

Rozdział I. Zagadnienia wprowadzające

§ 1. Istota prawa zamówień publicznych

Instytucje publiczne są powoływane do realizacji określonych zadań publicznych. Wykonywanie tych zadań (np. budowa drogi, dowożenie dzieci do szkół, zakup książek do biblioteki), ale również zaspokajanie własnych potrzeb umożliwiających bieżące funkcjonowanie (np. zapewnienie środków biurowych, utrzymanie czystości, obsługa portierska) często skutkują potrzebą dokonania jakiegoś zakupu przez instytucję publiczną¹. W gospodarce rynkowej takie zakupy dokonywane są na rynku, na którym działają podmioty prywatne (głównie prywatni przedsiębiorcy). Instytucja publiczna, która nie jest w stanie samodzielnie zaspokoić swojej potrzeby lub zrealizować zadania publicznego, zgłasza na rynku potrzebę odpłatnego nabycia jakiegoś dobra, usługi lub roboty budowlanej. Na tę potrzebę odpowiadają zainteresowani uczestnicy rynku, których przyciągają: wielkość zakupu, pewność publicznego płatnika lub prestiż związany ze współpracą z instytucją publiczną. Instytucja ta otrzymuje od uczestników rynku oferty i staje przed wyborem podmiotu, który jest w stanie wykonać zamówienie na odpowiednim poziomie jakości i zaoferować najkorzystniejsze dla zamawiającego warunki jego realizacji. Ten proces zakupowy nazywany jest udzielaniem zamówienia publicznego. Odtąd instytucję publiczną będziemy nazywać **zamawiającym**, uczestników rynku – **wykonawcami**,

¹ Kontraktowanie świadczeń z podmiotami zewnętrznymi wynikało niekiedy z dążenia zamawiających do obniżenia kosztów poprzez redukcję zatrudnienia. Czasem zwolnieni pracownicy (np. portierzy, sprzątaczkі) byli przejmowani przez przedsiębiorcę prywatnego, który narzucał im skrajnie niekorzystne warunki pracy i płacy. To zjawisko, zwane outsourcingiem, mogło więc prowadzić do sytuacji patologicznych. Część takich przypadków opisywały media oraz organizacje pozarządowe. Por. m.in. K. Duda, Outsourcing usług ochrony oraz utrzymania czystości w instytucjach publicznych. Wpływ publicznego dyktatu najniższej ceny usług na warunki zatrudniania pracowników przez podmioty prywatne, Wrocław 2016. Sytuacja uległa poprawie po wprowadzeniu do Prawa zamówień publicznych obligatoryjnej klauzuli dotyczącej zatrudnienia na podstawie stosunku pracy osób wykonujących zamówienie publiczne.

natomiast zakup, do którego zmierza zamawiający – **zamówieniem publicznym**.

- 2 Badanie i ocena złożonych ofert powinny opierać się na przejrzystych i nie-dyskryminacyjnych regułach, zwłaszcza że w grę wchodzi wydatkowanie środków publicznych, z których finansowane jest zamówienie publiczne. Reguły te powinny być ujednolicone w skali całego kraju, aby każda instytucja publiczna udzielała zamówień w podobny sposób, co ułatwi wykonawcom ubieganie się o zamówienia publiczne. To są zasadnicze powody, dla których procedura wyboru wykonawcy została uregulowana w specjalnej ustawie – **Prawo zamówień publicznych**. Należy jednak pamiętać, że ten akt prawny reguluje jeszcze inne elementy tzw. cyklu zamówienia publicznego, a więc planowanie postępowań, określanie potrzeb zamawiającego i przygotowanie postępowania, które poprzedzają procedurę wyboru wykonawcy, oraz fazę realizacji zamówienia publicznego i ewaluację jego wykonania.
- 3 Ponadto Prawo zamówień publicznych ustanawia również system środków ochrony prawnej, dzięki którym możliwe jest szybkie rozstrzygnięcie sporów pomiędzy wykonawcą a zamawiającym, do których dochodzi w toku postępowania o udzielenie zamówienia. Wreszcie w ustawie uregulowano kwestie poboczne względem samego postępowania, ale niezwykle istotne z punktu widzenia krajowego systemu zamówień publicznych: utworzono specjalne instytucje, których celem jest zapewnienie sprawnego funkcjonowania tego systemu, jak również ustanowiono zasady kontroli zamówień publicznych.

§ 2. Źródła prawa zamówień publicznych

I. System normatywny zamówień publicznych

- 4 Na współczesny polski system normatywny zamówień publicznych składają się akty prawne regulujące m.in. zasady i tryby udzielania zamówień publicznych, środki ochrony prawnej, kontrolę zamówień publicznych oraz organy właściwe w sprawach zamówień. System ten ma dość przejrzystą strukturę. Od początków jego istnienia, a więc od zmiany ustrojowej, do której doszło po upadku komunizmu, centralne miejsce w prawie zamówień publicznych zajmuje ustawa, której towarzyszy szereg aktów wykonawczych (rozporządzeń). Początkowo ustawą tą była **ustawa z 10.6.1994 r. o zamówieniach publicznych**¹. Wejście Polski do UE wiązało się z tak głębokimi zmianami ustawo-

¹ Tekst jedn. Dz.U. z 2002 r. Nr 72, poz. 664 ze zm.

dawstwa krajowego, że konieczne stało się zastąpienie ustawy o zamówieniach publicznych **ustawą z 29.1.2004 r. – Prawo zamówień publicznych**¹. Nowe dyrektywy unijne z 2014 r. regulujące zamówienia publiczne wymusiły kolejne przeobrażenia polskiego systemu prawa zamówień publicznych w wymiarze normatywnym. Początkowo planowano implementowanie dyrektyw poprzez zupełnie nowy akt prawny, jednak wakata na stanowisku Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych od grudnia 2013 r. do lutego 2016 r. przyczynił się do tego, że nie udało się sfinalizować prac nad projektem. W czerwcu 2016 r. uchwalono bardzo obszerną nowelizację obowiązującego wówczas Prawa zamówień publicznych, która niestety sprawiła, że ustawa stała się mało czytelna, miejscami niespójna, co bardzo utrudniało jej stosowanie. To doprowadziło do uchwalenia **ustawy z 11.9.2019 r. – Prawo zamówień publicznych**². Ustawa ta weszła w życie 1.1.2021 r. Zostanie ona scharakteryzowana w następnej części niniejszego rozdziału. Ustawie towarzyszy kilkanaście rozporządzeń wykonawczych, które zostaną omówione w § 2.III.

Ponadto dwa szczególne typy zamówień publicznych, tj. koncesje i partnerstwo publiczno-prywatne, zostały uregulowane w dwóch odrębnych ustawach: **ustawie z 21.10.2016 r. o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi** oraz w **ustawie z 19.12.2008 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym**. Te akty prawne będą przedmiotem rozważań w § 2.IV. 5

II. Ustawa z 11.9.2019 r. – Prawo zamówień publicznych

Jak już wskazano, centralne miejsce w polskim systemie zamówień publicznych 6
zajmuje ustawa z 11.9.2019 r. – Prawo zamówień publicznych. Praktycy najczęściej posługują się w swoim żargonie skrótem Pzp, jednak w niniejszym podręczniku będzie używany skrót PrZamPubl.

Jest to bardzo rozbudowany akt prawny, liczący 623 artykuły, co było jedną z przyczyn licznych uwag krytycznych formułowanych przez przedstawicieli doktryny oraz praktyków. Wydaje się, że m.in. z tego powodu ustawodawca wyznaczył długie, bo ponadroczne, *vacatio legis* (ustawa weszła w życie 1.1.2021 r.), co miało dać czas wszystkim zainteresowanym na zapoznanie się z treścią tak obszernej ustawy. Niestety część aktów wykonawczych została przyjęta dopiero w ostatnich dniach 2020 r., a platforma elektroniczna e-Zamówienia, umożliwiająca całkowitą elektroniczną postępowania o udziele-

¹ Tekst jedn. Dz.U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.

² Tekst jedn. Dz.U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.

nie zamówienia (w tym składanie ofert), została w pełni wdrożona w dopiero w 2022 r. Do tego czasu jej funkcje pełnił prowizoryczny miniPortal.

Wejście w życie nowego Prawa zamówień publicznych skutkowało koniecznością dokonania zmian w kilkudziesięciu ustawach, co nastąpiło w drodze odrębnej ustawy z 11.9.2019 r. – Przepisy wprowadzające ustawę Prawo zamówień publicznych. Znaczna część zmian polegała na zastąpieniu odesłania do PrZamPubl z 2004 r. odesłaniem do PrZamPubl z 2019 r. Niektóre ustawy, jak np. ustawa z 17.12.2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych czy też wspomniana wcześniej ustawa o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi, zostały jednak znowelizowane w dużo poważniejszym stopniu.

Należy również odnotować, że Prawo zamówień publicznych z 2019 r. do czekało się już kilku zmian. Jedną z nowelizacji została uchwalona tuż przed wejściem w życie PrZamPubl¹, co wynikało z faktu, że dopiero pod koniec 2020 r. ustawodawca dostrzegł niektóre niedoskonałości nowej regulacji.

7 Ustawa – Prawo zamówień publicznych składa się z dwunastu działów. W **dziale I** umieszczono przepisy ogólne, w tym: zakres przedmiotowy i podmiotowy ustawy, zasady udzielania zamówień publicznych, zasady szacowania wartości zamówienia, reguły elektronicznej komunikacji zamawiającego z wykonawcami czy też dokumentowania przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

8 **Dział II** Prawa zamówień publicznych reguluje postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego o wartości równej lub przekraczającej progi unijne (tzw. **postępowania unijne**). Otwiera go rozdział poświęcony przygotowaniu postępowania. Zawarte w nim przepisy odnoszą się m.in. do: analizy potrzeb zamawiającego i wstępnych konsultacji rynkowych poprzedzających wszczęcie postępowania, jak również do ogłoszeń wykorzystywanych przez zamawiających w związku z postępowaniem. W rozdziale tym zamieszczono także postanowienia dotyczące wadium oraz tzw. klauzule społeczne (zamówienia zastrzeżone, obligatoryjna i fakultatywna klauzula dotycząca zatrudnienia), dzięki którym zakupy publiczne mogą stanowić instrument realizacji celów zrównoważonego rozwoju. W dziale II ustawy znajdują się także przepisy określające zasady opisywania przedmiotu zamówienia (przedmiotowe warunki zamówienia) oraz kwalifikacji podmiotowej wykonawców (podmiotowe warunki zamówienia). Bardzo ważne przepisy zgrupowano w kolejnych rozdziałach omawianego działu. Regulują one poszczególne tryby postępowań o udzielenie

¹ Nowela z 27.11.2020 r. została ogłoszona w Dz.U. dopiero 17.12.2020 r. Mimo bardzo wielu zmian ustawodawca nie przedłużył *vacatio legis*.

zamówienia o wartości równej lub przekraczającej progi unijne (rozdział 3), zasady składania i otwarcia ofert (rozdział 4) oraz ich oceny (rozdział 5), wybór oferty najkorzystniejszej (rozdział 7) i zakończenie postępowania (rozdział 8).

Należy pamiętać, że znaczna część norm działu II znajdzie zastosowanie również w postępowaniach o udzielenie zamówienia o wartości mniejszej niż progi unijne (tzw. **postępowania krajowe**). Z tego powodu **dział III** ustawy, dotyczący tych postępowań, jest wyraźnie mniej obszerny. Zawiera on tylko te przepisy, które odrębnie regulują postępowanie krajowe, co dotyczy zwłaszcza: ogłoszeń (rozdział 2), uproszczonej kwalifikacji podmiotowej wykonawców (rozdział 3), uproszczonych trybów postępowania, w tym trybu podstawowego (rozdział 4) oraz reguł finalizacji postępowania (rozdział 5).

Dział IV PrZamPubl reguluje szczególne instrumenty i procedury w zakresie zamówień publicznych. Zawarto w nim rzadko stosowane przepisy o umowach ramowych i dynamicznym systemie zakupów, które są zdecydowanie częściej wykorzystywane w krajach Europy Zachodniej, stanowiąc niekiedy wręcz podstawowy model dokonywania zakupów. Na szczęście konkurs uregulowany w rozdziale 3 zdaje się odzyskiwać należytą pozycję w zamówieniach, które decydują o jakości przestrzeni publicznej. W konkursie zamawiający ocenia np. zgłoszone projekty architektoniczne lub urbanistyczne, kierując się m.in. ich walorami estetycznymi.

O ile działy II, III i IV dotyczą tzw. zamówień klasycznych, o tyle **dział V** ustawy został poświęcony zamówieniom sektorowym, natomiast **dział VI** – zamówieniom w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa.

Biorąc pod uwagę, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego zmierza do zawarcia umowy z wybranym wykonawcą, ogromne znaczenie ma **dział VII** ustawy, który reguluje problematykę umów i ich wykonania. Obok norm określających wymogi co do formy i treści umowy (rozdział 1) w tym dziale znalazły się przepisy dotyczące dopuszczalnych zmian umowy (rozdział 3), odstąpienia od niej lub jej unieważnienia (rozdział 4) oraz podwykonawstwa (rozdział 5).

W **dziale VIII** ustawodawca ustanawia organy właściwe w sprawach zamówień publicznych. Dział ten otwierają przepisy dotyczące Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych – najstarszego organu w polskim systemie zamówień publicznych. W rozdziale 2 zawarto przepisy ustrojowe KIO. Kolejne dwa organy to Komitet ds. Kontroli w Zamówieniach Publicznych (rozdział 3) oraz Rada Zamówień Publicznych (rozdział 4).

Dział IX ustawy dotyczy niezwykle istotnej kwestii, jaką są środki ochrony prawnej. Uregulowano w nim zasady wnoszenia i rozpatrywania odwołań

oraz tryb zaskarżania wyroków KIO do sądu. Dzięki tym przepisom wykonawcy (poprzez wiążący wyrok KIO) są w stanie przymusić zamawiającego do zachowania zgodnego z prawem.

- 15 Jedną z nowości wprowadzonych do systemu zamówień publicznych w 2021 r. jest możliwość rozwiązania sporu wynikającego z zamówienia w drodze mediacji lub innego polubownego środka. Takie pozasądowe rozwiązywanie sporów zostało uregulowane w **dziale X** ustawy.
- 16 W **dziale XI** PrZamPubl umieszczono przepisy dotyczące kontroli udzielania zamówień. Część przepisów (rozdział 1) odnosi się do kontroli zamówień publicznych pod kątem ich zgodności z ustawą prowadzonych przez różne organy kontroli. Pozostałe przepisy tego działu (rozdział 2) dotyczą wyłącznie kontroli przeprowadzanej przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych.
- 17 Szczególnie poważne uchybienia, których dopuszcza się zamawiający, mogą stać się przyczyną nałożenia na niego kar pieniężnych, o których mowa w **dziale XII** ustawy.
- 18 Ostatni **XIII dział** zawiera tylko jeden przepis, który określa termin wejścia w życie ustawy, odsyłając w tym zakresie do ustawy z 11.9.2019 r. – Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych.
- 19 Podsumowując, można stwierdzić, że Prawo zamówień publicznych obejmuje swym zakresem cały **cykl zamówienia publicznego**, a więc fazę planowania i przygotowania postępowania (analizę potrzeb zamawiającego, wstępne konsultacje rynkowe i właściwe działania przygotowujące postępowanie), przeprowadzenie postępowania (wszczęcie postępowania, zbieranie ofert, niekiedy prowadzenie negocjacji, wybór oferty najkorzystniejszej), zawarcie umowy i jej realizację. Ponadto ustawodawca uregulował takie kwestie, jak: rozwiązywanie sporów (poprzez środki ochrony prawnej lub środki pozasądowe) pomiędzy zamawiającymi a wykonawcami, kontrolę prawidłowego udzielania zamówień przez zamawiających oraz stworzył organy, których zadaniem jest prawidłowe funkcjonowanie systemu zamówień publicznych.

III. Akty wykonawcze do Prawa zamówień publicznych

- 20 Jak stwierdzono wcześniej, ustawie – Prawo zamówień publicznych towarzyszy 21 aktów wykonawczych. Organami uprawnionymi do ich wydania są przede wszystkim Prezes RM oraz minister właściwy do spraw gospodarki. Niektóre akty wykonawcze wydaje RM oraz Prezes Urzędu Zamówień Publicznych. Ten ostatni jest upoważniony do publikowania obwieszczeń, podczas gdy

pozostałe organy wydają rozporządzenia na podstawie delegacji ustawowych zawartych w PrZamPubl.

Nie ma potrzeby wymieniania wszystkich rozporządzeń¹, warto ograniczyć się jedynie do tych, które odgrywają najważniejszą rolę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. W pierwszej kolejności należy wskazać na **rozporządzenie Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z 23.12.2020 r. w sprawie rodzajów podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy**. Zawiera ono katalog dokumentów, które wykonawcy muszą złożyć w celu wykazania spełniania podmiotowych warunków zamówienia, tj. warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw do wykluczenia. Wykaz tych dokumentów opracowuje zamawiający, jednak musi kierować się przy tym treścią rozporządzenia. Ponadto rozporządzenie w sposób pośredni uzupełnia regulację ustawową, doprecyzowując sposób opisanie niektórych warunków udziału w postępowaniu.

Ze względu na elektronizację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego konieczne stało się określenie reguł komunikacji elektronicznej, przede wszystkim jej aspektów technicznych. W tym celu wydano **rozporządzenie Prezesa RM z 30.12.2020 r. w sprawie sposobu sporządzania i przekazywania informacji oraz wymagań technicznych dla dokumentów elektronicznych oraz środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub konkursie**. 21

Kolejnym aktem prawnym bardzo wykorzystywanym w praktyce jest **obwieszczenie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z 1.1.2021 r. w sprawie aktualnych progów unijnych, ich równowartości w złotych, równowartości innych kwot wyrażonych w euro oraz średniego kursu złotego w stosunku do euro**. Polskie prawo zamówień publicznych jest instrumentem implementacji prawa unijnego (dyrektyw), które mają zastosowanie do zamówień o wartości przewyższającej określone kwoty, ustalane przez KE. Te tzw. progi unijne wyrażone są w euro, podobnie jak inne kwoty określone w dyrektywach. Oznacza to konieczność przeliczenia wartości progów unijnych i innych kwot na polską walutę według określonego kursu. Pod rządami ustawy o zamówieniach publicznych kurs ten był ustalany przez zamawiającego w oparciu o średni kurs NBP ogłoszony w dniu szacowania wartości zamówienia. To sprawiało, że wyrażona w złotych wartość progów i innych kwot określonych w prawie unijnym była podatna na wahania kursowe, do których 22

¹ Zostały one wymienione na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych w zakładce Repozytorium Wiedzy → Prawo Zamówień Publicznych - Regulacje → Prawo Krajowe → Akty wykonawcze do ustawy PrZamPubl z 2019 r.

dochodzi na rynku walutowym. Aktualnie na potrzeby zamówień publicznych kurs euro w stosunku do złotego jest ustalany przez KE. Zadaniem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych jest ogłoszenie informacji o wartości progów unijnych i innych kwot określonych w dyrektywach oraz o kursie złotego wobec euro w Monitorze Polskim i na stronie internetowej Urzędu.

- 23 Zarówno unijne, jak i polskie prawo zamówień publicznych wymaga od zamawiających publikowania niektórych informacji o planowanych, wszczynanych, prowadzonych lub finalizowanych postępowaniach. Publikacja następuje w drodze ogłoszenia. Formularze ogłoszeń właściwych dla postępowań unijnych opracowała KE, natomiast formularze ogłoszeń właściwych dla postępowań krajowych zostały określone w **rozporządzeniu Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z 23.12.2020 r. w sprawie ogłoszeń zamieszczanych w Biuletynie Zamówień Publicznych**.
- 24 Ustawie towarzyszy również rozporządzenie wprowadzające formularze używane przez zamawiających w trakcie postępowania. Mowa tu o **rozporządzeniu Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z 18.12.2020 r. w sprawie protokołów postępowania oraz dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego**. Oprócz określenia wzorów protokołu rozporządzenie to reguluje również zasady udostępniania protokołu lub załączników do protokołu postępowania.
- 25 Warto również wspomnieć o rozporządzeniach dotyczących zamówień na roboty budowlane. Udzielanie tego rodzaju zamówień cechuje pewna specyfika – zwykle są to zamówienia o większej wartości i bardziej złożone niż standardowe dostawy czy usługi. Ta odmienność przejawia się m.in. w sposobie szacowania wartości zamówienia. Ustawa wymaga, by podstawą szacowania wartości zamówień na wykonanie robót budowlanych był kosztorys inwestorski albo – w przypadku zamówień na zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych – program funkcjonalno-użytkowy. Zasady sporządzania tych dokumentów zostały określone w **rozporządzeniu Ministra Rozwoju i Technologii z 20.12.2021 r. w sprawie określenia metod i podstaw sporządzania kosztorysu inwestorskiego, obliczania planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym**.
- 26 Również opis przedmiotu zamówienia na roboty budowlane jest opracowywany w szczególny sposób, gdyż przybiera postać dokumentacji projektowej (w tym projektu budowlanego), specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych albo programu funkcjonalno-użytkowego. Wymagania co do treści tych dokumentów określa **rozporządzenie Ministra Rozwoju i Technologii z 20.12.2021 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumen-**

tacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego.

Aktem wykonawczym związanym z udzielaniem zamówień na roboty budowlane jest też **rozporządzenie Ministra Rozwoju i Technologii z 23.11.2021 r. w sprawie metody kalkulacji kosztów cyklu życia budynków oraz sposobu przedstawiania informacji o tych kosztach.** Pozwala ono zamawiającemu kierować się przy zamawianiu robót budowlanych nie tylko kosztem nabycia (ceną), ale także pozostałymi kosztami cyklu życia budynku: kosztem użytkowania i kosztem utrzymania budynku. 27

Ostatnią grupą aktów wykonawczych, która zostanie tu przywołana, są rozporządzenia związane z funkcjonowaniem systemu środków ochrony prawnej, a dokładnie rzecz ujmując – odwołań. Odwołania rozpatruje KIO, kierując się proceduralnymi przepisami ustawy, ale także **rozporządzeniem Prezesa RM z 30.12.2020 r. w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez KIO.** Podmiot wnoszący odwołanie jest zobowiązany do uiszczenia wpisu, którego wysokość (ale także kwestie związane z kosztami postępowania) określa **rozporządzenie Prezesa RM z 30.12.2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania.** 28

IV. Prawo zamówień publicznych a KC

Przez wiele lat toczyła się ożywiona dyskusja o kwalifikacji aktów prawnych z dziedziny zamówień publicznych. Część autorów opowiadała się za ich prywatnoprawnym charakterem. Oponenti twierdzili, że zamówienia publiczne przynależą do prawa publicznego¹. Jak często bywa, najtrafniejszy wydaje się pogląd kompromisowy, zgodnie z którym Prawo zamówień publicznych jest częścią prawa publicznego, stanowiąc jedną z ustaw zaliczanych do prawa publicznego gospodarczego, wykorzystujących jednak instrumentarium cywilistyczne. Z jednej strony celem tego aktu prawnego jest uregulowanie sposobu wydatkowania środków publicznych oraz wyłaniania podmiotu, który będzie realizował zadanie publiczne (np. wybudowanie drogi) albo umożliwił tę realizację poprzez zaspokojenie potrzeb instytucji zamawiającej (np. dostarczenie urzędowi środków biurowych). Z drugiej strony ustawodawca posłużył się jednak konstrukcjami prywatnoprawnymi, co wynika przede wszystkim z faktu, że udzielanie zamówień publicznych następuje w drodze zawarcia 29

¹ Streszczenie tej dyskusji – zob. np. E. Przeszło, *Prawo zamówień publicznych* [w:] A. Powałowski (red.), *Prawo gospodarcze publiczne*, Warszawa 2020, s. 391–392.

umowy cywilnoprawnej. W Prawie zamówień publicznych wykorzystano więc modele zawierania umów uregulowane w KC, zwłaszcza model przetargowy i negocjacyjny. W konsekwencji takie pojęcia, jak oferta, przetarg czy też wadium powinny być co do zasady rozumiane w taki sam sposób, jak na gruncie KC¹. Przepisy dotyczące umów w sprawie zamówienia publicznego nie muszą powielać rozwiązań kodeksowych sprawdzonych w toku wieloletniej praktyki obrotu powszechnego, wobec czego naturalnym zabiegiem legislacyjnym jest odesłanie do KC, o czym obecnie stanowi art. 8 ust. 1 PrZamPubl. Należy przy tym pamiętać, że przepisy kodeksowe znajdują zastosowanie do spraw, które nie zostały uregulowane w Prawie zamówień publicznych. W sytuacji gdy Prawo zamówień publicznych reguluje jakąś materię cywilistyczną inaczej niż KC, pierwszeństwo będą miały przepisy o zamówieniach publicznych, co wynika z zasady *lex specialis derogat legi generali*. Relację pomiędzy przepisami Prawa zamówień publicznych a przepisami KC obrazują poniższe przykłady.

KC nie wprowadza żadnych wymagań co do formy oferty składanej w przetargu². Z kolei Prawo zamówień publicznych wymaga, aby oferta została sporządzona w formie elektronicznej, a w postępowaniach o wartości mniejszej niż progi unijne – również w postaci elektronicznej z podpisem zaufanym albo osobistym. Formy te są zastrzeżone pod rygorem nieważności. W przetargach publicznych rozstrzygające znaczenie dla określenia formy oferty mają przepisy Prawa zamówień publicznych.

Zgodnie z art. 98 ust. 6 PrZamPubl zamawiający zatrzymuje wadium wniesione przez wykonawcę, gdy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy nie dochodzi do zawarcia umowy. Ustawa nie reguluje jednak sytuacji odwrotnej, gdy to zamawiający odmawia zawarcia umowy z wybranym wykonawcą. W takim przypadku w grę wejdzie art. 70⁴ § 2 KC, który uprawnia uczestnika przetargu (wykonawcę) do żądania zapłaty podwójnego wadium.

Artykuł 432 PrZamPubl wymaga, pod rygorem nieważności, aby umowa została zawarta z zachowaniem formy pisemnej. Jak zauważył SN w wyr. II CSK 541/16 z 11.5.2017 r., „przepisy ustawy o zamówieniach publicznych nie stoją na przeszkodzie zastosowaniu przepisów KC o bezpodstawnym wzbogaceniu do umowy, która z braku zachowania właściwej formy stała się nieważna. Dotyczy to także sytuacji braku umowy jako podstawy określonego świadczenia, które, spełnione, przybiera charakter świadczenia nienależnego w rozumieniu art. 410 § 1 KC”.

V. Inne krajowe akty prawne z dziedziny zamówień publicznych

- 30 Obok Prawa zamówień publicznych udzielanie zamówień zostało uregulowane w dwóch innych ustawach: w ustawie o umowie koncesji na roboty bu-

¹ P. Granecki, I. Granecka, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2021, s. 70–74.

² Takie wymagania mogą co najwyżej wynikać z formy umowy, która ma zostać zawarta w wyniku przyjęcia oferty.

dowlane lub usługi oraz w ustawie o partnerstwie publiczno-prywatnym. Odnoszą się one do szczególnej relacji zachodzącej pomiędzy zamawiającym a wykonawcą. W zamówieniach publicznych objętych PrZamPubl podział obowiązków jest stosunkowo klarowny: wykonawca wykonuje całość zamówienia, zamawiający płaci całość należnego wynagrodzenia. Niekiedy jednak zamawiający chce lub musi oprzeć tę relację na innych zasadach. Zamawiający może dążyć do uniknięcia obowiązku zapłaty za wykonanie całości zamówienia. Aby zainteresować wykonawców takim zamówieniem, zamawiający może skorzystać z mechanizmu **koncesji**. Polega ona na tym, że wynagrodzeniem wykonawcy (koncesjonariusza) będzie wyłączone prawo do eksploatacji obiektu budowlanego (w tym do pobierania pożytków, np. czynszów, opłat za używanie) albo wyłączone prawo do wykonywania określonych usług, ewentualnie któreś z tych praw wraz z wynagrodzeniem. Zamawiający nie płaci więc ceny za wykonanie zamówienia (albo płaci jedynie jej część), natomiast koncesjonariusz uzyskuje pewnego rodzaju „monopol” w określonym zakresie. W przypadku robót budowlanych będzie on pobierał pożytki z danego budynku (np. czynsz z tytułu najmu lokali znajdujących się w tym budynku), ponosząc przy tym ryzyko ekonomiczne, natomiast przy usługach koncesjonariusz będzie pobierał opłaty od podmiotów, na rzecz których te usługi świadczy (np. opłaty parkingowe), ponosząc ryzyko związane z popytem na świadczone usługi. Zasady i tryb zawierania umów koncesji zostały uregulowane w **ustawie z 21.10.2016 r. o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi**. Mimo odrębności wiele rozwiązań tej ustawy jest wzorowanych na normach Prawa zamówień publicznych. Niejednokrotnie ustawa o umowie koncesji odsyła wprost do przepisów PrZamPubl, co ma miejsce m.in. w zakresie środków ochrony prawnej¹.

Innym przykładem szczególnej relacji pomiędzy wykonawcą a zamawiającym jest **partnerstwo publiczno-prywatne**. Jest to forma współpracy podmiotów publicznego i prywatnego w celu realizacji złożonego zadania publicznego, często polegającego na świadczeniu usług użyteczności publicznej przy wykorzystaniu infrastruktury budowanej lub modernizowanej w ramach partnerstwa wraz z utrzymaniem lub zarządzaniem tej infrastruktury. Występuje tu sytuacja, w której zamawiający włącza się w realizację zamówienia, w szczególności poprzez wniesienie wkładu własnego. Taki stosunek prawny wymaga precyzyjnego podziału zadań, ale też ryzyka pomiędzy podmiotem publicznym i partnerem prywatnym. 31

¹ Zob. H. Nowicki, Umowa koncesji na roboty budowlane lub usługi, [w:] A. Powałowski (red.), Prawo gospodarcze publiczne, Warszawa 2020, *passim*.

- 32 Wybór partnera może nastąpić w **tzw. modelu opłaty za dostępność**, co oznacza, że partner publiczny płaci partnerowi prywatnemu okresową (np. miesięczną) opłatę za udostępnianie infrastruktury. W takim przypadku wybór partnera prywatnego odbywa się co do zasady na podstawie Prawa zamówień publicznych. Alternatywnym wariantem jest model koncesyjny, w którym partner publiczny pobiera swoje wynagrodzenie od użytkownika końcowego infrastruktury, ponosząc ryzyko popytu. W tym modelu wybór partnera prywatnego odbywa się na podstawie PrZamPubl albo ustawy o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi.
- 33 Zasady współpracy partnerów publicznego i prywatnego określa **ustawa z 19.12.2008 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym**¹. Podstawą tej kooperacji jest umowa o partnerstwo publiczno-prywatne, która może przewidywać, że w celu realizacji przedsięwzięcia strony zawiążą spółkę z o.o. lub spółkę akcyjną².

VI. Unijne prawo zamówień publicznych

- 34 Mimo przeobrażeń UE jest organizacją międzynarodową o charakterze integracyjnym, w której wciąż kluczową rolę odgrywają kwestie gospodarcze, w tym funkcjonowanie rynku wewnętrznego opartego na swobodzie przepływu towarów, osób, usług i kapitału oraz na swobodzie przedsiębiorczości. Z tymi swobodami wiążą się ściśle dalsze zasady prawa unijnego wyrażone w prawie pierwotnym (traktatowym) UE, takie jak: zasada równego traktowania, zasada niedyskryminacji, zasada wzajemnego uznawania, zasada proporcjonalności czy też zasada przejrzystości³.

Potencjał rynku wewnętrznego może być w pełni wykorzystany m.in. poprzez otwarcie rynków zamówień publicznych państw członkowskich. W tym celu krajowe procedury udzielania zamówień publicznych są koordynowane poprzez akty prawa wtórnego. W przypadku unijnego prawa zamówień publicznych są to dyrektywy. Ich celem jest urzeczywistnienie przywołanych wcześniej fundamentalnych zasad prawa unijnego. Pierwsze dyrektywy zostały przyjęte w latach 70. ubiegłego stulecia. Początkowo regulacją objęto jedynie zamówie-

¹ Tekst jedn. Dz.U. z 2023 r. poz. 30.

² Zob. *M. Kania*, Partnerstwo publiczno-prywatne, [w:] *A. Powalowski* (red.), *Prawo gospodarcze publiczne*, Warszawa 2020, *passim*.

³ Ogólnie o zasadach prawa Unii Europejskiej – por. *D. Miąsik*, *Zasady i prawa podstawowe*, Warszawa 2022. O przełożeniu zasad prawa unijnego na prawo zamówień publicznych – por. *P. Nowicki*, *Aksjologia prawa zamówień publicznych*, Toruń 2019.

nia na roboty budowlane¹, następnie rozszerzono ją na zamówienia na dostawy². W 1992 r. przyjęto dyrektywę dotyczącą usług³. Dyrektywy te były kilkakrotnie zmieniane, co było m.in. spowodowane potrzebą dostosowania ich treści do stale rozwijającego się orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości. W 2004 r. Parlament Europejski i Rada przyjęły dyrektywę 2004/18/WE⁴ konsolidującą dotychczasowe trzy dyrektywy. Odtąd jedna dyrektywa reguluje zamówienia na roboty budowlane, dostawy i usługi. Dyrektywa 2004/18/WE została uchylona i zastąpiona dyrektywą Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE w sprawie zamówień publicznych⁵. Do głównych motywów towarzyszących uchwaleniu najnowszej dyrektywy należy zaliczyć potrzebę wykorzystania zamówień publicznych w celu osiągnięcia inteligentnego, trwałego wzrostu gospodarczego sprzyjającego włączeniu społecznemu, przy jednoczesnym zagwarantowaniu najbardziej efektywnego wykorzystania środków publicznych, jak również wdrożenie pełnej elektronizacji procedur udzielania zamówień publicznych, co ma służyć efektywności i przejrzystości postępowań. Aktualnie dyrektywa 2014/24/UE wyznacza wspólny unijny standard w sferze tzw. zamówień klasycznych. Odrębnym torem rozwijało się prawodawstwo unijne dotyczące tzw. zamówień sektorowych i zamówień z dziedziny obronności i bezpieczeństwa. Te wątki zostaną omówione w ostatnim rozdziale podręcznika.

§ 3. Wymiar instytucjonalny polskiego systemu zamówień publicznych

Na mocy przepisów o zamówieniach publicznych powołano do życia podmioty, których zadaniem jest zapewnienie należytego funkcjonowania systemu zamówień publicznych. Do tej grupy należy zaliczyć:

- 1) Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych,
- 2) Urząd Zamówień Publicznych,

¹ Dyrektywa Rady 71/305/EWG z 26.7.1971 r. dotycząca koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane (Dz.Urz. UE L Nr 185, s. 5).

² Dyrektywa Rady 77/62/EWG z 21.12.1976 r. dotycząca koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na dostawy (Dz.Urz. UE L Nr 13, s. 1).

³ Dyrektywa Rady 92/50/EWG z 18.6.1992 r. odnosząca się do koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na usługi (Dz.Urz. UE L Nr 209, s. 1).

⁴ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2004/18/WE w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz.Urz. UE L Nr 134, s. 114).

⁵ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE w sprawie zamówień publicznych uchylająca dyrektywę 2004/18/WE (Dz.Urz. UE L Nr 134, s. 1).

- 3) Radę Zamówień Publicznych,
- 4) KIO,
- 5) Komitet do spraw Kontroli w Zamówieniach Publicznych.

36 Prezes Urzędu Zamówień Publicznych jest centralnym organem administracji rządowej właściwym w sprawach zamówień publicznych. Organ ten powstał w 1995 r. na mocy ustawy o zamówieniach publicznych. Sposób jego powoływania, przesłanki odwołania, kadencyjność oraz kompetencje ulegały zmianom. Obecnie obowiązująca ustawa przewiduje, że Prezes Urzędu jest powoływany przez ministra właściwego do spraw gospodarki spośród osób wyłonionych w drodze otwartego i konkurencyjnego naboru. Osoba zajmująca stanowisko Prezesa Urzędu musi spełniać wymagania określone w art. 468 ust. 2 PrZamPubl, w tym:

- 1) obywatelstwo polskie,
- 2) pełnia praw publicznych,
- 3) brak skazania za umyślne przestępstwo oraz umyślne przestępstwo skarbowe,
- 4) wykształcenie wyższe (co najmniej magisterskie lub równorzędne),
- 5) kompetencje i doświadczenie kierownicze oraz
- 6) wiedza i doświadczenie z zakresu zamówień.

37 Nabór przeprowadza komisja kwalifikacyjna składająca się z co najmniej trzech osób powołanych przez ministra właściwego do spraw gospodarki. Zadaniem komisji jest wyłonienie nie więcej niż trzech kandydatów i przedstawienie ich ministrowi, który powoła jedną z tych osób na stanowisko Prezesa Urzędu.

38 Minister właściwy do spraw gospodarki sprawuje nadzór nad Prezesem UZP, co oznacza, że:

- 1) sprawuje kontrolę nad Prezesem na zasadach i w trybie ustawy z 15.7.2011 r. o kontroli w administracji rządowej,
- 2) ocenia działalność Prezesa na podstawie sprawozdania z funkcjonowania systemu zamówień publicznych,
- 3) zatwierdza plan działań edukacyjno-informacyjnych oraz działań w zakresie opracowywania i upowszechniania dokumentów wzorcowych,
- 4) może żądać od Prezesa informacji lub dokumentów związanych z realizacją jego zadań.

39 Minister właściwy do spraw gospodarki jest uprawniony do odwołania Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w każdym czasie, bez konieczności powoływania się na okoliczności uzasadniające odwołanie. Jest to rozwiązanie obowiązujące w systemie zamówień publicznych po wprowadzeniu w 2006 r. tzw. Państwowego Zasobu Kadrowego. Wcześniej Prezes powoływany był

na pięcioletnią kadencję (z możliwością jednokrotnej reelekcji), a jego odwołanie przed upływem tego terminu było możliwe w ściśle określonych przypadkach. W 2009 r. uchylono przepisy o Państwowym Zasobie Kadrowym oraz przywrócono konkurs, zwany odtąd otwartym i konkurencyjnym naborem. Nie przywrócono jednak kadencyjności i katalogu przesłanek odwołania.

Zadania Prezesa Urzędu Zamówień zostały określone w art. 469 PrZamPubl. 40 Spośród 24 punktów tego przepisu warto krótko omówić następujące:

- 1) **kontrolowanie procesu udzielania zamówień publicznych** – Prawo zamówień publicznych zawiera przepisy regulujące kontrolę postępowań o udzielenie zamówienia publicznego. Organem prowadzącym kontrolę na podstawie tych przepisów jest właśnie Prezes Urzędu. Ze względu na ograniczony zasób środków Prezes jest w stanie skontrolować jedynie niewielką część przeprowadzonych postępowań. W 2021 r. przeprowadzono 326 kontroli na 129 662 zamówień udzielonych w tym roku¹;
- 2) **podejmowanie rozstrzygnięć w indywidualnych sprawach przewidzianych w ustawie** – pod rządami ustawy o zamówieniach publicznych z 1994 r. wydawanie decyzji administracyjnych stanowiło dominujący przejaw działalności Prezesa Urzędu. Wynikało to z obowiązku uzyskania zgody Prezesa na zastosowanie przez zamawiającego trybu niekonkurencyjnego (zamówienia z wolnej ręki) – zgoda (lub odmowa wyrażenia zgody) udzielana była w drodze decyzji administracyjnej. Późniejsze akty prawne znacznie ograniczyły ten aspekt działalności Prezesa. Obecnie w tej formie nakładane są na zamawiających kary pieniężne. Ponadto Prezes Urzędu jest uprawniony do wydania decyzji administracyjnej o wpisie na listę organizacji uprawnionych do wnoszenia środków ochrony prawnej, odmowie wpisu lub skreślenia organizacji z tej listy;
- 3) **opracowywanie i opiniowanie projektów aktów prawnych z dziedziny zamówień publicznych** – naturalnie nie wyłącza to prerogatyw organów konstytucyjnie umocowanych do inicjowania procesu legislacyjnego, niemniej jednak dotychczasowa praktyka dowodzi, że Prezes UZP silnie wpływa na kształt polskiego ustawodawstwa związanego z zamówieniami. Ma to swoje zalety i wady. Z jednej strony fachowość Prezesa i jego współpracowników z UZP sprawia, że możliwa jest stosunkowo szybka i celna reakcja prawodawcy. Z drugiej strony Prezes Urzędu, przygotowując projekt aktu normatywnego, może pominąć ważne z punktu widzenia całej gospodarki kwestie

¹ Sprawozdanie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z funkcjonowania systemu zamówień publicznych w 2021 r., s. 82. Sprawozdania Prezesa UZP są dostępne na stronie: <https://www.gov.pl/web/uzp/sprawozdania-o-funkcjonowaniu-systemu-zamowien-publicznych>.