



Pakt uczciwości, czyli obywatele w przetargach

Grzegorz Makowski, Marcin Waszak*

W 2020 roku przez system zamówień publicznych przepłynęło 281 miliardów złotych. Sama wartość udzielonych zamówień (183,5 mld zł) wyniosła ok. 7,9% produktu krajowego brutto za ten rok¹. Zamówienia publiczne stanowią w Polsce blisko 30% wszystkich wydatków rządowych².

Udział środków unijnych jest przy tym niebagatelny. Dla przykładu – tylko rządowy Krajowy Program Kolejowy, realizowany do końca 2023 roku, jest wart blisko 70 miliardów (na jego realizację przeznaczono ponad 40 miliardów z funduszy unijnych)³. Większość tej kwoty to zamówienia publiczne dotyczące rozbudowy i modernizacji infrastruktury kolejowej.

W budżecie UE na lata 2021–2027 Polska również otrzyma ogromne pieniądze na projekty infrastrukturalne i będą one wydatkowane w ramach systemu zamówień publicznych. Plany inwestycyjne rządu na ten okres (o których można dowiedzieć się z programu Polski Ład) nie będą mogły zostać zrealizowane bez zasilenia polskiej gospodarki funduszami unijnymi, w tym 770 miliardami z funduszu odbudowy i ponad 70 miliardami z polityki spójności⁴. Tylko w obszarze infrastruktury i transportu zapowiedziano budowę ponad 2 tysięcy km nowych dróg ekspresowych, ponad 100 mostów i obwodnic,

* Konsultacja merytoryczna – dr hab. Piotr Bogdanowicz, WPiA, Uniwersytet Warszawski.

1 *Sprawozdanie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z funkcjonowania systemu zamówień publicznych w 2020 r.*, Warszawa, maj 2021, s. 7, https://www.uzp.gov.pl/_data/assets/pdf_file/0009/51030/Sprawozdanie-Prezesa-Urzedu-Zamowien-Publicznych-z-funkcjonowania-systemu-zamowien-publicznych-w-2020-r.pdf [dostęp: 8.11.2021].

2 *Government at a Glance 2021*, OECD 2021, s. 163, <https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/1c258f55-en.pdf?expires=1636376972&id=id&accname=guest&checksum=16DDAE90C835D67A9037814EC0AE2A90> [dostęp: 8.11.2021].

3 Uchwała nr 17/2019 Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2019 r. zmieniająca uchwałę w sprawie ustanowienia Krajowego Programu Kolejowego do 2023 r.

4 *Polski Ład*, s. 54, http://polskilad.pis.org.pl/files/Polski_Lad.pdf [dostęp: 9.06.2021].

a także rozbudowę strategicznych portów i centrów logistycznych. Wszystkie te inwestycje powinny zostać zrealizowane poprzez system zamówień publicznych. Właściwe przygotowanie i przeprowadzenie postępowań o udzielenie zamówienia publicznego (potocznie – przetargów) na te cele wymaga profesjonalnych urzędników, którzy muszą być w stanie dobrze przygotować procedury, przewidywać zagrożenia nadużyć i zapobiegać im. Chodzi nie tylko o przestrzeganie prawa, ale też budowanie dobrych praktyk i wyższych niż powszechnie przyjęte standardów przejrzystości.

Choćby dlatego zamówienia publiczne powinny interesować bliżej opinię publiczną. Z różnych względów tak się nie dzieje, ale to nie oznacza, że nie należy podejmować wysiłków, aby takie zainteresowanie wzbudzić i podtrzymać.

Bołączki polskiego rynku zamówień publicznych

Jednym z istotniejszych problemów rynku zamówień w Polsce jest jego mała konkurencyjność, której ilustracją jest utrzymująca się od lat niska średnia liczby ofert wykonawców przypadających na jedno postępowanie przetargowe⁵. W 2020 roku liczba ta sięgnęła wskaźnika – 2,78 oferty na jedno postępowanie (w postępowaniach poniżej progów unijnych). Towarzyszy temu jeden z najwyższych w Europie odsetków tzw. postępowań jednoofertowych, czyli tych, w których zostaje złożona jedna ważna oferta (w 2020 roku stało się tak w przypadku 38,32% postępowań ogółem, co jest jednym z najgorszych wskaźników w UE).

Brak co najmniej kilku ofert powinien być traktowany nie tylko jako wskaźnik niskiej konkurencyjności, ale także jako sygnał podwyższonego ryzyka korupcji i innych nadużyć (wskaźnik ten jest wykorzystywany m.in. w Barometrze Ryzyka Nadużyć w zamówieniach publicznych)⁶. W szczególności kumulacja zamówień jednoofertowych w obrębie danej branży czy w portfelu konkretnych zamawiających i wykonawców powinna być przesłanką do przeprowadzenia pogłębionej analizy, a może nawet czynności kontrolnych ze strony właściwych organów państwa – by ustalić, czy wynika ona ze słabej organizacji procedur zakupowych, czy uwarunkowań niezależnych od konkretnego podmiotu, a może jest to kwestia korupcji lub innych nadużyć i nieprawidłowości lub współwystępowania tych i innych czynników.

Niskie zainteresowanie udziałem w zamówieniach publicznych może też świadczyć o braku przekonania przedsiębiorców co do ich opłacalności, ale też ogólnie słabego zaufania do władz. Wszak według raportu OECD z 2021 roku zaufanie do instytucji rządu w Polsce należy do najniższych nie tylko w Europie⁷. Niski poziom zaufania potwierdzają także inne badania, takie jak Global Corruption Barometer, w których 78% Polaków deklaruje, że nie ma zaufania do rządu⁸, czy CBOS pokazujący, że zaufanie społeczne do rządu wynosi zaledwie 46%⁹. W Polsce odsetek przedsiębiorców twierdzących, że korupcja uniemożliwiła im zdobycie publicznego kontraktu (43%), jest na tle innych państw Unii Europejskiej

5 *Raport z badania dotyczącego niskiej konkurencyjności w zamówieniach publicznych*, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2019, s. 4, https://www.uzp.gov.pl/_data/assets/pdf_file/0020/42077/Raport-z-badania-dotyczacogo-niskiej-konkurencyjnosci-w-zamowieniach-publicznych.pdf.

6 *Barometr Ryzyka Nadużyć*, Fundacja im. Stefana Batorego, <http://barometrzyzyka.pl/>.

7 *Trust in government*, Indicator by OECD, <https://data.oecd.org/gga/trust-in-government.htm> [dostęp: 21.06.2021].

8 R.M.B. Kukutschka, *Global Corruption Barometer. European Union. Citizens' Views and Experiences of Corruption*, Transparency International 2021, s. 17, https://images.transparencycdn.org/images/TI_GCB_EU_2021_web_2021-06-14-151758.pdf [dostęp: 8.11.2021].

9 *Zaufanie społeczne. Komunikat z badań*, nr 43/2020, CBOS 2020, s. 9, https://www.cbos.pl/SPISKOM.POL/2020/K_043_20.PDF [dostęp: 8.11.2021].

niepokojąco wysoki (Eurobarometr nr 482 z 2020 roku)¹⁰. Jeśli zaś chodzi o ogół respondentów, we wspomnianym już Global Corruption Barometer (badaniu zrealizowanym w 2020 roku) 51% dorosłych Polaków oceniło, że sytuacja, w której firmy wykorzystują koneksje lub przekupstwo, żeby uzyskać publiczne kontrakty, jest częsta lub bardzo częsta. Wykonawcy wycofują się z rynku lub w ogóle na niego nie wchodzi z powodu braku zaufania, ale też faktyczny brak transparentności czy złe przygotowanie przetargów. Bywa, że spełnienie wymagań stawianych przez publicznych zamawiających okazuje się dla nich zbyt dużą uciążliwością w stosunku do potencjalnych korzyści. Jedno jest pewne – skutkiem niskiej konkurencyjności rynku zamówień publicznych są wyższe ceny, które płacimy wszyscy za usługi, dostawy i roboty publiczne.

Istnieją też bardziej „techniczne”, nazwijmy to, czynniki osłabiające jakość polskiego rynku zamówień publicznych. Tym, co najmocniej zniechęca wykonawców do udziału w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, jest uzależnienie w praktyce wyboru ofert wyłącznie od ceny. Drugą najpoważniejszą barierą dla szerokiego grona potencjalnych oferentów jest obawa, że dokumentacja przetargowa została przygotowana pod konkretny produkt lub firmę¹¹. Ponadto z raportu Urzędu Zamówień Publicznych z 2019 roku wynika, że odstręczają też nierealistyczne oczekiwania zamawiających, np. co do terminu przygotowania oferty. Trudno sobie z nimi poradzić zwłaszcza firmom z sektora małych i średnich przedsiębiorstw, których udział w rynku zamówień jest mniejszy, niż można by oczekiwać, wnioskując ze skali jego obecności w całej gospodarce. Dodatkowo ryzyko związane z przygotowaniem niskiej jakości dokumentacji przetargowej jest w praktyce ponoszone wyłącznie przez wykonawców¹², choć twórcy prawa zamówień publicznych z 2020 roku starali się zapobiegać sytuacjom, kiedy zamawiający zrzucają z siebie odpowiedzialność za negatywne konsekwencje wad w dokumentacji projektowej¹³. Temu służyło m.in. wprowadzenie zakazu klauzul abuzywnych, które w sposób nieproporcjonalny obarczają ryzykiem związanym z realizacją umowy tylko jedną z jej stron¹⁴. Być może zmiana ta zmusi zamawiających do działania w sposób bardziej transparentny, przewidywalny i odpowiedzialny.

Warto zwrócić uwagę, że wadliwie skonstruowane regulacje prawne i nadmierny formalizm mogą skłaniać podmioty realizujące zamówienia publiczne (zarówno zamawiających, jak i wykonawców) do obchodzenia procedur i sięgania po rozwiązania niekonwencjonalne (czasem wręcz na granicy prawa) – na przykład w celu uniknięcia opóźnień. Przykładowym sposobem na ominięcie czasochłonnych

10 *Flash Eurobarometer 482*, s. 104, https://data.europa.eu/data/datasets/s2248_482_eng?locale=en [dostęp: 18.06.2021].

11 *Raport z badania dotyczącego niskiej konkurencyjności w zamówieniach publicznych*, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2019, s. 9, https://www.uzp.gov.pl/_data/assets/pdf_file/0020/42077/Raport-z-badania-dotyczacogo-niskiej-konkurencyjnosc-i-w-zamowieniach-publicznych.pdf [dostęp: 18.06.2021].

12 Jak wykazał pilotaż paktu uczciwości, może to okazać się szczególnie kłopotliwe w przypadku dużych inwestycji infrastrukturalnych realizowanych w formule „projektuj i buduj”. Spowodowane jest to tym, że w takich projektach wykonawca na etapie postępowania przetargowego otrzymuje niekoniecznie spójne założenia co do inwestycji zawarte w dokumentacji przetargowej. Jeśli wygra, musi następnie sam, w oparciu o tę dokumentację, wykonać projekty, a później je zrealizować. Wady dokumentacji przetargowej stają się powodem poważnych roszczeń i sporów między zamawiającymi i wykonawcami, przekładających się na terminowość i jakość realizowanych inwestycji. Więcej na ten temat w raporcie: M. Korsak-Koledzińska, G. Makowski, K. Szymańska, K. Tuzinek, M. Waszak, *Pakt uczciwości. Społeczny monitoring zamówień publicznych. Realizacja inwestycji i podsumowanie pilotażu*, Warszawa 2021 (maszynopis).

13 S. Wikariak, *Ryzyko kontraktowe powinno być sprawiedliwie dzielone*, „Dziennik Gazeta Prawna”, 18.05.2021, <https://www.gazetaprawna.pl/firma-i-prawo/artykuly/8165764,przetargi-ryzyko-kontraktowe-powinno-byc-sprawiedliwie-dzielone.html> [dostęp: 17.06.21].

14 *Zagadnienia partnerstwa i wyrównania pozycji strony umowy. Zasada współdziałania*, Urząd Zamówień Publicznych, s. 3–4, <https://www.uzp.gov.pl/strona-glowna/slider-aktualnosci/zagadnienia-partnerstwa-i-wyrownania-pozycji-stron-umowy/zagadnienia-partnerstwa-i-wyrownania-pozycji-stron-umowy> [dostęp: 21.06.21].

procedur są specustawy, wykorzystywane jako instrument zarządzania dużymi inwestycjami. Umożliwiały one przyspieszenie procedur administracyjnych kosztem ograniczenia prawa do odwołań właścicieli prywatnych działek czy organizacji ekologicznych¹⁵. Bywało, że podobny skutek wywoływały decyzje administracyjne wydawane w rygorze natychmiastowej wykonalności w stosunku do decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach. Skracały one czas uzyskania pozwolenia na budowę, ale też odbierały możliwość zakwestionowania, np. przez społeczność lokalną, inwestycji nierespektujących wymagań środowiskowych¹⁶. Te i inne rozwiązania, stosowane w Polsce przez lata, spotkały się ze strony Komisji Europejskiej z zarzutami naruszania regulacji unijnych poprzez wykluczenie w praktyce z oceny oddziaływania przedsięwzięcia na środowisko głosu organizacji społecznych¹⁷.

Jednocześnie system zamówień publicznych jest bardzo skomplikowany. Stąd też posługiwanie się przy opisie występujących w tym obszarze problemów wyłącznie kategoriami zero-jedynkowymi (np. zgodne – niezgodne z prawem) nie do końca stanowi właściwe podejście. Chcąc uzyskać dokładniejszy obraz sytuacji na rynku zamówień publicznych i zaproponować rozwiązania pojawiających się problemów, powinno się brać pod uwagę wiele różnych aspektów, a te nie zawsze są kwantyfikowalne i stanowią pole raczej do zniuansowanej oceny jakościowej niż kategoriowych zero-jedynkowych ocen.

Proces inwestycyjny, nawet realizowany zgodnie z prawem, może być bardziej lub mniej przejrzysty, bardziej lub mniej racjonalny czy też realizowany z większym lub mniejszym pożytkiem dla społeczeństwa. Także korupcja lub innego rodzaju nadużycia zwykle nie są li i jedynie skutkiem bezpośredniego przekupstwa czy jakiejś formy kryminalnej protekcji w relacjach między zamawiającym i wykonawcą, ale wypadkową wielu innych okoliczności (np. niedbale przygotowanego przetargu czy niezrozumienia, że ta czy inna strona pozostaje wyciąć się w konflikcie interesów). Dlatego oceniając jakość zamówień publicznych (zwłaszcza pod kątem ich odporności na nadużycia), czy to w rozumieniu całego rynku, czy poszczególnych konkretnych przetargów, pożądane jest, aby przy dokonywaniu ocen brać pod uwagę różne czynniki, których częstokroć nie da się przedstawić jedynie w czarnych lub białych barwach.

Więcej społecznej kontroli i partycypacji – Unia chce angażować obywateli w przetargi

Komisja Europejska postrzega zamówienia publiczne jako obszar, w którym występują istotne ryzyka dla interesów finansowych Unii. To był jeden z powodów, dla których w 2019 roku przyjęto dyrektywę o ochronie sygnalistów (państwa członkowskie miały obowiązek wdrożyć ją do 17 grudnia roku 2021¹⁸). Jej implementacja przez państwa członkowskie ma doprowadzić do tego, że pracownicy informujący o naruszeniach prawa, m.in. właśnie w związku z nieprawidłowościami w publicznych przetargach, będą mogli korzystać ze środków ochrony prawnej. W intencji prawidłowego wydatkowania

15 A. Woźniak, *Zagrożone są budowy nawet na 50 liniach kolejowych*, „Rzeczpospolita”, 29.03.2021, <https://www.rp.pl/Koleje/303299892-Zagrozone-sa-budowy-nawet-na-50-liniach-kolejowych.html> [dostęp: 21.06.2021].

16 S. Sobczyk-Grygiel, *Inwestycje z nową przeszkodą*, „Dziennik Gazeta Prawna”, 13.05.2021, <https://www.gazeta-prawna.pl/firma-i-prawo/artykuly/8162341,organizacje-ekologiczne-deweloperzy-inwestycje-nowe-przepisy.html> [dostęp: 21.06.2021].

17 A. Woźniak, *Zagrożone są budowy nawet na 50 liniach kolejowych*, „Rzeczpospolita”, 29.03.2021, <https://www.rp.pl/Koleje/303299892-Zagrozone-sa-budowy-nawet-na-50-liniach-kolejowych.html> [dostęp: 21.06.2021].

18 *Zawiadomienie Komisji Europejskiej 2021/C 121/01, Wytyczne dotyczące unikania konfliktu interesów i zarządzania takimi konfliktami na podstawie rozporządzenia finansowego*, [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/PDF/?uri=CELEX:52021XC0409\(01\)&from=PL](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/PDF/?uri=CELEX:52021XC0409(01)&from=PL) [dostęp: 22.06.2021].

funduszy UE w 2021 roku opublikowano też unijne wytyczne dotyczące unikania konfliktu interesów¹⁹ oraz bazę wiedzy o zwalczaniu nadużyć finansowych²⁰. Przeciwdziałaniu i ściganiu nadużyć w unijnych zamówieniach publicznych ma służyć również uruchomiona w tym samym roku Prokuratura Europejska (do której Polska niestety nie przystąpiła, choć jest największym beneficjentem funduszy unijnych i w konsekwencji jednym z największych zleceniodawców na europejskim rynku zamówień publicznych)²¹. Komisja Europejska nie ustaje też w poszukiwaniu nowych form kontroli tego, jak wydatkowane są środki unijne, angażujących w większym stopniu obywateli Unii. Jednym z efektów tych poszukiwań jest właśnie pilotaż tzw. paktów uczciwości (ang. *integrity pacts*) uruchomiony w jedenastu państwach członkowskich.

Ale nie tylko przez wzgląd na zaangażowanie środków unijnych i wielkość rynku zamówień publicznych można by oczekiwać, że będzie on przedmiotem szerszego zainteresowania społecznego – zarówno ze strony środowisk eksperckich, mediów czy organizacji społecznych (zwłaszcza organizacji strażniczych), jak i dla „zwykłych” obywateli. Ponad 40% rynku zamówień publicznych to zamówienia samorządowe²². Są to więc zamówienia bliskie obywatelowi – tym bardziej, że w dużej mierze nie są to wielkie inwestycje infrastrukturalne, ale projekty, których realizacja ma rozwiązywać bieżące problemy mieszkańców czy zaspokajać ich potrzeby. Wartość poszczególnych samorządowych zamówień per capita nie jest może imponująca, ale w skali kraju ich suma jest liczona w dziesiątkach miliardów złotych rocznie. I jak wskazują ilościowe analizy danych o rynku zamówień publicznych w Polsce, to właśnie te zamówienia, zwłaszcza na proste usługi (np. szkoleniowe, doradcze) czy dostawy (np. sprzętu biurowego czy oprogramowania), są najbardziej narażone na nieprawidłowości i nadużycia²³. Mimo to, jeśli spojrzeć na to właśnie od strony wspólnot samorządowych, trudno znaleźć jakiegokolwiek znaczące inicjatywy obywatelskie ukierunkowane na monitorowanie choćby lokalnych zamówień publicznych, nie wspominając już o większych, unijno-rządowych projektach w rodzaju modernizacji linii kolejowej, budowy autostrady czy innego rodzaju dużej infrastruktury.

Co ciekawe, jak wynika z pilotażu paktu uczciwości, nawet ci obywatele, którzy mają poniekąd silne formalne podstawy, żeby przyglądać się z bliska zamówieniom publicznym (jak na przykład radni samorządowi), nie są bardzo zainteresowani ich monitorowaniem. Co więcej, wydaje się, że nawet jeśli by chcieli to robić, to częstokroć nie potrafią się odnaleźć w gąszczu przepisów towarzyszących procedurom zamówieniowym. Nie mają też narzędzi ułatwiających monitorowanie przetargów.

Zamówienia publiczne zasługują jednak na więcej uwagi także z tego względu, że są finansowane w istocie z kieszeni podatników. Wiele z nich, jak na przykład inwestycje w infrastrukturę transportową, związanych jest także z innymi dobrami, takimi jak bezpieczeństwo publiczne czy ochrona

19 Wytczne dotyczące unikania konfliktu interesów i zarządzania takimi konfliktami na podstawie rozporządzenia finansowego, [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/PDF/?uri=CELEX:52021XC0409\(01\)&from=PL](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/PDF/?uri=CELEX:52021XC0409(01)&from=PL) [dostęp: 22.06.2021].

20 EU Funds Anti-Fraud Knowledge & Resource Centre, https://ec.europa.eu/antifraud-knowledge-centre/index_en [dostęp: 22.06.2021].

21 W. Tumidalski, *Prokuratura Europejska jako środek kontroli wydatkowania pieniędzy z Funduszu Odbudowy*, „Rzeczpospolita”, 6.05.2021, <https://www.rp.pl/Unia-Europejska/305069911-Prokuratura-Europejska-jako-srodek-kontroli-wydatkowania-pieniedzy-z-Funduszu-Odbudowy.html> [dostęp: 22.06.2021].

22 G. Makowski, *Skala i charakter ryzyka nadużyć na rodzimym rynku zamówień publicznych. Mapa zagrożeń i węzłowe problemy*, Fundacja im. Stefana Batorego, Warszawa 2017, https://www.researchgate.net/publication/314136000_Skala_i_charakter_ryzyka_naduzyc_na_rodzimy_m rynku_zamowien_publicznych_Mapa_zagrozen_i_wezlowe_problemy [dostęp: 22.10.2021].

23 G. Makowski, *Postępowania jednoofertowe jako wskaźnik ryzyka korupcji w zamówieniach publicznych*, „Zarządzanie Publiczne” 4 (40), s. 525–550.

środowiska. Warto więc się im przyglądać nie tylko ze względów, nazwijmy to, ekonomicznych, ale także po to, żeby ich realizacja nie pogorszyła naszych warunków życiowych. Tymczasem mobilizacja obywatelska i wzmożenie zainteresowania tym czy innym przetargiem pojawia się zazwyczaj wówczas, gdy pojawia się problem – zostanie ujawniona korupcja albo inwestycja z jakichś względów okaże się zagrożeniem. Czyli wtedy, gdy częstokroć jest już za późno, żeby zapobiec marnotrawstwu pieniędzy czy innym szkodom.

Stąd też Komisja Europejska mając na uwadze nie tylko ochronę interesów finansowych UE, ale też potrzebę bardziej intensywnego komunikowania obywatelom UE, na co są wydawane pieniądze z funduszy unijnych, poszukuje z jednej strony rozwiązań pozwalających na angażowanie obywateli wspólnoty w monitoring zamówień, a z drugiej – mechanizmów, które będą im unaoczniać skalę unijnych projektów i dawać możliwość wpływania każdemu zainteresowanemu na ich kształt i realizację – w imię unijnych zasad subsydiarności i partycypacji.

Jest jeszcze jeden istotny powód, by patrzeć z sympatią na takie inicjatywy. Chcąc monitorować zamówienia publiczne, warto przyjąć podejście, jakie stosują badacze społeczni – tzw. triangulację, czyli łączenie różnych metod i technik badawczych po to, żeby uzyskać możliwie wyczerpujący ogląd danego fenomenu. W przypadku nadzorowania rynku zamówień publicznych obserwacja powinna być prowadzona z różnych kątów i na różnych poziomach zbliżenia. Na czym innym bowiem koncentrują się instytucje państwowe, odpowiedzialne w mniejszym lub większym stopniu za rynek zamówień publicznych (jak w przypadku Polski Urząd Zamówień Publicznych, Centralne Biuro Antykorupcyjne czy Najwyższa Izba Kontroli), inną optykę mają zewnątrzni w stosunku do tego systemu eksperci, aktywiści czy radni samorządowi. A wbrew pozorom „amatorskie” spojrzenie na ten czy inny przetarg może ujawnić ryzyka czy odwrotnie – elementy pozytywne, warte upowszechnienia, których nie dostrzegają już doświadczeni uczestnicy rynku zamówień publicznych.

Istnieją zatem powody, aby traktować postulat społecznego monitoringu zamówień publicznych poważnie i próbować realizować go w praktyce. Chociaż trzeba sobie zdawać sprawę, że ta materia jest bardzo skomplikowana i komuś, kto na co dzień nie zajmuje się zamówieniami publicznymi, trudno byłoby podjąć się ich monitoringu. Partycypacja w tych procesach decyzyjnych nie jest jednak niemożliwa, a jednym z rozwiązań jest wspomniany już pakt uczciwości.

Komisja Europejska we współpracy z Transparency International zdecydowała się uruchomić pilotaż tego rozwiązania w kilkunastu państwach członkowskich właśnie po to, żeby sprawdzić, jaki jest jego potencjał partycypacyjny i prewencyjny w stosunku do zawsze towarzyszących zamówieniom ryzyka nadużyć i nieprawidłowości. Na bazie pilotażu paktu uczciwości w Polsce opiera się niniejsza analiza. Obserwacja przygotowania i realizacji zamówienia publicznego w bezpośredniej bliskości (można by rzec – obserwacja uczestnicząca) dostarcza unikalnego, jakościowego wglądu w przebieg tych procedur. Możliwość bezpośredniej obserwacji zamówienia od możliwie najwcześniejszych etapów jego realizacji po zakończenie pozwala dostrzec nie tylko konkretne problemy charakterystyczne dla danego zamówienia, ale też różne cienie i blaski całego systemu zamówień publicznych i w tym kontekście lepiej ocenić poszczególne ryzyka nadużyć czy nieprawidłowości.

Pakt uczciwości, czyli monitoring i partycypacja w jednym

Funkcjonowanie rynku zamówień publicznych powinno być więc systematycznie monitorowane i poprawiane, choćby poprzez wprowadzanie dobrych praktyk, wymaganie wyższych standardów postępowania czy w końcu uwzględnianie uwag obywateli w procesach przygotowywania i realizacji

zamówień. Robi to oczywiście państwowy regulator, Urząd Zamówień Publicznych, ale tylko w ograniczonym zakresie. Z kolei interwencje podejmowane przez CBA czy NIK są nieregularne, punktowe i koncentrują się przede wszystkim na wykrywaniu i zwalczaniu nieprawidłowości czy konkretnych nadużyć. Żaden z organów państwa nie ma wystarczających zasobów, żeby realizować systematyczne badania czy pogłębione monitoringi. Dlatego warto rozwijać rozproszone metody monitorowania zamówień, a w szczególności takie, które miałyby element partycypacyjny – angażowałyby organizacje społeczne (zwłaszcza strażnicze), ekspertów, środowiska akademickie i społeczności lokalne (np. radnych).

Przy tym na udzielanie i realizację zamówień publicznych, zwłaszcza w podmiotach publicznych, należy także patrzeć tak jak na inne procesy decyzyjne – z perspektywy zasad „dobrego rządzenia” (ang. *good governance*). W związku z tym podstawową zasadą działania zamawiających powinno być zapewnienie rozliczalności nie tylko przed organami nadzoru i kontroli czy, jak w przypadku zamówień finansowanych ze środków unijnych, przed instytucjami zarządzającymi albo Komisją Europejską, ale także przed ich bezpośrednimi beneficjentami, czyli obywatelami (czy mieszkańcami), z których kieszeni ostatecznie pokrywane są ich koszty. Wszak koncepcja „dobrego rządzenia” zakłada m.in. aktywny udział obywateli w podejmowaniu decyzji publicznych, a każde zamówienie publiczne jest taką decyzją²⁴.

Trzeba sobie jednak zdawać sprawę z tego, że zamówienia publiczne (zwłaszcza te największe, na budowę infrastruktury publicznej – dróg czy kolei) są bardzo trudnym polem partycypacji²⁵. A możliwości skutecznej interwencji obywateli w sytuacji, gdy pojawia się zagrożenie dla jakiegoś interesu wspólnego, są ograniczone. Najczęściej więc polega się na organach państwa powołanych do kontroli zamówień lub do rozliczania środków przeznaczonych na inwestycje. One zaś zwykle działają *post factum* i nie są w stanie na bieżąco reagować na zagrożenia pojawiające się w trakcie przygotowywania zamówień i ich realizacji. Dlatego właśnie partycypacja obywatelska w procedurach udzielania i realizacji zamówień publicznych jest potrzebna, choć trudna.

Patrząc zarówno z perspektywy polityki państwa, jak i operacyjnego poziomu zarządzania poszczególnymi zamówieniami, potrzebne są nie tylko mechanizmy dodatkowej kontroli i prewencji nadużyć czy nieprawidłowości, ale także rozwiązania motywujące zamawiających i wykonawców do samodoskonalenia. Polski rynek zamówień publicznych nie należy może do najbardziej narażonych na korupcję i inne nadużycia, ale też nie jest od nich wolny. Jednocześnie jest to rynek trudny – niekonkurencyjny, jak już wspomniano. Procedury przetargowe są nierzadko wadliwie przeprowadzane i nietransparentne, przez co nie cieszą się zaufaniem. Istnieje więc pole do wdrażania mechanizmów, które wzmocniłyby ochronę zamówień publicznych, ale też spowodowałyby, że zwiększyłoby się zaufanie do rynku, polepszyłaby się transparentność, zwiększyła konkurencyjność, a podatnicy zyskaliby poczucie, że ich pieniądze są dobrze spożytkowane.

W latach 2016–2021 w Polsce i w dziesięciu innych państwach UE Komisja Europejska we współpracy z Transparency International zrealizowała pilotaż paktów uczciwości. Pakty to dobrowolne porozumienia między zamawiającymi, wykonawcami i niezależnymi obserwatorami. Ich sednem jest właśnie dopuszczenie od jak najwcześniejszego momentu realizacji zamówienia publicznego (jeśli to tylko

24 G. Makowski, *Partycypacja ekstremalna, czyli udział obywateli w decyzjach dotyczących zamówień publicznych – na przykładzie pilotażu paktów uczciwości*, w: J. Arcimowicz, K. Gadowska (red.), *Sfera publiczna w Polsce i jej współczesne konteksty*, Instytut Spraw Publicznych, Warszawa 2020, s. 228–265.

25 *Ibidem*.

możliwe, już na etapie przygotowywania jego założeń) obserwatora społecznego (organizacji obywatelskiej, grupy ludzi zainteresowany daną inwestycją czy niezależnych ekspertów). Zadaniem takiego obserwatora jest monitorowanie zamówienia i alarmowanie jego stron (a jeśli to konieczne, opinii publicznej i odpowiednich organów państwa), gdy dochodzi do nieprawidłowości lub rodzi się ryzyko ich wystąpienia. Pakt to również dodatkowe zobowiązanie zamawiających i wykonawców do tego, że będą przestrzegać prawa, najwyższych standardów przejrzystości i uczciwości, a także że będą działać z poszanowaniem interesu publicznego.

Komisja Europejska zdecydowała się na pilotaż paktów uczciwości, chcąc sprawdzić, czy ten mechanizm ma szansę zadziałać w gęstym od przepisów prawnych środowisku europejskim i czy ewentualnie może zostać wykorzystany zarówno jako środek przeciwdziałania nadużyciom w zamówieniach publicznych, jak i sposób na włączenie obywateli w realizację projektów finansowanych ze środków UE. Wobec pilotażu paktu sformułowano więc dwojakiego rodzaju oczekiwania. Z jednej strony chciano dowiedzieć się, na ile może on być środkiem prewencji korupcji i innych nadużyć. Z drugiej – chodziło o sprawdzenie, na ile ma on szansę na zwiększenie partycypacji obywatelskiej w realizacji polityk unijnych. Zamówienia, jakie Komisja Europejska wybrała do pilotażu, były bardzo zróżnicowane – ze względu na rodzaj i skalę. Paktami objęto zarówno duże inwestycje infrastrukturalne, jak i małe, lokalne projekty, chcąc odpowiedzieć sobie także na pytanie, w jakim stopniu mechanizm ten może być uniwersalny i czy jego zastosowanie nie skomplikuje z nadto procesu realizacji zamówień publicznych.

W Polsce pilotażem paktu (a konkretnie monitoringiem, ponieważ poza obserwacją wybranego zamówienia pilotaż obejmował także szereg działań informacyjnych i edukacyjnych poświęconych problematyce zamówień publicznych) została objęta duża inwestycja infrastrukturalna – „Prace na linii kolejowej nr 1 na odcinku Częstochowa–Zawiercie”, o wartości kontraktowej 457 mln złotych brutto, realizowana przez PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. (zamawiający) i firmę ZUE S.A. (wykonawca). Zamówienie to Komisja wybrała spośród kilku zgłoszonych jej przez ówczesne Ministerstwo Rozwoju. Do funkcji obserwatora społecznego została wybrana Fundacja im. Stefana Batorego, która jako jedyna polska organizacja wyraziła zainteresowanie uczestnictwem w pilotażu.

W bardzo dużym skrócie – polski pakt uczciwości miał konstrukcję „hybrydową”. Jego główna część, opisująca podstawowe uprawnienia i obowiązki obserwatora oraz zamawiającego, została uzgodniona przed rozpoczęciem postępowania przetargowego między tymi dwiema stronami. Druga część paktu, regulująca relacje między obserwatorem a wykonawcą, została wbudowana we wzór umowy na realizację zadania objętego paktem i w ten sposób stała się częścią dokumentacji przetargowej. Dodatkowym modułem polskiego paktu uczciwości były zapisy we wzorze umowy na nadzór inwestycyjny – opisywały one relacje między obserwatorem a inżynierem projektu. W ten sposób obserwator otrzymał szerokie gwarancje niemal niczym nieograniczonego, bieżącego dostępu do wszelkich informacji na temat monitorowanego zamówienia²⁶. Oprócz dostępu do informacji publicznej w poszczególnych częściach paktu uregulowano szereg innych kwestii (np. zasad zachowania poufności, komunikacji z otoczeniem itd.). Ale to właśnie zagwarantowanie i opisanie zasad swobodnego i bieżącego dostępu do danych na temat monitorowanego zamówienia było najważniejszym elementem porozumienia. W praktyce monitoring polegał głównie na analizie dokumentów, systematycznych spotkaniach ze stronami zamówienia, wizytowaniu obszaru realizacji inwestycji, spotkaniach z mieszkańcami tych obszarów. W trakcie pilotażu obserwator wielokrotnie przedstawiał też swoje stanowiska i opinie w kwestiach szczególnie palących z punktu widzenia realizacji inwestycji. Monitoring przyczynił się też

26 Zob. *III moduł Paktu Uczciwości*, <https://paktuczciwosci.pl/wp-content/uploads/2018/02/II-modu%C5%82-Pakt-Uczciwo%C5%9Bci-z-Wykonawc%C4%85.pdf> [dostęp: 8.11.2021].

do zmiany systemowej – w przepisach prawa budowlanego uściślono regulacje dotyczące wykonywania robót na zgłoszenie i wymogów związanych z uzyskiwaniem pozwolenia na budowę. Metodyka działań monitoringowych wypracowana na przestrzeni kilku lat trwania pilotażu została udostępniona w formie poradnika dla organizacji potencjalnie zainteresowanych rolą obserwatora w przyszłych paktach uczciwości²⁷. Przebieg projektu i lekcje odebrane przez jego uczestników zostały szczegółowo opisane w dwóch obszernych raportach z monitoringu²⁸.

Wiedza, którą dzięki temu uzyskał obserwator społeczny, wykracza poza prosty rejestr przewinień w zamówieniu objętym monitoringiem. W trakcie ponad pięciu lat trwania pilotażu paktu uczciwości okazało się, że obserwatorowi społecznemu bardzo trudno było ograniczyć się li i jedynie do roli prowadzącego monitoring i reagującego na rozmaite naruszenia czy ryzyka naruszeń, które nieuchronnie pojawiają się przy realizacji tak dużego i skomplikowanego przedsięwzięcia. Same strony monitorowanego zamówienia oczekiwały też od obserwatora, że nie będzie on ograniczać się tylko do funkcji „strażnika”, ale czasem podejmie się roli doradcy czy mediatora²⁹. Monitoring nie tylko wychwyił zresztą kontrowersje, ale przyczynił się też do rozwinięcia dobrych praktyk – żeby wspomnieć tylko fakt, że wykonawca obserwowanego zamówienia dzięki paktowi wdrożył u siebie i samodzielnie tworząc rozwinął politykę ochrony sygnalistów, zanim pojawił się taki wymóg ustawy³⁰.

Jeśli chodzi o sam monitoring, to w jego ramach było możliwe uchwycenie pojedynczych naruszeń, wskazanie ich źródeł, a nawet oszacowanie ryzyka powtórzenia się przy innych zamówieniach. W takich przypadkach pakt uczciwości okazał się instrumentem przydatnym do ochrony interesu publicznego nie tylko w obrębie obserwowanego zamówienia, ale niejako w całej sferze realizacji inwestycji infrastrukturalnych czy na płaszczyźnie polityki zakupowej państwa i regulacji rynku zamówień publicznych³¹.

Pilotaż paktu uczciwości prowadzony przez Fundację Batorego udokumentował wiele znanych już wcześniej niedomagań polskiego systemu zamówień publicznych. Wskazał też na mniej oczywiste mankamenty. Rezultaty monitoringu są tym bardziej interesujące, że okazują się w dużym stopniu zbieżne z wnioskami dotyczącymi działania zamówień publicznych, które można wywieść z analizy dużych zbiorów danych zagregowanych, np. wspomnianego wcześniej Barometru (także projektu Fundacji Batorego).

Perspektywa społecznego obserwatora prowadzącego monitoring jest odmienna od tego, jak na zamówienia patrzą typowe organy nadzoru czy regulatorzy rynku zamówień publicznych (jak np. Urząd

27 G. Makowski, M. Waszak, *Obserwacja zamówień publicznych. Poradnik obywatelski*, Fundacja im. Stefana Batorego, Warszawa 2021, <https://paktuczciwosci.pl/wp-content/uploads/2021/08/Obserwacja-zamowien-publicznych.-Poradnik-obywatelski.pdf> [dostęp: 8.11.2021].

28 Zob. K. Baryła, G. Makowski, M. Waszak, *Pakt uczciwości. Społeczny monitoring zamówień publicznych. Tworzenie paktu i wybór wykonawcy*, Warszawa 2020, <https://paktuczciwosci.pl/wp-content/uploads/2020/11/Pakt-uczciwosci-tworzenie-paktu-wybor-wykonawcy.pdf> [dostęp: 8.11.2021]; M. Korsak-Koledzińska, G. Makowski, K. Szymańska, K. Tuzinek, M. Waszak, *Pakt uczciwości. Społeczny monitoring zamówień publicznych. Realizacja inwestycji i podsumowanie pilotażu*, Warszawa 2021 (maszynopis).

29 Por. M. Dudkiewicz, *Ewaluacja pilotażu Paktu Uczciwości. Raport końcowy*, Fundacja Batorego, Warszawa 2021, <https://paktuczciwosci.pl/wp-content/uploads/2021/10/Ewaluacja-pilotazu-Paktu-Uczciwosci.-Raport-koncowy.pdf> [dostęp: 8.11.2021].

30 Zob. pismo ZUE S.A. do Fundacji Batorego z 20.10.2021, https://paktuczciwosci.pl/wp-content/uploads/2021/10/DPW_2021_04045.pdf [dostęp: 8.11.2021].

31 *Ochrona inwestycji finansowanych przez UE w ramach paktów uczciwości. Przewodnik dla decydentów po wspólnym monitorowaniu zamówień publicznych*, Transparency International 2021, s. 6–7, http://paktuczciwosci.pl/wp-content/uploads/2021/06/AA_IP_publication-01_PL_WEB.pdf [dostęp: 18.06.2021].

Zamówień Publicznych, Najwyższa Izba Kontroli czy Centrum Unijnych Projektów Transportowych³²). Instytucje państwowe koncentrują się głównie na analizowaniu procesów udzielania i realizacji zamówień pod kątem zgodności z przepisami prawa krajowego i wytycznymi unijnymi. Mniej (jeżeli w ogóle) zajmują się szerszym otoczeniem, w którym realizowane są zamówienia, np. zarządzaniem i organizacją postępowań oraz wynikającymi z niej zagrożeniami dla konkurencyjności czy przejrzystości przetargu. Stąd też rekomendacje płynące z omawianego tu pilotażu znakomicie uzupełniają istniejące już wytyczne dla uczestników i regulatorów rynku zamówień publicznych, którzy chcieliby, żeby ta sfera była wolna od nadużyć, bardziej przejrzysta i konkurencyjna.

W odróżnieniu od tradycyjnych form nadzorowania czy analizowania rynku zamówień publicznych pakt uczciwości umożliwia reagowanie w „czasie rzeczywistym” na błędy czy nieprawidłowości. Częstokroć takie zdarzenia, gdy przygląda się im na bieżąco, trudno ująć w kategoriach złamania prawa i przypisać winę konkretnie tej czy innej stronie zamówienia, co jest o wiele łatwiejsze, gdy oceny dokonuje się *ex post*, już po tym, jak wszystko, co miało się wydarzyć, się wydarzyło. Ale na tym właśnie polega prewencyjny walor paktu uczciwości. Bieżący, bezpośredni monitoring daje szansę zatrzymania procesów, które budzą wątpliwości, zanim doprowadzą do bezdyskusyjnych nadużyć czy nieprawidłowości. Choć może to wydawać się paradoksalne, taką możliwość daje monitoring prowadzony w porozumieniu i w zaufaniu ze stronami paktu (paradoksalne, bo zwłaszcza obserwator z natury rzeczy musi się kierować zasadą ograniczonego zaufania). Podstawą paktu uczciwości jest bowiem minimum dobrej woli zarówno ze strony zamawiających, jak i wykonawców, którzy zgadzają się na to, że będą grać w otwarte karty z obserwatorem – udostępniać mu wszelkie informacje na bieżąco i odpowiadać na pytania. Także ze strony obserwatora, dla którego oczywiście priorytetem musi być interes publiczny, ale też powinien zachowywać powściągliwość w ocenach i reakcjach wobec częstokroć trudnych i kontrowersyjnych sytuacji.

Prowadząc przez blisko sześć lat monitoring zamówienia PKP PLK S.A. na modernizację odcinka linii kolejowej nr 1 Częstochowa–Zawiercie, Fundacja nie odnotowała żadnych zdarzeń, które według terminologii unijnej można by określić jako nadużycia finansowe, czyli m.in. przestępstwa i inne czyny popełniane umyślnie, mające na celu malwersację unijnych funduszy³³. Choć z drugiej strony trzeba zauważyć, że w ramach realizacji tego zamówienia pojawiły się ze strony zamawiającego doniesienia do prokuratury. Zamawiający poinformował prokuraturę na przykład o tym, że jeden z dyrektorów kontraktu (jego pracowników) miał przekroczyć uprawnienia, nie dopełnić obowiązków i działać na szkodę spółki PKP PLK S.A. Pod koniec realizacji robót zamawiający skonfliktował się też z inżynierem projektu i zapowiadał doniesienie do prokuratury również w związku z działaniami, które ten miał prowadzić na jego szkodę (jednocześnie warto odnotować, że inżynier ze swojej strony również zapowiadał doniesienie do prokuratury na PKP PLK S.A., nie wiadomo jednak, czy spełnił tę groźbę). Niezależnie od tego, jak potoczą się wspomniane sprawy, czy doniesienia o przestępstwach potwierdzą się, sytuacja ta świadczy o dużym napięciu, jakie towarzyszyło realizacji tej inwestycji. Tak czy inaczej – na koniec monitoringu nie było przesłanek, aby stwierdzić, że w ramach obserwowanego zamówienia doszło do nadużyć – czy to rozumianych jako przestępstwa, czy też innego rodzaju umyślne działania na szkodę interesów finansowych Unii.

32 Zob. T. Siudem, *Korupcja w zamówieniach publicznych*, „Zamawiający. Zamówienia publiczne w praktyce” 2020, nr 1 (lipiec), s. 22.

33 M. Szymański, *Zwalczanie nadużyć finansowych w funduszach UE. Ewolucja systemu ochrony budżetu – część I*, „Kontrola Państwowa” 2021, nr 3 (maj–czerwiec), s. 19–21, <https://www.nik.gov.pl/plik/id,24562.pdf> [dostęp: 8.11.2021].

Monitoring ujawnił jednak co najmniej kilka istotnych nieprawidłowości (np. w związku z realizacją robót budowlanych bez niezbędnej dokumentacji). W większości te przypadki dotyczyły realizacji konkretnej inwestycji objętej paktem. Ale pojawiły się też nieprawidłowości, z których analizy wnioski i rekomendacje można ekstrapolować na poziom całego sektora zamówień infrastrukturalnych (zwłaszcza kolejowych), a nawet szerzej – na poziom organizacji całego systemu zamówień publicznych, polityki zakupowej państwa czy innych strukturalnych rozwiązań dotyczących realizacji projektów budowlanych. Przedstawiamy je w dalszej części jako rekomendacje dla uczestników (a zwłaszcza regulatorów) rynku zamówień publicznych, mając świadomość, że problemy te nie dotyczą tylko jednego konkretnego zamawiającego czy wykonawcy, ale z dużym prawdopodobieństwem występują też w innych postępowaniach przetargowych.

Kilka lekcji z pilotażu paktu uczciwości w Polsce³⁴

Planowanie polityki zakupowej państwa

Zamówienie objęte monitoringiem było realizowane w ramach Krajowego Programu Kolejowego. Ze względu na skalę tego przedsięwzięcia początek jego wdrażania był poważnym wyzwaniem dla głównego podmiotu zaangażowanego w realizację tego programu, czyli PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. Pełniąc rolę przygotowującego i zlecającego zadania, spółka ta musiała się zmierzyć z potężnym wyzwaniem, jakim było wdrożenie programu wartego prawie 70 miliardów złotych. Opóźnienie startu programu sprawiło, że bardzo dużą liczbę postępowań przetargowych zainicjowano w tym samym czasie. Tylko w 2016 roku ogłoszono około 300 postępowań o udzielenie zamówienia publicznego³⁵. Pierwszym widocznym efektem było wydłużanie postępowań przetargowych. W przypadku monitorowanego zamówienia okres między ogłoszeniem zamówienia a terminem na składanie ofert przeciągnął się do prawie 4 miesięcy. Kumulacja działań i związany z tym pośpiech nie mogły nie odbić się m.in. na jakości dokumentacji przetargowej. Obserwacja zamówienia objętego paktem ujawniła szereg niespójności, które były sygnalizowane jeszcze przed ogłoszeniem przetargu. Niestety uwagi obserwatora zostały wówczas zignorowane, a już na etapie realizacji zamówienia okazało się, że kilka z wcześniej sygnalizowanych problemów przerodziło się w poważne spory między wykonawcą i zamawiającym, które negatywnie odbiły się nie tylko na relacjach między stronami zamówienia, ale i na samej inwestycji – spowalniając jej realizację. Warto również odnotować, że z tych samych powodów już na etapie postępowania przetargowego dochodziło do modyfikacji wymagań zamawiającego. Uwagi do dokumentacji monitorowanego zamówienia przedstawiali też sami wykonawcy.

Dostępność specjalistów z branży kolejowej pracujących tak dla zamawiającego, jak i wykonawców i podwykonawców gwałtownie zmalała, a ich usługi znacząco podrożały. Ofiarą tej dźwigni cenowej padła poniekąd też sama Fundacja, która miała nie lada problem ze znalezieniem konsultantów technicznych wspomagających monitoring.

Branża uskarżała się na spektakularny wzrost cen materiałów budowlanych i duże opóźnienia w ich transporcie, które były efektem kumulacji zamówień i robót³⁶. Mimo że zamawiający podejmował

³⁴ Na podstawie wniosków zawartych w raportach z monitoringu Fundacji Batorego.

³⁵ Uchwała Rady Ministrów z 12.07.2017 roku, nr 106/2017, *Sprawozdanie z wykonania planu realizacji Krajowego Programu Kolejowego do 2023 roku za rok 2016*, s. 11, <https://www.gov.pl/web/infrastruktura/krajowy-program-kolejowy> [dostęp: 10.06.2021].

³⁶ Pismo Izby Gospodarczej Transportu Lądowego do Fundacji im. Stefana Batorego, http://paktuczciwosci.pl/wp-content/uploads/2018/09/Pismo_IGTL-10.09.18.pdf [dostęp: 10.06.2021].

działania prewencyjne, które miały zapewnić dostęp do materiałów i urządzeń, to jednak wyprzedzającą skup rodził kolejne problemy z dostępem do materiałów w ramach innych kontraktów³⁷.

Paradoksalnie zatem boom na inwestycje kolejowe postawił wielu wykonawców (zwłaszcza tych mniejszych) przed widmem bankructwa. Przerosły ich koszty realizacji kontraktów, stali się też niewypłacalni wobec swoich podwykonawców i dostawców. Nie pomagały podejmowane w tym samym czasie decyzje rządu dotyczące rynku pracy (np. podwyższenie płacy minimalnej) oraz zmian podatkowych (m.in. odwrócony VAT). W efekcie jeszcze więcej firm zaczęło unikać ubiegania się o nierentowne dla nich publiczne kontrakty i obniżyła się konkurencyjność rynku, która jak zauważyliśmy na samym początku, i tak nie była wysoka. Z czasem doprowadziło to do unieważniania przetargów z uwagi na brak ofert³⁸.

W przypadku monitorowanej inwestycji wykonawca zaczął sygnalizować problemy związane z nieaktualnymi kosztorysami, którymi posługiwał się przy przygotowaniu oferty – zaraz po podpisaniu umowy. W efekcie powołując się na siłę wyższą, w tym przypadku niemożliwy do przewidzenia skok cen surowców, asortymentu i robocizny (te zmieniły się na niekorzyść o około 20% w zaledwie kilka miesięcy – od momentu wyboru najkorzystniejszej oferty do dnia podpisania umowy), wykonawca składał kolejne roszczenia z żądaniem waloryzacji kontraktu. Zamawiający z kolei, trzymając się sztywno ustaleń kontraktowych i odmawiając mediacji sądowej w tej kwestii, nie zamierzał uznać tych roszczeń. Ostatecznie więc strony stanęły przed sądem. Jednak podkreślimy, że ten przypadek – inwestycji objętej paktem – nie był ani jedyny, ani wyjątkowy. Problemy te dotyczyły wielu innych przetargów i ich źródłem była nie tylko „polityka zakupowa” konkretnego zamawiającego (w przypadku zamówienia objętego monitoringiem – PKP PLK S.A.), ale przede wszystkim brak planowania i właściwej polityki państwa w tym zakresie.

Swoistą klęskę urodzaju w branży budowlanej należy traktować jako przestrożę przed realizacją dużych programów inwestycyjnych państwa bez analizy ryzyk makroekonomicznych. Politykę zakupową powinno się planować, biorąc pod uwagę również możliwości rozliczenia środków unijnych, w ten sposób, aby nie musiało być to kryterium decydującym przy rozpoczynaniu i kończeniu inwestycji. W kontekście dużej liczby zamówień publicznych, które realizowane i zarządzane są w sposób scentralizowany, przez jeden podmiot, należy wcześniej zweryfikować, czy jego potencjał finansowy i kadrowy jest wystarczający do ich obsługi. Przede wszystkim – czy niedostatki w tym zakresie nie odbiją się negatywnie na współpracy i komunikowaniu się z wykonawcami. Dodatkowo należy zagwarantować, że zwiększenie liczby zamówień nie będzie się dokonywało kosztem kontroli nad nimi, zwalczania nadużyć i zaniechań, które mogą mieć swoje dalsze konsekwencje po podpisaniu umowy z wykonawcą. A przy tym w takich sytuacjach, gdy dochodzi do kumulacji zamówień, rząd tym bardziej powinien rozważyć stworzenie i uruchomienie dodatkowych mechanizmów kontroli – na przykład rozproszonej kontroli społecznej, dla której formułą mogłyby być pakiety uczciwości.

Zarządzanie konfliktem interesów

Konflikt interesów jest traktowany w wytycznych unijnych odnoszących się do zwalczania nadużyć finansowych jako jedno z najważniejszych źródeł ryzyka dla uczciwej konkurencji i zaufania do procesów

³⁷ *Ibidem*.

³⁸ P. Otto, *Wykonawcy mają dość nierentownych przetargów i chcą pieniędzy od rządu*, „Dziennik Gazeta Prawna”, 27.07.2021, <https://biznes.gazetaprawna.pl/artykuly/1191815,firmy-budowlane-mowia-dosc-i-nie-chca-juz-realizowac-zleceń-na-dotychczasowych-zasadach.html> [dostęp: 24.06.2021].

zakupowych³⁹. Zgodnie z dyrektywą zamówieniową w konflikcie interesów znajdują się osoby pracujące dla instytucji zamawiających, które uczestnicząc w prowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia lub mając wpływ na jego rezultat, mogą pośrednio lub bezpośrednio kierować się interesem finansowym, ekonomicznym czy innym interesem osobistym zagrażającym ich bezstronności lub niezależności w związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia⁴⁰. Jego definicja dopiero od 1 stycznia 2021 roku została wprowadzona do polskiego prawa wraz z nową ustawą Prawo zamówień publicznych⁴¹. Istnieje wiele poradników wydawanych przez instytucje publiczne na temat tego, jak radzić sobie z konfliktem interesów⁴². Nie zmienia to faktu, że wciąż jest to pojęcie abstrakcyjne dla wielu uczestników rynku zamówień publicznych (zarówno po stronie zamawiających, jak i wykonawców).

Monitoring inwestycji objętej paktem skłania do wniosku, że rozpoznawanie konfliktu interesów i zarządzanie nim w taki sposób, aby nie przekształcał się on w dużo poważniejsze zagrożenia, może sprawnie rozwiązywać problemy. W ramach monitoringu, jeszcze na etapie prac komisji przetargowej, obserwator zwrócił zamawiającemu uwagę na (w jego ocenie) konflikt interesów polegający na tym, że po stronie zamawiającego i wykonawcy, którego oferta została wybrana, znalazły się blisko spokrewnione osoby, co mogło mieć znaczenie z punktu widzenia realizacji inwestycji. Co ciekawe, informacja o tym zdarzeniu została pozyskana z publicznie dostępnego dokumentu JEDZ (Jednolity Europejski Dokument Zamówienia), w którym wymagane jest także przedstawienie deklaracji o braku bądź istnieniu choćby potencjalnego konfliktu interesów. Nikt jednak pod tym kątem nie ocenił tego dokumentu. Ostatecznie choć zamawiający nie zgodził się z oceną obserwatora co do wystąpienia konfliktu interesów, to przedsięwziął pewne dodatkowe środki, aby zapobiec ewentualnym, negatywnym konsekwencjom. Dodatkowo wykonawca jeszcze przed zawarciem umowy na zamówienie podpisał oświadczenie, że nie pozostawał w konflikcie interesów z członkami komisji przetargowej, a następnie wycofał osobę, która po jego stronie pozostawała w potencjalnym konflikcie interesów z zespołu projektowego (później ta osoba realizowała jedynie działania pomocnicze). Ta sytuacja, choć ostatecznie nie okazała się groźna, a zarówno zamawiający, jak i wykonawca potraktowali poważnie zastrzeżenia obserwatora, pokazuje jedno – świadomość tego, czym jest konflikt interesów i jak nim zarządzać, nie jest wystarczająca.

Dokładne sprawdzanie ofert w zamówieniu publicznym pod kątem możliwego wystąpienia konfliktu interesów nie może się ograniczać wyłącznie do deklaracji członków komisji przetargowej. Także oferty powinny być dokładnie analizowane pod tym kątem (tym bardziej, że również zawierają wymóg zadeklarowania konfliktów interesów). Ujawnianie konfliktu interesów powinno być obowiązkiem tak po stronie przedstawicieli wykonawców, jak i zamawiającego. Należy przy tym zadbać o świadomość uczestników procesu postępowania przetargowego, do czego może prowadzić konflikt interesów i jaki może mieć wpływ m.in. na uznanie kwalifikowalności wydatków pochodzących z funduszy europejskich. Taką świadomość można zbudować, prowadząc systematyczne działania informacyjne i edukacyjne – w te mogłyby się bardziej

39 *Joint Anti-Fraud Strategy for Shared and Indirect Management 2020–2025*, December 2019, s. 18, <https://ec.europa.eu/sfc/sites/default/files/jointanti-fraudstrategyforsharedindirectmanagement2020-2025.pdf> [dostęp: 25.06.2021].

40 Zgodnie z art. 24 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE.

41 Ustawa z dnia 11 września 2019 r., Prawo zamówień publicznych (tj. Dz.U. z 2021 r. poz. 1129 z późn. zm.).

42 Przykładowo *Poradnik w zakresie przeciwdziałania nadużyciom finansowym w szczególności w ramach projektów realizowanych z Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko 2014–2020*, s. 10–14, https://www.pois.gov.pl/media/68365/Poradnik_01_2019.pdf [dostęp: 9.06.2021].

zaangażować instytucje nadzorujące rynek zamówień publicznych, a także jego uczestnicy (zamawiający i wykonawcy).

Transparentność zamówień publicznych

Problem transparentności procesu realizacji zamówień publicznych ujawnił się w ramach pilotażu paktu w dwóch podstawowych aspektach. Najpierw jako konflikt z normą nakazującą ochronę tajemnicy przedsiębiorstwa. A potem, już w trakcie realizacji, w aspekcie przepływu informacji między zamawiającym i wykonawcą oraz zasad dostępu do informacji na temat zamówień.

Finansowanie i wykonywanie zadań publicznych wiąże się z obowiązkiem zachowania transparentności działania procedur. Jej granice w przypadku zamówień publicznych są jednak częstym polem sporów między zamawiającym a wykonawcami. Monitoring pokazał, że wykonawcy mają skłonność do nieuzasadnionego wykorzystywania przepisów dotyczących ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa celem zastrzegania treści ofert oraz korespondencji z zamawiającym na etapie prac komisji przetargowej. Z kolei zamawiający nie badają prawidłowo zasadności takich zastrzeżeń. Oba czynniki ograniczają nie tylko prawo dostępu do informacji publicznej, ale też swobodę konkurencji i mogą zakłócać rozstrzygnięcie przetargu. Naczelnymi zasadami postępowania przetargowego powinny być transparentność i jawność, a zachowanie tajemnicy przedsiębiorstwa jedynie wyjątkiem od reguły.

Przepisy definiujące tajemnicę przedsiębiorstwa nie są jednoznaczne, podobnie jak orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej i sądów w tej materii. Jedną z możliwych metod zaradzenia problemowi jest budowa świadomości personelu zamawiających poprzez zapewnienie mu dostępu do szkoleń i materiałów edukacyjnych, których celem byłoby tłumaczenie, czym jest tajemnica przedsiębiorstwa i jakie są jej granice. Mogłoby się to przyczynić do lepszej weryfikacji zasadności zastrzegania tajemnicy przez wykonawców na etapie postępowań przetargowych. Trudności w ocenie, co jest tajemnicą przedsiębiorstwa, a co za tym idzie, problemy z badaniem prawidłowości zastrzeżeń, wynikają też z przyczyn niezależnych od stron postępowań o udzielenie zamówienia. Mianowicie z niejasnego prawa. Należałoby zatem rozważyć także zmianę przepisów dotyczących tajemnicy przedsiębiorstwa, tak aby można było bardziej jednoznacznie ocenić, czy zastosowanie tego argumentu jako czynnika wyłączającego dostęp do informacji publicznych jest zasadne.

Powinno się również rozważyć zmiany w ogólnych ramach prawnych, poszerzające możliwości dostępu do informacji w zamówieniach publicznych i ujednolicających dotychczasowe orzecznictwo w tym zakresie⁴³. W monitorowanym projekcie okazało się bowiem, że nawet strony związane kontraktem (zamawiający i wykonawca) mogą znaleźć się w sytuacji, w której jedynym sposobem, aby jedna strona od drugiej miała szansę uzyskać niezbędne dane, jest złożenie wniosku o dostęp do informacji publicznej, a w razie odmowy – długa droga sądowa (jakkolwiek wydawałoby się to paradoksalne). Ustawodawca powinien zatem dokonać przeglądu przepisów regulujących dostęp do informacji publicznej (nie chodzi przy tym wyłącznie o ustawę o dostępie do informacji publicznej) i dokonać zmian poszerzających tę możliwość i likwidujących bariery w dostępie do informacji – przede wszystkim uściślić definicję tzw. „dokumentu wewnętrznego”, bowiem odwołanie się właśnie do tej formuły częstokroć jest skutecznym argumentem, aby odmówić zainteresowanemu dostępu do tej czy innej informacji.

43 P. Bogdanowicz, *Dostęp do informacji w zamówieniach publicznych w prawie polskim i jego główne ograniczenia*, Fundacja im. Stefana Batorego, Warszawa 2021.

Zmiany prawne nakierowane na zwiększenie dostępu do informacji mogłyby dotyczyć też wymogów regularnego sprawozdawania postępów w realizacji zamówień i upubliczniania takich informacji w formie przystępnych, zrozumiałych dla przeciętnego obywatela raportów (w tym aspekcie sytuację poprawiły nowe przepisy Prawa zamówień publicznych, które weszły w życie w 2020 roku). Stworzenie systemu bieżącej sprawozdawczości z realizacji zamówień publicznych jest od lat rekomendowane m.in. przez OECD i Unię Europejską⁴⁴. Tego rodzaju rozwiązania istnieją już m.in. w Portugalii, we Włoszech, a do 2012 roku istniały na Węgrzech (niestety później tamtejszy rząd wycofał część regulacji w tym zakresie, znacznie obniżając przejrzystość systemu zamówień publicznych)⁴⁵. Wprowadzony w 2021 roku do polskiego prawa obowiązek opracowywania raportów z realizacji zamówienia objął postępowania budzące wątpliwości, które zdradzają alarmujące sygnały ze względu na ponadprzeciętny poziom nieplanowanych wydatków, kar umownych, opóźnień czy sytuacji związane z odstąpieniem od umowy. W raportach tych zamawiający mają zamieszczać również wnioski odnoszące się do popełnionych błędów – co wymaga zmiany, by nie doszło do nich podczas realizacji podobnych inwestycji w przyszłości. Przy prowadzeniu tego rodzaju ewaluacji *ex post* niezwykle pomocne mogłyby się okazać spostrzeżenia dokonywane przez obserwatorów społecznych w ramach paktu uczciwości.

Szczególnie interesującym wątkiem w kontekście rozważań nad transparentnością systemu zamówień publicznych jest pytanie o możliwość społecznego nadzoru nad przebiegiem oceny ofert. Pilożak paktu uczciwości pokazał, że udział obserwatorów społecznych w komisji przetargowej – jako jej członków bez prawa głosu – pozwala lepiej widzieć i przewidywać ryzyka dla inwestycji. Dopuszczenie niezależnych obserwatorów czyni proces oceny ofert bardziej transparentnym i buduje zaufanie innych wykonawców, że prowadzony jest on w sposób uczciwy i obiektywny. Obserwatorzy mogą żądać odpowiedzi i wyjaśnień od członków komisji przetargowej, jeżeli uznają, że proces oceny budzi jakies wątpliwości. Mogą sprawić, że cały proces oceny będzie przebiegał starannie, a jakiegokolwiek próby faworyzowania określonego wykonawcy trudniej będzie ukryć.

Prawo zamówień publicznych powinno uwzględniać możliwość udziału w posiedzeniach komisji przetargowych przedstawicieli organizacji społecznych, w szczególności organizacji strażniczych, które zajmują się kontrolą wydatków publicznych i przejrzystością działania władz. Przy czym udział ten nie powinien ograniczać się tylko do obecności przedstawicieli społeczeństwa w czasie obrad komisji przetargowej. Warto, aby pozwalała też na zabieranie głosu, zadawanie pytań czy odnotowywanie uwag ze strony obserwatorów w protokołach z posiedzeń komisji. Obserwatorzy powinni również otrzymywać dostęp do całości dokumentacji przetargowej i ofert, ograniczony jedynie wymogami zachowania poufności czy względami związanymi z koniecznością ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa. Oczywiście podobnie jak pozostali członkowie komisji obserwatorzy powinni być weryfikowani pod kątem konfliktu interesów i zobowiązani do zachowania zasad poufności.

Wydawanie decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach (DUŚ)

Procedura wydawania decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach jest szczególnie istotna dla zamówień na realizację inwestycji infrastrukturalnych (np. dróg czy infrastruktury kolejowej). Nawet jeżeli w polskich warunkach przez lata inwestycje realizowane były na podstawie decyzji z rygorem

⁴⁴ OECD Principles for Integrity in Public Procurements, OECD 2009, <https://www.oecd.org/gov/ethics/48994520.pdf> [dostęp: 8.11.2021].

⁴⁵ M. Mendes, M. Fazekas, DIGIWHIST Recommendations for the Implementation of Open Public Procurement Data. An implementer's Guide, https://opentender.eu/blog/assets/downloads/digiwhist_implementers_guide.pdf [dostęp: 15.11.2021].

natychmiastowej wykonalności, który uniemożliwiał wstrzymywanie ich wykonania przez innych interesariuszy⁴⁶, to cały proces wydawania DUŚ pozostawał bardzo czasochłonny. Wniosek o wydanie decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach wiąże się nierzadko z koniecznością przedstawiania korekt, co dodatkowo wydłuża całą procedurę. Problemem jest także brak w praktyce wiążących terminów na jej wydanie. W przypadku inwestycji objętej paktem zamawiający zwracał uwagę, że organ odpowiedzialny za wydanie DUŚ działał w sposób przewlekły. Cały proces weryfikacji i uzupełniania wniosku trwał ponad 15 miesięcy. Zamawiający bronił swojej decyzji o rozpoczęciu postępowania przetargowego bez DUŚ, wskazując, że gdyby poczekano z ogłoszeniem przetargu na jej wydanie, to rozpoczęłyby się on blisko 7,5 miesiąca później.

Trudności z uzyskaniem tych decyzji (co miało miejsce w przypadku zamówienia objętego paktem) prowokują do swego rodzaju „chodzenia na skrót”. Pierwszym takim skrótem jest rozpoczęcie postępowania przetargowego na inwestycję wymagającą DUŚ bez tej decyzji i zastępowanie luki raportem o oddziaływaniu na środowisko, który zazwyczaj jest załącznikiem do wniosku o wydanie DUŚ. Nie jest to praktyka niezgodna z prawem, ale ryzykowna. Raport, owszem, mówi wiele o kwestiach środowiskowych i do pewnego stopnia pozwala wykonawcom przygotować oferty. Nie jest on wiążący i może różnić się od samej DUŚ (tak też stało się w przypadku obserwowanej inwestycji). Z kolei różnice między raportem a DUŚ mogą stać się źródłem problemów na etapie realizacji zamówienia (zwłaszcza w przypadku przedsięwzięć realizowanych w formule projektuj i buduj) i sporów między wykonawcą i zamawiającym.

Trudno zrozumieć, dlaczego nie można wymusić prawem konieczności posiadania wszystkich niezbędnych, kluczowych dokumentów wpływających na uwarunkowania realizacji inwestycji (w szczególności takich jak DUŚ, które są bardzo istotne w przypadku inwestycji infrastrukturalnych). W tej sytuacji dobrą praktyką zamawiających powinna być taka organizacja postępowań przetargowych, aby nie rozpoczynać ich bez kompletu dokumentacji. To oczywiście oznacza być może rozciągnięcie w czasie przygotowania przetargu, ale pozwala uniknąć problemów na etapie realizacji, a mogą się one okazać dużo bardziej kłopotliwe.

Dodatkowo respektowanie wymagań środowiskowych w procesach inwestycyjnych w dobie kryzysu klimatycznego i Europejskiego Zielonego Ładu powinno być przestrzegane coraz ściślej, a już zwłaszcza tam, gdzie udział w finansowaniu mają fundusze unijne. Żeby zmniejszyć przewlekłość procedur, należałoby rozważyć narzucenie konkretnych terminów na rozpatrywanie wniosków o DUŚ, ale także wzmocnienie potencjału kadrowego regionalnych dyrekcji ochrony środowiska, a być może też uproszczenie procedury ubiegania się o decyzję o środowiskowych uwarunkowaniach.

Zachęty do pozasądowego rozwiązywania sporów

Nadal widoczna jest bariera wykonawców i zamawiających przed wchodzeniem w ugody w przypadku sporów kontraktowych. Twórcy Prawa zamówień publicznych z 2020 roku zapewnili uczestnikom rynku zamówień narzędzia, które sprzyjają tworzeniu kultury mediacji. Rośnie też liczba postępowań mediacyjnych, w które zaangażowana jest Prokuratura Generalna. Mimo wszystko potrzebny jest silniejszy bodziec ze strony regulatorów rynku i organów kontroli, który sprowadziłby spory kontraktowe w większym stopniu na ścieżkę polubownego rozwiązywania sporów.

46 O. Płoucha, B. Draniewicz, *Zmiany dotyczące decyzji środowiskowych utrudnią życie inwestorom*, „Dziennik Gazeta Prawna”, 13.04.2021, <https://www.gazetaprawna.pl/firma-i-prawo/artykuly/8138998,zmiany-dotyczace-decyzji-srodowiskowych-utrudnia-zycie-inwestorom.html> [dostęp: 17.06.2021].

Chęć do szerszego stosowania mediacji mogłaby być może większa, gdyby dostępne były dokładne analizy, jakie koszty ponosi budżet państwa w związku z unikaniem mediacji w konfliktach między uczestnikami zamówienia publicznego. Brakuje rzetelnego porównania popartego empirycznymi dowodami skuteczności wdrażania dwóch ścieżek rozwiązywania sporów – mediacyjnej oraz sądowej. Nie wiemy, jak dużo kosztują strony sporu, jak długo dokładnie trwają, jakim obciążeniem są dla finansów publicznych i dla wymiaru sprawiedliwości. Jednak nawet bez badań istnieje wiele przesłanek (łącznie z opiniami uczestników rynku), że postępowania mediacyjne trwają dużo krócej i są dużo bardziej skuteczne w rozwiązywaniu sporów.

Być może zatem uzasadnione byłoby nałożenie na strony kontraktów obowiązku stosowania mediacji, zanim zdecydują się na drogę sądową. Bodźcem skłaniającym do stosowania mediacji i ugód mogłyby być również działania organów kontrolnych, regulatorów rynku czy instytucji zarządzających środkami publicznymi. Te podmioty mogłyby bardziej aktywnie zachęcać do stosowania pozasądowych sposobów rozwiązywania sporów poprzez ogólnodostępne szkolenia, poradniki czy informatory.

Odejście od kryterium ceny jako dominującego kryterium wyboru ofert

Mimo zmian w prawie narzucających stosowanie kryteriów pozacenowych przy wyborze wykonawców w praktyce nierzadko to cena wciąż pozostaje decydującym, a czasem wręcz jedynym, kryterium oceny ofert. Statystyki zebrane przez Komisję Europejską pokazują, że w Polsce w ostatnich latach odsetek kontraktów publicznych, które w praktyce przyznawano kierując się najniższą ceną, wzrósł do 50% w 2019 roku⁴⁷. Nawet jeżeli w warunkach danego postępowania pojawiają się bowiem kryteria inne niż cena, którymi wykonawcy mogliby teoretycznie konkurować⁴⁸, to bywa, że *de facto* nie mają one żadnego znaczenia. Tak było w przypadku zamówienia objętego paktem. Poza ceną kryterium wyboru był harmonogram realizacji zamówienia i okres gwarancji na wykonane roboty. W przypadku obu tych kryteriów wykonawcy mogli zadeklarować wartości z dopuszczalnego przez Zamawiającego w SIWZ zakresu. Nic więc dziwnego, że wszyscy wybrali te najlepiej punktowane. Zatem jedynym kryterium różnicującym oferty była cena i wygrała oczywiście najtańsza oferta.

Z perspektywy zamawiających cena jako dominujące kryterium jest bezpiecznym wyborem, który trudno podważyć czy też sformułować na jego podstawie zarzut o naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Z perspektywy wykonawców, o czym już wspominaliśmy, konkurowanie wyłącznie ceną jest okolicznością zniechęcającą do udziału w przetargach w ogóle. Może bowiem prowadzić do przerwania na wykonawców jeszcze większego ryzyka. Jeśli bowiem o wszystkim decyduje najniższa cena, to wzrasta prawdopodobieństwo nieopłacalności realizacji inwestycji, choćby przez wzgląd na duże wahania kosztów materiałów, podwykonawców czy ogólnie koniunktury gospodarczej, która w przypadku wieloletnich kontraktów potrafi się zmienić dość radykalnie, nawet w ciągu kilku miesięcy. Wykonawcy wygrywający przetargi balansując na granicy rażąco niskiej ceny, stają się jeszcze mniej odporni na kryzysy, które są bolesne zwłaszcza w branży robót infrastrukturalnych. Przykładowo uruchomienie Krajowego Programu Kolejowego natychmiast drastycznie podniosło ceny podstawowych materiałów niezbędnych do realizacji takich robót i żadne zapasy poczynione przed rozstrzygnięciem przetargów nie były w stanie tego wzrostu zrekompensować. Dodatkowo zamawiający mają tendencję

⁴⁷ https://ec.europa.eu/internal_market/scoreboard/performance_per_policy_area/public_procurement/index_en.htm [dostęp: 8.11.2021].

⁴⁸ D. Koba, *Pozacenowe kryteria oceny ofert. Poradnik z katalogiem dobrych praktyk*. Część II, https://www.uzp.gov.pl/_data/assets/pdf_file/0031/39775/Pozacenowe-kryteria-oceny-ofert-cz.II.pdf [dostęp: 3.09.2020].

do stosowania bardzo sztywnych i zaniżonych wskaźników waloryzacji, co jest jeszcze jednym czynnikiem ryzyka. Zamawiający nie są też skłonni do negocjowania tych warunków i ostatecznie spory na tle niskiej wyceny robót i rosnących kosztów ich realizacji kończą się długoletnimi bataliami sądowymi. W efekcie już w trakcie realizacji zamówień nakreśla się spirala roszczeń, a nierzadko dochodzi do opuszczenia placu budowy przez wykonawców, dla których takie rozwiązanie okazuje się mniej kosztowne niż kontynuowanie robót. Cena jako dominujące kryterium zmusza też wykonawców (zwłaszcza w zamówieniach „projektuj i buduj”) do zakładania w ofertach najmniej kosztownych rozwiązań. Te natomiast później, na etapie „buduj” kontraktu, okazują się niezgodne z oczekiwaniami zamawiającego.

Zamawiający powinni zatem stosować realne, a nie pozorne pozacenowe kryteria ocen. Ich wyłączenie nie powinno przy tym być wyłącznie „sztuką dla sztuki”. Warto, aby kryteria jakościowe faktycznie zwiększały szanse na realizację inwestycji z poszanowaniem interesu społecznego, na przykład prowadziły do sprawniejszej realizacji zadania, lepiej zabezpieczały przed błędami wykonawcy czy gwarantowały udział w całym procesie sprawdzonych ekspertów i podwykonawców. Dobre kryteria pozacenowe mogą też przyczynić się do zwiększenia konkurencyjności całego rynku.

Zamiast zakończenia. Refleksja nad umocowaniem i upowszechnieniem paktów uczciwości jako formuły rozproszonego nadzoru nad zamówieniami publicznymi⁴⁹

Na koniec wnioszek dotyczący możliwości zastosowania paktu uczciwości. Wcześniej została postawiona teza, że społeczny monitoring zamówień publicznych mógłby uzupełniać formalne/tradycyjne mechanizmy nadzoru. Pakt uczciwości to formuła, która ma potencjał do zwiększania partycypacji publicznej i poczucia wpływu na to, jak wydatkowane są pieniądze obywateli. Pakt jest również dobrym sposobem na spojrzenie w głąb procesów realizacji zamówień publicznych, identyfikacji ryzyk i problemów – nie tylko dotyczących konkretnych inwestycji, ale także całego rynku. Może to być również sposób na podnoszenie zaufania do systemu zamówień publicznych. Żeby jednak pakt uczciwości mógł faktycznie zrealizować te cele, muszą znaleźć szersze niż tylko pilotażowe zastosowanie. Do tego natomiast niezbędne jest stworzenie odpowiednich ram prawnych i ustawowych zachęt do ich stosowania.

Pilotaż pokazał, że pakt uczciwości jest formułą trudną i raczej nie mógłby być standardowym wymogiem przy przygotowaniu i realizacji zamówień. Jednak odpowiednie podstawy prawne byłyby niezbędne, nawet jeśli pakt miałby mieć zastosowanie fakultatywne, na przykład w przypadku kluczowych inwestycji – o dużym znaczeniu społecznym, kosztownych czy rozwiązujących jakieś kluczowe problemy. Doświadczenia z pilotażu skłaniają do wniosku, że przyjęta na jego potrzeby forma sprawdziła się. Pakt powinien być modułowy. Na linii obserwator–zamawiający powinien mieć postać umowy cywilno-prawnej. Z kolei na linii obserwator–wykonawcy zobowiązania wobec obserwatora społecznego najlepiej włączyć jako element wzoru umowy na realizację zamówienia. Za podstawową zaletę tej formuły należy traktować to, że jest szybka i relatywnie łatwa do wdrożenia. Ewentualne uzgodnienia co do treści paktu toczą się bowiem jedynie pomiędzy obserwatorem i zamawiającym. Ma to swoje uzasadnienie, bowiem to zamawiający inicjuje postępowanie przetargowe i jest głównym dysponentem środków publicznych.

⁴⁹ Na podstawie wniosków z raportu M. Korsak-Koledzińska, G. Makowski, K. Szymańska, K. Tuzinek, M. Waszak, *Pakt uczciwości. Społeczny monitoring zamówień publicznych. Realizacja inwestycji i podsumowanie pilotażu*, Warszawa 2021 (maszynopis).

Regulacja prawna powinna dawać podstawę zastosowania paktu jako takiego. Przepisy powinny określać w szczególności podstawowe elementy „umowy o pakt”, prawa i obowiązki obserwatorów oraz tryb ich wyboru, winny też uwzględniać krąg potencjalnych podmiotów, które mogłyby realizować monitoring. W tym ostatnim punkcie, jakkolwiek idea paktu wywodzi się ze środowisk obywatelskich (z organizacji i ruchów społecznych zajmujących się partycypacją i kontrolowaniem władz publicznych) i kładzie się w niej duży nacisk na szeroki udział społeczny w kontrolowaniu zamówień, to polski pilotaż pokazał, że swego rodzaju „pospolite ruszenie” nie może być jedyną formułą realizacji monitoringu zamówień publicznych. Wiele zamówień (tak jak to objęte polskim pilotażem) ma wysoko specjalistyczny charakter. W związku z tym trzeba dopuścić możliwość, że obserwatorami mogłyby być nie tylko grupy obywateli, organizacje społeczne, ale także inne podmioty – uczelnie wyższe, ośrodki eksperckie (np. instytuty badawcze), a nawet podmioty komercyjne, na przykład firmy konsultingowe – pod warunkiem, że przystępowałyby do paktów w konsorcjum z organizacją społeczną czy innym podmiotem niekomercyjnym.

Przepisy prawa mogłyby też precyzować generalne cele paktów. W tym punkcie wzorem mógłby być nawet pakt zrealizowany w ramach pilotażu, który wymieniał takie m.in. cele: ochrona środków publicznych przed nieprawidłowościami, nadużyciami i korupcją; zachowanie prawidłowej, sprawnej i terminowej realizacji zamówienia; zwiększenie przejrzystości i odpowiedzialności wydatkowania środków publicznych; uzyskanie oszczędności w trakcie udzielania zamówień poprzez poprawę konkurencji; zwiększenie zaufania obywateli do władz i zamówień rządowych; budowanie dobrej reputacji instytucji zamawiających oraz wykonawców. Ponadto przepisy mogłyby określać ramy prawne paktu, zwłaszcza dotyczące terminu realizacji monitoringu; gwarancji swobodnego dostępu do dokumentów związanych z realizacją zamówienia; terminów i trybu komunikacji między obserwatorami, zamawiającymi, wykonawcami oraz innymi stronami zaangażowanymi bezpośrednio w realizację zamówienia (np. organami nadzoru); praw i obowiązków stron na poszczególnych etapach realizacji zamówienia (przygotowania zamówienia, wszczęcia i prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia, udzielenia zamówienia, realizacji zamówienia, obioru zamówienia); wymogów w zakresie dostępu do informacji poufnych i ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa; warunków przerwania lub przedłużenia monitoringu oraz określenia zasad jego finansowania.

Prawo powinno też zakreślać możliwe zasady finansowania paktów uczciwości. Biorąc pod uwagę postulat wbudowania paktów w system zamówień publicznych, jako fakultatywnego środka prewencji nadużyć, pakt uczciwości mogłyby być po prostu finansowane z budżetu konkretnego zamówienia, tak jak dziś częstokroć finansowane są wydatki na promocję, komunikację społeczną czy na nadzór inżynierski nad realizacją projektów budowlanych. Najsensowniejszym sposobem wydaje się więc stworzenie na gruncie Prawa zamówień publicznych przepisów określających zasady takiego finansowania paktów oraz przepisów dotyczących pozycji obserwatora – w sposób podobny do tego, w jaki gwarantuje się autonomię na przykład audytorom (którzy również są finansowani przez tych, których kontrolują)⁵⁰. Przy odpowiedniej regulacji można by osłabić potencjalny konflikt interesów wynikający z tego, że ten, kto jednocześnie płaci za realizację zamówienia i monitoring, mógłby wpływać na obserwatora. Takiego konfliktu nie da się całkowicie wyeliminować, ale można go znacznie osłabić, tworząc jednocześnie solidne podstawy dla społecznego monitoringu zamówień publicznych.

50 O potrzebie modelu finansowania paktu uczciwości zapewniającej bezstronność obserwatora społecznego też w: M. Szymański, *Zwalczanie nadużyć finansowych w funduszach UE. Narzędzia stosowane do ochrony budżetu Unii – część II*, „Kontrola Państwowa” 2021, nr 4 (lipiec-sierpień), s. 54, <https://www.nik.gov.pl/plik/id,24742.pdf> [dostęp: 8.11.2021].

Tak czy inaczej – pakt uczciwości to formuła, która zasługuje na jej poważne potraktowanie jako sposobu monitorowania realizacji zamówień publicznych, angażowania obywateli w ten obszar partycypacji, który jest trudny, ale wiąże się przecież z wydawaniem pieniędzy podatników. Pakt to również cenne źródło pogłębionej wiedzy o tym, w jaki sposób przebiega realizacja zamówień publicznych, pokazujące istotne luki, niedociągnięcia, błędy nie tylko konkretnych inwestycji, ale i całego systemu. Pakt może być zatem dobrym punktem wyjścia nie tylko do interwencji, ale i szerszych reform. Może być również źródłem dobrych praktyk, które później mogą być powielane przez innych wykonawców i zamawiających. Warto byłoby zatem rozważyć prawne umocowanie tego rozwiązania i wykorzystywanie go punktowo tam, gdzie za uruchomieniem obywatelskiego monitoringu przemawiają na przykład istotne względy społeczne czy ekonomiczne, lub tam, gdzie wiemy już, że pojawiają się jakieś problemy, ale brakuje głębszej wiedzy, żeby je zrozumieć i dobrze zaprojektować rozwiązania.

O autorach:

Grzegorz Makowski – doktor habilitowany socjologii, ekspert forumIdei Fundacji im. Stefana Batorego, adiunkt w Kolegium Ekonomiczno-Społecznym SGH. Zajmuje się między innymi zagadnieniem korupcji i polityki antykorupcyjnej, rozwojem społeczeństwa obywatelskiego i sytuacją organizacji pozarządowych. W przeszłości m.in. wykładowca w Instytucie Stosowanych Nauk Społecznych UW, Collegium Civitas, a także kierownik Programu Społeczeństwa Obywatelskiego w Fundacji Instytut Spraw Publicznych. Autor książek, artykułów naukowych i tekstów publicystycznych.

Marcin Waszak – politolog, socjolog, ekspert forumIdei Fundacji Batorego. Kieruje w niej działaniami związanymi z ochroną sygnalistów, m.in. przygotowaniem obywatelskiego projektu ustawy i jego adaptacją do wymagań europejskiej dyrektywy. Współtworzy stronę sygnalista.pl. Od 2016 roku jest koordynatorem pilotażu paktu uczciwości w Polsce. W sektorze pozarządowym od ponad dekady zajmuje się problematyką korupcji i finansowania polityki oraz oceną działań antykorupcyjnych państwa. Autor licznych analiz, raportów i publikacji prasowych.

Publikacja przygotowana w ramach projektu „Pakty uczciwości – mechanizm obywatelskiej kontroli na rzecz ochrony funduszy UE, etap II”, finansowanego przez Komisję Europejską. Niniejsza publikacja odzwierciedla wyłącznie poglądy swoich autorów i nie stanowi wyrazu poglądów Komisji Europejskiej. Komisja Europejska nie ponosi ani nie podlega odpowiedzialności za żadne ewentualne wykorzystanie informacji w niej zawartych.



Finansowane przez
Unię Europejską

Fundacja im. Stefana Batorego

Sapieżyńska 10a
00-215 Warszawa
tel. (48-22) 536 02 00
faks (48-22) 536 02 20
batory@batory.org.pl
www.batory.org.pl

Teksty udostępniane na licencji Creative Commons. Uznanie autorstwa na tych samych warunkach
3.0 Polska (CC BY SA 3.0 PL)



Redakcja i korekta: Dorota Matejczyk
Warszawa 2021
ISBN 978-83-66544-09-3