontrolę i nadzór postrzega się jako odmienne funkcje w obszarze wykonywania administracji publicznej. Jeśli chodzi o funkcję kontrolną, to pomimo różnych ujęć definicyjnych jej istota nie należy

---

<sup>27</sup> Zob. art. 167 ust. 1–3 w zw. z art. 171a p.z.p.

<sup>28</sup> H. Nowicki, *Kontrola postępowania...*, s. 374.

<sup>29</sup> Zob. art. 167 ust. 4 p.z.p.

<sup>30</sup> Uchwała KIO w sprawie KIO/KD 79/10, dostępna na stronie [www.uzp.gov.pl](http://www.uzp.gov.pl).

do zagadnień szczególnie spornych w poglądach przedstawicieli doktryny<sup>31</sup>. Kładzie się w nich nacisk na elementy: obserwacji zachowań podmiotu poddanego kontroli, dokonywania ich oceny z perspektywy określonego wzorca kontrolnego (kryterium kontroli) w celu ustalenia zgodności zaobserwowanego stanu faktycznego z tym wzorcem (stanem postulowanym) oraz przekazania wyników tych ustaleń wraz z niewiązącymi zaleceniami co do usunięcia zaobserwowanych nieprawidłowości podmiotowi kontrolowanemu oraz ewentualnie innym podmiotom (np. organom zwierzchnim, gdy kontroli podlega działalność organu administracji publicznej)<sup>32</sup>. Za istotę kontroli należałoby uznać porównanie tego, „co jest”, z tym, „co powinno być”, a więc sprawdzenie stanu faktycznego i jego odniesienie do stanu postulowanego lub stanu pożądanego, dla ustalenia zakresu zgodności i rozbieżności pomiędzy tymi stanami. Do celów przypisywanych funkcji kontrolnej należą także: wyjaśnienie samych przyczyn powstania tych rozbieżności oraz sformułowanie zaleceń pozwalających na ich uniknięcie w przyszłości<sup>33</sup>. Jednocześnie w wypowiedziach jurysprudencji prawa administracyjnego podkreślano, że podmiot kontrolujący jest wolny od odpowiedzialności za działalność kontrolowanego (nie jest podmiotem współadministrującym)<sup>34</sup>, stąd też funkcja kontrolna nie obejmuje instrumentów prawnych stwarzających możliwość ingerowania w zachowania podmiotu kontrolowanego. Pojęcie nadzoru łączy zaś element kontroli z elementem prawnego umocowania do wpływania (oddziaływania, sankcjonowania, korygowania)<sup>35</sup> działalności lub sytuacji podmiotu nadzorowanego, wykraczając intensywnością (stopniem ingerencji) ponad typowe dla „czystej” działalności kontrolnej zalecenia pokontrolne.

<sup>31</sup> J. Boć, *Kontrola prawna administracji*, w: *Prawo administracyjne*, pod red. J. Bocia, Wrocław 2000, s. 364.

<sup>32</sup> Zob. T. Kocowski, *Kontrola i nadzór (policyjny, reglamentacyjny, właścicielski)*, w: *Publiczne prawo gospodarcze, seria System prawa administracyjnego*, pod red. R. Hausera, Z. Niewiadomskiego, A. Wróbla, t. 8A, Warszawa 2013, s. 362.

<sup>33</sup> J. Boć, op. cit., s. 367.

<sup>34</sup> M. Szewczyk, *Nadzór w materialnym prawie administracyjnym. Administracja wobec wolności i innych praw podmiotowych jednostki*, Poznań 1995, s. 120; J. Starościak, *Prawo administracyjne*, Warszawa 1978, s. 349–350.

<sup>35</sup> Zob. M. Miemieć, J. Boć, *Nadzór prawny*, w: *Prawo administracyjne*, pod red. J. Bocia, s. 228; B. Banaszak, *Nadzór*, w: *Encyklopedia prawa*, pod red. U. Kaliny-Prasznic, Warszawa 2007, s. 409; M. Szydło, *Prawna koncepcja zamówienia publicznego*, Warszawa 2014, s. 115; D. Wacinkiewicz, *Kontrola i nadzór w prawie komunalnym*, Warszawa 2007, s. 196–198.



Wskazywany element braku możliwości wywierania na podmiot kontrolowany wiążącego wpływu, mogącego podlegać przymusowej realizacji, stanowi główne kryterium odróżniania obu funkcji administracji publicznej. Kontrola w prawie administracyjnym może więc zarówno być samoistną funkcją organu administracji publicznej, jak i występować jako integralny element funkcji nadzorczej<sup>36</sup>. O ile więc w przypadku kontroli samoistnej należałoby stwierdzić brak podstaw do bezpośredniego wiążącego wpływania na zachowania kontrolowanego, o tyle oddziaływanie nadzorcze zawiera w sobie możliwość korygowania lub sankcjonowania zachowań podmiotu nadzorowanego<sup>37</sup>. W ramach nadzoru dochodzi więc do zespolenia funkcji kontrolnej z dalszym, różnorodnym oddziaływaniem na podmiot nadzorowany<sup>38</sup>.

W tym miejscu należy zwrócić uwagę na fakt, że pojęcie-narzędzie nadzoru w teorii prawa administracyjnego cechuje się wieloznacznością i jako pozbawione definicji legalnej o charakterze generalnym w skali porządku prawnego, nie ma wyraźnie wyznaczonych granic znaczeniowych<sup>39</sup>. W przeszłości istotną rolę odgrywało stanowisko obejmujące ramami nadzoru relacje prawne pomiędzy organami lub podmiotami administracji w jej scentralizowanych, a następnie także i zdecentralizowanych układach<sup>40</sup>. Czyniło to z nadzoru kategorię pojęciową przede wszystkim ustrojowego prawa administracyjnego. Niemniej jednak można było spotkać się także z poglądami rozciągającymi zakres tego pojęcia na sferę stosunków materialnoprawnych prawa administracyjnego<sup>41</sup>. Spowodowało to konieczność operowania pojęciem-narzędziem nadzoru w ścisłym odniesieniu do przedmiotowej oraz podmiotowej specyfiki stosunków prawnych objętych konkretną postacią nadzoru, wynikającą z określonej regulacji prawnej, przy czym sam ustawodawca posługuje się tym określeniem w normowaniu relacji prawnych zarówno w obszarze stosunków pomiędzy organami

<sup>36</sup> Zob. uchwała Trybunału Konstytucyjnego z 5 X 1994 r., sygn. W. 1/94, Dz.U. Nr 113, poz. 551; K. Kiczka, *Kontrola w prawie zamówień publicznych*, w: *Zamówienia publiczne jako przedmiot regulacji prawnej*, pod red. M. Guzińskiego, Wrocław 2012, s. 200–201.

<sup>37</sup> Zob. A. Chełmoński, *Nadzór policyjny i reglamentacyjny w administracyjnym prawie gospodarczym*, w: *Administracyjne prawo gospodarcze*, pod red. L. Kieresa, s. 523.

<sup>38</sup> Zob. M. Szewczyk, op. cit., s. 120–128.

<sup>39</sup> Zob. A. Chełmoński, *Nadzór policyjny i reglamentacyjny w administracyjnym prawie gospodarczym*, w: *Administracyjne prawo gospodarcze*, pod red. L. Kieresa, s. 515.

<sup>40</sup> M. Szewczyk, op. cit., s. 29–30; M. Szydło, *Prawna koncepcja zamówienia publicznego*, s. 113–115.

<sup>41</sup> M. Szewczyk, op. cit., s. 29–30.

administracji (wewnątrz administracji)<sup>42</sup>, jak i stosunków pomiędzy organami administracji a podmiotami spoza administracji (na zewnątrz administracji)<sup>43</sup>. W pełni aktualne pozostaje wobec tego stwierdzenie A. Chelmońskiego, że „w doktrynie prawa administracyjnego nadzór traktowany jako pojęcie teoretyczne nie jest pojęciem treściowo jednolitym i jako narzędzie interpretacyjne może być użyte jedynie w odniesieniu do konkretnej instytucji ze świadomością swoistości tylko jej właściwych elementów”<sup>44</sup>.

Próbie wskazania cech, które odróżniałyby nadzór w materialnym prawie administracyjnym od „zależności bądź zespołów kompetencji administracji nazywanych również nadzorem”, a występujących w prawie ustrojowym, podjął M. Szewczyk. Autor ten doszedł do wniosku, że „pod pojęciem nadzoru, jakie używane jest w przepisach o charakterze materialnoprawnym, rozumieć można zespół relacji prawnych, które: 1) administracja jest upoważniona nawiązywać z podmiotami, które przynajmniej w zakresie tych relacji nie mają statusu podmiotów administracji; 2) mają być nawiązywane zasadniczo dla odsuwania zagrożeń dla normalnego toku życia zbiorowego, przeciwdziałania ich występowaniu oraz usuwania skutków tych zagrożeń; 3) mogą podlegać nawiązaniu, modyfikacji i ustaniu nie tylko w ramach procedur uregulowanych” w Ustawie z dnia 14 czerwca 1960 r. – Kodeks postępowania administracyjnego<sup>45</sup>, Ustawie z dnia 17 czerwca 1966 r. o postępowaniu egzekucyjnym w administracji<sup>46</sup> „czy ewentualnie w przepisach szczególnych, lecz także poza tymi procedurami”<sup>47</sup>. Cytowany autor podkreśla jednocześnie, że tak rozumiane pojęcie nadzoru należy postrzegać jako „zespół stosunków prawnych, nawiązywanych w ramach wskazanych wyżej relacji”<sup>48</sup>. Koncepcja nadzoru materialnoprawnego M. Szewczyka

<sup>42</sup> Por. art. 85–102a Ustawy z dnia 8 III 1990 r. o samorządzie gminnym (tekst jedn. Dz.U. 2013, poz. 594 ze zm.); art. 5–10 oraz 10a–12 Ustawy z dnia 7 X 1992 r. o regionalnych izbach obrachunkowych (tekst jedn. Dz.U. 2012, poz. 1113 ze zm.).

<sup>43</sup> Por. art. 2–4 oraz 23–31 Ustawy z dnia 14 III 1985 r. o Państwowej Inspekcji Sanitarnej (tekst jedn. Dz.U. 2011 Nr 212, poz. 1263 ze zm.); art. 36a–36z Ustawy z dnia 6 IX 2001 r. Prawo farmaceutyczne (tekst jedn. Dz.U. 2008 Nr 45, poz. 271 ze zm.).

<sup>44</sup> A. Chelmoński, *Nadzór policyjny i reglamentacyjny w administracyjnym prawie gospodarczym*, w: *Administracyjne prawo gospodarcze*, pod red. L. Kieresa, s. 515.

<sup>45</sup> Ustawa z dnia 14 VI 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (tekst jedn. Dz.U. 2013, poz. 267 ze zm.), dalej „k.p.a.”.

<sup>46</sup> Ustawa z dnia 17 VI 1966 r. o postępowaniu egzekucyjnym w administracji (tekst jedn. Dz.U. 2014, poz. 1619 ze zm.), dalej „p.e.a.”.

<sup>47</sup> M. Szewczyk, op. cit., s. 44–46.

<sup>48</sup> Ibidem, s. 45–46.

zakłada występowanie dwóch zasadniczych faz działań nadzorczych: fazy kontrolnej oraz fazy ustalania praw i obowiązków podmiotów nadzorowanych lub korekty ich zachowań<sup>49</sup>. Pierwsza z tych faz obejmuje czynności faktyczne, polegające na obserwowaniu działań podmiotu poddanego kontroli, ich analizowaniu oraz porównywaniu dokonanych ustaleń ze wskazanym normatywnie wzorcem. Tym czynnościom faktycznym towarzyszyć mogą czynności w postaci „nieformalnych aktów administracyjnych”. Ma to miejsce w najczęściej spotykanej, w odniesieniu do zespołu relacji charakteryzujących nadzór w prawie materialnym, sytuacji, gdy czynności kontrolne nie są objęte regulacją k.p.a., a to z tego względu, że są podejmowane w postępowaniu nieprowadzącym bezpośrednio do wydania decyzji administracyjnej. Chodzi więc w tym przypadku o takie postępowanie organu kontrolnego, któremu nie towarzyszy zamiar bezpośredniego zakończenia go decyzją administracyjną, a jest z nim związana jedynie ewentualność późniejszego, na dalszym etapie działań nadzorczych, wszczęcia jurysdykcyjnego postępowania administracyjnego<sup>50</sup>. Procedury tego rodzaju, nie mieszcząc się w zakresie normowania przepisów o ogólnym postępowaniu administracyjnym, należy ujmować jako elementy szeroko rozumianego procesu administrowania<sup>51</sup>. Natomiast nieformalne akty administracyjne, o których mowa powyżej, są konieczne dla zgromadzenia danych potrzebnych do dokonania oceny dotyczącej zgodności stwierdzonego stanu rzeczy z właściwymi wzorcami kontrolnymi. Stanowią one jednostronne i władcze akty będące wyrazem woli organu kontrolnego, niezbędne do uzyskania koniecznych dla przeprowadzenia kontroli informacji ze źródeł, takich jak: dokumenty, oględziny, wyjaśnienia od określonych

---

<sup>49</sup> Przy czym wyróżniany przez M. Szewczyka element ustalania praw i obowiązków podmiotów nadzorowanych dotyczy w szczególności wydawania decyzji w sprawie zezwoleń na podejmowanie określonych zachowań. Wynika to z faktu, że autor ten swoje ustalenia dotyczące faz działań nadzorczych odnosi zarówno do działań polegających na uchylaniu ogólnego zakazu wykonywania działalności określonego rodzaju czy określonych czynności, jak i do korygowania bieżącej działalności podmiotu nadzorowanego w drodze restrykcyjnych nakazów działania, zaniechania, a także do restrykcyjnego odwoływania bądź ograniczania udzielonych zezwoleń. W takim ujęciu faza czynności następujących po czynnościach kontrolnych może dotyczyć zarówno korygowania niezgodnych z wzorcem kontroli działań lub zaniechań podmiotu kontrolowanego, jak i autorytatywnego konkretyzowania jego uprawnień w drodze decyzji zezwalających, uchylających w stosunku do ich adresata ogólny (powszechny) zakaz określonych działań. Zob. M. Szewczyk, op. cit., s. 107–108, 120–124.

<sup>50</sup> Ibidem, s. 113–117.

<sup>51</sup> Ibidem, s. 113.

osób czy opinie biegłych<sup>52</sup>. Charakterystyczne jest przy tym to, że prawo z reguły nie określa wymogów co do formy takich aktów czy trybu, w jakim powinny być one wydawane, co czyni zasadnym określanie ich jako nieformalnych<sup>53</sup>. Wnioski sformułowane po przeprowadzeniu kontrolnych obserwacji i porównaniu uzyskanych ustaleń z wzorcem kontroli są ujmowane w ramach aktu pokontrolnego, będącego już nie czynnością faktyczną, lecz prawną (konwencjonalną), stanowiącą wyraz aprobaty lub dezaprobaty podmiotu kontrolującego w konkretnym stanie rzeczy<sup>54</sup>. Dalsza faza zespołu (ciągu) działań, określanego mianem nadzoru, obejmuje stosowanie środków prawnych nadzoru, które w sposób władczy określają sytuację prawną podmiotu nadzorowanego; w ujęciu M. Szewczyka środkami tymi są nie tylko decyzje administracyjne, ale także inne akty administracyjne (np. z obszaru postępowania egzekucyjnego), a w określonych sytuacjach – wyroki sądowe, czy nawet akty normatywne<sup>55</sup>. Jednocześnie należy wskazać na występujące w regulacji prawa administracyjnego zjawisko dekoncentracji kompetencji do podejmowania czynności składających się na wskazywane fazy nadzoru. Z właściwych unormowań może bowiem wynikać rozdzielenie pomiędzy różne organy administracji kompetencji kontrolnych oraz nadzorczych<sup>56</sup>. W odniesieniu do wyroków sądowych jako środków prawnych nadzoru zajęto, w ramach charakteryzowanej koncepcji, stanowisko, że należy je tak kwalifikować, gdy sąd orzeka na podstawie powództwa czy innego środka procesowego wnoszonego przez organ administracji; w szczególności dotyczy to takich regulacji prawnych, na podstawie których to jedynie organ administracji jest właściwym podmiotem do wnioskowania o wydanie przez sąd powszechny odpowiedniego orzeczenia. W takich sytuacjach ustawodawca wyposaża organ kontrolny w legitymację procesową do inicjowania i występowania jako strona w postępowaniach sądowych, w ramach których autorytatywnie rozstrzygana jest kwestia naruszeń prawa w zachowaniach podmiotów nadzorowanych. Postępowanie sądowe pozostaje tu w ścisłych związkach z poprzedzającą je administracyjnoprawną kontrolą. Szczególnie istotne jest także stwierdzenie, że wyrokując w takich sprawach, właściwy sąd orzeka na podstawie

<sup>52</sup> Por. art. 163 p.z.p.

<sup>53</sup> M. Szewczyk, op. cit., s. 115.

<sup>54</sup> Ibidem, s. 114.

<sup>55</sup> Ibidem, s. 126–130.

<sup>56</sup> Ibidem, s. 36. Por. art. 168a p.z.p.

przepisów materialnego prawa administracyjnego, a jego wyrok jest formą prawną ich autorytatywnej, wtórnej konkretyzacji<sup>57</sup>.

W obszarze nauki publicznego prawa gospodarczego szczególne znaczenie w aspekcie prowadzonych rozważań należy przyznać koncepcji struktury prawnej nadzoru materialnoprawnego, przedstawionej przez A. Chełmońskiego<sup>58</sup>. Za miarodajną dla analiz dotyczących kontroli udzielania zamówień publicznych i jej konsekwencji prawnych, podejmowanych z perspektywy wyróżniania w teorii prawa administracyjnego kontroli samoistnej oraz nadzoru jako odrębnych funkcji, należy zaś uznać konstrukcję nadzoru bieżącego w ujęciu wskazywanego powyżej autora<sup>59</sup>. Wynika to z faktu, że w każdej postaci kontroli zamówień publicznych chodzi o ocenę zgodności z wzorcem normatywnym (przepisami ustawy p.z.p.) zachowań instytucji zamawiającej. Przedmio-

---

<sup>57</sup> Ibidem, s. 127–128. Jako przykład takiej konstrukcji prawnej nadzoru, w której kompetencjami w zakresie fazy kontrolnej dysponuje organ administracji, natomiast środki prawne o charakterze korygującym pozostają w dyspozycji sądu powszechnego, wskazano regulacje Ustawy z dnia 7 IV 1989 r. Prawo o stowarzyszeniach (tekst jedn. Dz.U. 2001 Nr 79, poz. 855 ze zm., dalej „pr. stow.”). W świetle przepisów tej ustawy organ administracji określone jako „nadzorujące” (wojewoda lub starosta – art. 8 ust. 5 pr. stow.) dysponują wyłącznie kompetencjami o charakterze kontrolnym, bez możliwości wiążącego wpływania na działania kontrolowanych (korygowania ich) (zob. art. 25 oraz art. 28 pr. stow.). Natomiast organem władzy publicznej wyposażonym w kompetencję do autorytatywnego rozstrzygnięcia o zgodności z prawem działania stowarzyszeń jest, zgodnie z przepisami pr. stow., sąd powszechny, który na wniosek organu nadzorującego lub prokuratora może: 1. udzielić upomnienia władzom stowarzyszenia; 2. uchylić niezgodną z prawem lub statutem uchwałę stowarzyszenia; 3. rozwiązać stowarzyszenie w przypadku rażącego lub uporczywego naruszenia prawa lub statutu (art. 29 ust. 1 pkt 1–2 pr. stow.). Dwie ostatnie ze wskazywanych kompetencji mają wyraźny charakter ingerencyjny (korygująco-sankcyjny). Natomiast przepisy tej ustawy należy uznać za przynależne do prawa administracyjnego (i szerzej – publicznego) z tego względu, że przedmiotem ich normowania jest status jednostek (obywateli) wobec władz publicznych, w tym organów administracji, w sferze konstytucyjnej wolności zrzeszania się. Unormowania pr. stow. wobec poddania kontroli ich przestrzegania organom administracji publicznej i ścisłego powiązania tej kontroli z sądową ingerencją, w razie ich nieprzestrzegania, uzasadniają wniosek o możliwości uznawania norm, o których tu mowa, za normy bezpośrednio regulujące prawa administracyjnego. Konstatacja ta prowadzi do kolejnego wniosku, że sąd powszechny, działając na podstawie wniosków legitymowanego w tym zakresie organu administracji, rozstrzyga na podstawie norm materialnego prawa administracyjnego, a zakresem tego sądowego rozstrzygnięcia jest także zasadność ocen co do zgodności działania stowarzyszenia z prawem, sformułowanych w toku kontroli właściwego organu administracyjnego.

<sup>58</sup> A. Chełmoński, *Nadzór policyjny i reglamentacyjny w administracyjnym prawie gospodarczym*, w: *Administracyjne prawo gospodarcze*, pod red. L. Kieresa, s. 515–527.

<sup>59</sup> Ibidem, s. 517–523.

tem kontroli są działania zamawiającego, które miały już miejsce, lub fakty wskazujące na zaniechania działań, które zgodnie z odnośnymi unormowaniami powinny były nastąpić. Wobec tego zakresem kontroli objęte są zaszłości składające się na zakończone zawarciem umowy lub unieważnieniem postępowanie, bądź też na tę część postępowania, która podlega ocenie w ramach kontroli poprzedzającej zawarcie umowy. Określenie „kontrola uprzednia” jest więc trafne o tyle, że poprzedza właściwe zakończenie postępowania, tj. zawarcie umowy w sprawie zamówienia względnie unieważnienie postępowania, nie oznacza natomiast, że chodzi w tym przypadku o kontrolę zamiaru określonego, przyszłego działania<sup>60</sup>. „Uprzedniość” kontroli mającej miejsce przed zawarciem umowy należy rozumieć także w ten sposób, że stanowi ona instrument prawny umożliwiający skorygowanie wyniku postępowania tak, by odpowiadał przepisom prawa zamówień publicznych. Korekta taka, polegająca na unieważnieniu i powtórzeniu określonych czynności (np. badania i oceny ofert) lub dokonaniu czynności zaniechanych (odrzuceniu oferty sprzecznej z treścią specyfikacji), nie jest już możliwa po zawarciu umowy w sprawie zamówienia. Nie zmienia to jednak faktu, że kontrola poprzedzająca zawarcie umowy w sprawie zamówienia ma na celu ustalenie stanu faktycznego oraz dokonanie jego oceny prawnej w zakresie przeprowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia<sup>61</sup>, bądź też tych jego faz, które poprzedzają czynności kontrolne.

Bieżący nadzór reglamentacyjny<sup>62</sup> według koncepcji A. Chełmońskiego obejmuje trzy fazy, z których tylko jedna – faza kontrolna – ma charakter obligatoryjny w tym sensie, że konieczne jest dokonanie przez organ nadzorczy czynności kontrolnych, aby mogła zaistnieć (zostać stwierdzona) ewentualna podstawa do dalszych działań tego organu objętych kolejnymi fazami działań nadzorczych. Tak ujmowana kontrola

<sup>60</sup> H. Nowicki, *Kontrola uprzednia...*, s. 218.

<sup>61</sup> W rozumieniu z definicji legalnej z art. 2 pkt 7a p.z.p.

<sup>62</sup> Określenie „reglamentacyjny” jest tu użyte w znaczeniu nawiązującym do administracyjnoprawnych ograniczeń swobody działalności gospodarczej, w tym swobody umów, w celu ochrony interesów gospodarczych państwa oraz prawidłowego funkcjonowania rynku (zob. A. Chełmoński, *Nadzór policyjny i reglamentacyjny w administracyjnym prawie gospodarczym*, w: *Administracyjne prawo gospodarcze. Zagadnienia wybrane*, pod red. A. Borkowskiego i in., Wrocław 2000, s. 108). Określenie takie jest adekwatne dla reżimu prawnego udzielania zamówień publicznych jako służącego realizacji celu w postaci efektywnego wydatkowania środków finansowych sektora publicznego, ale także zapewnienia otwartego na konkurencję dostępu do wykonywania zamówień publicznych dla wszystkich zainteresowanych i obiektywnie zdolnych do tego podmiotów.

nie służy sama przez się rozstrzygnięciu indywidualnej sprawy z zakresu administracji publicznej, a więc nie jest podejmowana w celu wydania decyzji. W tym sensie kontrola ta ma charakter „samoistny”<sup>63</sup>, jednocześnie w modelu nadzoru bieżącego, w przeciwieństwie do nadzoru zapobiegawczego, którego głównym celem jest rozstrzygnięcie w drodze decyzji o możliwości uchylenia ogólnego zakazu wykonywania działalności określonego rodzaju, kontrola nie jest stosunkiem procesowym, lecz materialnoprawnym<sup>64</sup>. Od wyniku czynności kontrolnych (treści dokonanych ustaleń) zależy potrzeba przystąpienia do działań znamionujących kolejną fazę przedstawianego zespołu czynności, a więc fazę decyzyjną. Spoiwem łączącym fazę kontrolną i fazę decyzyjną jest akt pokontrolny, najczęściej protokół pokontrolny<sup>65</sup>. Akt ten stanowi, zdaniem A. Chełmońskiego, szczególnego rodzaju akt kwalifikujący (kwalifikacyjny), tworzący dla jego adresata interes prawny lub obowiązki w rozumieniu przepisów k.p.a. Treść takiego aktu może więc stanowić podstawę do żądania nieingerencji organów nadzoru lub do podjęcia przez te organy dalszych działań o charakterze nadzorczym w przypadku niewykonania zaleceń pokontrolnych przez kontrolowanego. Same zaś zalecenia, będące częścią aktu pokontrolnego, należy uznać za warunek, od którego spełnienia zależy konieczność korzystania z dalszych środków prawnych przez organ nadzorczy. Inaczej mówiąc, wypełnienie zaleceń pokontrolnych daje, w tej koncepcji, *ex post* podstawę do uznania skorygowanych czynności lub zaniechań za zgodne z prawem<sup>66</sup>.

Jeżeli akt pokontrolny zawiera w swej treści stwierdzenie występowania uchybień w ocenianym stanie faktycznym wobec stanowiącego podstawę oceny wzorca normatywnego i uchybienia te nie zostaną usunięte w drodze wykonania zaleceń przez podmiot poddany nadzorowi, to po stronie organu nadzorczego aktualizuje się kompetencja do wydania odpowiedniej decyzji nadzorczej. W ramach przyznanego władztwa administracyjnego organ ten może nałożyć na podmiot kontrolowany obowiązki określonego zachowania się (zakazy lub nakazy), zastosować sankcję w postaci odebrania (cofnięcia) lub ograniczenia

---

<sup>63</sup> A. Chełmoński, *Nadzór policyjny i reglamentacyjny w administracyjnym prawie gospodarczym*, w: *Administracyjne prawo gospodarcze*, pod red. L. Kieresa, s. 524.

<sup>64</sup> *Ibidem*, s. 524–525.

<sup>65</sup> Por. art. 164 p.z.p.

<sup>66</sup> A. Chełmoński, *Nadzór policyjny i reglamentacyjny w administracyjnym prawie gospodarczym*, w: *Administracyjne prawo gospodarcze*, pod red. L. Kieresa, s. 542–543.

uprawnień do wykonywania działalności danego rodzaju lub nawet stwierdzić nieważność (bezwzględna lub względna), sankcjonując dokonywane przez taki podmiot czynności cywilnoprawne. Przy czym nierzadko sytuacje objęte zaleceniami pokontrolnymi stają się w treści decyzji nadzorczej obowiązkami. Z kolei w sytuacji braku wykonania takiej decyzji przez jej adresata może mieć miejsce kolejna, trzecia faza oddziaływania nadzorczego – faza przymusowej egzekucji wykonania nałożonych obowiązków, jeżeli nadają się one do wykonania w ten sposób<sup>67</sup>. W ramach charakteryzowanej koncepcji wskazano także na ścisłe powiązanie układu nadzoru z układem – norma bezpośrednio regulująca (bezpośrednio obowiązująca) prawa administracyjnego i jej adresat. Układ nadzoru służy bowiem ocenie przestrzegania norm bezpośrednio regulujących przez ich adresatów, a stwierdzenie w toku czynności kontrolnych naruszenia tychże norm (określanych przez A. Chełmońskiego mianem norm kształtujących<sup>68</sup>) przez ich adresatów stanowi konieczny element podstawy prawnej tych norm prawa materialnego dotyczących środków nadzorczych (aktualizuje kompetencje nadzorcze właściwego organu)<sup>69</sup>. Przedstawiona koncepcja posługiwania się pojęciem-narzędziem nadzoru w odniesieniu do stosunków o charakterze materialnoprawnym opiera się więc na schemacie: kontrola – zalecenia pokontrolne (w razie sprzeczności ustaleń co do stanu faktycznego ze stanem wzorcowym) – decyzja administracyjna nadzorcza (w razie niewykonania lub nienależytego wykonania zaleceń pokontrolnych) – ewentualna egzekucja decyzji nadzorczej.

W tym miejscu prowadzonych rozważań należy jeszcze odnieść się do sformułowanej przez M. Szydło koncepcji administracyjnego, materialnoprawnego nadzoru nad rynkiem zamówień publicznych. Koncepcja ta opiera się na częściowo odmiennych od prezentowanych powyżej założeniach co do zakresu przedmiotowego nadzoru. Jej celem jest objęcie jedną kategorią pojęciową szerokiego spektrum zadań, kompetencji oraz instrumentów prawnych organu administracji publicznej właściwego w sprawach nadzoru nad rynkiem zamówień publicznych. W ujęciu wskazywanego autora zasadne jest rozszerzenie zakresu pojęciowego funkcji nadzorczej poza cel zapewnienia zgodności z prawem zachowań podmiotów nadzorowanych oraz przedmiot oddziaływań nadzorczych, którym zasadniczo są zachowania podmiotów nadzorowanych.

<sup>67</sup> Ibidem, s. 521–523.

<sup>68</sup> Ibidem, s. 517.

<sup>69</sup> Ibidem, s. 522.



W proponowanym przez M. Szydłę ujęciu celem administracyjnego nadzoru materialnego w poddanym mu obszarze życia społeczno-gospodarczego powinno być gwarantowanie realizacji odpowiednich standardów prawnych (zasad, reguł oraz celów leżących u podstaw danej regulacji prawnej) nie tylko w zachowaniach podmiotów nadzorowanych, ale także, przynajmniej w pewnym zakresie, w odniesieniu do skutków zjawisk (stanów) obiektywnych, a więc niezależnych od zachowań podmiotów nadzorowanych<sup>70</sup>. Wśród tych zjawisk należy wskazać takie przykładowe elementy, jak: treść (mankamenty, niedomogi) danej regulacji prawnej, sytuacja nad danym rynkiem mogąca mieć negatywne skutki dla jego konkurencyjności (np. monopol naturalny), czy też asymetria informacyjna występująca pomiędzy niektórymi instytucjami zamawiającymi a wykonawcami<sup>71</sup>. Takie zakreślenie granic nadzoru powoduje, że wśród jego środków prawnych znajdują się nie tylko czynności kontrolne, typowe środki korygujące zachowania podmiotów nadzorowanych, takie jak zakaz kontynuowania określonych działań czy nakaz podjęcia działań odmiennych od dotychczasowych, ale także środki o charakterze represyjnym (np. kary pieniężne) oraz instrumenty służące wspieraniu (popieraniu) takich zachowań podmiotów nadzorowanych, które przyczyniają się do urzeczywistniania standardów prawnych obowiązujących w poddanym nadzorowi obszarze życia społeczno-gospodarczego. Odnosząc te założenia do rynku zamówień publicznych i obecnego stanu regulacji prawnej, należy uznać, że środkami tak szeroko rozumianego nadzoru nad tym rynkiem będą także takie działania prezesa UZP, jak: przygotowywanie i upowszechnianie przykładowych wzorów umów w sprawach zamówień, dokonywanie analiz funkcjonowania systemu zamówień czy opracowywanie projektów aktów normatywnych dotyczących zamówień<sup>72</sup>. Wykonywanie wskazanych zadań publicznych nie ma bezpośredniego związku z oceną zgodności z prawem zachowań konkretnych podmiotów nadzorowanych (zamawiających), może natomiast przyczyniać się do poprawy skuteczności zasad i reguł prawa zamówień publicznych na rynku zamówień publicznych jako takim. W tym ujęciu czynności kontrolne stanowią po prostu jeden z wielu instrumentów nadzoru<sup>73</sup>, jako funkcji mającej na celu możliwie szerokie oddziaływanie na procesy

<sup>70</sup> M. Szydło, *Prawna koncepcja...*, s. 116.

<sup>71</sup> *Ibidem*, s. 120.

<sup>72</sup> Zob. art. 154 pkt 1, 10, 15 p.z.p.

<sup>73</sup> M. Szydło, *Prawna koncepcja...*, s. 122–123.

oraz sytuację istniejącą na rynku zamówień publicznych przez organ nadzoru, który ponosi za ten rynek odpowiedzialność. Przedstawiana koncepcja nie akcentuje więc odmienności funkcji nadzorczej od kontroli samoistnej, w związku z czym zasadniczo nie będzie przywoływana w dalszych rozważaniach<sup>74</sup>. Uwypukla natomiast znaczenie powiązań pomiędzy różnymi instrumentami prawnymi pozostającymi w gestii tak rozumianego organu nadzoru rynkowego dla realizacji nadrzędnego celu w postaci zapewniania zgodności funkcjonowania rynku zamówień publicznych z założonymi przez prawodawcę standardami prawnymi.

### **3. Kontrola udzielania zamówień publicznych i powiązane z nią instrumenty prawne jako zespoły działań o charakterze nadzorczym**

Dążąc do sformułowania wniosków w obszarze rozważanego w niniejszym opracowaniu problemu, należy rozpocząć od wskazania elementów wspólnych regulacji prawnej kontroli udzielania zamówień w powiązaniu z dalszymi środkami pozostającymi w gestii prezesa UZP oraz pojęcia nadzoru jako zespołu działań prawnych, o których była mowa powyżej. Wobec tego w pierwszej kolejności należy wskazać na materialnoprawny charakter stosunków prawnych, kształtujących się na podstawie odnośnych przepisów ustawy p.z.p. Podmioty lub jednostki organizacyjne poddane władztwu kontrolnemu prezesa UZP nie są objęte jego zwierzchnością organizacyjną. Zamawiający zostają poddani kompetencjom kontrolnym prezesa UZP nie ze względu na swój status prawny (w ustrojowym prawie administracyjnym lub prawie cywilnym), lecz ze względu na spełnienie się w ich sytuacji przedmiotowych oraz podmiotowych przesłanek udzielenia zamówienia publicznego. Wobec tego należy ich w tym przypadku uznawać za podmioty (jednostki) administrowane, a więc za podmioty, które przynajmniej w zakresie relacji prawnych, o których tu mowa, nie są podmiotami administracji

---

<sup>74</sup> Wśród środków prawnych w modelu materialnoprawnego administracyjnego nadzoru nad rynkiem zamówień publicznych M. Szydło (ibidem) wskazuje na: 1. działania kontrolne, 2. działania sankcjonujące (np. wymierzanie kar pieniężnych, nakazywanie korekty zachowań), 3. działania reglamentacyjne (np. wyrażanie zgody na określone czynności zamawiających w postępowaniu, 4. działania informacyjne (np. urzędowe interpretacje prawa zamówień publicznych), 5. działania legislacyjne, 6. działania judykacyjne (w szczególności rozstrzyganie sporów między zamawiającymi a wykonawcami), 7. działania analityczne.

publicznej pozostającymi w organizacyjnych zależnościach z organem nadzorczym<sup>75</sup>.

Kolejną cechą modelową dla kontroli jako fazy zespołu działań nadzorczych, która występuje również w odniesieniu do kontroli udzielania zamówień, jest to, że czynności kontrolne prezesa UZP nie są unormowane przepisami o jurysdykcyjnym (ogólnym) postępowaniu administracyjnym. Czynności te są przedmiotem normowania jedynie przepisów ustawy p.z.p. Pogląd ten znajduje potwierdzenie w orzecnictwie sądów administracyjnych. W wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego (WSA) w Warszawie w sprawie o sygn. V SA/Wa 2614/07<sup>76</sup> podkreślono, że „przeprowadzenie kontroli udzielania zamówień, do której jest uprawniony Prezes UZP, nie jest postępowaniem administracyjnym i nie kończy się wydaniem decyzji. W tym przypadku także działanie Prezesa UZP nie ma charakteru władztwa administracyjnego wyrażającego się w jednostronnym oświadczeniu woli organu, opartym na przepisach prawa administracyjnego i określającym sytuację prawną konkretnie wskazanego adresata”. Z kolei w postanowieniu WSA w Warszawie w sprawie o sygn. III SA/Wa 3202/05 podkreślono, że „wynik kontroli uprzedniej nie podlega zaskarżeniu do Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego, ponieważ wskazuje wyłącznie określone uchybienia oraz dokonuje ustaleń faktycznych, a nie dotyczy przyznania, stwierdzenia albo uznania uprawnień bądź obowiązków wynikających z przepisów prawa”<sup>77</sup>. Potwierdzono tym samym także brak wiążącego zamawiającego charakteru informacji o wynikach kontroli. Powyższe stanowiska orzecznictwa uzasadniają więc pogląd o tym, że regulacja kontroli udzielania zamówień z ustawy p.z.p. normuje swoistą administracyjną procedurę kontrolną, która nie zmierza bezpośrednio do rozstrzygnięcia sprawy decyzją administracyjną, co stanowi cechę typową dla czynności kontrolnych jako fazy szerszego zespołu działań nadzorczych<sup>78</sup>. Jednocześnie ze względu na to, że właściwe przepisy ustawy p.z.p. nie określają formy prawnej realizacji czynności kontrolnych prezesa UZP, takich jak żądanie przekazania dokumentacji do

<sup>75</sup> K. Marak, op. cit., s. 146–147.

<sup>76</sup> Wyrok WSA w Warszawie z 28 II 2008 r., sygn. V SA/Wa 2614/07, dostępny na stronie [www.orzeczenia.com.pl](http://www.orzeczenia.com.pl).

<sup>77</sup> Postanowienie WSA w Warszawie z 29 XII 2005 r., sygn. III SA/Wa 3202/05, Legalis nr 584869

<sup>78</sup> E. Przeszło wskazuje, że w tym przypadku należy mówić o swoistym (*sui generis*) postępowaniu administracyjnym opartym na przepisach p.z.p. Zob. E. Przeszło, op. cit., s. 299.

kontroli czy żądanie złożenia przez kierownika zamawiającego lub pracowników pisemnych wyjaśnień, uznać należy zasadność kwalifikowania takich wyjaśnień jako nieformalnych aktów administracyjnych, o których była już mowa w niniejszych rozważaniach.

Wobec faktu, że nadzór, niezależnie od jego ujęcia definicyjnego i przyjmowanego punktu odniesienia, zawiera w sobie element związania czynności kontrolnej z wpływem (ingerencją, korektą) działania podmiotu nadzorowanego, to właśnie aspekt takich powiązań musi być uznany za decydujący dla postrzegania całokształtu odnośnych unormowań ustawy p.z.p. w kontekście rozróżniania w nauce prawa publicznego funkcji kontrolnej (kontroli samoistnej) oraz funkcji nadzorczej. Przechodząc więc do analizy tego aspektu, należy zwrócić uwagę na fakt odwzorowania przedstawianych powyżej założeń koncepcyjnych co do funkcji nadzorczej w sytuacji, gdy następstwem kontroli udzielania zamówień będzie nałożenie przez prezesa UZP na instytucję zamawiającą administracyjnej kary pieniężnej<sup>79</sup>, w ramach odpowiedzialności z tytułu naruszenia przepisów ustawy na etapie postępowania o udzielenie zamówienia, a także jego wykonywania<sup>80</sup>. Powiązanie czynności kontrolnych prezesa UZP z tą kompetencją w pełni wpisuje się w założenia dotyczące struktury prawnej reglamentacyjnego nadzoru bieżącego. Decyzje, o których tu mowa, wydawane są w jurysdykcyjnym postępowaniu administracyjnym i mają charakter konstytutywny. Stanowią przykład sankcjonujących decyzji nadzorczych, których celem jest także prewencyjne oddziaływanie na zamawiających spoza sektora finansów publicznych. Poprzedzające ich wydanie czynności kontrolne, same w sobie niezmiernie do wydania decyzji, stanowią źródło danych (ustaleń) do oceny zasadności dalszej decyzyjnej ingerencji nadzorczej w sytuację prawną zamawiającego<sup>81</sup>. Związek ten wynika wprost z regulacji art. 168 pkt 2 p.z.p., który stanowi, że „w przypadku ujawnienia naruszenia przepisów ustawy Prezes Urzędu może [...] nałożyć na zamawiającego karę pieniężną”. Należy tu jeszcze podkreślić, że

<sup>79</sup> Zob. K. Kiczka, *Odpowiedzialność innych podmiotów*, w: *Zamówienia publiczne jako przedmiot...*, s. 248–249.

<sup>80</sup> Zob. art. 200 p.z.p.

<sup>81</sup> Niemniej jednak, biorąc pod uwagę fakt, że decyzje o karach pieniężnych z tytułu odpowiedzialności za naruszenie przepisów ustawy p.z.p. wydawane są w ramach jurysdykcyjnego postępowania administracyjnego, muszą być one poprzedzone postępowaniem dowodowym zgodnym z przepisami k.p.a. Ustalenia kontrolne powinny pełnić w takiej sytuacji rolę jednego ze środków dowodowych (zob. art. 75 k.p.a.).

administracyjne kary pieniężne podlegają ściągnięciu w trybie przepisów p.e.a. w zakresie egzekucji obowiązków o charakterze pieniężnym<sup>82</sup>.

Inaczej wygląda kwestia oceny powiązania kontroli udzielania zamówień ze środkiem oddziaływania na sytuację prawną zamawiającego oraz wykonawcy w postaci powództwa do sądu powszechnego o unieważnienie umowy w sprawie zamówienia (względnie o unieważnienie umowy zmieniającej umowę w sprawie zamówienia<sup>83</sup>). Sytuacja ta nie odpowiada modelowym założeniom co do struktury nadzoru bieżącego w koncepcji A. Chełmońskiego. Cywilnoprawna sankcja nieważności względnej (wzruszalności)<sup>84</sup> umowy, jej części lub też modyfikacji umowy dochodzi w tym przypadku do skutku w drodze wyroku sądowego o charakterze kształtującym (konstytutywnym)<sup>85</sup>, nie jest natomiast następstwem wydania decyzji nadzorczej. Można natomiast twierdzić, że rozważane powiązanie odpowiada założeniom dotyczącym postrzegania orzeczeń sądowych jako środków nadzorczych w świetle charakteryzowanej powyżej koncepcji struktury prawnej nadzoru autorstwa M. Szewczyka. W szczególności dotyczy to kompetencji do wystąpienia do sądu o unieważnienie umowy w przypadku dokonania przez zamawiającego czynności lub zaniechania dokonania czynności z naruszeniem przepisu ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania<sup>86</sup>. Z tą kompetencją wiąże się ustawowe

---

<sup>82</sup> Art. 203 ust. 2 p.z.p.

<sup>83</sup> Zob. art. 144a ust. 1 pkt 2 p.z.p.

<sup>84</sup> Zob. M. Gutowski, *Nieważność czynności prawnej*, Warszawa 2006, s. 75–76.

<sup>85</sup> Należy przy tym wskazać, że zgodnie z treścią art. 146 ust. 3 p.z.p. unieważnienie umowy odnosi skutek od momentu jej zawarcia, z zastrzeżeniem sytuacji określonej w art. 192 ust. 3 pkt 2 lit b p.z.p., który to przepis przewiduje możliwość unieważnienia umowy jedynie w zakresie zobowiązań jeszcze niewykonanych, wobec czego zobowiązania wykonane do czasu wydania wyroku unieważniającego stają się definitywnie skuteczne. W tym szczególnym przypadku unieważnienie umowy, jako że odnosi się do zobowiązań jeszcze niewykonanych, ma charakter *ex nunc* (zob. P. Granecki, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2012, s. 783). Zdaniem M. Kartasiewicz oraz J. Pieroga przepis ten znajduje zastosowanie nie tylko w odniesieniu do wyroku unieważniającego umowę wydawanego przez Krajową Izbę Odwoławczą na skutek wniesienia odwołania przez wykonawców lub inne podmioty mające interes w uzyskaniu zamówienia (zob. art. 192 ust. 2 p.z.p.), ale także w przypadku wniesienia powództwa o unieważnienie umowy przez prezesa UZP (M. Kartasiewicz, J. Pieróg, *Sądowa kontrola zamówień publicznych – aspekty praktyczne i prawne*, w: *Kontrola zamówień publicznych*, s. 282–283). Nie wynika to jednak z brzmienia przepisów wyrażających kompetencje prezesa UZP do wnoszenia odnośnych powództw, gdyż unormowania te operują wyłącznie sformułowaniem „unieważnienie umowy” (zob. art. 144a, art. 146 ust. 6 p.z.p.).

<sup>86</sup> Zob. art. 146 ust. 6 p.z.p.

wyłączenie<sup>87</sup> możliwości wnoszenia przez każdego, kto ma w tym interes prawny, powództwa o stwierdzenie nieważności bezwzględnej (*ex tunc*) umowy na podstawie art. 189 Kodeksu postępowania cywilnego<sup>88</sup>, w drodze wyroku sądowego o charakterze deklaratywnym. Wobec tego prezes UZP jest w takich przypadkach jedynym podmiotem dysponującym legitymacją do wniesienia powództwa inicjującego postępowanie w przedmiocie unieważnienia umowy w sprawie zamówienia<sup>89</sup>. Także jeżeli chodzi o kompetencję do wnoszenia powództw o unieważnienie zmiany umowy w sprawie zamówienia, prezes UZP został ustawowo wskazany jako jedyny podmiot mający do tego legitymację procesową<sup>90</sup>. Dla możliwości stwierdzenia, że przedstawiany zespół działań (czynności kontrolne w powiązaniu z powództwem o unieważnienie umowy w sprawie zamówienia) mieści się w ramach konstrukcji prawnej nadzoru, w której to wyrok sądowy staje się instrumentem nadzorczym, konieczne jest jeszcze wykazanie administracyjnoprawnego charakteru przepisów, których przestrzeganie przez zamawiającego jest przedmiotem oceny sądu. W tym zakresie należy wskazać na możliwość

<sup>87</sup> Zob. art. 146 ust. 4 p.z.p.

<sup>88</sup> Ustawa z dnia 17 XI 1964 r. Kodeks postępowania cywilnego (tekst jedn. Dz.U 2014, poz. 101).

<sup>89</sup> Analogiczna sytuacja może wystąpić także wtedy, gdy wykonawcy lub inne podmioty mające interes w uzyskaniu zamówienia nie wniosą w wyznaczonym terminie środka ochrony prawnej (odwołania) na rażące naruszenia przepisów ustawy p.z.p., wskazane w art. 146 ust. 1 p.z.p. Bezskuteczny upływ terminów wskazanych w art. 182 p.z.p. skutkuje wyłączną kompetencją prezesa UZP do sądowego dochodzenia unieważnienia umowy w sprawie zamówienia. Organ ten może wnieść powództwo w tej sprawie do sądu powszechnego w terminie czterech lat od dnia zawarcia umowy (art. 144a ust. 2 p.z.p.).

<sup>90</sup> Zob. art. 144a ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 144 p.z.p. Działanie takie nie zostało jednak powiązane przez ustawodawcę z kompetencjami kontrolnymi tego organu, które swym zakresem obejmują tylko udzielanie zamówień (badanie zgodności postępowania o udzielenie zamówienia z przepisami ustawy p.z.p.), nie zaś naruszenie przepisów ustawy w stadium wykonywania zamówienia. Należy tę sytuację uznać za wadę regulacji ustawowej w obecnym kształcie, w praktyce uniemożliwiającej prezesowi UZP korzystanie z przyznanej mu ustawowo kompetencji, a to z tego względu, że wniesienie powództwa wymaga jego uzasadnienia faktycznego, podczas gdy kompetencje kontrolne prezesa UZP nie obejmują swym zakresem oceny zgodności z prawem działań zamawiającego i wykonawców na etapie wykonywania umowy w sprawie zamówienia publicznego. W związku z czym *de lege ferenda* należy postulować rozszerzenie zakresu kontroli zamówień publicznych co najmniej na przestrzeganie przez strony umów w sprawach zamówień – przepisów o dopuszczalnych modyfikacjach ich treści oraz zmianach podmiotowych. Zob. R. Szostak, *Podstawowe instrumenty administracyjne w zamówieniach publicznych*, „Kwartalnik Prawa Zamówień Publicznych” 2013, nr 4, s. 42.

dwojakiej kwalifikacji przepisów o postępowaniu w sprawie o udzielenie zamówienia. O ich kwalifikacji jako unormowań cywilnoprawnych decyduje w pierwszej kolejności odesłanie ustawowe, zgodnie z którym do czynności zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego<sup>91</sup>, jeżeli przepisy ustawy p.z.p. nie stanowią inaczej (art. 14 p.z.p.). Kodeks cywilny znajduje więc bezpośrednie (wprost) zastosowanie do czynności zamawiającego i wykonawców, które składają się na postępowanie zamówieniowe. Jednocześnie należy podkreślić, że celem tego postępowania jest dojście do zawarcia definitywnej umowy w sprawie zamówienia, będącej w swej istocie umową zobowiązaniową, nierzadko odpowiadającą któremuś z typów umów nazwanych, uregulowanych w k.c.<sup>92</sup> Stąd też postępowanie takie rozgrywa się z reguły w ramach stosunku przedkontraktowego, zwłaszcza porozumienia przetargowego, a więc instrumentu cywilnoprawnego<sup>93</sup>. Z drugiej jednak strony przepisy o postępowaniu o udzielenie zamówienia są funkcjonalnie sprzężone z kompetencjami kontrolnymi prezesa UZP, stanowiąc w tej perspektywie normy kształtujące, wyznaczające wzorzec kontroli dla oceny zgodności z prawem zachowań instytucji zamawiających. Fakt naruszenia tych norm stanowi następnie podstawę prawną do ingerencji w drodze decyzji o administracyjnych karach pieniężnych bądź wyroku sądu unieważniającego umowę (jeśli uznać go za środek prawny nadzoru). Możliwość kwalifikacji przepisów o postępowaniu zamówieniowym jako norm kształtujących prawa administracyjnego (norm bezpośrednio regulujących)<sup>94</sup> w powiązaniu z kompetencją do wnoszenia powództwa przez prezesa UZP daje podstawę do zakwalifikowania całego przedstawianego ciągu działań jako mieszczącego się w ramach koncepcji nadzoru materialnoprawnego, przy dopuszczeniu możliwości ujmowania jego ramami także orzeczeń sądowych. W szczególności dotyczy to tych sytuacji, w których prezes UZP jest jedynym podmiotem władnym zainicjować postępowanie sądowe w tego rodzaju sprawie. Działania sądu pozostają wtedy w ścisłym związku z uprzednią administracyjną

<sup>91</sup> Ustawa z dnia 23 IV 1964 r. Kodeks cywilny (Dz.U. 2014, poz. 121), dalej „k.c.”.

<sup>92</sup> Zgodnie z przepisem odsyłającym art. 139 ust. 1 p.z.p. do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy k.c., jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej.

<sup>93</sup> Zob. R. Szostak, *Przetarg ograniczony na zamówienie publiczne. Zagadnienia konstrukcyjne*, Kraków 2005, s. 139–140; Z. Gordon, *Charakter prawny postępowania o udzielenie zamówienia publicznego*, w: *Pięciolecie funkcjonowania Krajowej Izby Odwoławczej w systemie zamówień publicznych*, zbiór referatów konferencyjnych, UZP, Warszawa 2012, s. 13.

<sup>94</sup> Zob. K. Horubski, *op. cit.*, s. 78–80.

kontrolą udzielania zamówień, co czyni zasadnym stwierdzenie, że rozstrzygając sprawę, sąd bada przestrzeganie przez ich adresatów norm bezpośrednio regulujących prawa administracyjnego. Zajmując takie stanowisko, należy też podkreślić, że prezes UZP został wyposażony w tego rodzaju środek oddziaływania na sytuację prawną stron umowy w sprawie zamówienia jako rzecznik interesu publicznego, a więc bez potrzeby wykazywania własnego interesu w uzyskaniu zamówienia dla obiektywnej ochrony przestrzegania prawa zamówień publicznych przez zamawiających wszystkich kategorii.

Ostatnią z kwestii, do których należy się odnieść w prowadzonych rozważaniach, jest powiązanie czynności kontrolnych prezesa UZP z obowiązkiem zawiadomienia właściwego rzecznika dyscypliny finansów publicznych o naruszeniu dyscypliny finansów publicznych<sup>95</sup>. W tym przypadku następstwem ustaleń kontrolnych co do możliwości popełnienia czynu naruszającego dyscyplinę finansową przez kierownika zamawiającego lub inne osoby działające po stronie instytucji zamawiającej (podlegającej takiej dyscyplinie) jest powstanie obowiązku zawiadomienia organu pełniącego funkcję oskarżyciela w postępowaniu przed organami orzekającymi w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych (komisjami orzekającymi oraz Główną Komisją Orzekającą)<sup>96</sup>. Jednocześnie organ ten (rzecznik) przeprowadza na podstawie zawiadomienia własne czynności kontrolne (czynności sprawdzające, a następnie postępowanie wyjaśniające) w celu stwierdzenia, czy istnieją podstawy do skierowania do komisji orzekającej wniosku o ukaranie<sup>97</sup>. Wniosek ten wszczyna postępowanie, będące szczególną procedurą administracyjną, a kończące się wydaniem orzeczenia mającego cechy decyzji administracyjnej<sup>98</sup>, podlegającego kontroli instancyjnej oraz sądowno-administracyjnej<sup>99</sup>. Natomiast co do samej istoty tej odpowiedzialności należy uznać, że jest to odpowiedzialność typu

<sup>95</sup> Zob. art. 168a p.z.p.

<sup>96</sup> Zob. W. Miemiec, *Odpowiedzialność podmiotów sektora finansów publicznych za naruszenie dyscypliny finansów publicznych w związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego*, w: *Prawo zamówień publicznych*, pod red. M. Guzińskiego, Wrocław 2008, s. 195.

<sup>97</sup> Zob. art. 96–108 Ustawy z dnia 17 XII 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz.U. 2005 Nr 14, poz. 114), dalej „u.o.n.d.f.p.”.

<sup>98</sup> P. Kryczko, *Model odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych*, w: *Prawo finansowe i nauka prawa finansowego na przełomie wieków*, pod red. A. Kosteckiego, Kraków 2000, s. 37–38; W. Miemiec, *Konsekwencje naruszenia dyscypliny finansów publicznych w związku z udzieleniem zamówienia publicznego*, w: *Zamówienia publiczne jako przedmiot...*, s. 221.

<sup>99</sup> Zob. art. 169 u.o.n.d.f.p.



karnego (represyjna)<sup>100</sup>. W świetle powyższych stwierdzeń kontrola udzielania zamówień jawi się w tych przypadkach jako kontrola samostna, gdyż jej efekt w postaci zawiadomienia jedynie inicjuje kolejne postępowanie kontrolne prowadzone już przez rzecznika dyscypliny finansów publicznych. Organ ten we własnym zakresie weryfikuje ustalenia kontrolne prezesa UZP<sup>101</sup>, wobec czego ostatecznie wnioskiem o ukaranie mogą zostać objęte czyny lub osoby, które nie były objęte zawiadomieniem, a jednocześnie wniosek ten może także nie obejmować czynów i osób, które były wskazywane w zawiadomieniu prezesa UZP<sup>102</sup>. Tak więc pomimo że zawiadomienie stanowi konieczny czynnik w dochodzeniu przedmiotowej odpowiedzialności, ze względu na rolę, jaką pełnią tu wyniki kontroli udzielania zamówień, trudno uznać ją za element ciągu działań prawnych o charakterze nadzorczym. Wątpliwe byłoby również twierdzenie o występowaniu w tym przypadku sytuacji określonej w powyższych rozważaniach jako dekoncentracja kompetencji nadzorczych (rozdział kompetencji ingerencyjnych i kontrolnych pomiędzy różne organy), a to właśnie z tego względu, że informacje o wynikach kontroli uprzedniej lub doraźnej stanowią w tym układzie jedynie wstępne źródła ustaleń co do naruszeń prawa zamówień publicznych, podlegające dalszemu badaniu przez rzecznika dyscypliny finansów publicznych<sup>103</sup>.

---

<sup>100</sup> W. Robaczyński, *O charakterze odpowiedzialności za uchybienia popełniane przy udzielaniu i wykonywaniu zamówień publicznych*, „Prawo Zamówień Publicznych” 2013, nr 4, s. 119–120.

<sup>101</sup> Do tych czynności należy wzywanie samego zawiadamiającego do składania wyjaśnień, przekazania opinii czy wydania lub okazania dokumentów mających znaczenie w sprawie (zob. art. 96 ust. 2 u.o.n.d.f.p.).

<sup>102</sup> Zob. art. 99 oraz art. 107 u.o.n.d.f.p.

<sup>103</sup> Należy wskazać, że wnioski i ustalenia zawarte w niniejszym opracowaniu powinny zachować aktualność na gruncie rozległej nowelizacji ustawy Prawo zamówień publicznych, co nastąpi w związku z koniecznością implementacji do prawa polskiego nowych dyrektyw unijnego prawa zamówień publicznych (zob. dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 II 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającą dyrektywę 2004/18/WE (Dz.Urz. UE L 94/65); dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE z dnia 26 II 2014 r. w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylającą dyrektywę 2004/17/WE (Dz.Urz. UE L 94/243)). Obecnie projekt ustawy zmieniającej ustawę p.z.p. i dostosowującej ją do przepisów wskazanych powyżej dyrektyw nowej ustawy p.z.p. jest przedmiotem prac prowadzonych przez Radę Ministrów (zob. projekt ustawy p.z.p. z dnia 19 I 2016 r., dostępny na stronie [uzp.gov.pl](http://uzp.gov.pl), dostęp: 20 I 2016). Przepisy przygotowywanego projektu ustawy nowelizującej nie zawierają, w obecnej wersji, propozycji jakichkolwiek zmian w zakresie unormowań

## Podsumowanie

Powyższe ustalenia uzasadniają wniosek o możliwości kwalifikowania niektórych z przedstawianych mechanizmów prawnych oddziaływania prezesa UZP na sytuację instytucji zamawiających w kategoriach nadzoru. Wskazywany organ wykonuje swoje kompetencje kontrolne wobec podmiotów organizacyjnie od niego niezależnych i znajdujących się wobec niego w identycznej pozycji prawnej jako zamawiający, niezależnie od ich publiczno- bądź prywatnoprawnego statusu. Nadzór, o którym tu mowa, jest więc realizowany w płaszczyźnie materialnego prawa administracyjnego. Możliwość uznania analizowanych zespołów działań za nadzorcze wynika z faktu powiązania przez ustawodawcę kontroli udzielania zamówień publicznych z takimi instrumentami, jak decyzja administracyjna o nałożeniu kary pieniężnej czy powództwo o unieważnienie umowy w sprawie zamówienia. Celem przeprowadzonych rozważań było także wykazanie, że kontrola zamówień publicznych wykazuje cechy charakterystyczne dla czynności kontrolnych w modelu nadzoru bieżącego. Charakter powiązań wskazywanych instrumentów prawnych z poprzedzającymi je czynnościami kontrolnymi czyni zasadnym operowanie w odniesieniu do tych kolejno następujących po sobie działań prezesa UZP, a w sytuacji powództwa o unieważnienie umowy – także sądu powszechnego, pojęciem-narzędziem nadzoru w takim kształcie, jaki uzyskuje ono, zgodnie z poglądami doktryny, w obszarze materialnego prawa administracyjnego. Wskazane prawne środki nadzoru nad procesami zachodzącymi na rynku zamówień publicznych, ze względu na to, że operują sankcjami (administracyjna kara pieniężna, unieważnienie umowy), pełnią równocześnie typowe dla nadzoru funkcje prewencyjne w zakresie ochrony wartości leżących u podstaw systemu prawnego zamówień publicznych. Jest to szczególnie wyraźne w odniesieniu do sytuacji zamawiającego poddanego kontroli uprzedniej lub kontroli doraźnej przed zawarciem umowy, który w przypadku niewykonywania stosownych zaleceń pokontrolnych

---

dotyczących procedur kontrolnych realizowanych przez prezesa UZP oraz ich powiązania z dalszymi środkami prawnymi pozostającymi w dyspozycji tego organu, w postaci: decyzji administracyjnych wydawanych w ramach odpowiedzialności zamawiających za naruszenie przepisów ustawy; obowiązku zawiadomienia właściwego rzeczownika dyscypliny finansów publicznych o stwierdzonych w toku kontroli naruszeniach tej dyscypliny; powództwa o unieważnienie umowy lub umowy zmieniającej zawartej z naruszeniem przepisów p.z.p.

musi się liczyć z sięgnięciem przez prezesa UZP w dalszej kolejności po wskazane środki nadzorczej ingerencji. Jednocześnie w przypadku ich wykonania zamawiający może zapewnić zgodność z prawem postępowania przed zawarciem umowy, a więc gdy jest to jeszcze możliwe. Oczywiście, oddziaływanie prewencyjne, o którym tu mowa, wiąże się z samym zagrożeniem odpowiednią sankcją, niemniej jednak w przypadku unieważnienia umowy zapobiega także funkcjonowaniu w obrocie prawnym umowy zawartej z istotnym naruszeniem przepisów p.z.p. Zależności specyficznych dla nadzoru materialnoprawnego nie wykazano natomiast w odniesieniu do sytuacji, w której następstwem przeprowadzonej kontroli jest obowiązek zawiadomienia właściwego rzeczownika dyscypliny finansów publicznych. W tym przypadku uznano, że kontrola udzielania zamówień zachowuje cechy kontroli samoistnej. Przeprowadzone rozważania uwypuklają również znaczenie całościowego ujmowania powiązanych ze sobą na gruncie reżimu prawa zamówień publicznych instrumentów prawnych dla określania spełnianych przez nie funkcji.

## **CONTROL OF PUBLIC PROCUREMENT PROCEDURES AND SUPERVISION IN SUBSTANTIVE ADMINISTRATIVE LAW**

### **Summary**

The article evaluates the provisions concerning control of public procurement procedures carried out by the President of the Public Procurement Office in light of the current concepts of supervision in the theory of administrative law and public business law, and particularly the current regulatory supervision. The underlying reason for formulating the research problem was the fact that the supervision competences of the President of the Public Procurement Office are linked to other legal means available to the President and that in the event of a negative outcome of such supervision a direct or indirect influence may be exerted on the legal situation of the contracting authority. The above link is responsible for subsequent activities of the central government administration authority which cannot be seen solely as an examination of the behaviour of the controlled entity for the purpose of determining compliance or lack of compliance with the prescriptive standard arising from the provisions of the Public Procurement Law. The very option of awarding an administrative monetary penalty to a contracting authority or the exclusive, as a rule, capacity of bringing an action in the common law court for invalidation of a public contract entered into in breach of the provisions of the Law allows to conclude that this sequence of legal actions may be qualified as supervision in substantive administrative law. A supervisory impact on the contracting authority in the form of

legal means mentioned above becomes even more prominent when combined with a supervision performed prior to the conclusion of a public procurement contract when a correction of the result of the procurement procedure is still possible so that it is compliant with the provisions of the public procurement law.

**Keywords:** supervision in substantive administrative law – control of public procurement procedures – President of the Public Procurement Office – previous control – *ad hoc* control