

2

Organizacja systemu zamówień publicznych w Polsce

2.1. Prawo zamówień publicznych (otoczenie prawne)

Określenie przez P. Szustakiewicza mianem hybrydalnej¹⁰⁹ dziedziny prawa, jaką jest grupa przepisów prawnych składających się na problematykę zagadnień związanych z zamówieniami publicznym w polskim porządku prawnym, jest ujęciem wyjątkowo trafnym i w sposób obrazowy oddaje fakt, że regulują one obszar wysoce specyficzny. Można zaryzykować stwierdzenie, że w wielu aspektach konstrukcja prawna zamówień publicznych jest swoistą syntezą¹¹⁰ wielu aktów prawnych wywodzących się z większej liczby gałęzi prawa¹¹¹, które jednocześnie, we właściwy sposób zbiorczo przetransponowane na grunt zamówień publicznych, tworzą razem z przepisami samej p.z.p. i towarzyszącymi jej aktów wykonawczych¹¹² oraz innych aktów niższego rzędu bardziej wyraźny i pełny obraz zamówień publicznych jako dziedziny prawnej. Niewątpliwie również na gruncie tej dziedziny prawa, jaką jest prawo zamówień publicznych, wzajemnie

¹⁰⁹ P. Szustakiewicz, *Zamówienia publiczne jako hybrydalna dziedzina prawa*, *Zamówienia Publiczne. Doradca*, nr 05/2007, s. 40.

¹¹⁰ R. Szostak, *Zakres i struktura prawa zamówień publicznych*, *Prawo Zamówień Publicznych*, nr 4/2013, s. 15.

¹¹¹ P. Szustakiewicz, *Zamówienia publiczne...*, op.cit., s. 40.

¹¹² Zdaniem R. Szostaka, *Zakres i struktura...*, op.cit., s. 15, p.z.p. jest aktem najważniejszym, wokół którego koncentruje się znaczna część problematyki zamówień publicznych. Autor publikacji wskazuje, że wobec powyższego p.z.p. pełni funkcję „zwornika” względem pozostałych regulacji, umożliwiając zachowanie niezbędnej spójności pomiędzy poszczególnymi aktami normatywnymi poświęconymi problematyce zamówień publicznych – wydaje się to oceną nad wyraz trafną w tym względzie.

przenikają się przepisy prawa prywatnego (ze względu na szczególną regulację art. 14 i art. 139 ust. 1 p.z.p., które nakazują stosować do czynności zamawiającego i wykonawcy, w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a następnie do umów zawartych w trybie p.z.p. – przepisy k.c.) oraz przepisy ze sfery imperium – o charakterze publicznoprawnym.

W tym rozdziale autorzy wzięli pod uwagę spektrum wzajemnych oddziaływań pomiędzy przepisami p.z.p. a poszczególnymi regulacjami innych aktów prawnych rangi ustawowej, czyniąc jednocześnie na wstępie uwagi dotyczące umiejscowienia przepisów p.z.p. w prawodawstwie rangi ponadkrajowej.

Rozważając **aspekt prawny ponadkrajowy** przedmiotowego zagadnienia, zwrócić należy uwagę, że przepisy p.z.p., stanowiącej w perspektywie ustawodawstwa unijnego część krajowego porządku prawnego państwa członkowskiego UE, ukształtowane zostały, poprzez wdrożenie procedury implementacji, na podstawie grupy regulacji prawnych wydanych przez organy UE, z których najistotniejsze – dyrektywy tworzące pion tzw. prawa wtórnego UE – wskazano na schemacie 9. Podstawą prawną dla takiego działania unijnego i, w dalszej kolejności, krajowego (w tym polskiego) prawodawcy są w szczególności następujące przepisy TFUE jako tzw. prawa pierwotnego UE: art. 26 (Rynek wewnętrzny); art. 34 (w ramach rozdziału 3: Zakaz ograniczeń ilościowych między państwami członkowskimi), art. 53 ust. 1 (w ramach rozdziału 2: Prawo przedsiębiorczości, tytułu IV: Swobodny przepływ osób, usług i kapitału), art. 56, 57 i 62 (w ramach rozdziału 3: Usługi, tytułu IV: Swobodny przepływ osób, usług i kapitału) oraz art. 114 (w ramach rozdziału 3: Zbliżanie ustawodawstw, tytułu VII: Wspólne reguły w dziedzinie konkurencji, podatków i zbliżenia ustawodawstw).

Schemat 9. Podstawowe dyrektywy UE kształtujące treść p.z.p. jako elementu krajowego porządku prawnego

Dyrektywa klasyczna	reguluje kwestie związane z udzielaniem zamówień w sektorze publicznym
Dyrektywa sektorowa	reguluje kwestie związane z udzielaniem zamówień w sektorze użyteczności publicznej
Dyrektywa obronna	reguluje kwestie związane z udzielaniem zamówień w sektorze obronności i bezpieczeństwa

Źródło: opracowanie własne.

Należy mieć jednocześnie na względzie, że wobec przyjęcia przez prawodawcę unijnego pakietu trzech nowych dyrektyw regulujących na poziomie ponadkrajowym aspekty związane z zamówieniami publicznymi, okres zakończe-

nia obowiązywania dyrektyw klasycznej i sektorowej został już oznaczony w czasie. W wyniku procesu legislacyjnego na poziomie ponadkrajowym zbiór przepisów prawa UE regulujących kwestie związane z rynkiem wewnętrznym został wzbogacony o trzy nowe dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady – nową dyrektywę klasyczną, nową dyrektywę sektorową oraz dyrektywę koncesyjną, które weszły w życie 17.04.2014 r.¹¹³. Wspomniane akty prawa unijnego winny (z uwzględnieniem dat szczegółowych implementacji, zastrzeżonych dla niektórych instytucji prawnych nimi objętych), najpóźniej do dnia 18.04.2016 r., zostać zaimplementowane do krajowych porządków prawnych państw – członków UE, w tym także Polski. Obok wskazanych wyżej na uwagę zasługują również m.in. następujące akty prawne wydane w ramach kompetencji usankcjonowanych TFUE: rozporządzenie UE w sprawie kwot progowych, rozporządzenie UE CPV, rozporządzenie wykonawcze UE o formularzach, dyrektywa odwoławcza.

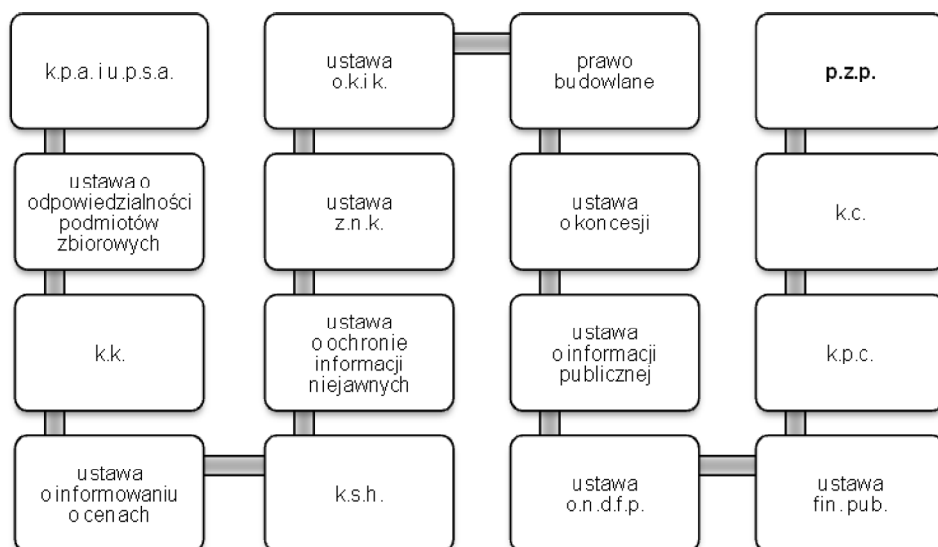
Z kolei, poddając analizie **otoczenie prawne prawa zamówień publicznych w aspekcie krajowym**, winno się w pierwszej kolejności poznać strukturę wewnętrzną samej p.z.p. W dziewięciu działach p.z.p. obejmujących 227 artykułów poruszono następującą problematykę: zasady i tryb udzielania zamówień publicznych (art. 1–138f p.z.p.); umowy w sprawach zamówień publicznych (art. 139–151a p.z.p.); organy właściwe w sprawach zamówień publicznych: (a) Prezes UZP (art. 152–155 p.z.p.); (b) Rada Zamówień Publicznych (art. 157–160 p.z.p.); (c) KIO (art. 172–176a p.z.p.); kontrola udzielania zamówień publicznych (art. 161–171a p.z.p.); środki ochrony prawnej (art. 179–198g p.z.p.); odpowiedzialność za naruszenie przepisów p.z.p. (art. 199–203 p.z.p.). Tak opracowana regulacja ustawowa w wielu miejscach wskazuje na stosowane „wprost” albo tylko „odpowiednio” przepisy, rozwiązania prawne, instytucje prawne, dla których przepisem macierzystym jest inny akt prawny.

Określenie prawa zamówień publicznych jako dziedziny o charakterze hybrydalnym implikuje konsekwencje natury konstrukcyjnej. Próba oddania koncepcji swoistego charakteru zarówno dziedziny prawa jako takiej, jak i samej p.z.p. jako wyodrębnionego aktu prawnego rangi ustawowej jest schemat 10. Na schemat składają akty prawne ułożone w taki sposób, aby, w miarę zbliżania się do jego początku, mianowicie p.z.p., prezentowane były akty prawne coraz ściślej z tą regulacją prawną związane. W tabeli 16. zaprezentowany został bardziej

¹¹³ Podstawę prawną dla ustalenia daty wejścia w życie triady nowych dyrektyw stanowią, odpowiednio, dla nowej dyrektywy klasycznej jej art. 93, nowej dyrektywy sektorowej – jej art. 106, a dyrektywy koncesyjnej – jej art. 54 akapit 1, z zastrzeżeniem wyłączenia jej zastosowania do udzielania koncesji, w odniesieniu do których postępowanie o udzielenie koncesji wszczęto przed dniem 17.04.2014 r. lub które zostały udzielone przed tą datą (art. 54 akapit 2 dyrektywy koncesyjnej, stanowiący stosowny przepis przejściowy); opublikowane teksty dyrektyw są dostępne pod adresem <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/?uri=OJ:L:2014:094:TOC>.

szczegółowy opis relacji dobranych przez autorów w schemacie 10. aktów prawnych – oraz powiązań z konkretnym przepisem p.z.p. przykładowych instytucji i regulacji prawnych z nich pochodzących. Z uwagi na szczególny charakter w tym względzie przepisów k.c. i rangę, jaka została im nadana przez p.z.p., wzajemnej relacji k.c. i p.z.p. poświęcono odrębny wywód umieszczony tuż pod tabelą 16.

Schemat 10. Natężenie wpływu regulacji innych aktów prawnych rangi ustawowej na przepisy p.z.p. w polskim porządku prawnym



Źródło: opracowanie własne.

Tabela 16. Otoczenie prawne p.z.p. na poziomie aktów prawnych rangi ustawowej z uwzględnieniem przykładowych zakresów powiązań

Akt prawny	Przepis powiązany p.z.p.	Rodzaj powiązania
k.c.	art. 14 oraz art. 139 ust. 1	Do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz do umów w sprawach zamówień publicznych przepisy k.c. stosuje się wprost, jeżeli inaczej nie stanowią przepisy samej p.z.p.

k.p.c.	art. 146	Legitymacja czynna Prezesa UZP do wytoczenia powództwa o unieważnienie umowy w sprawie zamówienia publicznego.
	art. 185 ust. 7	Odpowiednie stosowanie przepisów k.p.c. do postępowania odwoławczego przed KIO.
	art. 197	Stwierdzanie wykonalności wyroku KIO wydanego w wyniku postępowania odwoławczego (ma on moc prawną na równi z wyrokiem sądu) wraz z odpowiednim stosowaniem przepisu art. 781 § 2 k.p.c., traktującego o nadawaniu klauzuli wykonalności innym tytułom egzekucyjnym niż wyrok sądu.
	art. 198a	Odpowiednie (jeżeli przepisy rozdziału 3 działu VI p.z.p. nie stanowią inaczej) stosowanie przepisów o apelacji w postępowaniu toczącym się wskutek wniesienia skargi od orzeczenia KIO.
	art. 198c	Wymogi formalne skargi na orzeczenie KIO – czynienie zadość wymaganiom przewidzianym dla pisma procesowego (problematykę tę reguluje przepis art. 126 k.p.c.).
	art. 198f	Niedopuszczalność wydania przez sąd rozpoznający skargę tzw. orzeczenia kasatoryjnego, czyli uchylecia wyroku KIO i przekazania sprawy do ponownego rozpoznania przez KIO (jest to skutek wyłączenia zastosowania przepisu art. 386 § 4 k.p.c.); sąd orzeka wyłącznie w sposób reformatoryjny, czyli co do istoty sprawy.
	art. 198g	Ograniczenie przysługiwania skargi kasacyjnej w przedmiocie orzeczenia sądu powszechnego wydanego na skutek skargi na orzeczenie KIO (uprawnienie to posiada jedynie Prezes UZP, do którego stosuje się odpowiednio przepisy k.p.c. o Prokuratorze Generalnym).
ustawa fin. publ.	(ogólne)	Ze względu na zakres regulacji objętej wspomnianą ustawą w zasadzie całość przepisów oraz opisanych w niej instytucji jest interesująca z punktu widzenia stosowania p.z.p.
ustawa o.n.d.f.p.	(ogólne)	W szczególności przepis art. 4 ustawy wskazujący zakres odpowiedzialności podmiotowej oraz przepis art. 13, 17 i 18c ustawy zawierający enumeratywne wyliczenie czynów karalnych zagrożonych sankcją odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych.
ustawa o informacji publicznej	art. 139 ust. 3	Zgodnie z tym przepisem p.z.p. umowy [w sprawie zamówień publicznych] są jawne i podlegają udostępnianiu na zasadach określonych w przepisach o dostępie do informacji publicznej; zasady udostępniania informacji publicznych opisane są w szczególności w przepisach art. 7, 9b, 10, 11, 13, 16 i 17 ustawy o informacji publicznej.
ustawa o koncesji	art. 3 ust. 1 pkt 7) oraz art. 131 ust. 2	Wskazuje tzw. koncesjonariuszy jako specyficzną grupę jednostek zobowiązanych do stosowania p.z.p. Są to jednostki organizacyjne, które zrealizowały zamówienie na roboty budowlane, za które wynagrodzenie stanowiło prawo do eksploatacji obiektu budowlanego albo takie prawo wraz z zapłatą, z zastrzeżeniem, że

		wydatkowane przez nie środki mają na celu wykonywanie koncesji. Należy jednak podkreślić, że obowiązek stosowania p.z.p. przez te podmioty dotyczy jedynie wybranych jej przepisów (wymienionych w art. 131 ust. 2 p.z.p. z zastrzeżeniem ust. 3 tego artykułu, który stanowi wyłączenie od powyższej zasady ¹¹⁴). Jednocześnie pamiętać należy, że jeżeli koncesjonariusz jest zamawiającym również w rozumieniu przepisu art. 3 ust. 1 pkt 1) –3a) i 5) p.z.p., będzie obowiązany do stosowania przepisów p.z.p. do udzielania zamówień wynikających z wykonywania koncesji ¹¹⁵ .
Prawo budowlane	art. 2 ust. 8) (<i>a contrario</i>)	Należy zwrócić uwagę, że na gruncie p.z.p. mamy do czynienia z definicją szerszą „robót budowlanych” ¹¹⁶ , ukształtowaną w powiązaniu z rozporządzeniem w sprawie wykazu robót, wydanym na podstawie przepisu art. 2c p.z.p., w związku z czym nie jest to pojęcie tożsame z tym, jakim posługuje się przepis art. 3 pkt 7) Prawa budowlanego.
	art. 31 ust. 2	Posłużenie się pojęciem ustawowym „zaprojektowanie i wykonanie” robót budowlanych w rozumieniu Prawa budowlanego celem określenia przedmiotu zamówienia, aby wskazać zamawiającemu, że w takich okolicznościach winien opisać przedmiot zamówienia za pomocą programu funkcjonalno-użytkowego.
	art. 33 ust. 1	Wytyczne dotyczące czynności ustalania wartości zamówienia na roboty budowlane w okolicznościach, jeżeli przedmiotem zamówienia jest wykonanie robót budowlanych w rozumieniu Prawa budowlanego (wtedy podstawą ustalenia jest kosztorys inwestorski) lub jeżeli przedmiotem zamówienia jest zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych w rozumieniu Prawa budowlanego (wtedy podstawą ustalenia są planowane koszty prac projektowych oraz planowane koszty robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym)
ustawa z.n.k. i ustawa o.k.ik.	art. 8 ust. 3	P.z.p. powołuje się tutaj na definicję tajemnicy przedsiębiorstwa objętą przepisem art. 11 ust. 4 ustawy z.n.k.
	art. 89 ust. 1 pkt 3)	Stanowi podstawę do odrzucenia przez zamawiającego oferty wykonawcy, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji

¹¹⁴ P. Granecki, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, wyd. 3, C.H. Beck, Warszawa 2012, komentarz do art. 3 p.z.p., nb. 32.

¹¹⁵ W. Dzierżanowski, J. Jerzykowski, M. Stachowiak, *Prawo zamówień publicznych...*, op.cit., komentarz do art. 3 p.z.p., nb. 22.

¹¹⁶ Jak wskazują W. Dzierżanowski i in., *Prawo zamówień publicznych...*, op.cit., kom. do art. 2 p.z.p., nb. 15, jako roboty budowlane w zamówieniach publicznych traktować trzeba trzy procesy: wykonanie robót budowlanych, zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych w ramach jednego procesu inwestycyjnego zlecane jednemu wykonawcy, jak również realizację obiektu budowlanego przez osobę trzecią, zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego, gdzie wykonawca zobowiązuje się do „dostarczenia” gotowego obiektu budowlanego.

		rencji (jw. – chodzi o przepis art. 11 ust. 4 ustawy z.n.k.), przy czym należy pamiętać, że w szczególnym ujęciu ugruntowanego orzecznictwa KIO pod pojęciem „czynu nieuczciwej konkurencji” należy rozumieć w tym przypadku nie tylko czyn zdefiniowany w przepisach art. 5–17d ustawy z.n.k., ale również, wobec regulacji art. 3 tej ustawy – mającej charakter klauzuli generalnej – porozumienia ograniczające konkurencję na rynku właściwym w rozumieniu przepisu art. 6 ustawy o.k.i.k., w szczególności, acz nie wyłącznie, zmony przetargowe opisane w ust. 1 pkt 7) tego artykułu.
	art. 24 ust. 2 pkt 5) w zw. z art. 24b ust. 1 i 2	Jedną z podstaw wykluczenia wykonawców z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia jest ich przynależność do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu przepisu art. 4 pkt 14) ustawy o.k.i.k. w warunkach, kiedy złożyli oni odrębne oferty w tym samym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub wnioski o dopuszczenie do udziału w tym samym postępowaniu, chyba że wykażą, że istniejące między nimi powiązania nie prowadzą do zachwiania uczciwej konkurencji pomiędzy nimi; wykluczenie nie może nastąpić bez wcześniejszego przeprowadzenia stosownego postępowania wyjaśniającego opisanego w art. 24b p.z.p. Ciężar wykazania braku podstaw do wykluczenia spoczywa na wykonawcy.
	art. 131 ust. 5	Oznaczenie (m.in.) umów zawartych z podmiotami należącymi do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu przepisu art. 4 pkt 14) ustawy o.k.i.k. w kontekście przepisów p.z.p. o udzielaniu koncesji – jako umów, które nie mają charakteru umów o podwykonawstwo.
ustawa o ochronie informacji niejawnych	art. 4 pkt 5)	Tym przepisem wyłączono stosowanie p.z.p. do zamówień, którym nadano klauzulę „tajne” lub „ściśle tajne” zgodnie z przepisami o ochronie informacji niejawnych, lub jeżeli wymaga tego istotny interes bezpieczeństwa państwa lub ochrona bezpieczeństwa publicznego; pojęcie „informacje niejawne” zdefiniowane zostało w art. 1 ust. 1 ustawy o ochronie informacji niejawnych; klauzula „ściśle tajne” w stosunku do informacji niejawnych z uwagi na możliwość zaistnienia określonych kategorii „wyjątkowo poważnych szkód” dla Rzeczypospolitej Polskiej, opisana została w art. 5 ust. 1 tej ustawy, a klauzula „tajne” – w art. 5 ust. 2 tej ustawy – w stosunku do szkód „poważnych”; odnosi się również do pojęć „istotnego interesu bezpieczeństwa państwa” oraz „ochrony bezpieczeństwa publicznego” – również używanych na gruncie ustawy o ochronie informacji niejawnych (art. 1 ust. 1 ustawy).
	art. 161 ust. 2	Przepis ten stanowi wyjątek od zasady przeprowadzania przez Prezesa UZP kontroli w trybie p.z.p. w siedzibie UZP – w okolicznościach dotyczących dokumentów zawierających informację niejawną, której nadano klauzulę „tajne” albo „ściśle tajne”, można ją przeprowadzić w siedzibie zamawiającego.

k.s.h.	art. 3 ust. 1	Identyfikacja zależności osobowej i finansowej pomiędzy podmiotami mającymi status zamawiających w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, jak również charakteru prawnego tych podmiotów.
	(ogólne)	Identyfikacja charakteru prawnego podmiotów mających status wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, zasad ich reprezentacji itp.
ustawa o informowaniu o cenach	art. 2 pkt 1)	Wskazany przepis p.z.p. posługuje się definicją ceny użytą w ustawie o informowaniu o cenach towarów i usług (art. 3 ust. 1 pkt 1) tej ustawy), aby zdefiniować podstawowe kryterium oceny ofert w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego – ceną w tym rozumieniu jest wartość wyrażona w jednostkach pieniężnych, którą kupujący [zamawiający] jest obowiązany zapłacić przedsiębiorcy [wykonawcy] za towar lub usługę. Zgodnie z przepisem art. 3 ust. 2 ustawy o informowaniu o cenach w cenie uwzględnia się podatek od towarów i usług oraz podatek akcyzowy, jeżeli na podstawie odrębnych przepisów sprzedaż towaru (usługi) podlega obciążeniu podatkiem od towarów i usług lub podatkiem akcyzowym. Przez cenę rozumie się również stawkę taryfową.
k.k.	(ogólne)	Szczególne zainteresowanie w tym zakresie będą budzić opisy następujących czynów zabronionych: sprzedajności – łapownictwa biernego (art. 228 k.k.); przekupstwa – łapownictwa czynnego (art. 229 k.k.); art. 230 i 230a k.k., określanych łącznie mianem płatnej protekcji; nadużycia funkcji – art. 231 k.k.; oszustwa finansowego – art. 297 § 1 k.k., jak również art. 305 § 1 k.k. oraz 305 § 2 k.k. – przestępstw utrudniania lub udaremnienia przetargu, nadto zaś całość przepisów części ogólnej k.k.
ustawa o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych	art. 24 ust. 1 pkt 9) i art. 131e ust. 1 pkt 1)	Zgodnie z powołanymi regulacjami z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (w tym w zakresie obronności i bezpieczeństwa) wyklucza się podmioty zbiorowe, wobec których sąd orzekł zakaz ubiegania się o zamówienia na podstawie przepisów [ustawy o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych]; podstawą orzekania w tym zakresie jest przepis art. 9 ust. 1 pkt 4) tej ustawy; pojęcie „podmiotu zbiorowego” definiuje jej art. 2 ust. 1 i 2, a zachowania określonych kategorii osób fizycznych stanowiące czyn zabroniony, za który odpowiedzialności na gruncie ustawy podlega podmiot zbiorowy, określone zostały w art. 3 ustawy. Same czyny zabronione penalizowane ustawą wymieniono w jej art. 16. Zgodnie z przepisem art. 4 ustawy tylko fakt popełnienia czynu zabronionego objętego ustawą przez wskazaną w niej osobę fizyczną, potwierdzonego prawomocnym wyrokiem skazującym tę osobę, wyrokiem warunkowo umarzającym wobec niej postępowanie karne albo postępowanie w sprawie o przestępstwo skarbowe, orzeczeniem o udzielenie tej osobie zezwolenia na dobrowolne poddanie się odpowiedzialności albo orzeczeniem sądu o umorzeniu przeciwko niej postępowania z powodu okoliczno-

		ści wyłączającej ukaranie sprawcy – stanowi podstawę do odpowiedzialności podmiotów zbiorowych objętych ustawą.
k.p.a. i u.p.s.a. ¹¹⁷	art. 154a ust. 2 w zw. z art. 154 pkt 5)	Wydawanie decyzji administracyjnych w sprawie wpisu na listę podmiotów uprawnionych do wnoszenia środków ochrony prawnej, a także odmowy wpisu i skreślenia z listy.
	art. 202	Wydawanie decyzji administracyjnych w sprawie nałożenia kary pieniężnej za naruszenie przepisów p.z.p.

Źródło: opracowanie własne.

Przepisy k.c. zajmują w sporządzonym zestawieniu pozycję szczególną – relacja pomiędzy p.z.p. oraz k.c. wyraża się w maksymie, zgodnie z którą „ustawa szczególna uchyla ustawę ogólną”¹¹⁸, gdzie pod pojęciem „ustawa szczególna” rozumieć należy przepisy p.z.p. Przepisy k.c. w kwestiach nieuregulowanych w p.z.p. **znajdują zastosowanie wprost**, więc bez uwzględniania odmienności, na jakie natrafia się na gruncie (ustawy)¹¹⁹. Tytułem jedynie przykładowego wyliczenia wskazać wypada, że na gruncie p.z.p. zastosowanie znajdują takie ure-

¹¹⁷ Jako sprawy z zakresu k.p.a. na gruncie p.z.p., czyli decyzje administracyjne wydawane w sprawach indywidualnych z zakresu administracji publicznej, wskazuje wymienione w tabeli 16. rodzaje decyzji administracyjnych J. Pieróg, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, wyd. 12, C.H. Beck, Warszawa 2013, kom. do art. 154 p.z.p., nb. 3, podobnie E. Przeszło, *Kontrola udzielania zamówień publicznych*, wyd. 1, Polskie Wydawnictwo Prawnicze Luris, Poznań 2013, s. 297; na gruncie aktualnie obowiązującej p.z.p. należy przyjąć, że powyższy dwuelementowy katalog wyczerpuje zakres możliwości orzekania przez Prezesa UZP w drodze decyzji administracyjnej na podstawie przepisów p.z.p.; Prezes UZP, podejmując rozstrzygnięcia jako organ administracji państwowej, może rozstrzygać również sprawę w drodze postanowień będących aktami administracyjnymi w rozumieniu k.p.a. – przykładem może być tutaj norma kompetencyjna wynikająca z art. 162 ust. 1 w zw. z ust. 3 p.z.p., dotycząca wyłączenia przez Prezesa UZP pracownika od udziału w kontroli (taki przykład podaje E. Przeszło, *Kontrola...*, op.cit., s. 296); Prezes UZP jest (zgodnie z art. 152 ust. 1 p.z.p.) centralnym organem administracji rządowej, w związku z czym zastosowanie znajdują przepisy art. 127 § 3 w zw. z art. 5 § 2 pkt 4) k.p.a. – celem wzruszenia decyzji Prezesa UZP należy skorzystać nie z instytucji odwołania od decyzji administracyjnej, ale z prawa do złożenia wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy. Decyzja wydana przez Prezesa UZP po ponownym rozpatrzeniu w tym trybie może stanowić podstawę wniesienia skargi do WSA w trybie przepisu art. 50 § 1 w zw. z art. 3 § 2 pkt 1) u.p.s.a., następnie zaś postępowanie sądoadministracyjne dopuszcza wniesienie skargi kasacyjnej do NSA (art. 173 § 1 u.p.s.a.); natomiast, co istotne, zgodnie z wyrokiem WSA w Warszawie z dnia 28.02.2008 r., V SA/WA 2614/07 (potwierdzenie tezy wydanego wcześniej przez WSA w Warszawie postanowienia z dnia 29.12.2005 r., III SA/Wa 3202/05; tak samo WSA w Warszawie orzekł postanowieniem z dnia 09.07.2012 r., V SA/Wa 1435/12), przeprowadzenie kontroli udzielania zamówień, do której jest uprawniony Prezes UZP, nie jest postępowaniem administracyjnym i nie kończy się wydaniem decyzji [administracyjnej – przyp. aut.]. W tym przypadku także działanie Prezesa UZP nie ma charakteru władztwa administracyjnego.

¹¹⁸ łac. *lex specialis derogat legi generali*.

¹¹⁹ P. Granecki, *Prawo zamówień publicznych...*, op.cit., kom. do art. 14 p.z.p., nb. 3.

gulowania k.c., jak: reguły wykładni oświadczeń woli (art. 65 k.c.); postanowienia dotyczące zawierania umów w drodze aukcji i przetargu (art. 70¹ i nast. k.c.); forma czynności prawnych, w tym forma pisemna pod rygorem nieważności (w szczególności art. 73, 74 i 78 k.c.); przepisy dotyczące pełnomocnictwa (art. 98 i nast. k.c.); zasady obliczania terminów (art. 110 i nast. k.c.), zobowiązania solidarne (art. 366 i nast. k.c., aczkolwiek uwzględnić należy takie szczególne przepisy p.z.p. jak art. 141 wskazujący na ustawowo ustanowioną solidarną odpowiedzialność wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia, jak również art. 647¹ § 5 k.c. w zw. z nowymi uregulowaniami dotyczącymi bezpośredniej zapłaty przez zamawiającego podwykonawcom w zamówieniach na roboty budowlane) czy cała księga trzecia k.c. – „Zobowiązania” – zawierająca rozwiązania prawne w zakresie sposobów zaciągania, wykonywania oraz skutków niewykonywania zobowiązań. W sposób szczególny rozpatrywany jest w kontekście p.z.p. przepis art. 353¹ k.c. kształtujący jedną z naczelnych zasad prawa cywilnego – mianowicie **zasadę swobody umów**, zgodnie z nim strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego. W konsekwencji strony takiego stosunku prawnego nie mogą w szczególności kształtować relacji zobowiązaniowych między nimi w sposób odmienny niż ustawowe przepisy tzw. bezwzględnie obowiązujące¹²⁰, a wynikające z przepisów p.z.p. Wobec ostatniej nowelizacji p.z.p. dotyczącej konstrukcji prawnej podwykonawstwa przykładem takich regulacji będzie przepis art. 143d p.z.p., gdzie wymieniono obowiązkowe postanowienia, które winny się znaleźć w umowie o roboty budowlane. Bez wątpienia również słusznym stanowiskiem, przyjmowanym w literaturze, jest, że ze strony wykonawcy zasada swobody umów doznaje ograniczenia poprzez fakt, że wykonawca w zasadzie (w trybach, które nie pozwalają na przeprowadzenie negocjacji z zamawiającym w przedmiocie postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego) niejako przystępuje do umowy o treści zaproponowanej przez zamawiającego, taka zaś czynność charakteryzuje tzw. umowy adhezyjne¹²¹. In-

¹²⁰ Łac. *iuris cogentis*.

¹²¹ E. Grabowska-Szweicer, M. Meducki, *Zastosowanie prawa cywilnego w zamówieniach publicznych*, Presscom, Wrocław 2012, s. 52; autorzy charakteryzują tam umowę adhezyjną jako umowę o przystąpienie, której najistotniejszymi cechami są: masowość świadczenia usług na ich podstawie oraz brak równorzędności stron; są to umowy stosowane przede wszystkim w masowych stosunkach prawnych, np. w przewozie kolejowym, komunikacji miejskiej, dostawach prądu, gazu. Podmiot, na rzecz którego ma być wykonywane świadczenie, *de facto* ma wybór tylko co do tego, czy zawrzeć umowę (czy przystąpić do umowy); w przypadku swoistych umów adhezyjnych na gruncie p.z.p. to podmiot zamawiający – odmiennie, niż przy konstrukcji klasycznej – znajduje się w pozycji uprzywilejowanej względem swoistego adherenta, którym w tym przypadku będzie wykonawca, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą i który zawarł umowę z zamawiającym na warunkach wskazanych w ogłoszeniu o zamówieniu i SIWZ.

strumenty zaś oferowane przez p.z.p. w zakresie możliwości wpływania przez wykonawcę na treść wzoru umowy w sprawie zamówienia publicznego na etapie toczącego się postępowania w sposób niedostateczny spełniają w tym względzie tę funkcję¹²². Nadto, jak podkreśla R. Szostak, nie było wolą ustawodawcy [na gruncie przepisów p.z.p. – przyp. aut.] wyodrębnienie samodzielnej umowy nazwanej [o wykonanie zamówienia publicznego – przyp. aut.]. Do umów o wykonanie zamówienia publicznego powinno się zatem stosować wprost przepisy o poszczególnych typach umów cywilnoprawnych [nazwanych – przyp. aut.]¹²³. **Nie należy przy tym utożsamiać pojęć „usługi”, „dostawy” i „roboty budowlane”, zdefiniowanych w słowniku ustawowym (art. 2 p.z.p.), z typami umów nazwanych uregulowanymi w przepisach k.c.** Te pierwsze bowiem określają jedynie przedmiot postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a w wyniku zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego pomiędzy zamawiającym i wykonawcą powstaje dopiero stosunek umowny bądź nazwany zgodnie z przepisami k.c., taki jak umowy sprzedaży, dostawy, umowa o dzieło, umowa o roboty budowlane, umowa-zlecenie czy umowa o świadczenie usług na warunkach umowy-zlecenia, względnie stosunek zobowiązaniowy mieszany, oparty (m. in.) na ustalonych przepisami k.c., umowach nazwanych. Warto również wspomnieć, że przepisy k.c. ulegają istotnej modyfikacji w świetle regulacji p.z.p. dotyczących unieważnienia umowy lub jej części (art. 140 ust. 3, art. 144a, art. 146 p.z.p.)¹²⁴.

¹²² Za taką niekiedy uznaje się przysługujące wykonawcy prawo zwrócenia się do zamawiającego o wyjaśnienie treści SIWZ – zgodnie z przepisem art. 38 p.z.p.; uprawnienie to obejmuje również (art. 36 ust. 1 pkt 16) p.z.p.) prawo wykonawcy do żądania wyjaśnienia istotnych dla stron postanowień, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego, ogólnych warunków umowy albo wzoru umowy, jeżeli zamawiający wymaga od wykonawcy, aby zawarł z nim umowę w sprawie zamówienia publicznego na takich warunkach; praktyka wskazuje, że w treści wniosków wykonawcy niejednokrotnie formułują alternatywne propozycje brzmienia niektórych, ich zdaniem niekorzystnych, postanowień wzoru umowy, wnioski takie nie mają jednak charakteru wiążącego dla zamawiającego i zazwyczaj są uwzględniane tylko w wyjątkowych wypadkach; innym rozwiązaniem jest złożenie przez wykonawcę środka ochrony prawnej w postaci odwołania od treści SIWZ w trybie art. 179 i nast. p.z.p., aczkolwiek barierą stanowić może w szczególności konieczność uiszczenia wysokiego wpisu od odwołania, a także niedostateczna ochrona w tym względzie wykonawców w postępowaniach, których wartość plasuje się poniżej progów unijnych ustalonych w rozporządzeniu w sprawie kwot progowych – przepis art. 180 ust. 2 p.z.p. nie przewiduje dla tych postępowań możliwości wnoszenia odwołań w takich okolicznościach (nie zostały one uwzględnione w enumeratywnym wyliczeniu podstaw odwołań w przypadku postępowań o wartościach poniżej progów unijnych).

¹²³ R. Szostak, *Zakres i struktura...*, op.cit., s. 12 i nast.

¹²⁴ P. Granecki, *Prawo zamówień publicznych...*, op.cit., kom. do art. 140 p.z.p., nb. 4, podkreśla, że w aktualnym stanie prawnym zrezygnowano z konstrukcji nieważności bezwzględnej umowy na rzecz nieważności względnej ustalonej w drodze konstytucyjnego wyroku Izby lub sądu (tzw. unieważnialność). Odmienne niż w dotychczasowym stanie prawnym umowa obarczona kwalifi-

I wreszcie, na ostatnim poziomie dokonywanej analizy otoczenia prawnego należy skupić uwagę na **przepisach rangi wykonawczej (rozporządzeniach)**. W ramach regulacji podustawowej p.z.p. obudowana jest szeregiem przepisów rangi wykonawczej – rozporządzeń wykonawczych, których rola, ze względu również na miejsce w hierarchii źródeł prawa¹²⁵, jest kluczowa. W tabeli 17. wskazano rozporządzenia wykonawcze do p.z.p. mające najistotniejsze znaczenie dla jej stosowania.

Tabela 17. Kluczowe rozporządzenia wykonawcze do p.z.p.

Tytuł rozporządzenia wykonawczego	Upoważnienie ustawowe	Zakres regulacji
Rozporządzenie w sprawie wykazu usług	art. 2a	Uwzględnia regulację dyrektywy klasycznej w tym zakresie.
Rozporządzenie o rodzajach usług w obronności	art. 2b	Uwzględnia regulację dyrektywy obronnej w tym zakresie.
Rozporządzenie w sprawie wykazu robót	art. 2c	Uwzględnia regulację dyrektywy klasycznej i sektorowej w tym zakresie; stanowi uzupełnienie definicji robót budowlanych ujętej w art. 2 pkt 8) p.z.p.
Rozporządzenie w sprawie wzorów ogłoszeń	art. 11 ust. 6	W załącznikach do rozporządzenia określono wzory ogłoszeń zamieszczanych w BZP w okolicznościach odrębnie wskazanych w p.z.p.
Rozporządzenie w sprawie kwot progowych	art. 11 ust. 8	Wskazuje wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego – do UPUE, przy uwzględnieniu obowiązujących w tym zakresie przepisów prawa UE – określa tzw. aktualne progi unijne; regulacją na poziomie unijnym jest w tym względzie rozporządzenie UE w sprawie kwot progowych.

kowanymi wadami (art. 140 ust. 3, art. 144 ust. 2 oraz art. 146 ust. 1 i 6 p.z.p.) jest ważna i wywołuje skutki prawne w niej określone do czasu jej unieważnienia. Ten tryb unieważnienia umowy należy traktować jako wyjątek od zasady bezwzględnej nieważności czynności prawnych sprzecznych z ustawą, przewidzianej w art. 58 § 1 k.c.; podobnie: W. Dzierżanowski i in., *Prawo zamówień publicznych...*, op.cit., kom. do art. 146 p.z.p., nb. 1; z żądaniem unieważnienia umowy można wystąpić tylko w określonym przepisami terminie; po jego upływie umowa jest niewzruszalna; por.: J. Pieróg, *Prawo zamówień publicznych...*, op.cit., kom. do art. 146 p.z.p., nb. 3.

¹²⁵ Zgodnie z brzmieniem art. 87 ust. 1 Konstytucji RP; nadto, jak o tym mowa w art. 92 ust. 1 Konstytucji RP, rozporządzenia są wydawane przez organy wskazane w Konstytucji [RP] na podstawie szczegółowego upoważnienia zawartego w ustawie i w celu jej wykonania.

Rozporządzenie w sprawie rodzajów dokumentów	art. 25 ust. 2	Wskazuje rodzaje dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy celem wykazania przez niego spełnienia warunków udziału w postępowaniu, jak również dokumenty potwierdzające, że oferowane przez wykonawcę dostawy, usługi lub roboty budowlane odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego, oraz formy, w jakich dokumenty te mogą być składane.
Rozporządzenie o dokumentacji projektowej	art. 31 ust. 4	Określa szczegółowy zakres i formę dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego przy uwzględnieniu rodzaju robót budowlanych, a także nazw i kodów Wspólnego Słownika Zamówień (CPV).
Rozporządzenie o kosztorysie inwestorskim	art. 33 ust. 3	Opisuje metody i podstawy sporządzania kosztorysu inwestorskiego, metody i podstawy obliczania planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym przy uwzględnieniu danych technicznych, technologicznych i organizacyjnych, mających wpływ na wartość zamówienia.
Rozporządzenie o kursie euro	art. 35 ust. 3	Określa średni kurs złotego w stosunku do euro stanowiący podstawę przeliczania wartości zamówień, z uwzględnieniem ogłoszonych przez Komisję Europejską w Dz.Urz. UE równowartości progów stosowania procedur udzielania zamówień.
Rozporządzenie o protokole	art. 96 ust. 5	Określa wzór protokołu oraz zakres dodatkowych informacji zawartych w protokole postępowania o udzielenie zamówienia, jak również sposób oraz formę udostępniania zainteresowanym protokołu wraz z załącznikami.
Rozporządzenie w sprawie sprawozdań	art. 98 ust. 4	Określa zakres informacji zawartych w sporządzanym przez zamawiającego rocznym sprawozdaniu o udzielonych zamówieniach, jego wzór oraz sposób przekazywania Prezesowi UZP
Rozporządzenie o odwołaniach	art. 198 pkt 1)	Określa regulamin postępowania przy rozpoznawaniu środków ochrony prawnej przysługujących na gruncie p.z.p. w postaci odwołań do KIO, w szczególności wymagania formalne odwołania, sposób wnoszenia odwołania w formie elektronicznej, postępowanie z wniesionym odwołaniem oraz przygotowanie rozprawy.
Rozporządzenie o wpisie	art. 198 pkt 2)	Określa wysokość i sposób pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaje kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposób ich rozliczania.

Źródło: opracowanie własne.

Przepisy p.z.p. dopełniane są również takimi aktami rangi podustawowej jak **zarządzenia**¹²⁶ czy **decyzje organów administracji publicznej** w ramach przyznanych im ustawowo kompetencji.

W podsumowaniu stwierdzić należy, co następuje:

1. Prawo zamówień publicznych nie stanowi jednorodnej dziedziny prawa – jest współtworzone przez przepisy p.z.p. oraz rozbudowaną strukturę powiązań tej ustawy z innymi dziedzinami prawa i regulacjami prawnymi, zarówno tymi z kręgu prawa prywatnego, jak i tymi związanymi w sposób wyraźny z prawem publicznym.
2. Otoczenie prawne prawa zamówień publicznych budowane jest zarówno na poziomie ponadkrajowym (regulacji unijnych w postaci w szczególności dyrektyw i rozporządzeń), jak i poprzez system ustaw obowiązujących w polskim porządku prawnym, uzupełnianych nadto przez wiele rozporządzeń wykonawczych oraz innych aktów rangi podustawowej, w szczególności zarządzeń i decyzji organów administracji publicznej.

2.2. Funkcje prawa zamówień publicznych w Polsce

W literaturze przedmiotu obejmującej szeroko rozumianą problematykę zamówień publicznych można spotkać różne klasyfikacje spełnianych funkcji prawa zamówień publicznych, których przejawy dotyczą gospodarki jako całości. W niniejszej książce autorzy pragną dokonać próby zidentyfikowania i opisanie tych funkcji, które w pełni oddadzą istotę zamówień publicznych z perspektywy ich wpływu na kształtowanie stosunków gospodarczych na rynku. W tym celu wyróżniono trzy rodzaje funkcji, a mianowicie: **funkcję ochronną (protekcjonistyczną), funkcję instrumentalną prowadzącą do określonego zaufania publicznego i funkcję proefektywnościową.**

Funkcje zamówień publicznych są bezpośrednio związane z zasadami udzielania zamówień, o których była już mowa w punkcie 1.4. rozdziału 1, jak również same funkcje są ze sobą wzajemnie powiązane i przenikają się, a realizacja każdej z nich współprzyczynia się do zapewnienia prawidłowego procesu udzielania zamówień¹²⁷. Gdybyśmy odnieśli się do starszej literatury z zakresu zamówień publicznych, moglibyśmy dostrzec jedną z opisywanych funkcji zamówień publicznych w postaci ochrony i wspomaganie rodzimej gospodarki poprzez dokonywanie zakupów towarów i usług pochodzenia krajowego. Istniejący po

¹²⁶ Przykład zarządzenia wydawanego przez Prezesa Rady Ministrów stanowi statut określający organizację UZP – podstawą prawną dla jego wydania jest przepis art. 152 ust. 4 p.z.p.

¹²⁷ T. Grzeszczyk, *Podręcznik zamówień publicznych...*, op.cit., s. 43.