

Wprowadzenie

Zamówienie publiczne jest to poddana szczególnemu reżimowi prawnemu umowa, którą publiczny nabywca lub ewentualnie nabywca prywatny poddany wspomnianemu prawnemu reżimowi, nazywany konwencjonalnie zamawiającym lub instytucją zamawiającą, zawiera z wykonawcą (lub wykonawcami) dla zaspokojenia popytu na określone pożądanym przez siebie dobro. Tym pożądanym przez zamawiającego dobrem jest określone świadczenie wykonawcy, czyli powinno zachowanie się wykonawcy, które prowadzi do zaspokojenia konkretnych potrzeb danego zamawiającego i przynosi temu ostatniemu bezpośrednią gospodarczą korzyść. Przy czym bardzo często potrzeby zamawiającego oraz uzyskiwane przez niego gospodarcze korzyści są nie tylko, czy też nie tyle, jego potrzebami i korzyściami indywidualnymi (osobistymi), lecz mają charakter potrzeb i korzyści publicznych, a więc są ważne z uwagi na interes publiczny i ze względu na dobro wspólne. Może to mieć miejsce w szczególności wówczas, gdy dane zamówienie publiczne jest przez zamawiającego udzielane w celu realizowania przez danego zamawiającego spoczywających na nim, z odrębnego tytułu prawnego, określonych zadań publicznych. Wykonawca, w zamian za realizowane przez siebie świadczenie (czy też w zamian za dostarczane dobro), ma prawo do otrzymania wynagrodzenia, przy czym wynagrodzenie to może być w szczególności płatne ze środków pozostających w dyspozycji zamawiającego (w tym ze środków publicznych) lub też może być generowane dzięki eksploatacji przez wykonawcę świadczenia stanowiącego przedmiot danego zamówienia publicznego lub też przedmiotu tego świadczenia.

Zamówienie publiczne jest kategorią prawną o charakterze dynamicznym, w tym mianowicie znaczeniu, że przechodzi ono przez kolejno następujące po sobie fazy: przygotowywania, udzielania (zawierania) i wykonywania.

Tak pojmowane zamówienia publiczne są przygotowywane, udzielane (zawierane) oraz wykonywane zgodnie ze specjalnym reżimem prawnym, nazywanym prawem zamówień publicznych lub prawnym reżimem zamówień publicznych i istniejącym na szczeblu krajowym oraz ponadnarodowym. Prawo zamówień publicznych, formalizując i instytucjonalizując proces przygotowywania, udzielania oraz wykonywania zamówień publicznych, zawiera zawsze – czy też powinno w swoim założeniu zawierać – takie przepisy, które tworzą i wypełniają stosowną treścią prawną konstrukcję czy też prawną strukturę zamówienia publicznego. Elementami składającymi się w każdym systemie prawnym na prawną konstrukcję zamówienia publicznego są następujące komponenty. Po pierwsze, elementem prawnej konstrukcji zamówienia publicznego są cele zamówienia publicznego. Cele zamówienia publicznego są zawsze tożsame z celami całego prawa zamówień publicznych, czyli są tożsame z określonymi wartościami, jakie ma w swoim założeniu urzeczywistniać prawny reżim regulujący zamówienia publiczne. Po drugie, elementem prawnej konstrukcji zamówienia publicznego są podmioty zamówienia publicznego. Podmiotami zamówienia

publicznego są zamawiający (instytucja zamawiająca) oraz wykonawca, a także ewentualnie podmioty, z których podmiotowości prawnej zamawiający lub wykonawca korzystają. Po trzecie, elementem prawnej konstrukcji zamówienia publicznego jest przedmiot i treść zamówienia publicznego. Przedmiotem zamówienia publicznego jest świadczenie wykonawcy, czyli powinno zachowanie się wykonawcy, które zaspokajają interes zamawiającego, dający się opisać jako potrzeba zamawiającego oraz jako bezpośrednia gospodarcza korzyść po stronie zamawiającego. Z kolei na treść zamówienia publicznego składają się określone uprawnienia i obowiązki podmiotów zamówienia publicznego (tj. prawa i obowiązki stron umowy w sprawie zamówienia publicznego) w fazie przygotowywania, udzielania (zawierania) i wykonywania zamówienia (umowy), w tym w szczególności obowiązki wykonawcy determinujące jego powinno zachowanie się ukierunkowane na zaspokojenie interesu zamawiającego (a w związku z tym bardzo często ukierunkowane również na zaspokojenie interesu publicznego) oraz uprawnienie wykonawcy do otrzymania wynagrodzenia. Po czwarte, elementem prawnej konstrukcji zamówienia publicznego jest metoda regulacji zamówienia publicznego, wykorzystywana przez dany prawny reżim zamówień publicznych jako określony sposób pierwotnego lub wtórnego aktualizowania uprawnień i obowiązków zamawiających oraz wykonawców. Potencjalnie metoda ta może być: 1) metodą cywilnoprawną, opartą na równorzędności pozycji prawnej zamawiającego i wykonawcy w procesie aktualizacji ich uprawnień lub obowiązków; 2) metodą administracyjnoprawną, dającą określonym organom państwa (w tym zwłaszcza organowi publicznego nadzoru nad rynkami zamówień publicznych) kompetencje do władczego aktualizowania uprawnień lub obowiązków zamawiających lub wykonawców; 3) metodą hybrydową, stanowiącą swoistą syntezę cywilnoprawnej oraz administracyjnoprawnej metody regulacji (a konkretnie – syntezę elementu charakterystycznego dla administracyjnoprawnej metody regulacji, jakim jest jednostronność działania, z elementem charakterystycznym dla cywilnoprawnej metody regulacji, jakim jest nieautorytetowość konkretyzacji przepisów prawa).

W zależności od tego, jaki konkretnie kształt treściowy przybierają wszystkie te konstrukcyjne elementy zamówienia publicznego w toku przygotowywania, udzielania i wykonywania danego konkretnego zamówienia publicznego – co jest z kolei uzależnione od treści miarodajnych w danym zakresie przepisów prawa zamówień publicznych oraz od kształtu określonych stosunków faktycznych związanych z danym konkretnym zamówieniem – poszczególne zamówienia publiczne (tj. umowy w sprawie zamówienia publicznego) mogą być konwencjonalnie klasyfikowane albo jako mające charakter prywatnoprawny (cywilnoprawny) albo też jako mające charakter publicznoprawny. W myśl przyjętej w niniejszej monografii konwencji klasyfikacyjnej, dane zamówienie publiczne wówczas (i tylko w takim zakresie) może być klasyfikowane jako mające charakter publicznoprawny, gdy (w zakresie, w jakim) zamówienie to spełnia w sposób kumulatywny wszystkie z następujących kryteriów. Po pierwsze, cele danego zamówienia publicznego mają charakter celów publicznych. Po drugie, przedmiotem danego zamówienia publicznego jest świadczenie wykonawcy mające charakter publiczny, czyli zaspokajające reprezentowany przez zamawiającego interes publiczny i dobro wspólne, oraz gdy w związku z tym obowiązki wykonawcy kreujące to świadczenie również mogą być uznane za obowiązki publiczne, czyli za obowiązki służące interesowi publicznemu i dobru wspólnemu. W takim przypadku można powiedzieć, że wykonywanie danego zamówienia publicznego, z uwagi

na publiczny charakter przedmiotu tego zamówienia oraz z uwagi na publiczny charakter obowiązków kreujących tenże przedmiot, jest w sensie prawnym zadaniem publicznym. Po trzecie, podmiotami danego zamówienia publicznego są podmioty publiczne lub też takie podmioty prywatne, które działają w obszarze wykonywania zadań publicznych. Po czwarte, dane zamówienie publiczne jest regulowane administracyjnoprawną metodą regulacji i/lub hybrydową metodą regulacji.

Również przepisy (normy) prawa zamówień publicznych dają się w sposób konwencjonalny sklasyfikować – przy wykorzystaniu podobnych jak wyżej wymienione kryteriów – jako mające charakter publicznoprawny lub prywatnoprawny, czyli jako należące do prawa publicznego lub do prawa prywatnego.

Niniejsza monografia dokonuje teoretycznej analizy poszczególnych wyróżnionych wyżej elementów prawnej konstrukcji zamówienia publicznego. Tak więc rozważania zawarte w niniejszej pracy koncentrują się na analizie następujących zagadnień: 1) cele zamówienia publicznego, które to cele są jednocześnie celami całego prawnego reżimu zamówień publicznych (rozdział I monografii); 2) podmioty zamówienia publicznego (rozdział II monografii); 3) przedmiot oraz treść zamówienia publicznego (rozdział III monografii); 4) metoda regulacji zamówienia publicznego (rozdział IV monografii). Na podstawie powyżej wymienionych elementów prawnej konstrukcji zamówienia publicznego w rozdziale V niniejszej monografii dokonana jest analiza kryteriów, za pomocą których można stwierdzić, czy i w jakim zakresie dane zamówienie publiczne ma charakter publicznoprawny lub prywatnoprawny, a także w jakim zakresie prawo regulujące zamówienia publiczne ma charakter prawa publicznego, a w jakim prawa prywatnego.

Prezentowana monografia ma charakter przede wszystkim teoretyczny, co m.in. oznacza, że zawiera ona rozważania na takim poziomie ogólności, że potencjalnie dają się one odnieść i zastosować do wszelkich porządków prawnych (krajowych i/lub ponadnarodowych) regulujących instytucję zamówień publicznych. Równocześnie jednak w celu uczynienia rozważań bardziej konkretnymi i przekonującymi, twierdzenia wypowiedziane w niniejszej pracy ilustrowane są niekiedy w przypisach odwołaniami do konkretnych przykładów normatywnych, czerpanych zwłaszcza z prawa polskiego oraz z prawa Unii Europejskiej.

Wrocław, październik 2014 r.

Prof. UWr dr hab. *Marek Szydło*