

Marta Lamch-Rejowska
Łukasz Laszczyński

PRAWO ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

PRAKTYCZNY PORADNIK
DLA ZAMAWIAJĄCYCH I WYKONAWCÓW



LEX

a Wolters Kluwer business

POLECAMY RÓWNIEŻ:

OCHRONA KONKURENCJI
W PRAWIE ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH
WŁODZIMIERZ DZIERŻANOWSKI

ZAMÓWIENIA PUBLICZNE W SFERZE KULTURY
RAFAŁ GOLAT

ZAMÓWIENIA PUBLICZNE NIE SĄ TRUDNE
JUSTYNA OLSZEWSKA-STOMPEL, JAROSŁAW ROKICKI

ZAMÓWIENIA PUBLICZNE.
ZARZĄDZANIE ORGANIZACJĄ, LUDŹMI I PROBLEMAMI
JUSTYNA OLSZEWSKA, JAROSŁAW ROKICKI

WSPÓŁPRACA JEDNOSTEK SAMORZĄDU TERYTORIALNEGO
Z ORGANIZACJAMI POZARZĄDOWYMI
JAKUB KOSOWSKI

Marta Lamch-Rejowska
Łukasz Laszczyński

PRAWO ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

PRAKTYCZNY PORADNIK
DLA ZAMAWIAJĄCYCH I WYKONAWCÓW



LEX

a Wolters Kluwer business

Warszawa 2012

Stan prawny na 1 sierpnia 2012 r.

Wydawca
Grzegorz Jarecki

Redaktor prowadzący
Marzena Molatta

Opracowanie redakcyjne
Agata Walkowska

Łamanie
Wolters Kluwer Polska

Projekt graficzny okładki i stron tytułowych
Maciej Sadowski

Poszczególne części publikacji opracowali:

Marta Lamch-Rejowska – rozdziały 3–6, 8–10, 16, 19–26

Łukasz Laszczyński – Wprowadzenie, rozdziały 1, 2, 7, 11–15, 17, 18, Podsumowanie

© Copyright by
Wolters Kluwer Polska Sp. z o.o., 2012

ISBN: 978-83-264-3976-6

ISBN PDF-a: 978-83-264-5163-8

Wydane przez:
Wolters Kluwer Polska Sp. z o.o.

Redakcja Książek
01-231 Warszawa, ul. Płocka 5a
tel. 22 535 82 00, fax 22 535 81 35
e-mail: ksiazki@wolterskluwer.pl

www.wolterskluwer.pl
księgarnia internetowa www.profinfo.pl

———— SPIS TREŚCI ————

Wykaz skrótów	9
Wprowadzenie	13
Rozdział 1	
Źródła polskiego i wspólnotowego systemu zamówień publicznych	17
Rozdział 2	
Historia regulacji z zakresu prawa zamówień publicznych	23
Rozdział 3	
Pojęcie zamówienia publicznego	27
Rozdział 4	
Zasady udzielania zamówień publicznych	32
Rozdział 5	
Zakres podmiotowy ustawy – Prawo zamówień publicznych	40
Rozdział 6	
Wyłączenia stosowania ustawy – Prawo zamówień publicznych	49
1. Charakter prawny wyłączeń przedmiotowych	49
2. Wyłączenia przedmiotowe	50
Rozdział 7	
Wykonawcy – formy organizacyjno-prawne	64
1. Uwagi ogólne	64
2. Konsorcjum jako wykonawca	66
3. Spółka cywilna jako wykonawca	70
4. Spółka prawa handlowego w zamówieniach publicznych (spółki osobowe, spółki kapitałowe)	79
5. Pozostałe formy organizacyjno-prawne	95
Rozdział 8	
Przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego	111
1. Planowanie zamówień	111
2. Szacowanie wartości zamówienia	114

3. Warunki udziału w postępowaniu i sposób dokonywania oceny ich spełniania	125
4. Wezwanie do uzupełnienia dokumentów	143
5. Korzystanie z potencjału podmiotu trzeciego na podstawie art. 26 ust. 2b	146
6. Opis przedmiotu zamówienia	149
7. Specyfikacja istotnych warunków zamówienia (SIWZ)	156
Rozdział 9	
Ogłoszenia	164
Rozdział 10	
Tryby udzielania zamówień publicznych – uwagi ogólne	169
Rozdział 11	
Przetarg nieograniczony	171
Rozdział 12	
Przetarg ograniczony	176
Rozdział 13	
Negocjacje z ogłoszeniem	183
Rozdział 14	
Dialog konkurencyjny	191
Rozdział 15	
Negocjacje bez ogłoszenia	198
Rozdział 16	
Zamówienie z wolnej ręki	208
1. Charakter zamówienia z wolnej ręki	208
2. Przesłanki wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki	210
3. Zamówienia dodatkowe	216
4. Zamówienia uzupełniające	220
5. Pozostałe przesłanki – względy logiki i rozumowania życiowego	222
6. Przebieg postępowania	223
7. Zagrożenia związane ze stosowaniem zamówienia z wolnej ręki	226
Rozdział 17	
Zapytanie o cenę	228
Rozdział 18	
Licytacja elektroniczna	235

Rozdział 19

Złożenie oferty przez wykonawcę	240
1. Składanie oraz otwarcie ofert	240
2. Termin związania ofertą	244
3. Kryteria oceny ofert	248
4. Ocena złożonych ofert	251
5. Unieważnienie postępowania	258
6. Ogłoszenie o udzieleniu zamówienia	265

Rozdział 20

Udzielanie zamówień publicznych na roboty budowlane	266
1. Opis przedmiotu zamówienia w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane	266
2. Opis przedmiotu zamówienia w postępowaniu na wykonanie robót budowlanych	269
3. Opis przedmiotu zamówienia w postępowaniu na zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych	272
4. Dokumentacja projektowa i specyfika zamawiania dokumentacji projektowej	274
5. Szacowanie wartości zamówienia w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane	277
6. Wynagrodzenie	282
7. Zarządzanie zmianami w robotach budowlanych	286

Rozdział 21

Wybór koncesjonariusza, partnera prywatnego. Koncesje na roboty budowlane oraz usługi. Partnerstwo publiczno-prywatne	292
1. Wprowadzenie. Rys historyczny	292
2. Partnerstwo publiczno-prywatne w Polsce. Historia. Kierunki rozwoju	295
3. Modele realizacji zadań publicznych. Koncesje i partnerstwo publiczno-prywatne	296
4. Przedmiot, podmioty i zakres partnerstwa publiczno-prywatnego	300
5. Zakres podmiotowy partnerstwa publiczno-prywatnego	302
6. Ryzyka w partnerstwie publiczno-prywatnym	304
7. Wybór i wynagrodzenie partnera prywatnego	306

Rozdział 22

Umowa o zamówienie publiczne	310
1. Umowa o udzielenie zamówienia publicznego na tle regulacji cywilnoprawnych	310

2. Forma umowy	312
3. Termin zawarcia umowy	313
4. Czas trwania umowy	314
5. Umowa a treść oferty złożonej przez wykonawcę	315
6. Zmiany umów	319
7. Odstąpienie od umowy	325
8. Zabezpieczenie należytego wykonania umowy	327
9. Zaliczki dla wykonawców	329
10. Unieważnienie umowy	330
Rozdział 23	
Środki ochrony prawnej	333
1. Uwagi ogólne	333
2. Przesłanki wnoszenia środków ochrony prawnej	334
Rozdział 24	
Odwołanie	338
1. Zakres czynności podlegających zaskarżeniu	338
2. Wymogi formalne odwołania	339
3. Termin do wniesienia odwołania	341
4. Przebieg postępowania odwoławczego. Przystąpienie do postępowania odwoławczego – zasada kumulacji	344
5. Odpowiedź na odwołanie	346
6. Przebieg posiedzenia i rozprawy	347
7. Orzeczenia	350
Rozdział 25	
Informacja o niezgodnej z przepisami czynności podjętej przez zamawiającego	352
Rozdział 26	
Skarga	354
Podsumowanie	357
Aneks	359
Bibliografia	481

WYKAZ SKRÓTÓW

Akty prawne

- | | | |
|---------------------------------|---|---|
| dyrektywa klasyczna | – | dyrektywa 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz. Urz. UE L 134 z 30.04.2004, s. 114; Dz. Urz. UE Polskie wydanie specjalne, rozdz. 6, t. 7, s. 132) |
| dyrektywa sektorowa | – | dyrektywa 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. koordynująca procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych (Dz. Urz. UE L 134 z 30.04.2004, s. 1; Dz. Urz. UE Polskie wydanie specjalne, rozdz. 6, t. 7, s. 19) |
| k.c. | – | ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz. U. Nr 16, poz. 93 z późn. zm.) |
| komunikat Komisji 2006/C 179/02 | – | komunikat wyjaśniający Komisji dotyczący prawa wspólnotowego obowiązującego w dziedzinie udzielania zamówień, które nie są lub są jedynie częściowo objęte dyrektywami w sprawie zamówień publicznych (2006/C 179/02); Dz. Urz. UE C 179 z 1.08.2006, s. 2 |
| Konstytucja RP | – | Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz. U. Nr 78, poz. 483 z późn. zm.) |
| k.k. | – | ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (Dz. U. Nr 88, poz. 553 z późn. zm.) |
| k.p.c. | – | ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (Dz. U. Nr 43, poz. 296 z późn. zm.) |
| k.s.h. | – | ustawa z dnia 15 września 2000 r. – Kodeks spółek handlowych (Dz. U. Nr 94, poz. 1037 z późn. zm.) |

pr. spół.	–	ustawa z dnia 16 września 1982 r. – Prawo spółdzielcze (tekst jedn.: Dz. U. z 2003 r. Nr 188, poz. 1848 z późn. zm.)
p.z.p.	–	ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jedn.: Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.)
rozporządzenie z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie dokumentów	–	rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817)
TFUE	–	Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (Dz. U. z 2004 r. Nr 90, poz. 864/2 z późn. zm.)
u.f.p.	–	ustawa z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. Nr 157, poz. 1240 z późn. zm.)
u.k.r.b.u.	–	ustawa z dnia 9 stycznia 2009 r. o koncesji na roboty budowlane lub usługi (Dz. U. Nr 19, poz. 101 z późn. zm.)
u.p.p.p.	–	ustawa z dnia 19 grudnia 2008 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym (Dz. U. z 2009 r. Nr 19, poz. 100 z późn. zm.)
u.s.d.g.	–	ustawa z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (tekst jedn.: Dz. U. z 2010 r. Nr 220, poz. 1447 z późn. zm.)
u.z.n.k.	–	ustawa z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tekst jedn.: Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 z późn. zm.)

Organy

ETS	–	Europejski Trybunał Sprawiedliwości (obecnie Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej)
KIO	–	Krajowa Izba Odwoławcza
Prezes KIO	–	Prezes Krajowej Izby Odwoławczej
Prezes UZP	–	Prezes Urzędu Zamówień Publicznych
SN	–	Sąd Najwyższy
UOPWE	–	Urząd Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich

Publikatory

Dz. U.	–	Dziennik Ustaw
Dz. Urz. UE	–	Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej
OSNC	–	Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Izba Cywilna
OSNP	–	Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Izba Pracy, Ubezpieczeń Społecznych i Spraw Publicznych
OSP	–	Orzecznictwo Sądów Polskich
OTK–A	–	Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego; zbiór urzędowy, Seria A
Zb. Orz.	–	Zbiór Orzecznictwa Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości

Inne

PPP	–	partnerstwo publiczno-prywatne
SIWZ	–	specyfikacja istotnych warunków zamówienia

WPROWADZENIE

Prawo zamówień publicznych to gałąź prawa, która zmienia się dość dynamicznie pod wpływem praktyki oraz często zmieniających się przepisów. Udzielanie zamówień publicznych przysparza zamawiającym zobowiązaniem do stosowania przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jedn.: Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.)¹ wielu trudności praktycznych i interpretacyjnych. Są one konsekwencją zarówno częstych zmian prawa, jak i konieczności uwzględnienia przy przeprowadzaniu procedur przetargowych wielu uwarunkowań natury praktycznej i prawnej. Pierwsze z nich są związane z często skomplikowanym oraz wielozadaniowym przedmiotem zamówienia, którego prawidłowy, tzn. zgodny z przepisami prawa zamówień publicznych, opis sprawia zamawiającym wiele problemów, co znajduje swoje odzwierciedlenie w bogatym orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej.

Szczególny charakter ma udzielanie zamówień publicznych w ramach projektów współfinansowanych ze środków Unii Europejskiej, bowiem wszelkie nieprawidłowości w tym zakresie mogą skutkować utratą dofinansowania w całości lub części. System zamówień publicznych ewoluuje również ze względu na aspekty finansowe realizacji zadań. Ze względu na konieczność poszukiwania nowych źródeł finansowania (wobec niewystarczającego charakteru dotychczasowych modeli) coraz częściej zamawiający będą odchodzić od klasycznych zamówień publicznych w stronę form mieszanych, opartych na partnerstwie publiczno-prywatnym oraz koncesji na roboty budowlane lub usługi (co również w pewnym zakresie będzie przedmiotem zainteresowania autorów w niniejszej publikacji).

Jak słusznie podkreśla się w literaturze przedmiotu z zakresu prawa zamówień publicznych, zamówienia publiczne stanowią jeden z wielu instrumentów wpływu na gospodarkę rynkową, będąc jedną z form publicznoprawnej inter-

¹ Artykuły powoływane w tekście bez wskazania ustawy dotyczą ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jedn.: Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.).

wencji państwa na rynku towarowym². W procedurze zamówień publicznych uczestniczą z jednej strony zamawiający, czyli podmioty zobowiązane do stosowania procedur udzielania zamówień publicznych określonych szczegółowo w przepisach prawa zamówień publicznych przy nabywaniu dostaw, usług czy robót budowlanych, z drugiej zaś wykonawcy – a więc podmioty, które w ramach przynajmniej z założenia konkurencyjnego rynku ubiegają się o udzielenie zamówienia publicznego.

Opracowywane przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych (dalej Prezes UZP) w ramach realizacji jego ustawowych obowiązków coroczne sprawozdania o funkcjonowaniu zamówień publicznych dostarczają nam wiedzy dotyczącej systemu zamówień publicznych udzielonych w roku objętym okresem sprawozdawczym zamówień, ich struktury ze względu na przedmiot zamówienia (dostawy, usługi, roboty budowlane) czy kategorie podmiotów udzielających zamówień publicznych. Analiza danych zawartych w sprawozdaniach o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych pozwala z pewnością stwierdzić, iż system ten podlega ciągłej ewolucji, a ilość środków finansowych (za wyjątkiem roku 2011) wydatkowanych z zastosowaniem norm wywodzonych z przepisów prawa zamówień publicznych z roku na rok wzrasta. Wspominana dynamika ma charakter stały od kilku już lat. Wartość polskiego rynku zamówień publicznych w poszczególnych latach kształtowała się następująco: 2000 r. – 23,0 mld, 2001 r. – 23,9 mld, 2002 r. – 35,0 mld, 2003 r. – 37,0 mld, 2004 r. – 48,0 mld, 2005 r. – 68,1 mld, 2006 r. – 79,6 mld, 2007 r. – 103,1 mld, 2008 r. – 109,5 mld, 2009 r. – 126,7 mld, 2010 r. – 167,0 mld, 2011 r. – 144,1 mld³. Zatem jedynie dane dotyczące ostatniego roku obejmującego najbardziej aktualny okres sprawozdawczy wartości rynku zamówień publicznych w Polsce nie zachowały dynamiki wzrostu wartości tego rynku.

Wspominana dynamika rynku zamówień publicznych przejawia się również w wielu inicjatywach ustawodawczych zmierzających do udoskonalenia norm regulujących wydatkowanie tak znacznej ilości środków publicznych. W samym tylko 2011 r. prawo zamówień publicznych było nowelizowane: ustawą z dnia 5 sierpnia 2010 r. o ochronie informacji niejawnych (Dz. U. Nr 182, poz. 1228; weszła w życie z dniem 2 stycznia 2011 r.), ustawą z dnia 16 grudnia 2010 r.

² Tak za A. Panasiuk, *Prawno-ekonomiczne aspekty systemu zamówień publicznych wpływające na ograniczenie swobody kontraktowania*, Bydgoszcz–Warszawa 2005, s. 15.

³ Dane podane za *Sprawozdanie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych w 2011 roku*, Warszawa 2012, s. 85.

o publicznym transporcie zbiorowym (Dz. U. z 2011 r. Nr 5, poz. 13; weszła w życie z dniem 1 marca 2011 r.), ustawą z dnia 5 stycznia 2011 r. o zmianie ustawy o Banku Gospodarstwa Krajowego oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 28, poz. 143; weszła w życie z dniem 23 lutego 2011 r.), ustawą z dnia 25 lutego 2011 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. Nr 87, poz. 484; weszła w życie z dniem 11 maja 2011 r.). Kolejne dwie nowelizacje przepisów prawa zamówień publicznych, które zostały uchwalone w 2011 r.⁴, weszły w życie już w 2012 r. Ostatnie zmiany zostały wprowadzone do prawa zamówień publicznych ustawą z dnia 15 czerwca 2012 r. o skutkach powierzania wykonywania pracy cudzoziemcom przebywającym wbrew przepisom na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej (Dz. U. poz. 769), która weszła w życie z dniem 21 lipca 2012 r.

Ewolucja systemu prawa przejawiająca się częstymi zmianami przepisów sama w sobie nie zasługuje oczywiście na negatywną ocenę, jednak gdy dochodzi do zjawiska tzw. dewaluacji prawa, możemy mieć do czynienia z wysoce szkodliwymi sytuacjami sprzeczności norm prawnych wywodzonych z poszczególnych przepisów tego samego aktu prawnego, lukami w prawie czy problemami dotyczącymi właściwej interpretacji przepisów prawa zamówień publicznych.

Warto oczywiście pamiętać, niezależnie od tego, czy występuje się z pozycji zamawiającego czy wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego, że zamówienia publiczne to postępowanie o charakterze sformalizowanym i ściśle zinstytucjonalizowanym. Wyrazem tej formalizacji są ustawowe tryby udzielania zamówień publicznych, które wyznaczają ramy działań zarówno zamawiających, jak i wykonawców. Wyrazem instytucjonalizacji zamówień publicznych jest natomiast wprowadzenie procedur, które mają gwarantować przestrzeganie zasad zamówień publicznych, czego wyrazem są postępowania kontrolne w systemie zamówień publicznych.

Mając powyższe na uwadze, przedstawiamy Czytelnikom niniejszą publikację z nadzieją, iż będzie ona pomocna w codziennej praktyce udzielania zamówień publicznych. Zdajemy sobie sprawę, iż w ramach jednej publikacji, nawet bardzo rozbudowanej, nie jesteśmy w stanie ująć wszystkich problemów czy

⁴ Nowelizacje wprowadzone: ustawą z dnia 16 września 2011 r. o współpracy rozwojowej (Dz. U. Nr 234, poz. 1386; weszła w życie z dniem 1 stycznia 2012 r.), ustawą z dnia 19 sierpnia 2011 r. o zmianie ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 240, poz. 1429; weszła w życie z dniem 11 lutego 2012 r.).

najbardziej wrażliwych punktów procesu udzielania zamówień publicznych związanych z prawidłowym wydatkowaniem środków z zastosowaniem przepisów prawa zamówień publicznych. Dlatego uwaga została skupiona na praktycznym ujęciu zagadnień poruszanych w niniejszej publikacji, aby zamawiający mogli prawidłowo przygotować postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, przeprowadzić je, a następnie zakończyć wyborem najkorzystniejszej oferty oraz podpisaniem umowy o udzielenie zamówienia publicznego, a wykonawcy mogli odszukać informacje, które staną się pomocne w procesie ubiegania się o zamówienia publiczne. Publikacja stanowi odzwierciedlenie naszych praktycznych doświadczeń związanych z codziennym funkcjonowaniem w systemie zamówień publicznych, wynikających z działalności zawodowej, doradztwa oraz działalności szkoleniowej. Dzięki temu publikacja zawiera praktyczne spojrzenie na instytucję zamówień publicznych, co niewątpliwie będzie szczególnie cenne dla wszystkich Czytelników chcących zapoznać się z tą pozycją.

Marta Lamch-Rejowska

Łukasz Laszczyński

Wrocław–Legnica, sierpień 2012 r.

ŹRÓDŁA POLSKIEGO I WSPÓLNOTOWEGO SYSTEMU ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

Znaczenia systemu zamówień publicznych nie sposób przeceniać. Ma on za zadanie, poprzez stworzenie odpowiednich ram w postaci norm prawnych, regulować wzajemną współpracę między sektorem publicznym reprezentowanym przez zamawiających a sektorem prywatnym reprezentowanym przez wykonawców.

Mając na uwadze rozważania dotyczące źródeł polskiego i wspólnotowego prawa zamówień publicznych, nie można nie wspomnieć chociażby w ogólności o kwestii źródeł prawa w kontekście całego procesu tworzenia prawa. Samo pojęcie źródła ma charakter wieloznaczeniowy. W literaturze podkreśla się, iż na gruncie poszczególnych dyscyplin prawnych przez źródła prawa rozumie się akty normatywne, które zawierają przepisy dające podstawę do konstruowania norm konkretnej dyscypliny prawa⁵. Tak rozumiane źródła prawa zwykle się określać mianem źródeł prawa w znaczeniu formalnym.

Pojęcie źródeł prawa jest również rozumiane w szerszym znaczeniu. Mając je na uwadze, przez źródła prawa rozumie się okoliczności o społecznym, politycznym, kulturowym, a niekiedy nawet religijnym charakterze, których oddziaływanie wpłynęło na treść obowiązującego w danym państwie prawa. W tym znaczeniu w literaturze przedmiotu mówi się o źródłach prawa w znaczeniu materialnym. Pojęcie to może być również odnoszone do instytucji, które prawo tworzą lub sankcjonują, i w tym znaczeniu źródła prawa mają charakter instytucjonalny⁶.

⁵ Zob. T. Chauvin, T. Stawecki, P. Winczorek, *Wstęp do prawoznawstwa*, Warszawa 2011, s. 184.

⁶ Tamże.

Podstawowym aktem prawnym, z którego następuje interpretacja norm prawnych z zakresu polskiego prawa zamówień publicznych, jest ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jedn.: Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.). Przedmiotowy akt prawny zastąpił obowiązującą od dnia 1 stycznia 1995 r. ustawę z dnia 10 czerwca 1994 r. o zamówieniach publicznych (tekst jedn.: Dz. U. z 2002 r. Nr 72, poz. 664 z późn. zm.). W literaturze przedmiotu oraz w ocenie środowiska zajmującego się zamówieniami publicznymi dość zgodnie podkreśla się, iż poprzedni akt prawny był niewystarczający i w znaczniej mierze niedoskonały z punktu widzenia tworzenia podwalin pod system zamówień publicznych, nie odpowiadał on aktualnym wyzwaniom oraz trudnościom związanym z wydatkowaniem środków publicznych. Niewątpliwym katalizatorem zmian oraz czynnikiem, który przeważał, iż polski ustawodawca nie zdecydował się na kolejne nowelizacje poprzednio obowiązującej ustawy, lecz zdecydował się na uchwalenie nowego aktu prawnego, była akcesja Polski do struktur Unii Europejskiej oraz konieczność harmonizacji polskiego porządku prawnego z prawem Unii Europejskiej, a jednocześnie, co nastąpiło później i co ma miejsce po dziś dzień, potrzeba zapewnienia prawidłowego wydatkowania środków pochodzących z budżetu Unii Europejskiej w ramach funduszy europejskich.

Zmiany te były konieczne także z uwagi na fakt, iż kolejne nowelizacje ustawy o zamówieniach publicznych doprowadziły do pewnego zaburzenia samej jej struktury oraz przejrzystości, co miało niebagatelne znaczenie dla prawidłowej interpretacji norm prawnych wywodzonych z jej przepisów.

Przepis art. 1 określa zakres przedmiotowy prawa zamówień publicznych, stanowiąc, iż ustawa określa zasady i tryb udzielania zamówień publicznych, środki ochrony prawnej, kontrolę udzielania zamówień publicznych oraz organy właściwe w sprawach uregulowanych w ustawie.

Systematyka obowiązującego prawa zamówień publicznych może wydawać się nieco skomplikowana, szczególnie osobom mającym z nią do czynienia pierwszy raz.

Oczywiście system źródeł polskiego prawa zamówień publicznych nie jest budowany tylko w oparciu o przepisy wywodzone z ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych. Na system ten składa się jeszcze wiele innych aktów prawnych o randze ustawowej oraz rozporządzenia wykonawcze do prawa zamówień publicznych. Do ustaw, których znajomość z pewnością

okaże się przydatna, a czasem nawet niezbędna z punktu widzenia prawidłowej interpretacji przepisów prawa zamówień publicznych oraz procesu udzielania zamówień publicznych, zaliczyć można:

- 1) ustawę z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz. U. Nr 16, poz. 93 z późn. zm.),
- 2) ustawę z dnia 7 lipca 1994 r. – Prawo budowlane (tekst jedn.: Dz. U. z 2010 r. Nr 243, poz. 1623 z późn. zm.),
- 3) ustawę z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tekst jedn.: Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 z późn. zm.),
- 4) ustawę z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. Nr 157, poz. 1240 z późn. zm.).

Do rozporządzeń wykonawczych wydanych na podstawie delegacji ustawowej zawartej w przepisach prawa zamówień publicznych zaliczamy w szczególności:

- 1) rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 16 grudnia 2011 r. w sprawie średniego kursu złotego w stosunku do euro stanowiącego podstawę przeliczania wartości zamówień publicznych (Dz. U. Nr 282, poz. 1650);
- 2) rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 16 grudnia 2011 r. w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej (Dz. U. Nr 282, poz. 1649);
- 3) rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 10 maja 2011 r. w sprawie innych niż cena obowiązkowych kryteriów oceny ofert w odniesieniu do niektórych rodzajów zamówień publicznych (Dz. U. Nr 96, poz. 559);
- 4) rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 26 października 2010 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (Dz. U. Nr 223, poz. 1458);
- 5) rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. Nr 48, poz. 280);
- 6) rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238);

- 7) rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 28 stycznia 2010 r. w sprawie wykazu usług o charakterze priorytetowym i niepriorytetowym (Dz. U. Nr 12, poz. 68);
- 8) rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 28 stycznia 2010 r. w sprawie wzorów ogłoszeń zamieszczanych w Biuletynie Zamówień Publicznych (Dz. U. Nr 12, poz. 69);
- 9) rozporządzenie Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego (Dz. U. Nr 202, poz. 2072 z późn. zm.);
- 10) rozporządzenie Ministra Infrastruktury z dnia 18 maja 2004 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 (Dz. U. Nr 130, poz. 1389).

Obecność w strukturach Unii Europejskiej powoduje, iż możemy mówić również o wspólnotowych źródłach prawa zamówień publicznych oraz o ich zasadniczym wpływie na kolejne nowelizacje. Podstawowymi aktami prawnymi regulującymi zagadnienia z zakresu zamówień publicznych na szczeblu unijnym są:

- 1) dyrektywa 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (tzw. dyrektywa klasyczna), Dz. Urz. UE L 134 z 30.04.2004, s. 114; Dz. Urz. UE Polskie wydanie specjalne, rozdz. 6, t. 7, s. 132;
- 2) dyrektywa 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. koordynująca procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych (tzw. dyrektywa sektorowa), Dz. Urz. UE L 134 z 30.04.2004, s. 1; Dz. Urz. UE Polskie wydanie specjalne, rozdz. 6, t. 7, s. 19;
- 3) dyrektywa 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 grudnia 2007 r. zmieniająca dyrektywy Rady 89/665/EWG i 92/13/EWG w zakresie poprawy skuteczności procedur odwoławczych w dziedzinie udzielania zamówień publicznych (tzw. dyrektywa odwoławcza), Dz. Urz. UE L 335 z 20.12.2007, s. 31;

- 4) dyrektywa Rady z dnia 21 grudnia 1989 r. w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane (89/665/EWG), Dz. Urz. UE L 395 z 30.12.1989, s. 33; Dz. Urz. UE Polskie wydanie specjalne, rozdz. 6, t. 1, s. 246;
- 5) dyrektywa Rady 92/13/EWG z dnia 25 lutego 1992 r. koordynująca przepisy ustawowe, wykonawcze i administracyjne odnoszące się do stosowania przepisów wspólnotowych w procedurach zamówień publicznych podmiotów działających w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i telekomunikacji, Dz. Urz. UE L 76 z 23.03.1992, s. 14; Dz. Urz. UE Polskie wydanie specjalne, rozdz. 6, t. 1, s. 315;
- 6) dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/81/WE z dnia 13 lipca 2009 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania niektórych zamówień na roboty budowlane, dostawy i usługi przez instytucje lub podmioty zamawiające w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa i zmieniająca dyrektywy 2004/17/WE i 2004/18/WE (tzw. dyrektywa obronna), Dz. Urz. UE L 216 z 20.08.2009, s. 76;
- 7) rozporządzenie Komisji (WE) nr 213/2008 z dnia 28 listopada 2007 r. zmieniające rozporządzenie (WE) nr 2195/2002 Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie Wspólnego Słownika Zamówień (CPV) oraz dyrektywy 2004/17/WE i 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady dotyczące procedur udzielania zamówień publicznych w zakresie zmiany CPV, Dz. Urz. UE L 74 z 15.03.2008, s. 1.

Należy wspomnieć, iż przepisy prawa zamówień publicznych stanowią część prawa cywilnego, za czym niewątpliwie przemawia odesłanie zawarte w treści art. 14, który stanowi, iż do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy kodeksu cywilnego, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Zatem w tym zakresie przepisy prawa zamówień publicznych stanowią *lex specialis* w stosunku do norm prawnych wywodzonych z przepisów kodeksu cywilnego. Oczywiście rozważania dotyczące tego, na ile zasadna jest teza mówiąca o tym, iż przepisy prawa zamówień publicznych należy zaliczyć do gałęzi prawa cywilnego, na ile zaś jest ona chybiona w świetle argumentów podnoszonych przez przedstawicieli doktryny i środowisk związanych ze specjalistami funkcjonującymi na co dzień w systemie zamówień publicznych, stanowią dyskusję akade-

micką – daleką od praktycznego charakteru przedmiotowej publikacji – warto jednak pamiętać, iż w szczególności do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego będą miały zastosowania normy prawne zawarte w przepisach tytułu IV księgi pierwszej kodeksu cywilnego zatytułowanego „Czynności prawne”.

Warto również wskazać, że przepis art. 14 mówi o tym, iż do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. W literaturze przedmiotu słusznie podkreśla się, iż za czynności mogą być uznane działania prawne stanowiące znacznie szerszą kategorię niż kategoria czynności prawnych. Za taką kategorię (czynności prawnych) mogą być uznane działania, dla których wspólnym mianownikiem jest wiązanie z zachowaniem danego podmiotu określonych konsekwencji prawnych⁷.

⁷ Tak zob. J. Baehr i in., *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, red. T. Czajkowski, Warszawa 2006, s. 83.

———— Rozdział 2 ————

HISTORIA REGULACJI Z ZAKRESU PRAWA ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

Ze względu na praktyczny charakter przedmiotowej publikacji historia zamówień publicznych zostanie omówiona w zakresie jedynie niezbędnym do pokazania podstawowych kierunków ewolucji, rozwoju oraz budowy obecnego systemu zamówień publicznych. Na budowę tego systemu wpływały stopniowo zmieniające się warunki i okoliczności historyczne, polityczne oraz gospodarcze, czasem mające decydujące znaczenie dla tego procesu. Tym samym można z powodzeniem wysunąć tezę, iż wyżej wymienione okoliczności determinujące kierunki rozwoju systemu zamówień publicznych niekiedy stymulowały jego rozwój, a czasem doprowadzały do swego rodzaju stagnacji.

Analizując historię regulacji dotyczących zamówień publicznych w kontekście polskiego systemu zamówień publicznych, nie sposób oprzeć się wrażeniu, iż zawsze rozwój ustawodawstwa w tym zakresie szedł w parze z pewnym ogólnym sposobem myślenia o państwie oraz roli gospodarki w życiu i rozwoju większej społeczności. Mając to na uwadze, raz jeszcze wypada podkreślić, iż zamówienia publiczne stanowią jeden z instrumentów wpływu państwa na gospodarkę rynkową. Jednak tak rozumiany sektor zamówień publicznych, a ściślej regulowana za jego pośrednictwem wzajemna relacja między sektorem publicznym a sektorem prywatnym, nie zawsze był areną współpracy, która dawała obu stronom wzajemne korzyści.

Na ziemiach polskich po odzyskaniu niepodległości w 1918 r. jeszcze przez długi okres obowiązywały regulacje pochodzące z czasów zaborów, co w znaczny sposób utrudniało kreowanie systemu zamówień publicznych realizującego założone cele. Obowiązywały wówczas:

- 1) w byłym zaborze rosyjskim – ustawa o dostawach i robotach rządowych wydana w 1900 r.,

- 2) w byłym zaborze austriackim – rozporządzenie tak zwanego pełnego ministerstwa austriackiego z dnia 3 kwietnia 1909 r. w sprawie oddawania przedsiębiorstwom dostaw i robót państwowych,
- 3) w byłym zaborze pruskim – ogólne przepisy o udzielaniu zamówień na dostawy i roboty wydane wspólnie przez pruskich ministrów robót publicznych oraz handlu i przemysłu, ogłoszone w 1906 r.

Kamieniem milowym w zakresie ujednolicania regulacji z zakresu prawa zamówień publicznych w związku z odzyskaniem na nowo niepodległości przez państwo polskie było wejście w życie ustawy z dnia 15 lutego 1933 r. o dostawach i robotach na rzecz Skarbu Państwa, samorządu oraz instytucyj prawa publicznego (Dz. U. Nr 19, poz. 127). Do ustawy tej dopiero po czterech latach jej obowiązywania ukazało się rozporządzenie wykonawcze⁸. Przepisy rozporządzenia wykonawczego wprowadziły, co warto jest podkreślić, regułę powszechności stosowania jego zasad. Przepisom tego rozporządzenia podlegały bowiem poza samym Skarbem Państwa również jednostki samorządu terytorialnego, zakłady i przedsiębiorstwa należące do związków komunalnych, instytucje prawa publicznego, do których wówczas zaliczano instytucje ubezpieczeniowo-społeczne, Górnśląskie Kasy Chorych, Spółki Brackie, instytucje samorządu gospodarczego, takie jak izby przemysłowo-handlowe, izby rzemieślnicze, izby rolnicze, instytucje samorządu zawodowego. Poza tymi podmiotami, które z mocy prawa były zobowiązane do stosowania rozporządzenia, istniały również podmioty, które zostały wyłączone z zakresu podmiotów zobowiązanych do jego stosowania.

W literaturze przedmiotu dość słusznie podkreśla się ocenę, iż w przepisach dotyczących prawa zamówień publicznych z okresu międzywojennego można zauważyć pewną dominującą cechę, a mianowicie dużą dbałość o ochronę podmiotów krajowych oraz o stworzenie instytucjonalnych warunków do konkurencji między nimi w trakcie procesu ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego.

Uwzględniając postawioną na wstępie niniejszego rozdziału tezę, iż rozwój ustawodawstwa w zakresie zamówień publicznych szedł w parze z pewnym ogólnym sposobem myślenia o państwie oraz roli gospodarki w życiu i rozwoju większej społeczności, podkreślić należy, że doskonale widać to w kierunkach tego rozwoju po zakończeniu drugiej wojny światowej. Pierwszym aktem praw-

⁸ Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 29 stycznia 1937 r. o dostawach i robotach na rzecz Skarbu Państwa, samorządu oraz instytucyj prawa publicznego (Dz. U. Nr 13, poz. 92).

nym w okresie powojennym, który odzwierciedlał te zmiany, była ustawa z dnia 18 listopada 1948 r. o dostawach, robotach i usługach na rzecz Skarbu Państwa, samorządu oraz niektórych kategorii osób prawnych (Dz. U. Nr 63, poz. 494). Przedmiotowy akt prawny przewidywał jedynie dwa sposoby udzielania zamówień publicznych: tryb bezprzetargowy oraz pisemny przetarg nieograniczony. Mając jednak na uwadze fakt, iż ustawa ta obowiązywała w okresie socjalistycznej gospodarki nakazowo-rozdzielczej, kategoria podmiotów należących do sektora uspołecznionego była traktowana w sposób uprzywilejowany. To uprzywilejowanie polegało na stosowaniu trybu bezprzetargowego, który mógł być wykorzystywany między innymi przez centrale spółdzielczo-państwowe, przedsiębiorstwa państwowe, przedsiębiorstwa państwowo-spółdzielcze, samorządowe oraz pozostające pod zarządem związków samorządu terytorialnego. Przepisów ustawy nie stosowano do tzw. umów planowych, które były regulowane ustawą z dnia 19 kwietnia 1950 r. o umowach planowych w gospodarce socjalistycznej (Dz. U. Nr 21, poz. 180). Ustawa z dnia 19 kwietnia 1950 r. została uchylona na mocy dekretu z dnia 16 maja 1956 r. o umowach dostawy pomiędzy jednostkami gospodarki uspołecznionej (Dz. U. Nr 16, poz. 87), a kolejnym etapem ewolucji systemu zamówień publicznych działającego w warunkach gospodarki socjalistycznej było uchwalenie ustawy z dnia 28 grudnia 1957 r. o dostawach, robotach i usługach na rzecz jednostek państwowych (Dz. U. z 1958 r. Nr 3, poz. 7).

Kolejnym etapem związanym z rozwojem regulacji prawnych dotyczących zamówień publicznych były przemiany polityczne i gospodarcze związane z przełomem w 1989 r. Istniejące do tej pory regulacje prawne okazały się w obliczu nowych okoliczności niewystarczające. Ważnym przyczynkiem do zmian w zakresie regulacji kształtujących system zamówień publicznych była mowa o aspiracji Polski do członkostwa w Unii Europejskiej. Wszystkie te okoliczności w jakimś stopniu przyczyniły się do uchwalenia ustawy z dnia 10 czerwca 1994 r. o zamówieniach publicznych. Jak zgodnie podkreśla się w literaturze przedmiotu, wejście w życie tej ustawy oznaczało rozpoczęcie procesu tworzenia systemu wydatkowania środków publicznych w warunkach gospodarki wolnorynkowej, który miał na celu:

- 1) wprowadzenie jednolitych procedur dokonywania zakupów dostaw, robót budowlanych oraz usług przez podmioty należące do sektora publicznego, co miało sprzyjać zasadzie oszczędnego oraz celowego wydatkowania środków publicznych;

- 2) przeciwdziałanie korupcji poprzez nałożenie obowiązku udzielania zamówień publicznych według jednakowych dla wszystkich procedur postępowania;
- 3) stworzenie systemu środków ochrony prawnej;
- 4) zapewnienie zainteresowanym wykonawcom równych szans w dostępie do rynku zamówień publicznych.

Wielokrotne nowelizacje ustawy o zamówieniach publicznych, negatywnie wpływające na jej spójność, spowodowały, iż zdecydowano się na uchwalenie obecnej ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych.

POJĘCIE ZAMÓWIENIA PUBLICZNEGO

Właściwe rozumienie pojęcia zamówienia publicznego ma kluczowe znaczenie z punktu widzenia prawidłowego stosowania i interpretacji przepisów prawa zamówień publicznych. W języku potocznym zamówienie publiczne utożsamiane jest z procedurą przetargową, a zatem procesem mającym na celu wyłonienie wykonawcy zamówienia publicznego. Tymczasem zgodnie z definicją legalną, wynikającą z art. 2 pkt 13, przez zamówienie publiczne należy rozumieć umowę odpłatną zawieraną między zamawiającym a wykonawcą, której przedmiotem są dostawy, usługi lub roboty budowlane.

Zamówienie publiczne to zatem umowa będąca następstwem przeprowadzonej procedury, nie zaś sama procedura. Fakt ten znajduje potwierdzenie również w zakresie regulacji prawa zamówień publicznych wynikającym z art. 1. Zgodnie z powołanym przepisem ustawa określa zasady i tryb udzielania zamówień publicznych, środki ochrony prawnej, kontrolę udzielania zamówień publicznych oraz organy właściwe w sprawach uregulowanych w ustawie. W zakresie nieuregulowanym w ustawie znajdują zastosowanie przepisy kodeksu cywilnego. Ustawa w bardzo wąskim zakresie reguluje problematykę samych umów zawieranych w wyniku przeprowadzonych postępowań o zamówienia publiczne, odsyłając w pozostałym zakresie do przepisów kodeksu cywilnego.

Szczególny charakter umów o zamówienia publiczne wynika z trybu ich zawierania, który jest konsekwencją szczególnego statusu prawnego jednej ze stron tej umowy – zamawiającego. Zamawiającym w rozumieniu prawa zamówień publicznych jest każda osoba fizyczna, osoba prawna lub jednostka organizacyjna nieposiadająca osobowości prawnej obowiązana do stosowania przepisów prawa zamówień publicznych (art. 2 pkt 12). Wykonawcą w rozumieniu ustawy jest każda osoba fizyczna, osoba prawna albo jednostka organizacyjna nieposiadająca osobowości prawnej, która ubiega się o udzielenie zamówienia publicznego, złożyła ofertę lub zawarła umowę w sprawie zamówienia publicznego

(art. 2 pkt 11). Mając zatem na uwadze sposób rozumienia obu pojęć definiujących stronę podmiotową umowy o zamówienie publiczne, nie budzi wątpliwości, iż o kwalifikacji umowy jako zamówienia publicznego decydować będzie status prawny jednej ze stron tej umowy – zamawiającego, czego następstwem jest obowiązek stosowania przepisów prawa zamówień publicznych przy zawieraniu wszelkich umów odpłatnych.

Do oceny, czy przy udzielaniu konkretnego zamówienia mają zastosowanie przepisy prawa zamówień publicznych, kluczowe jest uzyskanie pozytywnej odpowiedzi na pytanie, czy zawierana umowa będzie mieć charakter zamówienia publicznego, a zatem czy występują wszystkie elementy wskazane przez ustawodawcę w definicji legalnej, tj.:

- a) element odpłatności,
- b) element podmiotowy (umowa zawierana między zamawiającym a wykonawcą),
- c) element przedmiotowy (dostawy, usługi lub roboty budowlane).

Element odpłatności jest często kwestią rozstrzygającą przy kwalifikacji umowy jako zamówienia publicznego. Za zamówienie publiczne nie może bowiem zostać uznana umowa, w której element ten nie występuje. W rozumieniu cywilnoprawnym odpłatność jest przysporzeniem majątkowym, które otrzymuje jedna strona stosunku zobowiązaniowego kosztem drugiej. Na gruncie przepisów prawa zamówień publicznych uznawano do niedawna, iż odpłatność ta musi mieć charakter pieniężny. Odpłatność jest świadczeniem zamawiającego stanowiącym ekwiwalent zrealizowanych przez wykonawcę dostaw, usług lub robót budowlanych. W przypadku gdy świadczenie ma charakter nieodpłatny, nie mamy do czynienia z zamówieniem publicznym.

W odniesieniu do umów o zamówienia publiczne w doktrynie pojawiały się liczne wątpliwości w kwestii charakteru odpłatności będącej ekwiwalentem świadczenia wykonawcy w zakresie możliwości dokonywania wymiany barterowej. Z cywilnoprawnego punktu widzenia za odpłatność należy uznać jakąkolwiek korzyść majątkową. Zwolennicy poglądu przeciwnego, zgodnie z którym wynagrodzenie wykonawcy zamówienia publicznego musi mieć charakter pieniężny, powołują się na jeden z celów ustawy, którym jest gospodarowanie środkami publicznymi w sposób celowy, oszczędny, z uzyskaniem jak najlepszych efektów z poniesionych nakładów⁹.

⁹ Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 6 czerwca 2006 r., II GSK 93/06, LEX nr 270307.

Urząd Zamówień Publicznych w swoich interpretacjach popiera pogląd pierwszy, zgodnie z którym wynagrodzenie wykonawcy zamówienia publicznego nie musi przybrać formy pieniężnej. Do umów o zamówienia publiczne w zakresie nieuregulowanym w ustawie mają bowiem zastosowanie przepisy kodeksu cywilnego, a zatem za odpłatność w zamówieniach publicznych należy uznać każdą formę wynagrodzenia wykonawcy, w tym barter. Za szerokim rozumieniem pojęcia odpłatności w umowach o zamówienia publiczne opowiadał się w swym orzecznictwie również Europejski Trybunał Sprawiedliwości¹⁰.

Taki sposób rozumienia pojęcia zamówienia publicznego przesądza o tym, że za szczególną formę zamówień publicznych uznaje się partnerstwo publiczno-prywatne, jak i instytucję koncesji na roboty budowlane lub usługi w obecnym ujęciu prawnym. „O takim charakterze omawianych typów umów przesądzać będzie angażowanie środków publicznych (pieniężnych lub niepieniężnych, np. nieruchomości) w ramach kontraktu z podmiotem prywatnym w celu realizacji zadania publicznego”¹¹.

Rozstrzygając ewentualne wątpliwości dotyczące kwalifikacji zawieranej umowy jako zamówienia publicznego, należy mieć na uwadze, iż ustawodawca nie uzależnia jej w żaden sposób od źródeł finansowania. W konsekwencji każda umowa o charakterze odpłatnym zawierana przez podmiot posiadający status zamawiającego w rozumieniu przepisów prawa zamówień publicznych powinna być oceniana w kategoriach zamówienia publicznego. Problem ten był rozstrzygany w odniesieniu do umów grupowego ubezpieczenia pracowników zawieranych przez pracodawcę zobowiązanego do stosowania przepisów prawa zamówień publicznych, gdzie składki opłacane były z wynagrodzeń pracowników. Zgodnie ze stanowiskiem Urzędu Zamówień Publicznych umowy te należy uznać za zamówienia publiczne w rozumieniu przepisów ustawy¹².

Interpretacja ta została wydana w oparciu o stanowisko Komisji Europejskiej, zgodnie z którym wynikająca z art. 1 dyrektywy klasycznej definicja zamówień publicznych rozumianych jako umowy o charakterze odpłatnym zawierane na piśmie między jedną lub więcej instytucjami zamawiającymi, których przed-

¹⁰ Por. wyrok ETS z dnia 12 lipca 2001 r. w sprawie C-399/98 *Ordine degli Architetti i in.*, Zb. Orz. 2001, s. I-05409.

¹¹ B. Korbus, T. Srokosz, M. Wawrzyniak, *Partnerstwo publiczno-prywatne. Poradnik*, red. B. Korbus, Warszawa 2010, s. 12.

¹² *Stosowanie ustawy Prawo zamówień publicznych przy zawieraniu umów grupowego ubezpieczenia pracowniczego*, <http://www.uzp.gov.pl/cmsws/page/?D;666>.

miotem jest np. świadczenie usług, w żaden sposób nie odnosi się ani do tożsamości beneficjentów usług, ani źródeł finansowania (pochodzenia środków, z których wypłacane jest wynagrodzenie wykonawcy).

W praktyce prawidłowa kwalifikacja umowy jako zamówienia publicznego przysparza zamawiającym trudności. Poza nałożeniem na podmiot posiadający status zamawiającego obowiązku stosowania przepisów ustawy należy mieć na uwadze, iż ustawodawca określił katalog sytuacji, w których zamawiający nie ma obowiązku stosowania przepisów prawa zamówień publicznych mimo zawierania umowy o charakterze odpłatnym (wyłączenia przedmiotowe). W konsekwencji ze względów organizacyjnych zamawiający nieraz stają przed koniecznością rozstrzygnięcia, czy mimo wyłączenia przedmiotowego umowę należy kwalifikować jako zamówienie publiczne. Problem ten sprowadza się często do rozstrzygnięcia, jaka będzie podstawa prawna do wyłączenia obowiązku stosowania przepisów prawa zamówień publicznych, w sytuacji gdy zawierana umowa nie nosi znamion zamówienia publicznego.

Rozstrzygając ten problem, należy uwzględnić zarówno systematykę aktu prawnego, jakim jest prawo zamówień publicznych, jak i samą definicję zamówienia publicznego. Ustalając obowiązek stosowania przepisów prawa zamówień publicznych, zamawiający powinien odpowiedzieć na dwa pytania:

- 1) czy zawierana umowa nosi cechy zamówienia publicznego w rozumieniu definicji legalnej wynikającej z art. 2 pkt 13, a w przypadku pozytywnej odpowiedzi na to pytanie,
- 2) czy przy zawieraniu tej umowy odpłatnej będą miały zastosowanie przepisy prawa zamówień publicznych.

W wyniku udzielenia odpowiedzi na wyżej wymienione pytania zamawiający może otrzymać następujące kwalifikacje:

- 1) umowa nie będzie zamówieniem publicznym, np. ze względu na brak elementu odpłatności, a zatem przy jej zawieraniu nie będą miały zastosowania przepisy prawa zamówień publicznych;
- 2) umowa jest zamówieniem publicznym, ale przy jej zawieraniu nie będą miały zastosowania przepisy prawa zamówień publicznych ze względu na wystąpienie jednej z przesłanek wyłączeń przedmiotowych (art. 4);
- 3) umowa jest zamówieniem publicznym i przy jej zawieraniu będą miały zastosowanie przepisy prawa zamówień publicznych.

Wynika z tego, iż mimo pozytywnej kwalifikacji umowy jako zamówienia publicznego nie w każdym przypadku przy jej zawieraniu zamawiający będzie miał obowiązek stosowania przepisów prawa zamówień publicznych, co nie zmienia faktu, iż nadal z formalnoprawnego punktu widzenia będzie to zamówienie publiczne. W sytuacji natomiast, gdy nie będzie podstaw prawnych do uznania umowy za zamówienie publiczne – nie rozważamy podstaw do wyłączenia obowiązku stosowania przepisów prawa zamówień publicznych, ponieważ ustawa ta ma zastosowanie jedynie w przypadku udzielania zamówień publicznych. Zatem, jeżeli nie mamy do czynienia z udzielaniem zamówienia publicznego – nie możemy mówić o stosowaniu przepisów prawa zamówień publicznych, a w konsekwencji również o wyłączeniu obowiązku stosowania przepisów tejże ustawy.

ZASADY UDZIELANIA ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

Zasady udzielania zamówień publicznych opisane przez ustawodawcę w rozdziale 2 prawa zamówień publicznych stanowią podstawowe założenia systemu udzielania zamówień publicznych, a ich rolą jest stworzenie bazy do interpretacji pozostałych przepisów. W wielu sytuacjach w praktyce zamawiający napotyka na problem, którego rozstrzygnięcie w kontekście literalnego brzmienia przepisu ustawy nie będzie możliwe. W takim przypadku dla prawidłowego zastosowania tego przepisu w ramach prowadzonej procedury konieczne będzie sięgnięcie do wykładni celowościowej, uwzględniającej zasady udzielania zamówień, które wbrew pozorom nie są jedynie deklaracjami ustawodawcy. Stanowią one system reguł interpretacyjnych, wyznaczając kierunki podejmowania kolejnych czynności w postępowaniu.

Podstawową zasadą udzielania zamówień publicznych jest **zasada uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców**. Jedynie właściwy sposób rozumienia i stosowania tej zasady w praktyce pozwala na prawidłowe udzielanie zamówień publicznych w oparciu o przepisy prawa zamówień publicznych. Zasady udzielania zamówień publicznych są przełożeniem traktatowych zasad wspólnego rynku na krajowy system udzielania zamówień publicznych. Należy podkreślić, iż wbrew obiegowym opiniom podstawową rolą systemu zamówień publicznych nie jest dokonywanie kontroli wydatków publicznych, ale zapewnienie równego dostępu do zamówień publicznych wykonawcom z całej Unii Europejskiej.

Takie podejście rzuca całkowicie odmienne światło na zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Jej rolą jest zapewnienie instytucjonalnych ram dla równego dostępu do kontraktów finansowanych ze środków publicznych wszystkim potencjalnym wykonawcom bez względu na pochodzenie i siedzibę.

Sposób rozumienia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ewoluował dość dynamicznie od wejścia w życie ustawy w 2004 r. Początkowo instytucje ustawowe były ukształtowane w takich sposób, aby każdy z ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego wykonawców miał możliwość złożenia jednej oferty w sposób zgodny z procedurą i wymaganiami zamawiającego. Instytucja uzupełnienia dokumentów miała charakter wyjątkowy. Obecnie wezwanie do uzupełnienia dokumentów jest jednym z licznych obowiązków zamawiającego, zmierzających do konwalidacji formalnie wadliwych ofert składanych w toku prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Instrumenty te urealniają zachowanie konkurencyjności na poziomie kwestii formalnych.

Praktyka pokazała, że przesadny formalizm prowadził do wypaczenia zasady uczciwej konkurencji, przesuwając ciężar z konkurowania na poziomie merytorycznym na prześciganie się wykonawców w znajomości procedur i wykorzystywaniu instrumentów prawnych w celu wyeliminowania innych firm z przetargu.

Poza obowiązkiem przestrzegania zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców prawo zamówień publicznych zobowiązuje również do stosowania zasad:

- bezstronności i obiektywizmu (art. 7 ust. 2),
- jawności postępowania (art. 8 ust. 1),
- pisemności postępowania (art. 9 ust. 1),
- prowadzenia postępowania w języku polskim (art. 9 ust. 2),
- prymatu trybów konkurencyjnych (art. 10 ust. 1).

Bliższa analiza poszczególnych zasad udzielania zamówień publicznych prowadzi do wniosku, iż służą one wzmocnieniu i urzeczywistnieniu zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców i tak naprawdę powinny być rozumiane przez pryzmat tej podstawowej zasady.

Zasada uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców została wyrażona w art. 7 ust. 1, w myśl którego zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Oznacza to, że wszelkie czynności zamawiającego, niezależnie od przepisów szczególnych, będą oceniane przez pryzmat tej zasady. Kolejne normy, np. dotyczące zasad

dokonywania opisu przedmiotu zamówienia, warunków udziału w postępowaniu czy kryteriów oceny ofert, stanowią instrumenty wzmacniające zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

W każdej instytucji ustawowej możemy dopatrzeć się albo bezpośredniego odwołania do tej zasady, albo cech w sposób oczywisty ją realizujących. Urzeczywistnieniu zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców służy większość instytucji funkcjonujących w ramach krajowego systemu udzielania zamówień publicznych. Wszelkie wątpliwości w toku prowadzonego postępowania powinny być rozstrzygane przez odniesienie do tej zasady. Oczywiście z zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców nie wynika obowiązek zamawiającego dopuszczenia do realizacji zamówienia absolutnie każdego potencjalnego wykonawcy. Ustawodawca zarówno przewidział wiele instrumentów weryfikacji statusu podmiotowego wykonawcy pod kątem tego, czy daje on rękojmię należytej realizacji zamówienia (warunki udziału w postępowaniu i przesłanki wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego), jak również wprowadził w uzasadnionych przypadkach ograniczenia w dostępie do realizacji zamówienia ze względu na konstrukcję umowy. Każdy jednak z tych instrumentów, jak również procedury mające na celu ochronę szeroko rozumianego interesu zamawiającego, powinien być wykorzystywany w sposób określony w ustawie, na równych zasadach w odniesieniu do wszystkich wykonawców i przy bezwzględnym poszanowaniu zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Specyfiką postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest bowiem wysoki poziom jego sformalizowania, który ma stanowić gwarancję stworzenia równych reguł stosowanych przez zamawiającego w stosunku do wszystkich uczestników postępowania.

Z art. 7 ust. 2 wynika obowiązek zachowania przez zamawiającego w toku prowadzonego postępowania **zasady bezstronności i obiektywizmu**. Obowiązkiem zamawiającego jest zagwarantowanie, aby osoby wykonujące czynności w postępowaniu dawały pełną gwarancję zachowania tej zasady. Jest bowiem oczywiste, że w świetle zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców za niedopuszczalne należałoby uznać sytuacje, w których po stronie zamawiającego, przykładowo w charakterze członków komisji przetargowej, czynności w postępowaniu wykonują osoby pozostające w relacjach osobistych czy w różnego rodzaju stosunkach skutkujących powstaniem zależności finansowej z wykonawcą składającym w danym postępowaniu ofertę. Z tego też względu, w celu stworzenia realnych ram dla zapewnienia zachowania we

wszystkich postępowaniach o zamówienia publiczne zasady bezstronności i obiektywizmu, ustawodawca w art. 17 ust. 1 wymienił okoliczności, których wystąpienie w stosunku do osoby wykonującej czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego skutkować będzie jej wyłączeniem. Osoby wykonujące czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia podlegają wyłączeniu, jeżeli:

- 1) ubiegają się o udzielenie tego zamówienia;
- 2) pozostają w związku małżeńskim, w stosunku pokrewieństwa lub powinowactwa w linii prostej, pokrewieństwa lub powinowactwa w linii bocznej do drugiego stopnia lub są związane z tytułu przysposobienia, opieki lub kurateli z wykonawcą, jego zastępcą prawnym lub członkami organów zarządzających lub organów nadzorczych wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia;
- 3) przed upływem 3 lat od dnia wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia pozostawały w stosunku pracy lub zlecenia z wykonawcą lub były członkami organów zarządzających lub organów nadzorczych wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia;
- 4) pozostają z wykonawcą w takim stosunku prawnym lub faktycznym, że może to budzić uzasadnione wątpliwości co do bezstronności tych osób;
- 5) zostały prawomocnie skazane za przestępstwo popełnione w związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia, przestępstwo przekupstwa, przestępstwo przeciwko obrotowi gospodarczemu lub inne przestępstwo popełnione w celu osiągnięcia korzyści majątkowych.

Weryfikacja tych okoliczności następuje na podstawie oświadczenia, które obowiązana jest złożyć każda osoba wykonująca czynności w postępowaniu, w formie pisemnej, pod rygorem odpowiedzialności karnej za fałszywe zeznania.

Z art. 7 ust. 3 wynika zasada, która wydaje się oczywista, niemniej jej skutki są w praktyce bardzo doniosłe. Otóż, zgodnie z powołanym przepisem, **zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy**. W praktyce dość często okazuje się, że zamawiający nie zauważają daleko idących konsekwencji tego przepisu. Oznacza on bowiem, iż niedopuszczalne będą zmiany podmiotowe po stronie wykonawcy, zmierzające do prze-

jęcia zamówienia publicznego¹³, jak również np. udzielenie zamówień dodatkowych na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 5 wykonawcy innemu niż wykonawca zamówienia podstawowego.

W myśl art. 8 ust. 1 **postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest jawne**. Ograniczenie dostępu do informacji związanych z postępowaniem może nastąpić tylko w przypadkach określonych w ustawie. W praktyce wyłączenie jawności następuje w stosunku do informacji zastrzeżonych przez wykonawcę jako tajemnica przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z art. 8 ust. 3 zamawiający nie może ujawniać informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca nie później niż w terminie składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub ofert zastrzegł, że nie mogą one być udostępniane. Wykonawca nie może jednak zastrzec informacji dotyczących: firmy (nazwy), adresu, ceny, terminu wykonania zamówienia, okresu gwarancji, warunków płatności.

Zastrzeżenie przez wykonawcę informacji niestanowiących **tajemnicy przedsiębiorstwa** jest bezskuteczne, ale nie stanowi podstawy odrzucenia oferty. Za tajemnicę przedsiębiorstwa, w rozumieniu art. 11 ust. 4 u.z.n.k.¹⁴, uznaje się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. Za tajemnicę przedsiębiorstwa mogą zostać uznane jedynie takie informacje, które wykonawca chroni w ramach prowadzonej działalności, nie tylko w związku z udziałem w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Wyrazem zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest jawność protokołu postępowania. Zgodnie z art. 96 ust. 3 protokół postępowania wraz z załącznikami jest jawny. Załączniki do protokołu udostępnia się po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty lub unieważnieniu postępowania, z tym że oferty udostępnia się od chwili ich otwarcia, oferty wstępne

¹³ Stanowisko wyrażone w wyroku SN z dnia 13 stycznia 2004 r., V CK 97/03, OSNC 2005, nr 2, poz. 34 (orzeczenie wydane na gruncie przepisów ustawy z dnia 10 czerwca 1994 r. o zamówieniach publicznych, niemniej jednak aktualne w obecnym stanie prawnym).

¹⁴ Ustawa z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tekst jedn.: Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 z późn. zm.).

od dnia zaproszenia do składania ofert, a wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu od dnia poinformowania o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Zasady udostępniania protokołu postępowania określone zostały rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 26 października 2010 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (Dz. U. Nr 223, poz. 1458). Protokół postępowania wraz z załącznikami udostępniany jest na wniosek. Udostępnienie protokołu lub załączników może nastąpić poprzez wgląd w miejscu wyznaczonym przez zamawiającego, przesłanie kopii pocztą, faksem lub drogą elektroniczną, zgodnie z wyborem wnioskodawcy wskazanym we wniosku. Samodzielne kopiowanie przez wnioskodawcę treści złożonych ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu za pomocą urządzeń lub środków technicznych służących do utrwalania obrazu, wymaga zgody zamawiającego. Jeżeli przesłanie kopii protokołu lub załączników zgodnie z wyborem wnioskodawcy jest z przyczyn technicznych znacząco utrudnione, w szczególności z uwagi na ilość żądanych do przesłania dokumentów, zamawiający zobowiązany jest poinformować o tym fakcie wnioskodawcę i wskazać sposób, w jaki mogą być one udostępnione.

Zamawiający zobowiązany jest udostępnić protokół lub załączniki niezwłocznie. W wyjątkowych przypadkach, w szczególności związanych z zapewnieniem sprawnego toku prac dotyczących badania i oceny ofert, zamawiający udostępnia oferty lub wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu do wglądu lub przesyła ich kopie w terminie przez siebie wyznaczonym, nie później jednak niż w dniu przesłania informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej albo o unieważnieniu postępowania.

Zasada jawności postępowania odgrywa niezwykle doniosłą rolę w praktyce. Dzięki niej do postępowań o zamówienia publiczne zostają wprowadzone instrumenty kontroli ze strony wykonawców. Wykorzystywanie tej zasady w wielu przypadkach przesądza o możliwości skutecznego korzystania ze środków ochrony prawnej przewidzianych przepisami prawa zamówień publicznych.

Zasada jawności zapewnia upublicznienie informacji o zamówieniach publicznych, gwarantując tym samym konkurencyjność procedur. Na aspekt ten w odniesieniu do zamówień niepodlegających dyrektywom uwagę zwraca Komisja Europejska, stwierdzając, iż „zasady równego traktowania i niedyskryminacji [...] pociągają za sobą obowiązek przejrzystości, który [...] »polega na za-

gwarantowaniu wszystkim potencjalnym oferentom odpowiedniego poziomu upublicznienia informacji umożliwiającego rynkowi [...] otwarcie na konkurencję [...]»¹⁵.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone jest z zachowaniem formy pisemnej. Wyjątki od tej zasady określają w sposób bezpośredni przepisy ustawy. **Zasadę pisemności postępowania** liberalizuje przepis art. 27 ust. 1, zgodnie z którym w postępowaniach o udzielenie zamówienia oświadczenia, wnioski, zawiadomienia oraz informacje zamawiający i wykonawcy przekazują, zgodnie z wyborem zamawiającego, pisemnie, faksem lub drogą elektroniczną. W przypadku dokonania przez zamawiającego wyboru tzw. szybkich form komunikacji jako obowiązujących w kontaktach stron możliwe jest jednak zawsze skorzystanie z formy pisemnej.

Ustawodawca premiuje w toku prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego porozumiewanie się faksem lub drogą elektroniczną przez ustalanie terminów krótszych niż w przypadku przesłania przez zamawiającego informacji o dokonaniu danej czynności z zachowaniem formy pisemnej. Omawiając zagadnienia związane z porozumiewaniem się w toku prowadzonego postępowania za pomocą faksu lub drogi elektronicznej, należy podkreślić, iż przepisy te nie odnoszą się do oświadczeń i dokumentów, dla których wymagana jest forma szczególna. W związku z tym niedopuszczalne jest zarówno złożenie oferty za pośrednictwem faksu, gdyż oferta wymaga zachowania formy pisemnej pod rygorem nieważności, jak i uzupełnienie dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Brak również przesłanek do wykluczenia wykonawcy tą drogą, gdyż ustawodawca zastrzegł dla tych dokumentów formę oryginału lub kserokopii poświadczonej „za zgodność z oryginałem” przez wykonawcę.

Omawiając aspekt prowadzenia postępowania w formie pisemnej w kontekście problemów praktycznych, z którymi spotykają się zamawiający, należy zwrócić uwagę na art. 78 § 1 k.c., z którego w sposób jednoznaczny wynika, co ustawodawca uznaje za zachowanie formy pisemnej. Zgodnie z powołanym przepisem do zachowania pisemnej formy czynności prawnej wystarcza złożenie własnoręcznego podpisu na dokumencie obejmującym treść oświadczenia woli. Do zawarcia umowy wystarcza wymiana dokumentów obejmujących treść oświadczeń woli, z których każdy jest podpisany przez jedną ze stron, lub do-

¹⁵ Komunikat wyjaśniający Komisji dotyczący prawa wspólnotowego obowiązującego w dziedzinie udzielania zamówień, które nie są lub są jedynie częściowo objęte dyrektywami w sprawie zamówień publicznych (2006/C 179/02); Dz. Urz. UE C 179 z 1.08.2006, s. 2.

kumentów, z których każdy obejmuje treść oświadczenia woli jednej ze stron i jest przez nią podpisany. Zatem niedopuszczalne będzie podpisanie przez wykonawcę oferty za pomocą faksymile, ale oferta podpisana własnoręcznie, lecz ołówkiem będzie w pełni ważna.

Protokół postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający zobowiązany jest bezwzględnie prowadzić przy zachowaniu formy pisemnej. Oczywiście część załączników do protokołu będzie w formie, w której zamawiający je otrzymał, np. korespondencja prowadzona zgodnie z ustawą za pośrednictwem faksu.

Przepis art. 10 ust. 1 stanowi podstawę do konstruowania w doktrynie **zasady prymatu trybów konkurencyjnych**. Zgodnie z powołanym przepisem podstawowymi trybami udzielania zamówienia są przetarg nieograniczony oraz przetarg ograniczony. Zastosowanie jednego z tych trybów nie wymaga wystąpienia dodatkowych okoliczności, nazywanych przesłankami wyboru trybu. Należy podkreślić, iż swobodę decyzyjną związaną z wyborem trybu postępowania pozostawiono zamawiającemu jedynie w obszarze trybów podstawowych. Zastosowanie każdego innego trybu limitowane jest przez ustawodawcę.

Oceny konkurencyjności postępowań dokonuje się w kontekście występowania w nich elementu ogłoszenia o zamówieniu. Za konkurencyjne uznaje się w praktyce wyłącznie tryby rozpoczynające się ogłoszeniem o zamówieniu, przy czym i tak niektóre z nich (np. dialog konkurencyjny czy negocjacje z ogłoszeniem) wymagają wykazania przez zamawiającego, iż w zaistniałym stanie faktycznym wystąpiły okoliczności pozwalające na ich zastosowanie.

ZAKRES PODMIOTOWY USTAWY – PRAWO ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

Istota zamówienia publicznego jest nierozzerwalnie związana z zakresem podmiotowym stosowania przepisów prawa zamówień publicznych. Jak już bowiem wyjaśniono w rozdziale 3 dotyczącym pojęcia zamówienia publicznego, kwalifikacja umowy jako zamówienia publicznego następuje przede wszystkim w oparciu o podmiot, który tego zamówienia udziela (zamawiającego w rozumieniu przepisów prawa zamówień publicznych). W praktyce w większości przypadków dla kwalifikacji umowy na gruncie przepisów prawa zamówień publicznych kluczowe znaczenie będzie mieć właśnie status podmiotowy tej strony umowy, nie zaś, wbrew obiegowym opiniom, źródło jej finansowania. Wynika to wprost z art. 3 ust. 1, zgodnie z którym ustawę stosuje się do udzielania zamówień publicznych przez podmioty kwalifikowane przez ustawodawcę jako zamawiający w rozumieniu przepisów prawa zamówień publicznych.

Zgodnie z definicją legalną zamawiającego, zawartą w art. 2 pkt 12, przez zamawiającego należy rozumieć osobę fizyczną, osobę prawną albo jednostkę organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej obowiązaną do stosowania ustawy.

Katalog podmiotów kwalifikowanych jako zamawiający na gruncie przepisów prawa zamówień publicznych wynika z art. 3 ustawy. W większości przypadków kwalifikacja podmiotu jako zamawiającego nie wzbudza większych wątpliwości, niemniej zdarzają się podmioty, w odniesieniu do których obowiązek udzielania zamówień publicznych w oparciu o przepisy prawa zamówień publicznych bywa kontrowersyjny. O ile bowiem stosowanie przepisów ustawy przez podmioty zaliczane do jednostek sektora finansów publicznych wydaje się oczywiste, o tyle obowiązek stosowania przepisów prawa zamówień publicznych przez spółki prawa handlowego o charakterze mieszanym z udziałem ka-

pitału publicznego dość często bywa kwestionowany. Ocena tego rodzaju sytuacji z punktu widzenia ustawowych przesłanek kwalifikacji zamawiającego nie zawsze wydaje się oczywista.

Na chwilę obecną sam fakt dysponowania środkami publicznymi nie stanowi głównej podstawy do kwalifikacji dysponenta tych środków jako zamawiającego w rozumieniu przepisów prawa zamówień publicznych. W wielu przypadkach natomiast, mimo finansowania zamówienia ze środków prywatnych, zawierana umowa będzie kwalifikowana jako zamówienie publiczne na gruncie przepisów prawa zamówień publicznych właśnie ze względu na status podmiotowy strony zawierającej tę umowę (zamawiającego). Tak będzie w przypadku zawierania przez zamawiającego umów ubezpieczenia grupowego pracowników, których składki opłacane są w całości ze środków pracowniczych. Z podobną sytuacją będziemy mieć do czynienia w przypadku zamawiania posiłków przez szkołę, będącą stroną umowy, nawet przy założeniu finansowania tych posiłków ze środków rodziców.

O kwalifikacji umowy jako zamówienia publicznego przesądza bowiem jej odpłatny charakter i status podmiotowy zamawiającego, nie zaś źródło finansowania. Z tego właśnie względu beneficjenci funduszy Unii Europejskiej zobowiązani są do stosowania przepisów dotyczących udzielania zamówień publicznych na takich warunkach, na jakich mają one zastosowanie do beneficjenta i realizowanego projektu.

Obowiązek stosowania przepisów prawa zamówień publicznych przy zawieraniu umów odpłatnych, których przedmiotem są dostawy, usługi lub roboty budowlane, spoczywa w pierwszej kolejności na jednostkach sektora finansów publicznych w rozumieniu przepisów o finansach publicznych (art. 3 ust. 1 pkt 1). W obecnym stanie prawnym katalog podmiotów uznawanych za jednostki sektora finansów publicznych został określony w art. 9 u.f.p. Zgodnie z powołanym przepisem sektor finansów publicznych tworzą:

- 1) organy władzy publicznej, w tym organy administracji rządowej, organy kontroli państwowej i ochrony prawa oraz sądy i trybunały,
- 2) jednostki samorządu terytorialnego oraz ich związki,
- 3) jednostki budżetowe,
- 4) samorządowe zakłady budżetowe,
- 5) agencje wykonawcze,
- 6) instytucje gospodarki budżetowej,
- 7) państwowe fundusze celowe,

- 8) Zakład Ubezpieczeń Społecznych i zarządzane przez niego fundusze oraz Kasa Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego i fundusze zarządzane przez Prezesa Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego,
- 9) Narodowy Fundusz Zdrowia,
- 10) samodzielne publiczne zakłady opieki zdrowotnej,
- 11) uczelnie publiczne,
- 12) Polska Akademia Nauk i tworzone przez nią jednostki organizacyjne,
- 13) państwowe i samorządowe instytucje kultury oraz państwowe instytucje filmowe,
- 14) inne państwowe lub samorządowe osoby prawne utworzone na podstawie odrębnych ustaw w celu wykonywania zadań publicznych, z wyłączeniem przedsiębiorstw, instytutów badawczych, banków i spółek prawa handlowego.

Do stosowania przepisów prawa zamówień publicznych obowiązane są również inne niż jednostki sektora finansów publicznych państwowe jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej. Jako przykład takiej jednostki podaje się często Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe¹⁶.

Do stosowania przepisów prawa zamówień publicznych przy zawieraniu umów odpłatnych, których przedmiotem są dostawy, usługi lub roboty budowlane, obowiązane są również, w myśl art. 3 ust. 1 pkt 3, inne niż jednostki sektora finansów publicznych osoby prawne, utworzone w szczególnym celu zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym niemających charakteru przemysłowego ani handlowego, jeżeli podmioty, o których mowa w tym przepisie oraz w pkt 1 i 2, pojedynczo lub wspólnie, bezpośrednio lub pośrednio przez inny podmiot:

- a) finansują je w ponad 50% lub
- b) posiadają ponad połowę udziałów albo akcji, lub
- c) sprawują nadzór nad organem zarządzającym, lub
- d) mają prawo do powoływania ponad połowy składu organu nadzorczego lub zarządzającego.

Regulacją art. 3 ust. 1 pkt 3 przeniesiono na grunt przepisów krajowych uregulowane na poziomie wspólnotowym pojęcie instytucji prawa publicznego, które odnosi się do podmiotów ustanowionych w szczególnym celu zaspokajania

¹⁶ W. Dzierżanowski, J. Jerzykowski, M. Stachowiak, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, LEX/el. 2010, komentarz do art. 3.

potrzeb o charakterze powszechnym niemających charakteru przemysłowego ani handlowego, posiadających osobowość prawną, w odniesieniu do których spełniona jest jedna z następujących przesłanek:

- a) finansowanie następuje w całości lub w przeważającej części przez organy państwowe, organy samorządowe lub inne instytucje prawa publicznego,
- b) zarząd jest nadzorowany przez organy państwowe, organy samorządowe lub inne instytucje prawa publicznego,
- c) ponad połowa składu ich organu zarządzającego lub nadzorczego mianowana jest przez organy państwowe, samorządowe lub inne instytucje prawa publicznego.

W praktyce wiele kontrowersji budzi ocena celu, w jakim podmiot został utworzony. Istotą instytucji prawa publicznego jest bowiem ich utworzenie w szczególnym celu zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym, niemających charakteru przemysłowego ani handlowego. W praktyce najczęściej chodzi tu o świadczenia zmierzające do zaspokojenia potrzeb zbiorowych, do których zobowiązane zostały organy władzy państwowej lub samorządu terytorialnego. Podmioty te dość często powołują odrębne jednostki, np. w formie spółek prawa handlowego, do wykonywania powierzonych im zadań w zakresie zaspokajania danego rodzaju potrzeb zbiorowych społeczności. Właśnie te jednostki będą miały status instytucji prawa publicznego w rozumieniu prawa wspólnotowego.

Dość często podkreśla się, że przy ocenie podmiotu jako instytucji prawa publicznego podstawowe znaczenie będzie mieć cel, w jakim jednostka ta została utworzona, nie zaś realna struktura świadczonych na dany moment usług. „W sytuacji, gdy podmiot wykonuje również inne zadania niż publiczne, rozstrzygające znaczenie ma ocena pierwotnego celu jego utworzenia. Jeżeli instytucja została utworzona w celu zaspokajania potrzeb powszechnych a zaczęła prowadzić także działalność gospodarczą nastawioną na zysk, utrzymuje ona status instytucji prawa publicznego, nawet jeżeli działalność w interesie powszechnym stanowi niewielką część w porównaniu z działalnością czysto handlową”¹⁷. Do usług uznawanych za usługi o charakterze powszechnym, niemających charakteru przemysłowego ani handlowego, w doktrynie i orzecznictwie najczęściej zalicza

¹⁷ Instytucje prawa publicznego, <http://www.uzp.gov.pl/cmsws/page/?D;691>.

się m.in. zaopatrywanie ludności w wodę, energię elektryczną, gazową i ciepłą, utrzymanie dróg i komunikacji, rozwój nauki, zapewnienie oświaty, opieki zdrowotnej i pomocy społecznej, realizacja różnego rodzaju potrzeb kulturalnych.

W doktrynie i orzecznictwie przyjmuje się, iż pojęcie potrzeb o charakterze powszechnym, niemających charakteru przemysłowego ani handlowego, powinno być interpretowane możliwie szeroko. Orzecznictwo Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości wskazuje, iż o kwalifikacji podmiotu jako instytucji prawa publicznego przesądza w szczególności powiązanie prowadzonej przez niego działalności z działalnością państwa. Zwykle potrzeby, w celu których zaspokajania taki podmiot jest powoływany, nie mogą być w inny sposób zaspokojone na rynku lub mogą być zaspokojone jedynie w ograniczony sposób¹⁸.

Przykładem zamawiających w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 3 w polskiej rzeczywistości prawnej są spółki powoływane w celu wykonywania zadań własnych gminy. Gospodarka komunalna może być prowadzona przez jednostki samorządu terytorialnego w szczególności w formach samorządowego zakładu budżetowego lub spółek prawa handlowego. Zgodnie z art. 9 ust. 2 ustawy z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym (tekst jedn.: Dz. U. z 2001 r. Nr 142, poz. 1591 z późn. zm.) gmina oraz inna gminna osoba prawna może prowadzić działalność gospodarczą wykraczającą poza zadania o charakterze użyteczności publicznej wyłącznie w przypadkach określonych w odrębnej ustawie.

Podmioty prawa publicznego, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 3, w zależności od rodzaju udzielanych zamówień mogą mieć dwojaką kwalifikację prawną na gruncie przepisów prawa zamówień publicznych. Poza bowiem obowiązkiem udzielania zamówień publicznych na zasadach klasycznych, mogą udzielać zamówień w celu wykonywania jednego z rodzajów działalności, o których mowa w art. 132 ust. 1, wówczas będą mieć status zamawiających sektorowych. Ze względu na możliwość wystąpienia takiej podwójnej kwalifikacji prawnej na gruncie przepisów ustawy pojawił się również problem zasad udzielania przez podmioty prawa publicznego zamówień mieszanych, tj. takich, które jedynie w części udzielane są w celu wykonywania działalności sektorowej. Urząd Zamówień Publicznych zaleca, aby zamówienia takie były udzielane na zasadach ogólnych.

¹⁸ Por. wyrok ETS z dnia 15 stycznia 1998 r. w sprawie C-44/96 *Mannesmann Anlagenbau Austria AG i in. v. Strohal Rotationsdruck GesmbH*, Zb. Orz. 1998, s. I-00073; wyrok ETS z dnia 16 października 2003 r. w sprawie C-283/00 *Komisja Wspólnot Europejskich v. Królestwo Hiszpanii*, Zb. Orz. 2003, s. I-11697 (tzw. orzeczenie SIEPSA).

Zamawiającymi w rozumieniu ustawy będą również związki podmiotów, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1 i 2 lub podmiotów, o których mowa w pkt 3.

Bardzo charakterystyczną grupę zamawiających na gruncie przepisów prawa zamówień publicznych stanowią tzw. zamawiający sektorowi. Zgodnie z art. 3 ust. 1 pkt 4 do udzielania zamówień w oparciu o przepisy ustawy obowiązane są inne niż określone w art. 3 ust. 1 pkt 1–3a podmioty, jeżeli zamówienie jest udzielane w celu wykonywania jednego z rodzajów działalności, o której mowa w art. 132, a działalność ta jest wykonywana na podstawie praw szczególnych lub wyłącznych albo jeżeli podmioty, o których mowa w pkt 1–3a, pojedynczo lub wspólnie, bezpośrednio lub pośrednio przez inny podmiot wywierają na nie dominujący wpływ, w szczególności:

- a) finansują je w ponad 50% lub
- b) posiadają ponad połowę udziałów albo akcji, lub
- c) posiadają ponad połowę głosów wynikających z udziałów albo akcji, lub
- d) sprawują nadzór nad organem zarządzającym, lub
- e) mają prawo do powoływania ponad połowy składu organu zarządzającego.

Instytucja zamawiająca zostanie uznana za zamawiającego sektorowego w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 4, jeżeli jej działalność wykonywana jest na podstawie praw szczególnych lub wyłącznych lub jeżeli ze względów organizacyjno-właścicielskich dominujący wpływ na jej działalność będą miały jednostki sektora finansów publicznych, inne państwowe jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej lub też instytucje prawa publicznego¹⁹.

Charakter wpływu został zdefiniowany dość szeroko – ustawodawca wskazuje bowiem, że jednostki te mogą wpływać na działalność wykonawcy pojedynczo, wspólnie, bezpośrednio lub pośrednio przez inny podmiot, wymieniając przykładowe relacje finansowo-właścicielskie pomiędzy tymi jednostkami a zamawiającym.

Obowiązek stosowania przepisów prawa zamówień publicznych przez zamawiających sektorowych jest konsekwencją kwalifikacji podmiotowo-przedmiotowej. O obowiązku tym będzie bowiem przesądzać nie tylko struktura udziałowo-właścicielska zamawiającego, ale również charakter udzielanego zamówienia. Podmioty te będą bowiem zobowiązane do stosowania przepisów ustawy w przypadku udzielania zamówień w celu wykonywania jednego z rodzajów działalności, o których mowa w art. 132 ust. 1, tj.:

¹⁹ Por. J. Pieróg, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2010.

- 1) poszukiwania, rozpoznawania lub wydobywania gazu ziemnego, ropy naftowej oraz jej naturalnych pochodnych, węgla brunatnego, węgla kamiennego i innych paliw stałych;
- 2) zarządzania lotniskami, portami morskimi lub śródlądowymi oraz ich udostępniania przewoźnikom powietrznym, morskim i śródlądowym;
- 3) tworzenia sieci przeznaczonych do świadczenia publicznych usług związanych z produkcją, przesyłaniem lub dystrybucją energii elektrycznej, gazu lub ciepła lub dostarczania energii elektrycznej, gazu albo ciepła do takich sieci lub kierowania takimi sieciami;
- 4) tworzenia sieci przeznaczonych do świadczenia publicznych usług związanych z produkcją lub dystrybucją wody pitnej lub dostarczania wody pitnej do takich sieci lub kierowania takimi sieciami;
- 5) obsługi sieci świadczących publiczne usługi w zakresie transportu kolejowego, tramwajowego, trolejbusowego, kolejną linową lub przy użyciu systemów automatycznych;
- 6) obsługi sieci świadczących publiczne usługi w zakresie transportu autobusowego;
- 7) świadczenia usług pocztowych.

Udzielanie zamówień sektorowych podlega regulacji szczególnej wynikającej z działu III rozdziału 5 prawa zamówień publicznych. Zamawiający sektorowi mają na gruncie przepisów ustawy dość charakterystyczną, wręcz uprzywilejowaną sytuację. Otóż, zgodnie z art. 133 ust. 1, do udzielania zamówień sektorowych ustawę stosuje się, jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 (tzw. progi unijne)²⁰. Oznacza to, że obowiązek stosowania przepisów prawa zamówień publicznych przez zamawiających sektorowych w obecnym stanie prawnym odnosi się do zamówień i konkursów, których wartość przekracza 400 000 euro dla dostaw i usług oraz 5 000 000 euro dla robót budowlanych²¹.

²⁰ Zob. rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 16 grudnia 2011 r. w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej (Dz. U. Nr 282, poz. 1649); kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 w publikacji będą powoływane jako tzw. progi unijne.

²¹ Zgodnie z rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 16 grudnia 2011 r. w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej (Dz. U. Nr 282, poz. 1649).

W odniesieniu do zamówień, których wartość nie przekracza wskazanych przez ustawodawcę kwot progowych, zamawiający stosują wewnętrzne procedury, najczęściej sformułowane w regulaminach udzielania zamówień przewidujących procedury zbliżone do uregulowanych przepisami prawa zamówień publicznych.

Przepis art. 3 ust. 1 pkt 5 stwarza ramy prawne udzielania zamówień publicznych przez podmioty inne niż jednostki sektora finansów publicznych oraz inne państwowe jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej, jeżeli:

- a) ponad 50% wartości udzielanego przez nie zamówienia jest finansowane ze środków publicznych lub przez podmioty, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1–3a,
- b) wartość zamówienia jest równa lub przekracza tzw. progi unijne,
- c) przedmiotem zamówienia są roboty budowlane obejmujące wykonanie czynności w zakresie inżynierii lądowej lub wodnej, budowy szpitali, obiektów sportowych, rekreacyjnych lub wypoczynkowych, budynków szkolnych, budynków szkół wyższych lub budynków wykorzystywanych przez administrację publiczną lub usługi związane z takimi robotami budowlanymi.

W obecnym stanie prawnym niezwykle rzadko dochodzi do sytuacji, w której podmiot niepubliczny niezwiązany organizacyjnie i finansowo z sektorem finansów publicznych byłby zobowiązany do stosowania przepisów prawa zamówień publicznych przy udzielaniu zamówień. Sytuacja taka może jednak wystąpić przykładowo przy udzielaniu zamówienia w ramach projektu współfinansowanego ze środków Unii Europejskiej przez podmiot niezobowiązany co do zasady do udzielania zamówień przy zastosowaniu przepisów tej ustawy, jeżeli realizowane zadanie dotyczyć będzie zakresu merytorycznego, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 5 lit. c, a wartość zamówienia przekraczać będzie tzw. progi unijne.

Do udzielania zamówień publicznych w oparciu o przepisy prawa zamówień publicznych obowiązane będą również podmioty, z którymi zawarto umowę koncesji na roboty budowlane na podstawie ustawy z dnia 9 stycznia 2009 r. o koncesji na roboty budowlane lub usługi (Dz. U. Nr 19, poz. 101 z późn. zm.), w zakresie w jakim udzielają zamówienia w celu jej wykonania.

Obowiązek stosowania przepisów prawa zamówień publicznych wynika w każdym przypadku z przesłanek ustawowych. Oznacza to, że nie może on zostać ani nałożony, ani wyłączony na podstawie umowy czy decyzji administracyjnej. Przepisem art. 3 ust. 3 ustawodawca stworzył jednak podstawę do

nałożenia na podmioty otrzymujące dofinansowanie ze środków zewnętrznych obowiązku stosowania przy ich wydatkowaniu zasad równego traktowania, uczciwej konkurencji i przejrzystości. Przepis ten stanowi podstawę nałożenia zobowiązania do zachowania konkurencyjności m.in. na beneficjentów funduszy Unii Europejskiej. Zakres obowiązków beneficjentów związanych z udzielaniem zamówień niepodlegających przepisom prawa zamówień publicznych określany jest w postaci wytycznych programowych zgodnie z komunikatem Komisji 2006/C 179/02.

WYŁĄCZENIA STOSOWANIA USTAWY – PRAWO ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

1. Charakter prawny wyłączeń przedmiotowych

Każda umowa odpłatna zawierana pomiędzy zamawiającym a wykonawcą, której przedmiotem są dostawy, usługi lub roboty budowlane, posiada odrębną kwalifikację prawną z punktu widzenia stosowania przepisów prawa zamówień publicznych. Nie można bowiem utożsamiać pojęcia zamówienia publicznego z zamówieniem udzielanym w procedurze przewidzianej przepisami prawa zamówień publicznych. Dość często w praktyce występują sytuacje, w których zawierana umowa nosi cechy zamówienia publicznego z punktu widzenia definicji legalnej, ale przy jej zawieraniu wyłączony zostaje obowiązek stosowania przepisów prawa zamówień publicznych.

Przykładowo ustawodawca wyłączył obowiązek stosowania przepisów prawa zamówień publicznych w odniesieniu do zamówień i konkursów, których wartość nie przekracza wyrażonej w złotych równowartości kwoty 14 000 euro. Niewątpliwie jednak umowa taka ma charakter odpłatny i ze względu na swój charakter mieści się w zakresie pojęciowym zamówienia publicznego. Z podobną sytuacją mamy do czynienia przy zawieraniu umów o pracę. Przy zawieraniu umów z zakresu prawa pracy zamawiający nie ma obowiązku stosowania przepisów prawa zamówień publicznych na mocy art. 4 pkt 4. Jeżeli jednak weźmiemy pod uwagę elementy konstrukcyjne stosunku pracy, zauważymy, że z punktu widzenia stosowania przepisów prawa zamówień publicznych umowa o pracę nosić będzie cechy formalne zamówienia publicznego. Co więcej, wyłączenie obowiązku stosowania przepisów prawa zamówień publicznych w odniesieniu do zamówień o wartości nieprzekraczającej wyrażonej w złotych równowartości 14 000 euro oraz wyłączenie w odniesieniu do umów z zakresu prawa pracy następuje na tym samym poziomie legislacyjnym.