

Rozdział II. Struktura prawa zamówień publicznych

§ 1. Prawo zamówień publicznych jako prawo publiczne

I. Prawo zamówień publicznych a wyodrębnienie prawa publicznego oraz prawa prywatnego

Zagadnienie kwalifikacji poszczególnych instrumentów prawa zamówień publicznych w płaszczyźnie podziału gałęziowego systemu prawa, prowadzące do uznawania ich za instrumenty cywilnoprawne, administracyjnoprawne, czy też za posiadające właściwości instrumentów karnoprawnych, musi zostać poprzedzone rozważaniami odnoszącymi się do problemu usytuowania prawa zamówień publicznych w kontekście, ogólniejszego niż gałęziowy, dwupoziomu podziału systemu prawa na prawo publiczne oraz prawo prywatne. W tej płaszczyźnie podziału możliwe jest formułowanie wniosków i twierdzeń, dotyczących prawa zamówień publicznych ujmowanego jako kompleksowa całość, wyodrębniana ze względu na przedmiot regulacji, bez konieczności szczegółowego odnoszenia się do elementów konstrukcyjnych poszczególnych instrumentów, tworzących ten reżim prawny. Wobec tego celem poniższych rozważań będzie wskazanie na cechy (właściwości) prawa zamówień publicznych, których występowanie, w tym zespole unormowań, wykazuje zasadność sformułowania tytułu podrozdziału, a to ze względu na przewagę elementów uznawanych powszechnie za publicznoprawne. Poniższe rozważania nie będą zmierzały do próby wyznaczenia wewnątrz badanego obszaru unormowań swojej linii granicznej, lecz do ustaleń o charakterze typizacyjnym, polegających na określaniu stopnia podobieństwa badanego obiektu (w tym przypadku całościowo ujmowanego prawa zamówień publicznych) do zespołu cech po-

wszechnie uznawanych za „publicznoprawne”¹. Zaszeregowanie prawa zamówień publicznych, w ramach dwupodziału prawa, ma jednak także konsekwencje dla szczegółowych ustaleń pracy, dotyczących już bezpośrednio charakteru prawnego poszczególnych instrumentów tego prawa. Zostaną one przedstawione w dalszej części rozważań, po rozstrzygnięciu w pierwszej kolejności o ponadgałęziowej przynależności prawa zamówień publicznych w jego całości.

Rozważana segmentacja porządku prawnego analogicznie do wieloskładnikowej segmentacji gałęziowej ma charakter poziomego porządkowania systemu prawa. Służy bowiem wyodrębnieniu dwóch podzbiorów norm tego systemu, w ramach których normy te są ze sobą powiązane treściowo, a stwierdzenie przynależności do któregoś z tych zespołów norm następuje w zasadzie niezależnie od aspektu usytuowania danej normy w hierarchii źródeł prawa (uporządkowania hierarchicznego norm wynikającego z ich mocy prawnej)². Korzenie, będącego przedmiotem rozważań niniejszego podrozdziału dwupodziału prawa sięgają starożytnej refleksji naukowej nad prawem jako sposobem regulowania działalności państwa (władzy publicznej) oraz podmiotów prywatnych, stanowiąc od tego czasu, jednakże z różnym nasileniem, stały element rozważań nad systemem (porządkiem) prawnym³. Pomimo faktu, że jego przydatność dla tych rozważań podlegała odmiennym ocenom w różnych okresach rozwoju nauk prawnych, czemu towarzyszyło także zaprzeczanie sensu posługiwania się tą dystynkcją, w szczególności poprzez stwierdzenia o „państwowości” całego systemu prawa⁴, nie sposób nie zgodzić się z po-

¹ Zob. S. Włodyka, Problem struktury prawa, PiP 1995, z. 4, s. 12–13.

² Z. Duniewska, Prawo administracyjne – wprowadzenie, [w:] Z. Duniewska, R. Hauser, M. Jaśkowska, M. Matczak, Z. Niwiadomski, A. Wróbel, System prawa administracyjnego, t. I. Instytucje prawa administracyjnego, Warszawa 2009, s. 151–152.

³ Zob. Z. Duniewska, Prawo administracyjne – wprowadzenie, [w:] SystemPrAdm, t. 1, s. 153–154; S. Fundowicz, Dychotomiczny podział prawa, ST 2000, Nr 1–2; s. 49–52; H. Rot, Problem dychotomii prawa publicznego oraz prawa prywatnego, AUWr 1976, Nr 307, PPIa, t. VII, s. 10–12.

⁴ Krytyka dwupodziału prawa na publiczne oraz prywatne jest m.in. cechą teorii normatywistycznej prawa, wywodzącej się od H. Kelsena, który stwierdził m.in., że podział prawa na publiczne oraz prywatne jest przejawem „najfatalniejszej ingerencji polityki w naukę prawa” (H. Kelsen, Allgemeine Staatslehre, Berlin 1925, s. 80; przytaczam za: J. Nowacki, Prawo publiczne – prawo prywatne, Katowice 1992, s. 44). W ramach tej krytyki podnoszono brak różnic w kształcie norm prawnych, które miałyby wynikać z ustalenia ich przynależności do prawa prywatnego, czy też prawa publicznego. Fakt, że normy indywidualne powstawały w trybie umów zawieranych pomiędzy stronami, czy też na podstawie konkretyzacji norm powszechnie obowiązujących przez organy władzy publicznej, oznaczał jedynie odmienność tworzenia tych norm. Natomiast „wy-

głędem *J.S. Langroda* wskazującym, że „na przekór krytykom doktrynalnym, podział ten istnieje wszędzie w świecie faktów, w rzeczywistości ustrojowej i to w każdym stadium dotychczasowego rozwoju prawa”⁵. Podział na prawo publiczne oraz prawo prywatne w sytuacji odniesienia go do skonkretyzowanego w większym stopniu podziału systemu prawa na gałęzie powinien być uznany za podział „ponadgałęziowy”, a co za tym idzie najogólniejszy⁶. Wobec czego prawo publiczne oraz prawo prywatne jawią się jako „ponadgałęzie” porządku prawnego⁷. W takim układzie rozważana dyferencjacja systemu prawa może być postrzegana jako synteza ponadgałęziowa określonych, tak czy inaczej wyodrębnianych, podzbiorów norm (gałęzi/działów, podgałęzi), składających się na cały ich zbiór jaki stanowi system prawny⁸. Synteza taka może być zatem przeprowadzana także w odniesieniu do instrumentów (środków) prawnych, jakie są przez te normy określone⁹. Podział ponadgałęziowy jawi się wobec tego jako przejaw wtórnej, w stosunku do znacznie bardziej skonkretyzowanego podziału gałęziowego, segregacji norm, która sprzyja pewnej unifikacji gałęzi (działów) prawa obejmowanych podziałem na prawo publiczne oraz prawo prywatne¹⁰. Taka relacja pomiędzy podziałem „ponadgałęziowym”, a podziałem gałęziowym systemu prawa znajduje potwierdzenie w spostrzeżeniu wykorzystywania pierwszego ze wskazywanych podziałów do określania publiczno- lub prywatnoprawnej przynależności poszczególnych, wyodrębnionych w wielosegmentowej strukturze systemu prawa jego gałęzi lub pod-

tworzone” w ten sposób normy same w sobie nie wykazują cech odmiennych, będąc w obu przypadkach „dalszym ciągiem procesu wytwarzania się woli państwa”. Wobec tego prawo „prywatne” skonkretyzowane czynnościami prawnymi jednostek prywatnych jest w nie mniejszym stopniu „dziedzina władztwa państwowego”, co prawo „publiczne” stosowane przez organy administracji. W związku z tym, że zarówno normy, jak i przepisy zaliczane do obu tych dziedzin nie wykazują różnic jakościowych (konstrukcyjnych), podział taki jest dokonywany w oparciu o kryteria „transcendentne”, pozaprawne, mające charakter ideologiczny, związany z zewnętrznym wobec samego prawa sposobem określania znaczenia pojęć „publiczne” oraz „prywatne” (zob. *J. Nowacki*, Prawo publiczne – prawo prywatne, s. 45–46).

⁵ *J.S. Langrod*, Instytucje prawa administracyjnego Zarys części ogólnej, Kraków 2003, s. 57.

⁶ Zob. *H. Rot*, Problem dychotomii, s. 23.

⁷ *Z. Duniewska*, Prawo administracyjne – wprowadzenie, [w:] SystemPrAdm, t. 1, s. 154.

⁸ *R. Szostak*, Zakres i struktura, s. 15–17.

⁹ *Ibidem*, s. 16–17.

¹⁰ *H. Rot*, Problem dychotomii, s. 23. Z drugiej strony należy podkreślić, że zauważana jest przez przedstawicieli doktryny tendencja odwrotna, w ramach której sposób wyznaczania granic poszczególnych gałęzi prawa następuje poprzez odniesienie się do dystynkcji publiczno- i prywatnoprawnej, przy wykorzystaniu stosowanych na potrzeby tego dwupodziału prawa kryteriów – zob. *J. Boć*, Prawo administracyjne, [w:] *J. Boć* (red.), Prawo administracyjne, Wrocław 2000, s. 37–41; *J. Zimmermann*, Prawo administracyjne, Warszawa 2006, s. 34–35.

gałęzi. Przedmiotem podziału są tu więc nie poszczególne normy rekonstruowane z przepisów prawnych, lecz podzbiory norm wyodrębnione na podstawie szczegółowych kryteriów, odnoszących się najczęściej do przedmiotu normowania, metody regulacji prawnej (normowania) oraz podmiotów – adresatów norm, czy też uczestników stosunków prawnych¹¹. Próby dokonania takiej klasyfikacji były dość krytycznie oceniane w poglądach teorii prawa¹². Niemniej jednak działania systematyzujące, o jakich tu mowa, dokonywane w odniesieniu do określonych podzbiorów norm, w jakiś już sposób wyodrębnionych w regulacji prawnej, nauce oraz praktyce, mogą być uznane za zasadne w przypadku założenia celu o charakterze typizacyjnym. W tym przypadku określanie danego podzbioru norm jako prywatno-, lub publicznoprawnego będzie jedynie wyrazem dążenia do określenia stopnia jego podobieństwa do wybranego zespołu cech, wyznaczających rozumienie pojęć „prawo publiczne” oraz „prawo prywatne”¹³. W takim ujęciu określa się wzajemny stosunek cech publiczno- i prywatnoprawnych ocenianego podzbioru norm dla sformułowania wniosku o przewadze, bądź dominacji jednych lub drugich, a tym samym możliwe staje się typologiczne stwierdzenie przynależności „ponadgałęziowej” takiego zbioru norm. Wniosek taki ma oczywiście charakter ogólny (orientacyjny) i bynajmniej nie pomija okoliczności, wskazujących na występowanie w ocenianym podzbiornie norm elementów właściwych drugiemu z segmentów systemu prawa. Podział tego rodzaju nie rości sobie pretensji do logicznie rozdzielnej klasyfikacji określonego przedmiotu podziału, nie jest więc podziałem dychotomicznym, lecz niewątpliwie może mieć znaczenie dla kwestii tak istotnych jak wskazanie na podstawowe zasady prawne jakie powinny być brane pod uwagę w procesach tworzenia, stosowania, czy wykładni norm należących do przyporządkowanego w ten sposób prawu publicznemu, bądź prywatnemu podzbioru norm. Taka też perspektywa będzie towarzyszyła dalszym rozwa-

¹¹ S. *Wronkowska*, *Podstawowe pojęcia prawa i prawoznawstwa*, Warszawa 2005, s. 114.

¹² K. *Opalek* stwierdził, że zasadniczym problemem przy podejmowaniu próby wtórnej segregacji gałęzi prawa w ramy podziału dwuelementowego było poszukiwanie takiej cechy odróżniającej „prawo publiczne od prawa prywatnego, która by pozwoliła na podzielenie znanych gałęzi prawa (...) na dwie grupy ściśle oddzielające się od siebie. Zawsze okazywało się to niewykonalne, ponieważ cechy, którymi próbowano się posługiwać, z reguły nie odpowiadały wszystkim bez reszty normom danej gałęzi prawa. Poszczególne gałęzie prawa wykazywały istnienie w swym obrębie, zarówno elementów „publicznych”, jak i „prywatnych” (K. *Opalek*, *Problemy metodologiczne nauki prawa*, Warszawa 1962, s. 181). S. *Wronkowska* stwierdziła natomiast, że zabiegiem bardziej uzasadnionym jest zaliczanie do prawa publicznego lub prywatnego określonych norm, a nie całych gałęzi prawa (S. *Wronkowska*, *Podstawowe pojęcia prawa i prawoznawstwa*, s. 113).

¹³ S. *Włodyka*, *Problem struktury prawa*, s. 13.

żaniom, dotyczącym umiejscowienia prawa zamówień publicznych w dwuelementowej systematyce porządku prawnego.

Analogicznie, jak w przypadku podziału gałęziowego, wskazywany podział ponadgałęziowy musi być uznany za mający, nawet w jeszcze większym stopniu, charakter orientacyjny, a przez to za taki, który w wielu przypadkach nie będzie w stanie przesądzić jednoznacznie o kwalifikacji danej normy prawnej w obszar prawa publicznego lub prywatnego¹⁴. Rozważana dystynkcja, choć obecna w naukach prawnych od stuleci, zawsze pozostawała względna i nie można było nadać jej charakteru apriorycznego¹⁵. Do prób przeprowadzania dwupodziału systemu prawa można odnieść wypowiedź *F. Longchamps*, dotyczącą wprowadzenia wyodrębnienia w porządku prawnym większej liczby segmentów, określonych przez tego Autora jako „działy” prawa, lecz bez wątpliwości trafną także w relacji do segmentacji dwuelementowej. Autor ten stwierdził bowiem, że „dział prawa nie opiera się na jakichś pojęciowych właściwościach o charakterze pozahistorycznym, czy zgola absolutnym („z natury rzeczy”) – bo i zresztą wszystkich działów prawa nie zdoła się nigdy sprowadzić do jakiejś jednej podstawy podziału analitycznie pewnej dla całego porządku prawnego”¹⁶. Wobec tego w poglądach niektórych przedstawicieli nauk prawnych wskazuje się na potrzebę wyodrębnienia obszaru unormowań pośrednich, określanych przykładowo jako „amfibijne”, posiadających cechy właściwe obu tym segmentom systemu prawa¹⁷.

U początków refleksji nad potrzebą wyodrębnienia prawa publicznego oraz prawa prywatnego w zbiorze norm postępowania ustanawianych, bądź uznawanych oraz sankcjonowanych przez państwo, a składających się na prawo przedmiotowe, leżało dostrzeżenie zjawiska ochrony przez normy tego zbioru korzyści (interesów) organizacji państwowej lub ogółu społeczeństwa, bądź tylko jednostek (osób) tworzących to społeczeństwo. Podstawowym punktem odniesienia było tu wskazanie na fakt wykorzystywania norm prawnych do ochrony korzyści (interesów) odnoszonych do państwa jako zwierzchniej, opartej na władzy, organizacji społeczeństwa (korzyści, interesy publiczne) obok lub też w przeciwstawieniu do prawnej ochrony korzyści (interesów) poszczególnych członków tego społeczeństwa (korzyści, interesy prywatne).

¹⁴ *Z. Duniewska*, Prawo administracyjne – wprowadzenie, [w:] *SystemPrAdm*, t. I, s. 154; *R. Szostak*, Przetarg nieograniczony, s. 30–31.

¹⁵ *Z. Duniewska*, Prawo administracyjne – wprowadzenie, [w:] *SystemPrAdm*, t. I, s. 154.

¹⁶ *F. Longchamps de Berier*, *Problemy pogranicza*, s. 6.

¹⁷ Zob. *J.S. Langrod*, *Instytucje*, s. 58. Określeniem takim posługuje się również *Z. Duniewska*, w: *Z. Duniewska*, *Prawo administracyjne – wprowadzenie*, [w:] *SystemPrAdm*, t. I, s. 159.

Tego rodzaju uzasadnienie dla systematyzacji porządku prawnego opierało się na aspekcie leżącym poza samym prawem, jako zbiorem norm postępowania, a mianowicie na rozróżnieniu oraz dostrzeżeniu różnic interesów (potrzeb) państwa lub społeczeństwa zorganizowanego w państwo oraz poszczególnych jednostek ludzkich funkcjonujących w szerszym układzie państwowo-społecznym. Choć zagadnienie to było już dostrzegane wcześniej w wypowiedziach filozofów starożytnej Grecji¹⁸, to za mającą zasadnicze znaczenie dla zakorzenienia przedstawianej dyferencji systemu prawa w nauce prawa oraz, w pewnym stopniu, w praktyce stanowienia i stosowania prawa uznaje się wypowiedź przypisywaną rzymskiemu juryscie *Ulpianowi* zawartą w „*Digestach*”¹⁹, zgodnie z którą „*Publicum ius est quod ad statum rei Romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem: sunt enim quaedam publice utilia, quaedam privatim*”²⁰. Dało to początek najstarszej teorii służącej wyodrębnianiu w porządku prawnym prawa publicznego oraz prawa prywatnego – teorii interesu²¹. Rozróżnienie, o którym tu mowa, znalazło swoją akceptację także w okresie późniejszym, przy czym początków współczesnej (nowożytnej) dyskusji nad tym rozróżnieniem można upatrywać już w XVI–XVII w.²²,

¹⁸ *H. Rot* wskazuje, że idea rozróżniania prawa prywatnego oraz prawa publicznego była obecna w poglądach filozofów starożytnej Grecji już na około pięćset lat przed jej wyrażeniem w „*Digestach*” przez *Ulpiana*. Tytułem przykładu wskazuje na pogląd *Arystotelesa*, który dostrzegł różnicę pomiędzy „prawem, którego naruszenie grozi całemu związkowi społecznemu, a prawem, którego naruszenie wyrządza szkodę poszczególnym członkom związku” – *H. Rot*, *Problem dychotomii*, s. 10.

¹⁹ Zob. *J. Nowacki*, *Prawo publiczne – prawo prywatne*, s. 8.

²⁰ „Prawem publicznym jest to, które dotyczy ustroju państwa rzymskiego, [prawem] prywatnym to, które dotyczy korzyści jednostek, są bowiem pewne [normy] ogólnie użyteczne, pewne prywatnie” – tłumaczenie *I. Żeber*, *Pojęcie i systematyka prawa*, [w:] *I. Żeber* (red.), *Prawo rzymskie. Teksty źródłowe do ćwiczeń*, Wrocław 1998, s. 11.

²¹ *H. Rot*, *Problem dychotomii*, s. 10. *J. Helios* wskazuje, że pojęcie „interes” jako kryterium wyodrębniania prawa publicznego oraz prawa prywatnego weszło do użycia w dyskursie prawniczym w drugiej połowie XIX w., w związku z upowszechnieniem się poglądów *R. Iheringa*, operującego w swych rozważaniach tym określeniem. W okresie wcześniejszym dominowały przekłady wypowiedzi *Ulpiana*, wiążące cechę „publicznoprawności” z państwem jako przedmiotem (celem) regulacji lub z korzyścią odnoszoną do tego państwa, a nie tylko do poszczególnych jednostek ludzkich – zob. *J. Helios*, *Publicyzacja prawa prywatnego – prywatyzacja prawa publicznego w kontekście rozważań nad prawem europejskim*, PPIA Wrocław 2013, Nr 92, s. 20. Jak podkreśla *J. Nowacki* łaciński słowa „*utilitas*”, „*utilia*” „w językach współczesnych najczęściej oddawano za pomocą słowa „interes” – stąd też powszechnie przyjęta nazwa tej teorii” – *J. Nowacki*, *Prawo publiczne – prawo prywatne*, s. 13.

²² *S. Fundowicz* wskazuje, że w tym okresie prawo prywatne było definiowane jako normujące stosunki pomiędzy samymi obywatelami oraz obywatelami a państwem. Prawo publiczne obejmowało zaś pozostałe przepisy (co oznaczałoby, że jego zakresem obejmowano unormowania

a w XIX w. podział ten został teoretycznie ugruntowany²³. W ramach wielowiekowych poszukiwań najodpowiedniejszych kryteriów dla jego dokonywania sformułowano kilkadziesiąt teorii²⁴. Częstokroć pozostają one wobec siebie w sprzeczności lub też nawet cechują się sprzecznością wewnętrzną, bo prowadzą do skutku w postaci możliwości kwalifikacji tych samych norm, czy też przepisów jako publicznoprawnych oraz prywatnoprawnych, a zatem budzących zasadnicze wątpliwości co do możliwości posługiwania się nimi dla dokonywania podstawowego podziału w obszarze porządku prawnego²⁵.

Pomimo tych trudności w dokonywaniu dwuelementowej segregacji norm systemu prawa oraz uznania, co do zasady, niemożności jej przeprowadzenia w sposób pewny, klarowny i przekonujący dla wszystkich uczestników takiego naukowego dyskursu²⁶, potrzeba wyodrębniania prawa publicznego i prawa

dotyczące organizacji i funkcjonowania samych władz państwowych). Prawo publiczne było więc w tym przypadku wyodrębniane jako wyjątek od zasady, którą było regulowanie stosunków prawnych prawem prywatnym jako „prawem wspólnym”. Autor ten wskazał także, że od początków XVIII w. prawo publiczne staje się samodzielną dyscypliną dydaktyczną w nauczaniu uniwersyteckim – zob. S. Fundowicz, Dychotomiczny podziału prawa, s. 48–49.

²³ Z. Duniewska, Prawo administracyjne – wprowadzenie, [w:] SystemPrAdm, t. I, s. 159. Zob. również S. Fundowicz, Dychotomiczny podziału prawa, s. 49–50.

²⁴ S. Fundowicz opierając się na wynikach ustaleń niemieckiej nauki prawa, gdzie podział na prawo publiczne oraz prawo prywatne jest szczególnie eksponowany jako punkt odniesienia w badaniach nad system prawa, wskazał na możliwość stwierdzenia występowania od 20 do 30 teorii służących dokonywaniu odnośnego rozróżnienia – S. Fundowicz, Dychotomiczny podziału prawa, s. 50. Z kolei J. Nowacki zwrócił uwagę na fakt wyróżnienia przez J. Holligera 17 teorii przedstawianego podziału, w opracowaniu pt. „Das Kriterium des Gegensatzes zwischen dem öffentlichen Recht und dem Privatrecht dargestellt im Prinzip und in einigen Anwendungen mit besonderer Berücksichtigung des schweizerischen Rechtes”, opublikowanym już na początku XX w. (Zurich 1904) – zob. J. Nowacki, Prawo publiczne – prawo prywatne, s. 47–49.

²⁵ Jako przykład można tu wskazać na teorię podmiotową, zgodnie z którą za publiczno-, bądź prywatnoprawne uznaje się stosunki prawne, ze względu na uczestniczące w nich podmioty. Jeśli więc co najmniej jednym z uczestników takiego stosunku prawnego jest organ państwowy ma on charakter publicznoprawny. Sprzeczność wyników zastosowania tej teorii wyraża się w tym, że ten sam przepis, czy też norma prawna mogą zostać uznane raz za publicznoprawne, innym razem za prywatnoprawne, w zależności od tego jakie podmioty będą stronami ocenianych, w świetle takiego kryterium podmiotowego, stosunków prawnych. W porządku prawnym występuje bowiem bardzo znaczna liczba przepisów (norm) prawnych, „na których podstawie i zgodnie z którymi mogą działać i działają zarówno osoby fizyczne (oraz prawne), jak i organy państwa” – zob. J. Nowacki, Prawo publiczne – prawo prywatne, s. 25–26.

²⁶ S. Włodyka przyjmując niemożność oparcia podziału porządku prawnego na prawo publiczne oraz prawo prywatne na precyzyjnych kryteriach, a co za tym idzie dokonania podziału klasyfikacyjnego, logicznie wyczerpującego oraz rozłącznego, w ramach którego dany jego przedmiot (norma, przepis prawny) mógłby być zaliczony do jednej lub drugiej klasy, postuluje aby podziałowi takiemu nadawać charakter typologiczny. W ramach podziału typologicznego do prawa pu-

prywatnego nie jest dziś zasadniczo kwestionowana²⁷. Zwraca się tu przede wszystkim uwagę na jego przydatność, zarówno w nauce prawa, jak i w obszarze praktyki jego stanowienia, czy stosowania²⁸.

W kontekście prawa zamówień publicznych jako obszaru styku (pogranicza) prawa publicznego oraz prawa prywatnego, lub inaczej mówiąc obszaru wspólnego tych dwóch podsystemów prawa, wyjątkowo celne wydaje się spostrzeżenie *J.S. Langroda* dotyczące szczególnej przydatności posługiwania się odnośnym podziałem dla delimitacji oraz uwidaczniania różnic poszczególnych reżimów prawnych, regulujących „aktywność identyczną co do natury, ale odmienną ze względu na właściwości podmiotu, który ją podejmuje”²⁹. Bio-

blicznego lub prywatnego zaliczono by określone unormowania ze względu na ich podobieństwo do założeń modelowych, co do kształtu regulacji publiczno- oraz prywatnoprawnej, przy czym podział dokonywany w ten sposób nie aspirowałby do miana rozłącznej, a więc dychotomicznej klasyfikacji, a miałby raczej charakter przybliżony (orientacyjny). Podział typologiczny byłby więc z samego założenia nieostry, a jego wyniki mogłyby pozostawać wobec siebie w logicznym stosunku krzyżowania się, nie obejmując przy tym wszystkich zjawisk prawnych (luki) – zob. *S. Włodyka*, Problem struktury prawa, s. 12–13. Na brak możliwości przeprowadzenia przedmiotowego podziału w sposób pewny, klarowny i nie budzący wątpliwości zwraca uwagę zdecydowana większość przedstawicieli nauki prawa, którzy się do niego odnoszą – zob. przykładowo: *Z. Duniewska*, Prawo administracyjne – wprowadzenie, [w:] SystemPrAdm, t. I, s. 154–155; *S. Fundowicz*, Dychotomiczny podział prawa, s. 52–57. Wyjątkowo można jednak spotkać się wypowiedziami co do możliwości dokonania przedstawianego podziału w sposób precyzyjny w oparciu o któreś z przyjętych kryteriów. Stanowisko takie formułuje *M. Saffjan*, który walor kryterium prowadzącego do możliwości przeprowadzenia w pełni klasyfikacyjnego (dychotomicznego) podziału przyznaje kryterium metody regulacji, na podstawie którego można wyróżnić stosunki prawne z udziałem podmiotów względem siebie autonomicznych oraz formalnie równorzędnych, a także stosunki prawne pomiędzy podmiotami nierównorzędnymi, z podporządkowaniem jednego z nich kompetencji drugiego z uczestników stosunku prawnego – zob. *M. Saffjan*, Pojęcie i systematyka prawa prywatnego, [w:] *M. Saffjan* (red.), SPP, t. 1, Prawo cywilne – część ogólna, wyd. 1, Warszawa 2007, s. 41–42.

²⁷ Podnosi się przy tym, że po okresie intensywnej krytyki tego podziału w ramach poglądów nawiązujących do teorii normatywistycznych prawa, a także w ramach poglądów części doktryny prawa, w okresie powojennym, w państwach socjalistycznych, tzw. „bloku wschodniego”, przekonanie o znaczeniu i potrzebie wyodrębniania w porządku prawnym prawa publicznego oraz prawa prywatnego jest ugruntowane, a jego znaczenie rośnie także w związku z przeobrażeniami w zakresie koncepcji i sposobów co realizacji zadań publicznych w ramach procesów prywatyzacji zadań publicznych oraz tzw. deregulacji – zob. *S. Włodyka*, Problem struktury prawa, s. 12–13.

²⁸ *S. Włodyka* wskazuje na szereg zastosowań dwupodziału prawa na publiczne oraz prywatne. Wskazuje na jego znaczenie na płaszczyznach: „1) typologicznej charakterystyki danego systemu prawa; 2) systematyki prawa i norm prawnych; 3) metody regulacji prawnej; 4) rozgraniczenia sankcji prawnych oraz dróg ochrony prawnej; 5) systematyki podmiotów stosunków prawnych i ich „kompetencji prawnych” – *S. Włodyka*, Problem struktury prawa, s. 7.

²⁹ *J.S. Langrod*, Instytucje, s. 58.

racę więc to pod uwagę należy wskazać, że przedmiotem kompleksowej regulacji prawa zamówień publicznych, analogicznie jak prawa cywilnego – prawa zobowiązań (w odpowiednim zakresie), jest zawieranie i wykonywanie zobowiązaniowych umów odpłatnych (wzajemnych). Tak więc, odniesienie do tych dwóch reżimów prawnych różnorodnych kryteriów wyodrębnienia (wyznaczników) prawa publicznego oraz prawa prywatnego szczególnie może przysłużyć się uwydatnieniu specyfiki działalności tego samego rodzaju realizowanej w zakresie obowiązywania prawa zamówień publicznych, w porównaniu z ogólnymi cywilnoprawnymi ramami takich działań. Dwupodział systemu prawa ma także zasadnicze znaczenie dla zabiegów mających na celu formułowanie i określanie zakresu obowiązywania podstawowych zasad dla wyodrębnianych w ten sposób zasadniczych działów prawa³⁰. Zasady te oraz leżące u ich podstaw wartości mają częstokroć istotne znaczenie w procesie wykładni przepisów, budzących interpretacyjne wątpliwości, dających możliwości konstruowania na ich podstawie norm prawnych różnej treści. W poglądach doktryny prawa zamówień publicznych spostrzeżenie to znajduje swoje potwierdzenie w podkreśleniu konieczności posługiwania się w obszarze tego reżimu prawnego dyrektywami wykładni publicznoprawnej (propublicznej)³¹.

W powyższych rozważaniach zasygnalizowano zagadnienie mnogości kryteriów, za pomocą których podejmowano próby wyodrębnienia w systemie prawa – prawa publicznego oraz prawa prywatnego. Niektóre z nich, jak pierwotne kryterium korzyści, a w późniejszym okresie interesu³², miały charakter wobec porządku prawnego charakter zewnętrzny (autonomiczny) i dotyczyły sfery pozaprawnych ocen (wartościowań), służących zdefiniowaniu interesu publicznego (społecznego, państwowego) i interesu prywatnego (jednostkowego, indywidualnego)³³. Inne zaś bazowały na odniesieniu do pewnych zjawisk bezpośrednio ze sfery regulacji prawnej, dotyczących, przykładowo: określonych właściwości przepisów, norm prawnych, elementów składowych tych norm prawnych (jak np. ich adresat-podmiot); sposobów aktualizacji obowiązków lub uprawnień wynikających z norm prawnych (generalno-abstrak-

³⁰ Zob. A. Chelmoński, *Zasady ogólne prawa publicznego*, [w:] L. Kieres (red.), *Administracyjne prawo gospodarcze*, s. 51–61.

³¹ R. Szostak, *Zakres i struktura*, s. 15–16; A. Panasiuk, *System*, s. 86–87; A. Panasiuk, *Wybrane aspekty wykładni prawa zamówień publicznych*, [w:] J. Niczyporuk, J. Sadowy, M. Urbanek (red.), *Nowe podejście do zamówień publicznych – zamówienia publiczne jako instrument zwiększenia innowacyjności i zrównoważonego rozwoju. Doświadczenia polskie i zagraniczne*, cz. I, s. 132.

³² Zob. przypis Nr 141.

³³ J. Nowacki, *Prawo publiczne – prawo prywatne*, s. 97.

cyjnych), a tym samym sposobów ich konkretyzacji; obowiązku lub jego braku w zakresie realizacji (dochodzenia) ochrony prawnej uprawnień (kompetencji) danego podmiotu³⁴. Jednocześnie od razu nasuwa się tu odmienność przedmiotu dokonywanego podziału, którym w danej koncepcji były przepisy, normy prawne, czy też stosunki prawne, a sam podział następował ze względu na ich treść, podmioty (uczestników), sposoby nawiązywania się (kształtowania się) stosunków prawnych, czy też realizowania ochrony prawnej uprawnień lub obowiązków z nich wynikających. Niektóre z teorii, o których tu mowa, zyskały szczególną aprobatę, co pozwala je uznać za, w pewnym sensie, wiodące w zakresie prób wyodrębniania prawa publicznego oraz prawa prywatnego. Do tych należą z pewnością, wskazywana powyżej, wyjściowa dla całego zagadnienia, teoria interesu (korzyści), a także teorie: podmiotowa (przyporządkowania; prawa specjalnego) oraz subordynacji (nadrzędności-podporządkowania)³⁵. Za adekwatne dla przeprowadzania odnośnego rozróżnienia, w obszarze kompleksowej regulacji prawa zamówień publicznych, należy uznać także teorie wypuklające znaczenie odmienności cech przepisów bezwzględnie obowiązujących oraz dyspozytywnych, a także zwracające uwagę na kwestię sposobu ochrony prawnej uprawnień podmiotowych.

Wnioski wynikające z odniesienia do reżimu prawnego zamówień publicznych teorii subordynacji (nadrzędności-podporządkowania) jako sposobu rozróżniania regulacji publiczno- oraz prywatnoprawnej zostaną przedstawione w kolejnych podrozdziałach, dotyczących cywilno- oraz administracyjnoprawnych instrumentów prawa zamówień. Teoria ta operuje bowiem kryterium charakteru stosunków prawnych, wynikającym z metody ich regulacji jako stosunków pomiędzy podmiotami formalnie równorzędnymi lub nierównorzędnymi, spośród których jeden jest podporządkowany władczej kompetencji normodawczej drugiego z nich³⁶. W związku z tym, na jej podstawie (przy wyłącznym zastosowaniu tej teorii) za mające charakter prywatnoprawny zostałyby uznane normy regulujące postępowanie o udzielenie za-

³⁴ Zob. *J. Helios*, Publicyzacja prawa prywatnego, s. 12–13; *J. Nowacki*, Prawo publiczne – prawo prywatne, s. 33; *M. Szydło*, Prawna koncepcja, s. 243–246.

³⁵ *S. Włodyka* powołując się na poglądy wyrażone w doktrynie niemieckiej (zob. *D. Schmidt*, Die Unterscheidung von Privatrecht und öffentlichem Recht, Baden–Baden 1985) stwierdza, że łączne posłużenie się kryteriami wynikającymi z trzech wymienionych teorii pozwala na osiągnięcie „właściwego” rezultatu dokonywanego rozróżnienia. Zob. również *S. Fundowicz*, Dychotomiczny podział prawa, s. 52–53 i 55–57; *H. Maurer*, Ogólne prawo administracyjne, Wrocław 2003, s. 46–47; *R. Regler*, Vergaberecht zwischen öffentlichem und privatem Recht, Berlin 2007 s. 136–138; *J. Zimmermann*, Prawo administracyjne, s. 34–35.

³⁶ Zob. *Z. Ziemiński*, Szkice z metodologii, s. 118–119

mówienia publicznego oraz umowę w sprawie zamówienia, jako publiczno-prawne zaś zostałyby zakwalifikowane m.in. normy regulujące kompetencje kontrolne oraz nadzorcze Prezesa UZP, kompetencje komisji orzekających w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych, czy też kompetencje orzecznicze KIO w rozstrzyganiu sporów pomiędzy wykonawcami a zamawiającymi (uczestnikami postępowania o udzielenie zamówienia)³⁷.

Dalsze szczegółowe rozważania, zawarte w podrozdziałach III oraz IV posłużą wykazaniu szczególnej przydatności, czy też konieczności posługiwania się kryterium zawartym we wskazywanej teorii dla przeprowadzania „linii demarkacyjnej” pomiędzy instrumentami cywilnoprawnymi oraz administracyjnoprawnymi wewnątrz prawa zamówień publicznych. Z racji pokrywania się podstawowego kryterium użytego do wyróżniania cywilnoprawnych oraz ad-

³⁷ W przypadku kompetencji orzeczniczych KIO ogólna publiczno-prawna kwalifikacja norm regulujących nie będzie oznaczała uznania, że stanowią one normy prawa administracyjnego w ramach podziału gałęziowego prawa. Z racji faktu uznawania KIO, w obszarze niniejszej pracy, za *quasi*-sąd rozstrzygający sprawy cywilne normy te zostaną uznane za część cywilnego prawa procesowego (lub też bardziej ogólnie, w ramach konwencji pojęciowej używanej przez *F. Longchamps de Beriera*, za część formalnego prawa sądowego – zob. *F. Longchamps de Berier*, *Problemy pogranicza*, s. 9–11). Na temat kwalifikacji KIO jako *quasi*-sądu cywilnego zob. – *K. Kiczka*, *Organy administracji publicznej będące sądami krajowymi w rozumieniu art. 267 TFUE*, [w:] *A. Błaś, J. Boć* (red.), *Stan i kierunki rozwoju nauk administracyjnych*, Wrocław 2014, s. 114–115; *G. Klich*, *Kierunki zmian w systemie środków ochrony prawnej w prawie zamówień publicznych*, [w:] *L. Kieres* (red.), *Nowe problemy badawcze w teorii publicznego prawa gospodarczego*, s. 162–163. *M. Stręciwilk*, *Status prawny Krajowej Izby Odwoławczej w nowym ujęciu*, *PZP* 2015, Nr 3, s. 247–248. Zob. również wyr. TK z 13.6.2006 r., SK 24/04, OTK-A 2006, Nr 6, poz. 64. Wyrok ten został wprawdzie wydany na podstawie rozwiązań prawnych poprzednio obowiązującej ustawy z 10.6.1994 r. o zamówieniach publicznych (tekst jedn. Dz.U. z 2002 r. Nr 72, poz. 664 ze zm.), w świetle których środki ochrony prawnej były rozstrzygane przez zespołu arbitrow, działające przy Prezesie UZP, niemniej jednak nie stracił swej aktualności także w odniesieniu do obecnego stanu prawnego. Skoro bowiem Trybunał uznał w nim za mające charakter organu *quasi*-sądowego niestałe zespoły arbitrow powoływane do rozstrzygania sporów, wynikłych w toku postępowań zamówieniowych, to tym bardziej za taki organ należy uznać dysponującą większym zakresem gwarancji jurysdykcyjnych Krajową Izbę Odwoławczą – zob. *M. Stręciwilk*, *Status prawny Krajowej Izby Odwoławczej*, s. 247–248. Odmiennie, za kwalifikacją KIO jako organu administracyjnego (organu administracji regulacyjnej) opowiada się *J. Niczyporuk*, *Krajowa Izba Odwoławcza – organ administracji regulacyjnej*, [w:] *J. Niczyporuk, J. Sadowy, M. Urbanek* (red.), *Nowe podejście do zamówień publicznych – zamówienia publiczne jako instrument zwiększenia innowacyjności i zrównoważonego rozwoju. Doświadczenia polskie i zagraniczne*, cz. I, s. 105–111. Z kolei *P. Pogonowski* kwalifikuje KIO jako „wyspecjalizowany organ administracji, o uprawnieniach jurysdykcyjnych (*quasi*-sądowy), zasadniczo niezależny strukturalnie (...) procedujący na podstawie rządzących organami jurysdykcyjnymi, zapewniających prawo do sprawiedliwego procedowania” – *P. Pogonowski*, *Status prawny Krajowej Izby Odwoławczej wg Prawa zamówień publicznych*, *PZP* 2008, Nr 1, s. 23.

ministracyjnoprawnych instrumentów prawa zamówień publicznych, z kryterium którym operuje teoria subordynacji, pokrywałyby się także wyniki różnienia dokonywanego w płaszczyźnie podziału gałęziowego oraz podziału ponadgałęziowego. Pozostając jednak, w tym miejscu, na gruncie ogólnych rozważań o publiczno- i prywatnoprawnych cechach prawa zamówień publicznych należałoby wskazać, że aspekt równorzędności pozycji prawnej podmiotów stosunków prawnych przemawiałby za prywatnoprawną kwalifikacją tej jego części, która obejmuje postępowanie zamówieniowe, umowę o zamówienie oraz jej wykonywanie. Niemniej jednak, trudno uznać ten element za przesądzający w kwestii ogólnego zaszeregowania prawa zamówień publicznych, a to z racji faktu, że szereg kryteriów obecnych w innych teoriach wyodrębniania obu segmentów systemu prowadzi do wyników odmiennych.

Kolejna z podstawowych teorii dwupodziału systemu prawa, do której należy odnieść się w prowadzonych rozważaniach, to teoria podmiotowa. Teoria podmiotowa posługuje się kryterium charakteru (rodzaju) podmiotów stosunków prawnych. W jej ramach za obszar prawa publicznego uznaje się unormowania, których adresatami są organy i podmioty działające w imieniu państwa (władz publicznych), bądź też stosunki prawne, w ramach których co najmniej jeden z podmiotów reprezentuje państwo³⁸. W najprostszym ujęciu posługiwanie się tą teorią może prowadzić do uznawania za publicznoprawny każdego stosunku prawnego (a tym samym wyznaczających go norm prawnych), w którym bierze udział podmiot, czy też organ reprezentujący państwo. W takiej postaci, należy tę teorię uznać za szczególnie nieostrą i niewiele wyjaśniającą³⁹, a to z racji faktu, że te same unormowania mogłyby być określone jako publiczno- oraz prywatnoprawne, w zależności od tego jakiego rodzaju podmioty byłyby uczestnikami konkretnych stosunków prawnych z nich wynikających⁴⁰. Współcześnie przyjętą wersją tej koncepcji jest teoria prawa szczególnego (specjalnego), zgodnie z którą prawem publicznym należy objąć tylko te normy prawne (i wyznaczane przez nie stosunki prawne), które w sposób swoisty dotyczą (są adresowane) do podmiotów reprezentujących państwo. Chodzi więc o unormowania, które zostały ustanowione właśnie na potrzeby organizacji oraz funkcjonowania (działania) organów oraz jednostek organizacyjnych, składających się na struktury państwa. Natomiast unormowania

³⁸ Zob. *H. Maurer*, *Ogólne prawo administracyjne*. Allgemeines Verwaltungsrecht, Wrocław 2003, s. 44; *J. Nowacki*, *Prawo publiczne – prawo prywatne*, s. 29–30.

³⁹ *J. Zimmermann*, *Prawo administracyjne*, s. 35.

⁴⁰ *J. Nowacki*, *Prawo publiczne – prawo prywatne*, s. 23–26.

w ten sam sposób odnoszące się do takich organów, czy też jednostek organizacyjnych oraz do podmiotów prywatnych należałyby do prawa prywatnego⁴¹. W tym więc układzie nie jest istotne, czy dany stosunek prawny kształtuje się w ramach dokonywanej przez organ administracji autorytatywnej konkretyzacji norm pośrednio regulujących, czy też wynika z umowy zawieranej przez ten organ z podmiotem prywatnym. W tym drugim przypadku także istnieje możliwość uznania takiego stosunku prawnego za publicznoprawny, jeżeli zawarcie oraz wykonywanie takiej umowy jest poddane szczególnym regulacjom prawnym, ustanowionym na potrzeby normowania działań organów państwowych lub państwowych jednostek organizacyjnych. Za publicznoprawne stosunki prawne, uprawnienia, obowiązki lub roszczenia można w tym przypadku uznać za takie, które opierają się na szczególnej normie prawnej. Jeżeli więc dane roszczenie jest oparte na takiej normie, na którą może powołać się dowolna osoba prywatna w stosunku do innej osoby prywatnej normę taką i wynikające z niej roszczenie należy uznać za prywatnoprawne⁴².

Publicznoprawna specjalność regulacji, o której tu mowa, ma zarówno wymiar podmiotowy, jak i przedmiotowy. Odnosząc się do drugiego z wskazywanych aspektów należy w pierwszej kolejności zwrócić uwagę na normę, która nakłada na zamawiających obowiązek działania zgodnego z przepisami ustawy PrZamPubl na kolejnych etapach zmierzających do udzielenia zamówienia publicznego, a także podczas jego wykonywania, w sytuacji gdy są spełnione podmiotowe oraz przedmiotowe przesłanki stosowania przepisów tego reżimu prawnego. Podstawę dla konstruowania takiej normy zawiera art. 7 ust. 3 PrZamPubl, zgodnie z którym „zamówienia publicznego udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy”. Przepis ten przesądza bowiem, co do zasady, o bezwzględnie obowiązującym charakterze przepisów ustawy PrZamPubl. Wobec tego do prawa publicznego należy zaliczyć normy imperatywne prawa zamówień publicznych, które wprost nakazują, czy też „wymuszają” zastosowanie określonych instrumentów cywilnoprawnych lub zakazują swobodnego sięgania do instrumentów ogólnie dostępnych dla podmiotów działających tylko na podstawie regulacji cywilnoprawnej⁴³. Z racji faktu, że prawo zamówień publicznych koncentruje się na postępowaniu o udzielenie zamówienia (dochodzeniu do zawarcia umowy) za publicz-

⁴¹ Zob. S. Fundowicz, Dychotomiczny podział prawa, s. 55; H. Maurer, Ogólne prawo administracyjne, s. 44; J. Nowacki, Prawo publiczne – prawo prywatne, s. 29–30.

⁴² S. Fundowicz, Dychotomiczny podział prawa, s. 55.

⁴³ R. Szostak, Zakres i struktura, s. 17.

noprawne należy w szczególności uznać normy ograniczające swobodę wyboru trybu zawarcia umowy, a więc także i samodzielnego „konstruowania” takiego trybu, co znajduje ogólny wyraz w statuowanej w art. 10 PrZamPubl zasadzie prymatu trybów przetargowych. Kodeksowa regulacja trybów zawierania umów zobowiązaniowych (art. 66–72¹ KC) ma natomiast charakter fakultatywny. Podmioty działające w obszarze pełnej, cywilnoprawnej swobody umów dysponują nie tylko swobodą wyboru trybu zawarcia umowy (negocjacyjny, przetargowy lub ofertowy), ale także możliwością swobodnego łączenia w kontraktowaniu elementów poszczególnych trybów⁴⁴. Sytuacja taka jest zupełnie wyłączona przy kontraktowaniu w ramach reżimu prawnego zamówień publicznych, gdzie zasadą jest posługiwanie się trybami przetargowymi. Wyjątkowo tylko dopuszczalne jest korzystanie z innych trybów ustawowo unormowanych, gdy zachodzą wymagające zawężającej wykładni, przesłanki ich zastosowania. W ramach regulacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na zamawiającego został nałożony szereg różnorodnych powinności o charakterze proceduralnym, dotyczących m.in. formułowania oraz następnie posługiwania się warunkami przetargowymi (takimi jak: warunki udziału w postępowaniu, kryteria oceny ofert, warunki umowne), których dobór i kształt treściowy w obszarze regulacji cywilnoprawnej, pozostaje w gestii samego organizatora aukcji lub przetargu.

Szczególną rolę wśród imperatywnych ograniczeń swobody kontraktowania w systemie zamówień publicznych należy przypisać także obowiązkowi ochrony w całości zachowań instytucji zamawiającej wartości takich jak: równe traktowanie potencjalnych oraz aktualnych wykonawców, a także ochrona konkurencji w dostępie do zamówienia pod względem przedmiotowym oraz podmiotowym. Bezwzględnie obowiązujące ramy reżimu prawnego zamówień publicznych nie ograniczają się jedynie do formułowania nakazów oraz zakazów, dotyczących trybów (sposobów) dochodzenia do zawarcia umowy, ale operują także publicznoprawnymi ograniczeniami swobody kontraktowej wobec treści samej umowy, a co za tym idzie także wykonywania umowy. Wśród regulacji limitujących *vi legis* treść tej czynności prawnej należy przykładowo wskazać na przepisy wprowadzające zasadę terminowości umowy w sprawie zamówienia (art. 142 ust. 1–2 PrZamPubl), nakazujące wprowadzanie do jej treści klauzul dotyczących jej możliwych zmian ze względu na określone okoliczności (art. 142 ust. 5 PrZamPubl), czy też zaka-

⁴⁴ Zob. A. Brzozowski, [w:] K. Pietrzykowski (red.), Kodeks cywilny. Komentarz do art. 1–450, t. 1, Warszawa 2004, s. 287.

zujące określonych przedmiotowych lub podmiotowych zmian tychże umów (art. 140 ust. 1, ust. 3, art. 144 PrZamPubl).

Zgodnie z powyższymi rozważaniami za publicznoprawne uznaje się imperatywne przepisy prawa zamówień publicznych, które poprzez zakazy lub nakazy, limitują, w szczególności sposób, korzystanie z cywilnoprawnej swobody umów. Ograniczają bowiem kontraktującym podmiotom (przede wszystkim publicznym zamawiającym) pole dostępnego, w ramach regulacji kodeksowej, wyboru zachowań w zakresie decydowania o sposobie zawarcia umowy, wyborze kontrahenta, ukształtowaniu treści umowy oraz jej przedmiotowych i podmiotowych zmianach⁴⁵. Jednocześnie wobec faktu, że ograniczenia te zostały ustanowione specjalnie ze względu na konieczność uczestnictwa podmiotów publicznych (administracji publicznej) w transakcjach rynkowych, dotyczących zaspokajania ich potrzeb, czy też wykonywania przez nie zadań publicznych, zasadna jest ich kwalifikacja jako publicznoprawnych w świetle teorii przyporządkowania (podmiotowy aspekt specjalności regulacji). Ograniczenia te bowiem wyznaczają takie ramy prawne zawierania i wykonywania odpłatnych (wzajemnych) umów zobowiązaniowych, że gdyby odnieść je do podmiotów prywatnych (nakazać im kontraktowanie według takich reguł), to w wielu aspektach należałoby stwierdzić wystąpienie naruszenia istoty praw i wolności człowieka, z którymi swoboda umów jest immanentnie powiązana⁴⁶. W szczególności dotyczyłoby to tych elementów swobody umów, o których była mowa powyżej, a więc wyboru trybu zawarcia umowy, a co za tym idzie wyboru kontrahenta (zasada pierwszeństwa przetargowych trybów zawierania umów), swobody kształtowania treści umowy oraz zmiany jej treści, w tym nakazu ochrony konkurencji. Stąd też, prawo zamówień publicznych, w takim jak istniejący kształcie, może stanowić regulację sposobów zawierania oraz wykonywania umów przez i na rzecz podmiotów publicznych (wyodrębnianych za pomocą różnych kryteriów odnoszących się także do bliskości powiązań z państwem)⁴⁷. Zupełnie wyjątkowo tylko ten zespół unormowań może odnosić się do podmiotów prywatnych, np. ze względu na okoliczności takie jak: przyznanie im publicznych środków finansowych na dany cel i zobowią-

⁴⁵ R. Szostak, Zakres i struktura, s. 14–15.

⁴⁶ Na temat praw i wolności człowieka (konstytucyjnych praw podstawowych), z którymi jest ściśle powiązana swoboda umów zobowiązaniowych zob. P. Machnikowski, Swoboda umów według art. 353¹ KC. Konstrukcja prawna, Warszawa 2005, s. 10–11.

⁴⁷ Zob. E. Przeszło, „Podmiot prawa publicznego” – europejska harmonizacja czy krajowa destabilizacja systemu prawnego, [w:] H. Nowicki, P. Nowicki (red.), Prawo zamówień publicznych. Stan obecny i kierunki zmian, Wrocław 2015, s. 61–69; M. Szydło, Prawna koncepcja, s. 64–66.

zanie ich w związku z tym do ich wydatkowania zgodnie procedurami prawa zamówień publicznych. Dotyczyć to może tzw. podmiotów subwencionowanych⁴⁸, jeżeli znajdują się one w sytuacji, o której mowa w przepisie art. 3 ust. 1 pkt 5 PrZamPubl, a jednocześnie nie wykazują określonych, kwalifikowanych na gruncie ustawy PrZamPubl, majątkowych, bądź organizacyjnych powiązań z organami lub jednostkami władzy publicznej⁴⁹. Fakt objęcia ramami prawa zamówień publicznych także pewnych kategorii podmiotów spoza szeroko rozumianej administracji, które mogą działać w oparciu o majątek prywatny (oprócz wskazywanych podmiotów subwencionowanych, stwierdzenie to dotyczyć może zamawiających sektorowych, a do niedawna, także koncesjonariuszy budowlanych), wynika jedynie z potrzeby „uszczelnienia” tego reżimu prawnego. Dotyczy to bowiem podmiotów powiązanych z organami władz publicznych faktem dysponowania prawami szczególnymi lub wyłącznymi o charakterze uznaniowym⁵⁰, lub też faktem włączenia w proces realizacji zadania publicznego w trybie umowy o koncesji na roboty budowlane lub usługi. Może się to bowiem przekładać na brak pełnego odwzorowania reguł rachunku ekonomicznego, a co za tym idzie otwarcia na konkurencję w ich działaniach, polegających na odpłatnym nabywaniu dostaw, usług lub robót budowlanych⁵¹. Nie ulega więc wątpliwości, że konstytutywnymi („naturalnymi”) adresatami prawa zamówień publicznych są podmioty (jednostki organizacyjne) wykonujące funkcje administracji publicznej.

Fakt, że prawo zamówień publicznych zawiera, co do zasady, przepisy o charakterze bezwzględnie obowiązującym także przemawia za kwalifikacją tych przepisów jako publicznoprawnych na podstawie teorii, która operuje kryterium charakteru przepisów, zaliczając do prawa publicznego przepisy *ius cogens*, natomiast do prawa prywatnego przepisy *ius dispositivum* (dyspozytywne oraz semi-dyspozytywne)⁵². Oczywiście posługując się założeniami tej teorii, bez jakichś dalszych zastrzeżeń, należałoby stwierdzić, że także zawarte w KC przepisy, które jako bezwzględnie obowiązujące nie mogą być wyłączone

⁴⁸ Zob. G. Wicik, P. Wiśniewski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2007, s. 72–73. Zob. również M. Szydło, Prawna koncepcja, s. 70–76.

⁴⁹ Zob. art. 3 ust. 1 pkt 3–4 PrZamPubl.

⁵⁰ Zob. K. Horubski, G. Klich, Konflikty na tle udzielania ograniczonej liczby koncesji, [w:] M. Tabernacka, R. Raszewska-Skałecka (red.), Płaszczyzny konfliktów w administracji publicznej, Warszawa 2010, s. 301–303.

⁵¹ K. Horubski, Publiczno- i prywatnoprawne elementy zamówień publicznych, PiP 2009, z. 7, s. 78–80.

⁵² Zob. S. Fundowicz, Dychotomiczny podział prawa, s. 54.

wołą stroną, mają charakter publicznoprawny. Na gruncie prowadzonych rozważań teoria ta powinna być raczej uznana za dostarczającą dodatkowych argumentów w zakresie uznawania publicznoprawnego charakteru przepisów prawa zamówień publicznych, a to z racji faktu dominacji w tej regulacji przepisów *ius cogens*, które nie mogą zostać wyłączone wołą stron w ich czynnościach prawnych. Wskazywana cecha regulacji prawa zamówień publicznych jako potwierdzająca zasadniczo publicznoprawny charakter unormowań prawa zamówień publicznych jest obecna w poglądach doktryny prawa zamówień publicznych⁵³.

Na reżim prawny zamówień publicznych należy także spojrzeć jako na obszar ochrony różnorodnych interesów publicznych, które powinny znajdować wyraz w działaniach instytucji zamawiających na rynku zamówień publicznych, zarówno w procesie kontraktowania zamówień, jak i ich realizacji. Należy przy tym przyjmować teoretyczne założenie o niesprzeczności interesu zamawiającego z interesem publicznym, w sytuacji, gdy na poszczególnych etapach procesu dochodzenia zamówienia publicznego do skutku respektowane są odnoszące się do nich unormowania⁵⁴. Jedną z cech regulacji prywatnoprawnej jest pozostawianie jej adresatom swobody decyzyjnej w sprawie ochrony ich uprawnień, czy interesów. W prawie publicznym natomiast ochrona uprawnień (interesów) będzie z reguły przedmiotem prawnego obowiązku określonego podmiotu publicznego.

Wskazane rozróżnienie nawiązuje do kolejnej z teorii podziału systemu prawa, na prawo publiczne oraz prawo prywatne opartego na kryterium sposobu ochrony praw⁵⁵. W tym kontekście można stwierdzić, że już samo ukształtowanie regulacji prawa zamówień publicznych, niejako „wymuszające” na zamawiających taki sposób kontraktowania oraz wykonywania umów, który ma służyć ochronie i urzeczywistnianiu różnorodnych interesów publicznych, stanowi określenie sposobu ochrony interesu zamawiającego (utożsamianego z interesem publicznym). Prawo zamówień publicznych „narzuca” więc zamawiającym określone rozwiązania o charakterze ochronnym⁵⁶. Mają

⁵³ Zob. T. Kocowski, Kontrola postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, [w:] T. Kocowski, J. Sadowy (red.), Kontrola zamówień publicznych, s. 22; R. Szostak, Przetarg nieograniczony, s. 32–33.

⁵⁴ Zob. R. Szostak, Przetarg nieograniczony, s. 32; A. Panasiuk, Publicznoprawne ograniczenia przy udzielaniu zamówień publicznych, Bydgoszcz–Warszawa 2007, s. 132–133.

⁵⁵ Zob. S. Fundowicz, Dychotomiczny podział prawa, s. 54; M. Szydło, Prawna koncepcja, s. 244–245.

⁵⁶ Zob. R. Szostak, Zakres i struktura, s. 14–15.

one zabezpieczać takie przypisywane instytucjom zamawiającym postacie interesu publicznego, jak: prawidłowe wykorzystanie środków pozostających w ich gestii w celu uzyskania dobra o najlepszej (zakładanej) wartości (jakości) za relatywnie (w stosunku do tej jakości) najniższą cenę (ang. *value for money efficiency*)⁵⁷, czy też wykonanie zamówienia, zgodnie z kształtem umowy ustalonym w konkurencji rynkowej o zamówienie, w drodze wyboru oferty najkorzystniejszej. Natomiast w sferze prawa prywatnego stopień zabezpieczenia interesów podmiotu kontraktującego, wykorzystującego przetargowy tryb zawierania umów, w pełni mieści się w obszarze jego swobody decyzyjnej. Stąd też to od swobodnego wyboru prywatnego organizatora przetargu zależy – czy posłuży się on jakimiś podmiotowymi warunkami udziału w nim, adresowanymi do zainteresowanych zawarciem umowy, oraz jaki kształt nada kryteriom służącym wyborowi oferty podmiotu, z którym zawrze umowę.

Głównym założeniem teorii rozgraniczenia prawa publicznego oraz prawa prywatnego, o której tu mowa, jest uznanie, że do pierwszej z wymienionych „ponadgałęzi” systemu prawa należą przepisy, na podstawie których działania ukierunkowane na realizację chronionych prawnie interesów są podejmowane z urzędu, bez względu na wolę samego uprawnionego, a więc są przedmiotem prawnego obowiązku zewnętrznego wobec samego roszczenia⁵⁸. W przypadku zaś prawa prywatnego ochrona uprawnień danego podmiotu jest pozostawiona jego decyzji (woli). Czynności składające się na dochodzenie przysługujących takiemu podmiotowi roszczeń nie stanowią, co do zasady, przedmiotu prawnego nakazu, wobec czego decydowanie o podjęciu określonych działań w tym kierunku, bądź też o ich niepodjęciu, jest prawnie indyferentne⁵⁹. Teoria, o której tu mowa, pozwala na uznanie prawa zamówień publicznych za prawo publiczne nie tylko z racji „narzucania” określonych rozwiązań, służących ochronie interesów przypisywanych instytucjom zamawiającym, ale także z racji faktu istnienia prawnego obowiązku dochodzenia roszczeń zamawiającego. Obowiązek ten aktualizuje się przede wszystkim na etapie wykonywania zamówienia publicznego, stanowiąc, wobec tego, jeden z publiczno-prawnych aspektów regulacji tego stadium⁶⁰.

⁵⁷ S. Arrowsmith, *Public Procurement: Basic Concepts and the Coverage of Procurement Rules*, [w:] S. Arrowsmith (red.), *Public Procurement Regulation: An Introduction*, Nottingham 2011, s. 5–7 (www.nottingham.ac.uk).

⁵⁸ S. Fundowicz, *Dychotomiczny podział prawa*, s. 54; M. Szydło, *Prawna koncepcja*, s. 244.

⁵⁹ Z. Ziemiński, *Szkice z metodologii*, s. 117.

⁶⁰ Zob. R. Szostak, *Podstawowe instrumenty*, s. 38–40.