

Państwo i społeczeństwo

Zasady, uwarunkowania i wpływ na działalność NIK

Nowe regulacje w kontroli zamówień publicznych

Nowe regulacje dotyczące kontroli, wprowadzone na mocy obowiązującej od 1 stycznia 2021 r. ustawy z 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych¹, mają zwiększyć ich efektywność i wyeliminować rozbieżności interpretacyjne w stosowaniu prawa przez różne organy. Urzeczywistnieniu tych postulatów posłużą wynikające z przepisów ustawy zasady: współpracy organów kontroli, jej planowania i przeprowadzania na podstawie analizy ryzyka prawdopodobieństwa naruszenia prawa oraz stosownych kwestionariuszy, oparcia negatywnej oceny na stwierdzonych nieprawidłowościach, mających wpływ na wynik postępowania oraz upubliczniania wyników. Nowe przepisy nie dotyczą wprost Najwyższej Izby Kontroli, można jednak zakładać, że będą wpływać na jej praktykę.

¹ Dz.U. z 2021 r. poz. 1129, ze zm., dalej: Pzp.

RADOSŁAW KUJAWIŃSKI**Zamówienia publiczne
a aktywność organów kontroli**

W ostatnich latach, w związku z ustaleniami kontroli wykonania budżetu państwa, NIK cyklicznie zwracała uwagę² na problemy z przestrzeganiem przepisów ustawy z 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych³. Spostrzeżenie to znajduje także potwierdzenie w danych związanych z aktywnością NIK w zakresie składania zawiadomień o podejrzeniu naruszenia dyscypliny finansów publicznych. W 2020 r. Izba ujawniła 36 czynów związanych z udzieleniem zamówienia publicznego lub zawarciem umowy ramowej⁴. Stanowiły one 19,5% wszystkich ujawnionych przez NIK czynów (185), w związku z którymi złożono zawiadomienia o podejrzeniu naruszenia dyscypliny finansów publicznych⁵, a zarazem drugą najliczniejszą grupę ujawnionych w wyniku działalności kontrolnej. W 2019 r. odsetek ten wyniósł – odpowiednio 46,2% (85 ze 184), była to największa

grupa czynów; w 2018 r. – 15,1% (39 z 259), druga pod względem liczebności grupa; w 2017 r. – 21,1% (63 z 298), również druga grupa⁶.

W latach 2017–2020 w działalności kontrolnej regionalnych izb obrachunkowych (dalej RIO), nieprawidłowości związane z udzielaniem zamówień publicznych stanowiły – odpowiednio – 9,7%, 9,9%, 10,1%, 11,1% wszystkich stwierdzonych nieprawidłowości (w 2017 r. – 1194 z 12 311; w 2018 r. – 1231 z 12 404; w 2019 r. – 1192 z 11 845; w 2020 r. – 1185 z 10 677)⁷.

Jeżeli chodzi o działalność kontrolną Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych (dalej także Prezes UZP), zwraca uwagę odsetek nieprawidłowości w odniesieniu do przeprowadzonych kontroli. Dotyczy to zwłaszcza kontroli doraźnych⁸. W 2020 r. na 67 kontroli doraźnych przeprowadzonych przez Prezesa UZP, w 60 (tj. 89,6%) wykazano naruszenia przepisów o zamówieniach publicznych, w tym w 58 kontrolach (86,6%) – mające lub mogące mieć wpływ na wynik postępowania. W 2019 r., 2018 r. i 2017 r. było to – odpowiednio – 83,

² Zob. Analizy wykonania budżetu państwa i założeń polityki pieniężnej za lata 2017–2020 <<https://www.nik.gov.pl/kontrola/analiza-budzetu-panstwa/>>, dostęp: wrzesień 2021 r.

³ Dz.U. z 2019 r. poz. 1843, ze zm., dalej: Pzp z 2004 r.

⁴ Tj. czyny opisane w art. 17 ustawy z 17.12.2004 o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych Dz.U. z 2021 r. poz. 289, ze zm.

⁵ Liczba ujawnionych czynów nie jest tożsama z liczbą zawiadomień, jedno zawiadomienie może obejmować więcej niż jeden czyn.

⁶ Dane za sprawozdaniami z działalności NIK: <<https://www.nik.gov.pl/o-nik/sprawozdania-z-dzialalnosci-nik/>>, dostęp: wrzesień 2021 r.

⁷ Sprawozdanie z działalności regionalnych izb obrachunkowych i wykonania budżetu przez jednostki samorządu terytorialnego w 2020 r., <[https://rio.gov.pl/131/krajowa-rada-regionalnych-izb-obrachunkowych-i-wykonania-budzetu-przez-jst-w-2020-roku.html](https://rio.gov.pl/131/krajowa-rada-regionalnych-izb-obrachunkowych-przyjela-sprawozdanie-z-dzialalnosci-regionalnych-izb-obrachunkowych-i-wykonania-budzetu-przez-jst-w-2020-roku.html)>, dostęp: wrzesień 2021 r.

⁸ Dane za Sprawozdaniami Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych w poszczególnych latach: <<https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/analizy-systemowe/sprawozdania-o-funkcjonowaniu-systemu-zamowien-publicznych>>, dostęp: wrzesień 2021 r.

68 i 60 kontroli doraźnych, z czego w 82, 57 i 56 (tj. 98,8%, 83,8% i 93,3%) wykazano naruszenia, w tym w 73, 48 i 46 kontrolach (tj. 88%, 70,6% i 76,7%) mające lub mogące mieć wpływ na wynik. Na 224 kontrole obligatoryjne uprzednie Prezesa UZP przed zawarciem umowy z wykonawcą zamówień współfinansowanych ze środków Unii Europejskiej (dalej UE) o wartościach przekraczających wyrażoną w złotych równowartość kwoty 10 mln euro dla dostaw i usług oraz 20 mln euro dla robót budowlanych, w 74 kontrolach (33%) stwierdzono naruszenia przepisów Pzp, które nie miały wpływu na wynik postępowania, a w 22 kontrolach (9,8%) – mające taki wpływ. W 2019 r., 2018 r. i 2017 r. było to – odpowiednio – 191, 218 i 218 kontroli uprzednich obligatoryjnych, z czego w 67, 82 i 117 kontrolach (35,1%, 37,6% i 53,7%) ujawniono naruszenia przepisów o zamówieniach publicznych, które nie miały wpływu na wynik postępowania, a w 16, 12 i 21 kontrolach (8,4%, 5,5% i 9,6%) – mające taki wpływ.

Dodatkowo warto odnotować, że w latach 2017–2020 naruszenia dyscypliny finansów publicznych związane z przestrzeganiem przepisów o zamówieniach publicznych plasowały się w czołówce spraw rozpatrywanych przez komisje orzekające w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych. W 2020 r. osobom

odpowiedzialnym za te nieprawidłowości przypisano 119 naruszeń dotyczących zamówień publicznych, co stanowiło 17,2% wszystkich czynów i było trzecią najliczniejszą grupą czynów, w przedmiocie których zapadały rozstrzygnięcia. W 2019 r., 2018 r. i 2017 r. było to – odpowiednio – 225 czynów (17,2% wszystkich czynów, 183 czyny (18,1% wszystkich czynów) oraz 214 czynów (19,5% wszystkich czynów). W każdym przypadku była to druga najliczniejsza grupa czynów⁹.

Zamówienia publiczne są także jedną z dziedzin branych pod uwagę w kontrolach Centralnego Biura Antykorupcyjnego (dalej także CBA). W 2020 r. CBA przeprowadziło 170 kontroli, z czego 38 dotyczyło kategorii, którą na podstawie sprawozdawczości tego organu można zdefiniować jako „decyzje gospodarcze związane z zamówieniami publicznymi”. W 2019 r., 2018 r. i 2017 r. było to – odpowiednio – 192, 85 i 161 kontroli, z czego 39, 33 i 37 dotyczyło „decyzji gospodarczych związanych z zamówieniami publicznymi”¹⁰.

Nie można więc mieć wątpliwości, że problematyka udzielania zamówień publicznych jest istotnym aspektem działalności organów kontroli.

Trzeba jednak pamiętać, że z kontrolnego punktu widzenia problematyka zamówień publicznych jawi się jako obszar

⁹ Dane za Sprawozdaniami z działalności Głównej Komisji Orzekającej w Sprawach o Naruszenie Dyscypliny Finansów Publicznych oraz zbiorcze sprawozdanie z działalności komisji orzekających pierwszej instancji w poszczególnych latach. Dane za 2020 r., 2019 r. i 2018 r.: <<https://www.gov.pl/web/finanse/sprawozdania-gko>>; dane za 2017 r.: <<https://mf-arch2.mf.gov.pl/ministerstwo-finansow/dzialalnosc/ciala-kolegialne/glowna-komisja-orzekajaca/sprawozdania-gko>>, dostęp: wrzesień 2021 r.

¹⁰ Dane za Informacjami o działalności CBA za poszczególne lata: <<https://cba.gov.pl/pl/o-nas/informacja-o-wynikach>>, dostęp: wrzesień 2021 r.

trudny do zmierzenia¹¹. W Polsce istnieje wiele organów kontroli zewnętrznej, które w ramach swoich kompetencji badają ich udzielanie. Sprawy te mogą być również przedmiotem zainteresowania audytu wewnętrznego oraz kontroli wewnętrznej funkcjonującej u zamawiających. Mimo tych uwarunkowań wydaje się, iż rzeczywistej weryfikacji kontrolnej poddawany może być jedynie niewielki odsetek udzielanych zamówień.

Nowe regulacje

W uzasadnieniu projektu obowiązującej ustawy – Prawo zamówień publicznych, wskazano, że jednym z kluczowych problemów wymagającym rozwiązań jest rozproszony i nieefektywny model kontroli. Wyeliminowaniu tego miało służyć usprawnienie systemu kontroli przez wprowadzenie wspólnych przepisów ogólnych dotyczących kontroli zamówień publicznych, przeprowadzanie ich na podstawie analizy ryzyka naruszenia prawa oraz obowiązek publikacji wytycznych w sprawie kontroli prowadzonych przez poszczególne organy. Oczekiwano, że zwiększy to efektywność kontroli zamówień publicznych oraz uczyni system

bardziej spójnym i czytelnym dla rynku, a także będzie wywierać pozytywny wpływ na rozwiązanie problemów wynikających z odmiennych interpretacji czy dublowania się kontroli¹². W Pzp znalazł się zatem Dział XI – „Kontrola zamówień publicznych”.

Kontrolę uregulowaną w tym dziale zgodnie z „trójpodziałem” kontroli¹³ należy zakwalifikować jako kontrolę zgodności¹⁴, na co wskazuje treść art. 596 ust. 1 Pzp. Stanowi on, że do kontroli udzielania zamówień, w zakresie zgodności z przepisami ustawy, zwanej dalej „kontrolą”, przeprowadzanej przez upoważnione organy, stosuje się przepisy ustawy oraz przepisy odrębne, właściwe ze względu na wskazany organ.

W art. 596 ust. 2 Pzp zdefiniowano organy zobowiązane do stosowania wprowadzonych w tej ustawie regulacji:

- Prezesa UZP;
- organy, o których mowa w art. 6 ustawy z 15 lipca 2011 r. o kontroli w administracji rządowej¹⁵, z wyłączeniem Prezesa Rady Ministrów, tj. Szefa Kancelarii Prezesa Rady Ministrów, ministra, kierownika urzędu centralnego lub przewodniczącego komitetu wchodzącego w skład Rady

¹¹ Zob. dane dotyczące rynku zamówień publicznych, liczby zamawiających, liczby przeprowadzonych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego wskazywane w Sprawozdaniach Prezesa UZP.

¹² Rządowy projekt ustawy – Prawo zamówień publicznych, druk sejmowy nr 3624, <<https://www.sejm.gov.pl/Sejm8.nsf/druk.xsp?nr=3624>>, dostęp: maj 2021 r.

¹³ Ogólnie, kontrole w sektorze publicznym mogą być przypisane do jednego lub więcej z trzech głównych rodzajów: kontroli finansowej, kontroli zgodności oraz kontroli wykonania zadań – zob. „Standardy ISSAI 100 • ISSAI 200 ISSAI 300 • ISSAI 400”, s. 11, <<https://www.nik.gov.pl/aktualnosci/nowe-standardy-dla-kontrolujacych-i-kontrolowanych-nik-wydala-polskie-tlumaczenie.html>>, dostęp: maj 2021 r.

¹⁴ Kontrole zgodności koncentrują się na badaniu, czy przedmiot kontroli jest zgodny z przyjętymi w charakterze kryteriów normami, wynikającymi z przepisów prawa, ustalonych regulacji, uchwał budżetowych, polityk, kodeksów, umów oraz ogólnie uznanych zasad – zob.: *Plan pracy NIK na 2021 r.*, s. 9, <<https://www.nik.gov.pl/aktualnosci/kogo-nik-skontroluje-w-2021.html>>, dostęp: maj 2021 r.

¹⁵ Dz.U. z 2020 r. poz. 224.

Ministrów, wojewodę, organy administracji zespolonej i niezespolonej;

- regionalne izby obrachunkowe;
- 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.

W tym katalogu nie ujęto NIK. W uzasadnieniu projektu ustawy wskazano, że Izba, podobnie zresztą jak Prezes Rady Ministrów, została wyłączona z obowiązku stosowania w toku kontroli udzielania zamówień publicznych zasad uregulowanych ustawą, z uwagi na swoją pozycję ustrojową¹⁶. Ze stosowania przepisów ustawy wyłączono także CBA. Znalazło to jednak wyraz nie bezpośrednio w Pzp, lecz w ustawie z 11 września 2019 r., Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych¹⁷, na podstawie której do ustawy z 9 czerwca 2006 r. o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym dodano art. 46a ust. 2¹⁸.

Zgodnie z art. 596 ust. 3 Pzp przepisy dotyczące kontroli zamówień publicznych stosuje się komplementarnie z przepisami odrębnymi dla właściwych organów kontroli. Jednakże w przypadku wystąpienia sprzeczności między nimi zastosowanie

mają przepisy Pzp (zasada *lex specialis derogat legi generali*)¹⁹.

Uregulowaną w Pzp kontrolę zamówień publicznych oparto na pięciu filarach, które można traktować jako zasady:

- współpracy organów kontroli (art. 597 Pzp);
- planowania i przeprowadzania kontroli na podstawie analizy ryzyka prawdopodobieństwa naruszenia prawa (art. 598);
- dokonywania kontroli na podstawie przygotowanych przez organy kwestionariuszy kontroli (art. 599-600 Pzp);
- oparcia negatywnego wyniku kontroli na stwierdzonych nieprawidłowościach mających wpływ na wynik postępowania (art. 601 Pzp);
- upubliczniania wyników kontroli (art. 602 Pzp)²⁰.

Ostatnia z tych zasad właściwie nie wymaga komentarza, pozostałe są ważne z punktu widzenia praktyki kontrolnej NIK i warto się do nich szerzej odnieść.

Wątpliwości co do zakresu zastosowania przepisów

W przepisach Pzp jest mowa o kontroli udzielania zamówień. Należy zatem przyjąć, że chodzi tu o ujęcie szerokie, na podstawie którego zakres przedmiotowy kontroli może obejmować wszelkie działania zamawiających wynikające z ustawy, takie jak: planowanie zamówień, przygotowywanie i przeprowadzanie postępowań,

¹⁶ Rządowy projekt ustawy – Prawo zamówień publicznych, druk sejmowy nr 3624.

¹⁷ Dz.U. z 2019 r. poz. 2020, ze zm., dalej: „pw Pzp”.

¹⁸ Dz.U. z 2019 r. poz. 1921, ze zm.

¹⁹ L. Więclaw-Bator: *Kontrola zamówień publicznych*, „Przetargi publiczne” nr 3/2021, s. 56-60.

²⁰ E. Kowalczyk: *Nowe regulacje dotyczące kontroli*, „Przetargi publiczne” nr 1/2021, s. 41-44.

zawieranie i realizację umów, inne obowiązki wynikające z ustawy, np. sprawozdawcze, wyłączenie ze stosowania Pzp. Nie należy utożsamiać tak zakreślonych ram kontroli z badaniem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Odnosząc się tylko do niego, można powiedzieć, że będziemy mieli do czynienia z kontrolą w wąskim ujęciu. W Pzp zdefiniowano bowiem postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, wskazując, że należy przez nie rozumieć wszczynane przez przekazanie albo zamieszczenie ogłoszenia, przekazanie zaproszenia do negocjacji albo zaproszenia do składania ofert, prowadzone jako uporządkowany ciąg czynności, których podstawą są warunki zamówienia ustalone przez zamawiającego, prowadzące do wyboru najkorzystniejszej oferty lub wynegocjowania postanowień umowy, kończące się jej zawarciem w tej sprawie albo unieważnieniem postępowania, z tym że zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego nie stanowi czynności w tym postępowaniu (art. 7 pkt 18 Pzp).

Warto poszukać więc odpowiedzi na pytanie, czy przepisy Działu XI Pzp znajdują zastosowanie do zamówień publicznych, których wartość jest mniejsza niż 130 000 zł. Zgodnie z art. 2 ust. 1 pkt 1 Pzp, przepisy ustawy stosuje się do zamówień klasycznych oraz organizowania konkursów, których wartość

jest równa lub przekracza tę kwotę. Zamówienia o niższej wartości są więc udzielane poza reżimem ustawy, z reguły na podstawie regulacji wewnętrznie obowiązujących u zamawiających. Pierwotnie ustawodawca zdecydował się uregulować w pewnym zakresie udzielanie zamówień publicznych, których wartość jest mniejsza niż 130 000 zł. Artykuł 2 ust. 2 Pzp przewidywał bowiem, że do udzielania zamówień klasycznych, których wartość, bez podatku od towarów i usług, dotycząca jednorazowego zakupu, jest mniejsza niż 130 000 zł, nie mniejsza jednak niż 50 000 zł, które nazwano „zamówieniami bagatelny”, udzielanych przez zamawiających publicznych stosuje się przepisy art. 82, art. 267 ust. 1 i ust. 2 pkt 9, art. 268, art. 269 ust. 1, art. 271 ust. 1–3 oraz art. 272 Pzp. Dyspozycje te przewidywały bardzo uproszczoną, mającą jednak charakter normatywny, procedurę udzielania „zamówień bagatelnych”. Jednakże, jeszcze przed dniem wejścia w życie Pzp, nastąpiła jego nowelizacja, w ramach której wyeliminowano regulacje dotyczące udzielania tych zamówień²¹. Uznano je za zbędny formalizm²².

Obecnie zatem, podobnie jak pod rządami Pzp z 2004 r., udzielanie zamówień publicznych o wartości niższej od ustalonej normatywnie kwoty, co do zasady

²¹ Ustawa z 27.11.2020 o zmianie ustawy o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi, ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw, Dz.U. z 2020 r. poz. 2275.

²² Zob. rządowy projekt ustawy o zmianie ustawy o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi oraz niektórych innych ustaw – druk sejmowy nr 765, <<https://www.sejm.gov.pl/sejm9.nsf/druk.xsp?nr=765>>, dostęp: maj 2021 r.).

odbywa się poza reżimem ustawy. Niemniej w myśl art. 29 Pzp zamawiający nie może, w celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy, zaniżać wartości zamówienia lub konkursu, wybierać sposób obliczania wartości zamówienia. Nie może też dzielić zamówienia na odrębne, jeżeli prowadzi to do niestosowania przepisów ustawy, chyba że jest to uzasadnione obiektywnymi przyczynami. Z kwestiami tymi powiązane jest stosowanie zasad związanych z udzielaniem zamówień podzielnych i niepodzielnych na części (art. 24 i 25 pzp). Koreluje to również z ustawowymi obowiązkami zamawiających w zakresie planowania zamówień publicznych (art. 23 pzp). Zagadnienia dotyczące udzielania zamówień publicznych, których wartość jest mniejsza niż 130 000 zł, bez wątplenia mogą i powinny być obejmowane kontrolą, o której mowa w przepisach Działu XI Pzp. Trzeba jednak zaznaczyć, że taka kontrola nie będzie badaniem przebiegu konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, gdyż nie jest ono prowadzone na podstawie przepisów ustawy, tylko opiera się na wewnętrznych regulacjach obowiązujących u zamawiającego. Kontrola powinna koncentrować się na szerokim i całościowym spojrzeniu na zgodność z prawem funkcjonujących u zamawiającego mechanizmów zapewniających prawidłowe planowanie zakupów, szacowanie ich wartości i podejście do podziału na części zamówień publicznych oraz do zamówień niepodzielnych. Co więcej, przy badaniu tych zagadnień nie sposób pominąć zasad udzielania zamówień publicznych, określonych w:

- art. 16 Pzp, który stanowi, że zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, przejrzysty i proporcjonalny;
- art. 17 ust. 2 Pzp, przewidującym, że zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

Naruszenie przez zamawiającego art. 24, 25 lub 29 Pzp będzie automatycznie powodowało naruszenie zasad udzielania zamówień publicznych, o których mowa w art. 16 i 17 ust. 2 Pzp.

Podobne wątpliwości co do stosowania przepisów o kontroli udzielania zamówień publicznych można mieć w przypadku zakupów wyłączonych ze stosowania przepisów Pzp ze względu na przesłanki inne, niż wartość zamówienia.

Co do zasady zostały one określone w Dziale I, Rozdziale 1, Oddziale 2 Pzp. Takie zamówienia mogą i powinny być obejmowane kontrolą, o której mowa w przepisach Działu XI Pzp. Sprawdzeniu w jej ramach będzie podlegało przede wszystkim, czy zamawiający prawidłowo skorzystał z wyłączenia stosowania Prawa zamówień publicznych. Niezbędne będzie także ustalenie, czy zamawiający zapewnił przestrzeganie zasad udzielania zamówień publicznych określonych w art. 16 i art. 17 ust. 2 Pzp. Jeżeli prawidłowo skorzystał ze zwolnienia, samo badanie postępowania powinno mieć miejsce poza reżimem Działu XI Pzp.

Obecnie i zapewne jeszcze przez pewien czas nie można również pomijać specyficznego stanu prawnego, wprowadzonego w związku z epidemią COVID-19 i przewidującego ekstraordynaryjne wyłączenia stosowania Pzp w związku z zakupami

w tym zakresie²³. *Prima facie* do takich zamówień w ogóle nie stosuje się przepisów Prawa zamówień publicznych, co oznaczałoby, że ich kontrola nie powinna odbywać się w trybie Pzp. Tak jak w innych wyjątkowych sytuacjach, również i w wypadku zamówień „covidowych” konieczne jest obiektywne wykazanie, że zachodzą ustawowe przesłanki do niestosowania ogólnych reguł udzielania zamówień publicznych²⁴. Jeżeli zatem określone okoliczności nie zostaną wykazane, zamawiający będzie miał obowiązek zastosowania Pzp i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zgodnie z jej przepisami. Zamówienia związane z COVID-19 mogą i powinny być przedmiotem kontroli, o której mowa w przepisach Działu XI Pzp, w kontekście zasad udzielania zamówień publicznych, określonych w art. 16 i 17 ust. 2. Powinno się zatem sprawdzić, czy zamawiający mógł nie respektować tych zasad, ze względu na specjalne rozwiązanie wprowadzone ustawą covidową. Jeżeli zamawiający prawidłowo skorzystał ze zwolnienia, samo badanie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego powinno mieć miejsce poza reżimem Działu XI.

Zasada współpracy organów kontroli i rola NIK

Artykuł 597 ust. 1 Pzp stanowi, że organy kontroli współpracują ze sobą, wymieniając

informacje o przeprowadzonych kontrolach i ich wynikach. Jak wskazuje art. 597 ust. 2 Pzp, w wypadku powzięcia przez jeden z nich informacji o wcześniejszej kontroli zamówienia przez inny, organ ten powinien:

- zwrócić się z wnioskiem o udostępnienie informacji o jej wyniku, w tym dokumentu kończącego kontrolę, do organu, który ją przeprowadził, chyba że uzyskał tę informację w inny sposób;

- uwzględnić wyniki przeprowadzonej wcześniej kontroli innego organu kontroli.

Warto dodać, że w myśl art. 496 pkt 23 Pzp na wniosek organu kontroli Prezes UZP przedstawia stanowisko w związku z wątpliwościami interpretacyjnymi między organami, o których mowa w art. 596 ust. 2 Pzp.

Jak wskazuje UZP, opierając się na uzasadnieniu projektu Pzp, zasada współpracy i uwzględniania wyników kontroli przeprowadzonych przez Prezesa UZP lub inne organy kontroli ma na celu ograniczenie przypadków odmiennych interpretacji przepisów czy dublowania postępowań kontrolnych u tych samych zamawiających. Jednak kontrola zamówień publicznych powinna być dokonywana w zgodzie z przepisami zawartymi w ustawie, a także z odrębnymi, właściwymi dla poszczególnych organów. Zasady wskazane w prawie zamówień publicznych nie wpływają na ich ustawowe kompetencje, a wskazują ramy samego

²³ Zob.: art. 6 (w brzmieniu pierwotnym i po zmianach) i 6a ustawy z 2.3.2020 o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych, Dz.U. z 2020 r. poz. 1842, ze zm., Art. 46c ustawy z 5.12.2008 o zapobieganiu oraz zwalczaniu zakażeń i chorób zakaźnych u ludzi, Dz.U. z 2020 r. poz. 1845, ze zm.

²⁴ Zob. zamieszczony przez UZP na stronie internetowej *Komunikat w sprawie art. 6 tzw. ustawy o COVID-19* <<https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/interpretacja-przepisow/informacje-dotyczace-zamowien-w-zwiazku-z-covid-19/komunikat-w-sprawie-art.-6-tzw.-ustawy-o-covid-19>>, dostęp: maj 2021 r.

procesu kontroli. Zatem sposób i zakres uwzględnienia wyników uzyskanych przez inny organ jest uzależniony od regulacji dotyczących prowadzenia kontroli przez organ, który to rozważa. Przepisy Pzp, co do zasady, nakazują uwzględniać wyniki badań innych organów kontroli, jednak nie oznacza to automatyzmu. Inaczej bezprzedmiotowe byłoby uprawnienie organu kontroli, aby na podstawie art. 469 pkt 23 Pzp zwrócić się do Prezesa Urzędu o wydanie opinii w przypadku wątpliwości interpretacyjnych w tej sprawie. Organ kontroli może zatem nie podzielić oceny prawnej danego działania lub zaniechania zamawiającego dokonanej przez inny organ. Ustalenia formy i sposobu uwzględnienia wyników kontroli, to znaczy, czy jest możliwe odstąpienie od kontroli danego, kontrolowanego wcześniej postępowania lub przyjęcie za własne wyników kontroli prowadzonej przez inny organ, czy też konieczne jest przeprowadzenie czynności – należy dokonać na podstawie przepisów właściwych dla konkretnego organu kontroli w określonej sytuacji. Zasadą jest jednak unikanie powtarzania kontroli tego samego postępowania, a jeśli nie jest to możliwe – formułowania odmiennych ocen²⁵.

Z kolei w piśmiennictwie wskazuje się, że „uwzględnianie wyników” jest dość pojemną formułą. Nie oznacza ścisłego związania kolejnego organu treścią rozstrzygnięć, które wcześniej sformułował inny, tym bardziej, że w wypadku różnych kontroli zarówno zakres ich prowadzenia,

jak i kryteria mogą być różne. Uwzględnianie wyników kontroli należy postrzegać jako instrument służący niwelowaniu istotnych rozbieżności, które mogą pojawić się w ramach kontroli tych samych zamówień publicznych²⁶.

Kontrole przeprowadzane przez różne organy w rozumieniu Pzp mogą różnić się zakresem. Podstawowym dokumentem umożliwiającym ich weryfikację jest właściwy kwestionariusz kontroli. Natomiast kontrole te nie będą różnić się kryteriami, gdyż każde badanie udzielania zamówień publicznych prowadzone na podstawie przepisów Działu XI Pzp dotyczy zgodności działań zamawiającego z przepisami ustawy, a więc jest kontrolą uwzględniającą tylko kryterium legalności.

Warto zauważyć, że uwarunkowania wynikające z zasady współpracy organów kontroli można powiązać z funkcjonującym w praktyce organów UE modelem jednorazowej (pojedynczej) kontroli. W kontekście wspólnotowym odnosi się ono do systemu kontroli wewnętrznej i audytu wewnętrznego. Jego podstawą jest założenie, że każdy poziom kontroli jest oparty na poprzednim. Zasada jednorazowej kontroli ma na celu unikanie powielania prac i zmniejszenie ogólnego kosztu działań kontrolnych i audytowych na poziomie państw członkowskich i Komisji Europejskiej (KE). Ma także zmniejszyć obciążenia administracyjne jednostek kontrolowanych. KE (która ponosi ostateczną odpowiedzialność za wykonanie budżetu UE) znajduje się na szczycie

²⁵ <<https://www.uzp.gov.pl/nowe-Pzp/interpretacje/pytania-instytucji-kontrolujacych>>, dostęp: maj 2021 r.

²⁶ E. Kowalczyk: *Nowe regulacje...*, op.cit.

piramidy „jednorazowej kontroli”²⁷. Warto dodać, że w doktrynie wskazuje się, iż model jednorazowej kontroli funkcjonuje w Stanach Zjednoczonych Ameryki Północnej oraz w Holandii²⁸.

Jak już wspomniano, NIK – z uwagi na swą pozycję ustrojową – nie jest adresem regulacji Działu XI Pzp. Ze względu na umocowanie Izby w systemie organów państwa powstaje pytanie, czy w ramach swojej działalności nie powinna realizować postulatów dążenia do zapewnienia jednolitości stosowania prawa oraz unikania dublowania postępowań kontrolnych u tych samych zamawiających. Odpowiedź nie wydaje się oczywista. Wyłączenie NIK z obowiązku stosowania regulacji dotyczących kontroli określonych w Pzp nie stoi w sprzeczności z urzeczywistnieniem tych postulatów. Mają one charakter systemowy i uniwersalny oraz wyrażają bardziej ducha prawa, niż jego literę. Zasady te powinny być brane pod uwagę przez wszystkie organy władzy publicznej, gdyż korespondują z konstytucyjną zasadą praworządności. Ponadto warto dostrzec, że ustawa o NIK w art. 12 buduje szeroką płaszczyznę do porozumiewania się i koordynowania

działań organów kontrolnych w celu zapewnienia sprawności oraz skuteczności kontroli²⁹. Izba ma bowiem nie tylko możliwość zapoznania się z wynikami badań innych organów, ale także wspólnego przeprowadzania kontroli lub zlecenia im tego. Trzeba również dodać, że zgodnie z art. 28 ust. 2 pkt 1 ustawy o NIK, przygotowując postępowanie Izba powinna uwzględnić wyniki innych kontroli³⁰. W literaturze wskazuje się przy tym, że wyniki kontroli specjalistycznej nie wiążą inspektorów NIK. Prowadzący kontrolę powinien samodzielnie dokonać oceny materiału dowodowego³¹. Z prawnego punktu widzenia pogląd ten jest ze wszech miar słuszny. W praktyce, sytuacje takie nieco trudniej sobie wyobrazić w odniesieniu do kontroli zleczanych przez NIK, gdyż z reguły mają charakter specjalistyczny i ich przeprowadzenie powierza się właściwym organom z powodu braku możliwości samodzielnej oceny określonych zagadnień. Zapewne takie podejście jest słuszniejsze, jeżeli chodzi o uwzględnianie wyników innych kontroli w działalności NIK, zwłaszcza biorąc pod uwagę kryteria kontroli Izby.

²⁷ *Stosowanie modelu jednorazowej kontroli oraz poleganie przez komisję na pracach krajowych instytucji audytowych w obszarze spójności*, Sprawozdanie specjalne nr 16/2013 Europejskiego Trybunału Obrachunkowego, <<https://www.eca.europa.eu/pl/Pages/AuditReportsOpinions.aspx?ty=Special%20report&tab=tab4>>, dostęp: maj 2021 r.

²⁸ Zob. J. Mazur, L. Marcinkowski: *Kierunki możliwych zmian w systemie kontroli środków Unii Europejskiej*, „Kontrola Państwowa” nr 4/2005 r., s. 23-45.

²⁹ E. Jarzęcka-Siwik, M. Berek, B. Skwarka, Z. Wrona: *Najwyższa Izba Kontroli i prawne aspekty funkcjonowania kontroli państwowej*, Warszawa 2018, s. 71.

³⁰ W myśl obowiązujących w NIK zasad przygotowywania kontroli, uwzględnienie wyników wcześniejszych kontroli jest elementem analizy przedkontrolnej (§ 6 pkt 1 Zarządzenia nr 11/2020 Prezesa Najwyższej Izby Kontroli z 25.2.2020 w sprawie szczegółowych zasad przygotowywania kontroli, zadań kontrolerów oraz zasad sporządzania informacji o wynikach kontroli).

³¹ E. Jarzęcka-Siwik, M. Berek, B. Skwarka, Z. Wrona: *Najwyższa Izba Kontroli...*, op.cit., s. 68.

Jak już sygnalizowano, uregulowana w Pzp kontrola udzielania zamówień publicznych jest przeprowadzana wyłącznie z uwzględnieniem kryterium legalności. NIK bada zaś nie tylko zgodność z prawem działalności kontrolowanych jednostek, ale posługuje się również kryteriami gospodarności, rzetelności i celowości. W praktyce Izby badanie zamówień publicznych jest z reguły elementem większej całości (np. obejmującej realizację określonego przedsięwzięcia lub programu publicznego), którą ocenia się z uwzględnieniem wszystkich kryteriów kontroli dopuszczalnych dla danej kategorii jednostek kontrolowanych na podstawie założonych wskaźników metodycznych.

Z reguły zatem w ramach kontroli prowadzonej przez NIK z uwzględnieniem kryteriów innych niż legalność, nie będą występowały sytuacje powtarzania czynności i ustaleń dokonanych wcześniej przez organy kontroli, o których mowa w Dziale XI pzp.

Jeżeli chodzi o legalność, należy opowiedzieć się za generalnym przyjęciem postulatu unikania przez Izbę powtarzania czynności kontrolnych innych organów kontroli, jednak każdy przypadek powinien być oceniany indywidualnie.

Szczególnie pomocne mogą się tu okazać kwestionariusze kontroli stosowane przez organy kontroli. Będzie wynikał z nich dokładny zakres przedmiotowy przeprowadzonych badań dotyczących danego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Przykładowo, może

wystąpić sytuacja, w której zamówienie publiczne zostaje poddane kontroli tuż po jego udzieleniu, w związku z czym ogranicza się ona do zagadnień związanych z przygotowaniem i przeprowadzeniem postępowania, nie dotycząc już dalszych, związanych z wykonywaniem umowy, uwarunkowań. W tym czasie może przecież dochodzić do rozmaitych zdarzeń, takich jak np: zmiana umowy, odstąpienie od niej, nieterminowe wykonanie przedmiotu zamówienia, odbiór zamówienia, rozliczenie zamawiającego z wykonawcą. Warto również zauważyć, że w Pzp występuje instytucja prawna kontroli uprzedniej³², a więc z natury rzeczy obejmującej zdarzenia mające miejsce przed zawarciem umowy o udzielenie zamówienia publicznego³³.

Przypadki kontrolowania przez NIK zamówień publicznych dokładnie w takim zakresie, w jakimi robiły to inne organy we wcześniejszych badaniach, powinny być ekstraordynaryjne i znajdować uzasadnienie w analizie wyników ich kontroli, prowadzonej przede wszystkim pod kątem prawidłowości zastosowanej interpretacji przepisów w odniesieniu do stanu faktycznego. Nie można bowiem wykluczyć, że wcześniejsza kontrola zawiera, choćby z powodu niezawinionego błędu, ustalenia odbiegające od wzorców stosowania prawa, znajdujących jednolite potwierdzenie w doktrynie, orzecznictwie, wynikach kontroli dotyczących analogicznych stanów faktycznych itd. Mając na względzie konieczność ochrony praworządności, jak

³² Art. 613-617 Pzp.

³³ Zob. art. 615 ust. 1 Pzp.

również ustrojową pozycję NIK jako naczelnego organu kontroli państwowej, należy przyjąć, że w wyjątkowych przypadkach tego typu aktywność Izby będzie niezbędna i służąca interesowi publicznemu.

Osobną sprawą jest uwzględnianie przez organy kontroli wyników audytów i kontroli wewnętrznych. Ustawodawca nie wypowiada się w tej materii, więc należy przyjmując, że objęcie spraw związanych z udzielaniem zamówień tego rodzaju badaniami w żaden sposób nie wpływa na możliwość skontrolowania ich na podstawie przepisów Działu XI pzp przez wskazane tam organy kontroli. Tym bardziej żadne ograniczenia nie występują w tym wypadku po stronie NIK.

Zasada stosowania kwestionariusza kontroli

Zgodnie z art. 599 ust. 1 Pzp organ kontroli określa wzór kwestionariusza kontroli zawierający szczegółowy opis zagadnień, które będą sprawdzane w toku badań, zakres dokumentów, których może żądać od zamawiającego oraz miejsce na przedstawienie przez niego informacji o przeprowadzonej kontroli udzielenia zamówienia przez Prezesa UZP lub inny organ kontroli. Wzór tego kwestionariusza jest udostępniony na stronie podmiotowej organu w Biuletynie Informacji Publicznej (dalej także BIP), art. 599 ust. 2 Pzp. W myśl art. 600 ust. 1 Pzp organ kontroli przekazuje zamawiającemu, który ma być

kontrolowany, kwestionariusz kontroli lub informację o miejscu jego udostępnienia wraz z zawiadomieniem o wszczęciu kontroli, o ile jest ono przekazywane. W trakcie badań organ kontroli nie może wykraczać poza opis zagadnień zawarty w kwestionariuszu (art. 600 ust. 2 Pzp).

Odnosząc się do tych regulacji przede wszystkim warto dostrzec, że ustawodawca nie określił terminu, w którym wzory kwestionariuszy kontroli powinny zostać udostępnione na stronach podmiotowych organów kontroli w BIP. Pzp zostało uchwalone 11 września 2019 r., miało zatem stosunkowo długie *vacatio legis*, umożliwiające wszelkim adresatom ustawy, w tym organom kontroli, przygotowanie się do jej stosowania. W związku z tym można przyjąć, że co do zasady wzory kwestionariuszy kontroli powinny pojawić się w BIP organów kontroli wraz z dniem wejścia w życie ustawy, tj. 1 stycznia 2012 r. Z kolei UZP stanął na stanowisku, że wzór kwestionariusza powinien być udostępniony na stronie internetowej przed rozpoczęciem planowanych kontroli przez organ³⁴. Prezes UZP udostępnił w BIP kwestionariusz kontroli 9 lutego 2021 r.³⁵

W niniejszym opracowaniu analizą objęto dostępne w BIP informacje dotyczące kwestionariuszy kontroli w odniesieniu do wszystkich 16 regionalnych izb obrachunkowych.

Umieszczano je w Internecie sukcesywnie, zasadniczo już w 2021 r. – począwszy

³⁴ <<https://www.uzp.gov.pl/nowe-Pzp/interpretacje/pytania-instytucji-kontrolujacych/w-jakim-terminie-organ-kontroli-musi-opublikowac-udostepnic-wzor-kwestionariusza-kontroli-w-biuletynie-informacji-publicznej-2021-01-22>>.

³⁵ <<https://uzp.bip.gov.pl/fobjects/details/927675/kk-pdf.html>>, dostęp: maj 2021 r.

od pierwszych dni stycznia, w I i II kwartale 2021 r., a w skrajnym przypadku³⁶ – pod koniec III kwartału 2021 roku³⁷. Warto odnotować, że choć niektóre RIO opracowały kwestionariusze jeszcze w 2020 r., ale udostępniły je w BIP dopiero w 2021 roku³⁸. W jednym przypadku miało to jednak miejsce jeszcze w 2020 r., co zasługuje na aprobatę³⁹.

Zakresy zagadnień podlegających sprawdzeniu w toku kontroli ujmowane są szeroko, i jak się wydaje, kompleksowo, tj. z uwzględnieniem całokształtu działań zamawiających, które mogą występować w ramach udzielenia zamówień publicznych.

Kontrola udzielania zamówień publicznych ma mieścić się w ramach dyspozycji Działu XI Pzp. Jak wskazuje UZP, w odniesieniu do kontroli RIO, dla której badanie zamówień publicznych jest jednym z elementów działalności⁴⁰, kwestionariusz kontroli, o jakim mowa w art. 599 Pzp dotyczy wyłącznie kontroli zamówień publicznych. Oznacza to, że inne

aspekty kontroli gospodarki finansowej zamawiającego znajdują się poza zakresem tego przepisu. Organ kontroli może rozszerzyć kwestionariusz o inne elementy, jeśli nie stoją temu na przeszkodzie odrębne przepisy. Jednak i w takiej sytuacji regulacja art. 599 ustawy Pzp nie będzie miała zastosowania.

W praktyce RIO można wskazać przykłady ujmowania w kwestionariuszach kontroli zagadnień wykraczających poza ramy określone w Dziale XI Pzp, dotyczących kontroli gospodarki finansowej zamawiającego, lecz związanych z udzielaniem zamówień, takich jak: zaciągnięcie zobowiązania lub zmiana zobowiązania zgodnie z upoważnieniem określonym uchwałą budżetową, wieloletnią prognozą finansową, planem finansowym; prawidłowość reprezentacji badanej jednostki; stosowanie kontrasygnaty; posiadanie opinii RIO przy wymaganych prawem umowach⁴¹.

Ponadto, można zidentyfikować kwestionariusze kontroli, które dotyczą kwestii weryfikowania prawidłowości wyłączenia

³⁶ RIO Wrocław.

³⁷ RIO/data publikacji kwestionariusza w BIP (według stanu na 30.6.2021): Białystok/4.2.2021; Bydgoszcz/29.12.2020; Gdańsk/23.2.2021; Katowice/19.1.2021; Kielce/10.3.2021; Kraków/8.1.2021; Lublin/19.5.2021; Łódź/3.3.2021; Olsztyn/3.2.2021; Opole/19.1.2021; Poznań/22.3.2021; Rzeszów/15.2.2021; Szczecin/13.1.2021; Warszawa/27.4.2021; Wrocław/22.6.2021; Zielona Góra/4.2.2021. Przegląd na podstawie BIP poszczególnych jednostek.

³⁸ Np. RIO w Łodzi, w której wzór kwestionariusza został określony Zarządzeniem Nr 15/2020 Prezesa Regionalnej Izby Obrachunkowej z 30.12.2020, które weszło w życie 1.1.2021, a w BIP jednostki opublikowano 3.3.2021, <http://www.bip.lodz.rio.gov.pl/?bip_id=2713&cid=24>, dostęp: maj 2021 r. Ponadto, RIO w Warszawie, w której wzór kwestionariusza kontroli stanowiący załącznik do Zarządzenia Nr 33/2020 Prezesa Regionalnej Izby Obrachunkowej w Warszawie z 30.12.2020 opublikowano w BIP jednostki 27.4.2021, <<https://bip.warszawa.rio.gov.pl/?c=1432>>, dostęp: maj 2021 r.

³⁹ RIO w Bydgoszczy, w której wzór kwestionariusza kontroli został określony Zarządzeniem Nr 19/2020 Prezesa Regionalnej Izby Obrachunkowej w Bydgoszczy z 29.12.2020, w tym samym dniu opublikowano w BIP jednostki <<http://bip.bydgoszcz.rio.gov.pl/?c=861>>, dostęp: maj 2021 r.

⁴⁰ Art. 1 ust. 2 oraz art. 5 ust 1 ustawy z 7.10.1992 o regionalnych izbach obrachunkowych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2137).

⁴¹ Zob. np. kwestionariusz kontroli RIO w Zielonej Górze.

przez zamawiającego stosowania przepisów Pzp, jak również udzielenia zamówienia, pomimo zaniechania przeprowadzenia postępowania na podstawie ustawy, mimo że zamawiający był do tego obowiązany⁴².

Jest to podejście słuszne, gdyż, jak wynika z wcześniejszych rozważań, to, czy zamawiający prawidłowo nie zastosował Pzp, może i powinno być obejmowane kontrolą udzielania zamówień publicznych uregulowaną w Dziale XI. Jeżeli prawidłowo skorzystał ze zwolnienia stosowania Pzp, samo badanie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego powinno mieć miejsce poza reżimem Działu XI Pzp. Kierując się poglądem UZP można wskazać, że kwestionariusz kontroli może być rozszerzony o te zagadnienia.

Jest to jednak jeszcze większe wyzwanie niż opracowanie kwestionariuszy kontroli udzielania zamówień na podstawie Pzp. W przeciwieństwie do jednolitych rozwiązań ustawowych, do kontroli których i tak organy kontroli mogą podchodzić w różny sposób (co potwierdza opisywana tu praktyka), zasady udzielania zamówień publicznych, do których nie stosuje się przepisów Pzp, cechują się wysokim stopniem zindywidualizowania. Można zaryzykować tezę, że obecnie standardem jest posiadanie przez zamawiających, a w szczególności jednostki

sektora finansów publicznych⁴³, regulacji wewnętrznych dotyczących udzielania zamówień publicznych, do których nie stosuje się przepisów Pzp z uwagi na wartość zamówienia⁴⁴. Mogą również występować przypadki, w których zamawiający będą dysponowali regulacjami wewnętrznymi dotyczącymi udzielania zamówień publicznych, do których nie stosuje się przepisów Pzp z uwagi na inne, niż wartość zamówienia, przesłanki. W odniesieniu do jednostek sektora finansów publicznych podkreślenia wymaga, iż wyłączenie stosowania Pzp nie jest równoznaczne z wyeliminowaniem prawnie określonego sposobu dokonywania wydatków publicznych. Stosownie do art. 44 ust. 3 pkt 1 ustawy z 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych⁴⁵ w każdym przypadku, niezależnie od procedury, w jakiej udzielono zamówienia, wydatki publiczne powinny być dokonywane w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem zasad uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów oraz optymalnego doboru metod i środków służących osiągnięciu założonych celów. Warto także zauważyć, że regulacje wewnętrzne stanowią jeden z elementów kontroli zarządczej, o której mowa w art. 68 ust. 1 ufp. Ich brak w odniesieniu do zamówień publicznych lub ich za małą szczegółowość, stwarzają

⁴² Np. kwestionariusz kontroli RIO w Kielcach.

⁴³ Zob. np. Informacja o wynikach kontroli: *Dokonywanie zakupów do 30 tys. euro przez wybrane jednostki sektora finansów publicznych*, nr ewid. 183/2017/P/17/063/LBY, w której NIK pozytywnie oceniła wprowadzenie przez wszystkie skontrolowane jednostki wewnętrznych regulacji dotyczących udzielania zamówień podprogowych.

⁴⁴ Obecnie będą tu funkcjonowały co najmniej dwa parametry – kwota mniejsza niż 130 000 zł, która jest progiem stosowania Pzp od 1.1.2021 oraz wyrażona w złotych równowartość kwoty 30 000 euro, stanowiąca próg stosowania ustawy od 15.4.2014 do 31.12.2020.

⁴⁵ Dz.U. z 2021 r. poz. 305, dalej: „ufp”.

warunki do nieracjonalnego wydatkowania środków publicznych⁴⁶.

Jeśli chodzi o zamówienia publiczne, których udzielono z wyłączeniem Pzp, kwestionariusze kontroli mogłyby zawierać następujące kwestie:

- czy postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego zostało przeprowadzone z zachowaniem zasad uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz w sposób przejrzysty i proporcjonalny albo czy prawidłowo odstąpiono od urzędzowania tych zasad;
- czy procedurę wyłonienia wykonawcy przeprowadzono zgodnie z obowiązującymi u zamawiającego regulacjami wewnętrznymi;
- czy zamawiający w sposób należyty zabezpieczył swoje interesy w związku z udzielonym zamówieniem;
- w wypadku jednostek sektora finansów publicznych – czy obowiązujące u zamawiającego regulacje umożliwiają urzędzowanie zasad wydatkowania środków publicznych, o których mowa w art. 44 ust. 3 pkt 1 ufp.

W kwestionariuszach kontroli organy rozmaicie podchodzą do sprawy podawania zakresu dokumentów, których można żądać od zamawiającego. Niekiedy ujmują to syntetycznie z podziałem na bloki tematyczne, takie jak: informacje i dokumenty o wynikach kontroli, przeprowadzonych uprzednio przez inne organy; dokumenty zamówienia i/lub konkursu; dokumenty postępowania

odwoławczego oraz skargowego i/lub pozasądowego rozwiązywania sporów; dokumenty wykonania umowy lub umowy ramowej wraz z dochodzeniem przez zamawiających roszczeń z tytułu gwarancji lub rękojmi; dokumenty określające zakres odpowiedzialności kierownika zamawiającego i/lub innych osób⁴⁷. Występują przypadki precyzyjnego i rozbudowanego odnoszenia się do sprawy dostarczania niezbędnych do przeprowadzenia kontroli dokumentów⁴⁸. Można też odwołać się do „dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia kontroli w ramach zagadnień wymienionych w poszczególnych pozycjach kwestionariusza”⁴⁹. Wydaje się, że takie podejście nie jest do końca zgodne z wolą ustawodawcy, gdyż w istocie mamy tu do czynienia z niedookreślonością, która nie gwarantuje kontrolowanemu pewności dotyczącej dokumentacji, jaką będzie obowiązywał przedłożyć organowi kontroli. Warto postulować, aby organy kontroli jak najszerzej określały zakres dokumentów, których mogą żądać od zamawiającego w toku kontroli, zabezpieczając swoje potrzeby z poszanowaniem zasady prawdy materialnej, kluczowej w każdej kontroli, ale zarazem precyzyjnie, tak, aby zapewnić ochronę praw kontrolowanego zgodnie z ustawą.

Z różnorodnością można spotkać się także jeżeli chodzi o ujmowanie w kwestionariuszach kontroli uwarunkowań dotyczących kontroli postępowania o udzielenie zamówienia publicznego udzielonych

⁴⁶ Zob. Informacja o wynikach kontroli: *Udzielanie zamówień publicznych na usługi zewnętrzne przez podmioty sektora publicznego*, nr ewid. 172/2015/D/14/506/LWA.

⁴⁷ Np. kwestionariusze kontroli RIO w Olsztynie i Katowicach.

⁴⁸ Np. kwestionariusz kontroli RIO w Zielonej Górze.

⁴⁹ Np. kwestionariusze kontroli RIO w Krakowie i RIO w Gdańsku.

na podstawie ustawy z 2004 r. oraz na podstawie obowiązującego Pzp.

Zgodnie z art. 94 ust. 1 pwpzp do kontroli udzielania zamówień publicznych wszczętych na podstawie uchylanego Pzp z 2004 r. i niezakończonych przed 1 stycznia 2021 r. stosuje się przepisy dotychczasowe. Nie ma innych przepisów przejściowych. Oznacza to, że mamy do czynienia z obowiązaniem Działu XI Pzp do kontroli wszczynanych od 1 stycznia 2021 r., niezależnie od tego, czy obejmą one zakupy dokonywane w reżimie z 2004 r., czy też zrealizowane na podstawie Pzp⁵⁰ z 2021 r. Na marginesie warto dodać, że adresatem przepisu przejściowego jest wyłącznie Prezes UZP, gdyż ustawa z 2004 r. regulowała tylko kwestie kontroli udzielania zamówień prowadzonych przez ten organ (Dział V Prezes Urzędu Rozdział 3 Kontrola udzielania zamówień Pzp z 2004 r.).

Powoduje to konieczność przygotowywania kwestionariuszy kontroli na tyle uniwersalnych, aby były adekwatne do kontroli zamówień udzielanych w dwóch istotnie różniących się stanach prawnych. Wydaje się, że z uwagi na różnice pomiędzy Pzp z 2004 r. i Pzp z 2021 r., optymalne byłoby, gdyby kwestionariusze zawierały dwa osobne moduły – odnoszące się do „starej” i „nowej” ustawy. Biorąc pod uwagę specyfikę działalności organów kontroli, jeszcze przez pewien czas duża część

ich aktywności będzie związana z zamówieniami udzielanymi na podstawie przepisów z 2004 r. Doświadczenie kontrolne podpowiada, że będą oceniane w ramach kontroli planowanych, natomiast te podejmowane na podstawie nowych uregulowań – w ramach kontroli doraźnych.

Niektóre kwestionariusze kontroli przyjęte przez RIO dotyczą tylko postępowań prowadzonych na podstawie przepisów z 2004 r.⁵¹, inne zaś obejmują zamówienia udzielane w dwóch reżimach prawnych łącznie, dzięki komplementarnym zapisom⁵². Niektóre nie określają jednoznacznie, jakiego reżimu prawnego dotyczą⁵³. Warto dodać, że kwestionariusz kontroli Prezesa UZP nie wyjaśnia jednoznacznie do jakich postępowań znajduje zastosowanie, lecz jego treść pozwala sądzić, iż chodzi o te prowadzone na podstawie nowej ustawy, odwołuje się bowiem jedynie do jej przepisów.

Prawdopodobieństwo naruszenia prawa

Organy kontroli planują i przeprowadzają kontrolę po uprzednim dokonaniu analizy prawdopodobieństwa naruszenia prawa w ramach udzielania zamówienia (art. 598 ust. 1-3). Obejmuje ona identyfikację obszarów podmiotowych i przedmiotowych, w których ryzyko naruszenia prawa jest największe. Sposób przeprowadzenia analizy określa organ kontroli lub jego organ nadrzędny.

⁵⁰ Tak też UZP: <<https://www.uzp.gov.pl/nowe-Pzp/interpretacje/pytania-instytucji-kontrolujacych>>; dostęp: maj 2021 r.

⁵¹ Np. kwestionariusz kontroli RIO w Białymstoku, Bydgoszczy, Łodzi, w Szczecinie.

⁵² Np. kwestionariusze kontroli RIO w Katowicach, Kielcach i w Opolu.

⁵³ Np. kwestionariusz kontroli RIO w Gdańsku, w Krakowie.

Pewne kierunki interpretacyjne w tym obszerze wynikają z uzasadnienia projektu Pzp, w którym wskazano, że o prawdopodobieństwie naruszenia prawa 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.

Niektóre z RIO przyjmując kwestionariusze kontroli, określiły zarazem w jaki sposób dokonywać doboru zamówień do skontrolowania. W RIO w Gdańsku przyjęto, że analizę prawdopodobieństwa naruszenia prawa przeprowadza koordynator zespołu kontrolnego, uwzględniając obszary zwiększające to ryzyko, w szczególności: małą liczbę ofert (poniżej dwóch) złożonych w danym postępowaniu; zmianę umowy o udzielenie zamówienia publicznego; wykluczenie wykonawców biorących udział w postępowaniu; odrzucenie złożonych ofert; unieważnienie postępowania.

Przyjmując kwestionariusz kontroli, RIO w Poznaniu zdefiniowała „Kryteria wyboru objętego sprawdzeniem zamówienia w ramach kompleksowej kontroli gospodarki finansowej”. Objęły one: otrzymanie sygnalizacji o nieprawidłowościach; współfinansowanie zamówienia ze środków europejskich, środków budżetu państwa lub państwowych funduszy celowych; udzielenie go w trybie niekonkurencyjnym; uprzednie unieważnienie postępowania; przyjęte kryteria oceny ofert; odrzucenie oferty z najniższą ceną; wykluczenie wykonawcy, który złożył taką ofertę; złożenie tylko jednej oferty w postępowaniu o; złożenie przez wykonawcę informacji o niezgodnej

z przepisami ustawy czynności podjętej przez zamawiającego lub zaniechanie czynności, do której był obowiązany na podstawie ustawy, na które nie przysługuje odwołanie na podstawie art. 180 ust. 2 z 2004 r.; udzielenie zamówienia publicznego na rzecz konsorcjum; wartość zamówienia/wysokość wynagrodzenia wykonawcy, któremu udzielono zamówienia; zmianę umowy o udzielenie zamówienia publicznego.

WRIO w Łodzi przyjęto zaś, że kryteria wyboru zamówień do kontroli stosowane są w ramach dokonywanej przez zespół kontrolny analizy prawdopodobieństwa naruszenia prawa przy udzielaniu zamówienia publicznego. Określono je analogicznie, jak w przypadku RIO w Poznaniu.

Wybór kryteriów wynikał zapewne z doświadczeń organów kontroli dotyczących stosowania przepisów ustawy z 2004 r. Z uwagi na to, że nowe Pzp prezentuje zupełnie nowe podejście do wielu kwestii związanych z udzielaniem zamówień publicznych (np. w zawsze istotnych z kontrolnego punktu widzenia sprawach dotyczących zmiany umowy o udzielenie zamówienia publicznego), należy opowiedzieć się za stopniowym, ale zdecydowanym, odchodzeniem od analizowania prawdopodobieństwa naruszenia prawa na podstawie doświadczeń ze stosowania wcześniej obowiązującego Pzp. W najbliższej przyszłości wymaga to od organów kontroli skupienia się przede wszystkim na bieżącym orzecznictwie KIO, doktrynie, doniesieniach medialnych, publikacjach i sprawozdaniach UZP, ale też na danych i informacjach podawanych do publicznej wiadomości przez zamawiających, jak również wynikających z przeprowadzanych u nich kontroli (zewnętrznych i wewnętrznych) oraz audytów wewnętrznych. Szersze

korzystanie przez każdy organ z własnych doświadczeń kontrolnych obejmujących w sensie ścisłym stosowanie Pzp będzie wymagało czasu.

Uwzględnianie podczas kontroli naruszeń prawa

W myśl art. 601 ust. 1 podstawę stwierdzenia, że postępowanie o udzielenie zamówienia zostało przeprowadzone niezgodnie z ustawą stanowi naruszenie jej przepisu, które miało wpływ na wynik tego postępowania. Nie stosuje się wypadku kontroli postępowania o udzielenie zamówienia współfinansowanego ze środków UE (art. 601 ust. 2 Pzp).

Odnosząc te uwarunkowania do postępowania kontrolnego NIK, należy zauważyć, że badanie zamówień publicznych z reguły stanowi tylko część zagadnień objętych tematyką. Dokonywanie ocen ogólnych przez Izbę nie będzie zatem zdeteterminowane ustaleniami badania zamówień publicznych (lub uwzględnieniem w ramach działań NIK wyników innej kontroli w tym zakresie), ale stanie się częścią składową takiej oceny. Inaczej będzie, jeżeli chodzi o oceny cząstkowe – tu możliwe jest ocenne podejście do badania zamówień. Oceny dokonywane przez NIK są formułowane nie tylko na podstawie kryterium legalności, ale także gospodarności, celowości i rzetelności. Same ustalenia związane z legalnością nie są więc jedyną determinantą ocen Izby. Wskazówki metodyczne do dokonywania ocen zawsze będą zindywidualizowane i określone

w programie kontroli lub tematyce kontroli doraźnej.

Stwierdzenie naruszenia przepisu ustawy, które miało wpływ na wynik postępowania, jest z pewnością dobrym wyznacznikiem istotności stwierdzanych przez NIK nieprawidłowości.

Wpływ nowych regulacji na działalność NIK

Warto rozważyć wykorzystanie wniosków, które rysują się w związku z nowymi regulacjami, w działaniach ukierunkowanych na wzrost efektywności oraz skuteczności NIK.

Przede wszystkim, skierowanie praktyki kontrolnej naczelnego, konstytucyjnego organu kontroli państwa na urzeczywistnianie modelu jednorazowej kontroli udzielenia zamówień publicznych, w tym z uwzględnieniem szerokiego wykorzystania art. 12 ustawy o NIK, może pozwolić na zwiększenie możliwości działania w obszarach wymagających interwencji Izby, w odniesieniu do których aktywność innych organów kontroli nie jest możliwa.

Kwestionariusze kontroli mogą stanowić dla NIK źródło inspiracji przy opracowywaniu własnej metodyki prowadzenia kontroli udzielania zamówień publicznych na podstawie pzp. Wydaje się, że dla Izby pierwszą najpoważniejszą kontrolą związaną z przepisami Pzp będzie wykonanie budżetu państwa w 2021 r., gdyż obejmie ona pierwszy rok budżetowy stosowania nowych regulacji⁵⁴. Wszechstronna analiza kwestionariuszy kontroli może przyczynić

⁵⁴ Choć możliwe jest, że w 2021 r. będą występowały postępowania prowadzone o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie przepisów Pzp z 2004 r., jeżeli do ich wszczęcia doszło przed 1.1.2021 (art.90 pw Pzp).

się do wypracowania założeń kontroli zamówień publicznych gwarantujących osiągnięcie zaplanowanych celów.

Kwestie związane z opracowywaniem i publikowaniem kwestionariuszy kontroli mogą i powinny być obejmowane kontrolą NIK w każdym przypadku prowadzenia badań w jednostce mającej kompetencje organu kontroli, gdy tematyka dotyczy np. udzielania zamówień publicznych czy też sprawowania kontroli zarządczej. Sprawy obejmujące kwestionariusze kontroli z pewnością należałoby weryfikować w ramach kontroli wykonania budżetu państwa.

Działalność kontrolna NIK powinna koncentrować się na obszarach zagrożonych nadużyciami i korupcją, a dziedzina zamówień publicznych niewątpliwie się w tym mieści⁵⁵, więc analizy prawdopodobieństwa naruszenia prawa dokonywane przez

organy kontroli w rozumieniu Działu XI, stać się dla Izby źródłem wiedzy związanym z doбором tematów do kontroli. Analizy te, podobnie jak kwestionariusze kontroli, mogą również służyć do wypracowania nowej, własnej metodyki związanej z typowaniem do kontroli zamówień publicznych.

Mając na względzie określony w art. 602 Pzp obowiązek organów kontroli zamieszczania w BIP informacji o przeprowadzonych kontrolach i ich wynikach, w ramach działań związanych z informatyzacją NIK, warto rozważyć stworzenie w Izbie bazy danych kontroli zamówień publicznych dla potrzeb analitycznych i planistycznych.

RADOSŁAW KUJAWIŃSKI
Delegatura NIK we Wrocławiu

⁵⁵ Kilka kontroli NIK, prowadzonych w latach 2016–2020 ujawniło problem nadużywania przez podmioty publiczne różnego rodzaju usług zewnętrznych. Nie jest to nowe zjawisko, na zagrożenie korupcją związane z nadużywaniem usług zewnętrznych NIK wskazywała już wielokrotnie w poprzednim okresie, między innymi była o tym mowa w sprawozdaniach z działalności NIK w latach 2003–2015, zob.: *Zagrożenie korupcją w świetle wyników kontroli NIK*, opublikowanych w latach 2016–2020, <<https://www.nik.gov.pl/aktualnosci/nik-o-zapobieganiu-korupcji-2020.html>>, dostęp: maj 2021 r.

Słowa kluczowe: zamówienia publiczne, kontrola udzielania zamówień publicznych, współpraca organów kontroli, kwestionariusz kontroli, zasada jednorazowej kontroli

Bibliografia:

1. E. Jarzęcka-Siwik, M. Berek, B. Skwarka, Z. Wrona: *Najwyższa Izba Kontroli i prawne aspekty funkcjonowania kontroli państwowej*, Warszawa 2018.
2. E. Kowalczyk: *Nowe regulacje dotyczące kontroli*, „Przetargi publiczne” nr 1/2021.
3. J. Mazur, L. Marcinkowski: *Kierunki możliwych zmian w systemie kontroli środków Unii Europejskiej*, „Kontrola Państwowa” nr 4/2005.
4. L. Więclaw-Bator: *Kontrola zamówień publicznych*, „Przetargi publiczne” nr 3/2021.

ABSTRACT**New Regulations in Public Procurement – Principles, Practical Conditions and Impact on NIK's Activities**

Since 1 January 2021, the new regulations on public procurement have been in force in Poland, also related to public procurement auditing. Audit bodies obliged to use the provisions introduced have been clearly defined and numerous responsibilities have been imposed on them. The solutions adopted are aimed, in the first place, to increase the effectiveness of auditing and to eliminate discrepancies in the law application by various bodies. These assumptions are to be achieved through the principles that stem from the new provisions: cooperation of audit bodies, planning and coordinating audits on the basis of risk analysis as for the probability of law breaches, conducting audits on the basis of applicable questionnaires, basing negative audit results on the irregularities disclosed that have an impact on the proceedings results, and publicising audit findings. NIK is not subject to the new provisions, yet the practices related to these regulations may be successfully used in the measures aimed at increased effectiveness and efficiency of NIK in the area of public procurement auditing.

Radosław Kujawiński, Regional Branch of NIK in Wrocław

Key words: public procurement, audit of public procurement awarding, cooperation of audit bodies, audit questionnaire, single-unit audit principle