

Przedmowa

Prawo zamówień publicznych, jako regulacja ustanowiona dla określenia zasad i reguł nabywania na rynku dóbr i usług przez podmioty publiczne, a więc współdziałania, w tym zakresie, podmiotów publicznych z prywatnymi (w szczególności przedsiębiorcami), jest jednym z obszarów porządku prawnego, w którym ze szczególną intensywnością ujawniają się problemy systematyzacyjne, związane z wyodrębnianiem poszczególnych gałęzi prawa, czy też z ustalaniem publiczno- lub prywatnoprawnej przynależności („natury”) danej regulacji. Prawo zamówień publicznych jest typowym „prawem pogranicza” wielu gałęzi prawa, w ramach którego występuje zjawisko, daleko idącego, przenikania się cech (elementów) uznawanych powszechnie za publiczno-, bądź prywatnoprawne. Mamy tu więc do czynienia z zespołem unormowań o kompleksowym charakterze, będącym polem współlistnienia instrumentów zaczerpniętych z różnych gałęzi prawa, dostosowanych w swym kształcie do osiągania celów prawa zamówień publicznych. Z racji faktu, że przynależność gałęziowa danego zespołu unormowań, czy też jego instrumentów prawnych, a także zagadnienie ogólnego „zaseregowania” takiego zespołu w ramy prawa prywatnego, bądź publicznego stanowią zagadnienia wyjściowe w badaniach poszczególnych szczegółowych dyscyplin prawoznawstwa, a w pewnym stopniu, także ogólnej nauki o prawie (teorii prawa), tym bardziej powinny być one podejmowane w stosunku do prawa zamówień publicznych. W odniesieniu do tego obszaru unormowań wciąż można bowiem odnotować zasadnicze sprzeczności poglądów i stanowisk doktryny dotyczących wskazywanych problemów o podstawowym znaczeniu dla nauk prawnych. Ten stan rzeczy przemawia niewątpliwie za podjęciem próby uporządkowania założeń i kryteriów, służących przeprowadzaniu, wzmiankowanych powyżej, zabiegów systematyzacyjnych w odniesieniu do reżimu prawnego udzielania i wykonywania zamówień publicznych. Stwierdzenia te prowadzą do wniosku o zasadności formułowania pytań o istnienie, rolę i kryteria wyodrębnienia w kompleksowej regulacji prawa zamówień publicznych instrumentów administracyjnoprawnych. Wobec tego, w niniejszym opracowaniu zostanie uzasadniony dobór takich kryteriów w obszarze prawa zamówień publicznych, w ślad za czym będzie szło także przyjęcie założeń co do kryteriów określania przynależności gałęziowej innych, niż administracyjnoprawne, instrumentów udzielania i wykonywania zamówień publicznych. Przyjęcie określonej koncepcji wyodrębniania w regulacji prawa zamówień instrumentów administracyjnoprawnych będzie, w konsekwencji, prowadziło do wskazania takich instrumentów, a co za tym idzie pozwoli na dokonanie ich przeglądu oraz charakterystyki. Tym samym zostanie ukazane ich znaczenie dla urzeczywistnienia w prawie zamówień publicznych jednej z podstawowych i stanowiących

fundament publicznego (a wcześniej administracyjnego) prawa gospodarczego zasad, a mianowicie zasady prawidłowego (starannego) zarządu mieniem publicznym. Inaczej mówiąc, celem sygnalizowanych tu zabiegów, które będą podejmowane w dalszych częściach opracowania, jest ustalenie znaczenia jakie powinno nadawać się, w obszarze prawa zamówień publicznych, pojęciom „publiczno-”, oraz „prywatnoprawny” (płaszczyzna ogólnego dwupodziału prawa), a także pojęciom „cywilno-”, oraz „administracyjnoprawny”, w pewnym stopniu również „karnoprawny” (płaszczyzna gałęziowego podziału prawa), przy uwzględnieniu specyfiki rozwiązań prawnych oraz celów prawa zamówień. Chodzi tu więc o przyjęcie założeń co do analizy struktury prawa zamówień publicznych.

Rozważania niniejszej monografii, w szczególności w zakresie charakterystyki poszczególnych instrumentów, które zostaną uznane za mające charakter administracyjnoprawny, będą się koncentrować na stadium wykonywania zamówienia publicznego. Wynika to z faktu istnienia szczególnej potrzeby refleksji naukowej podejmowanej z perspektywy publicznego prawa gospodarczego oraz prawa administracyjnego nad unormowaniami zagadnień realizacji zamówień publicznych. Ma to związek z istniejącym wciąż deficytem zainteresowania tymi kwestiami w badaniach prowadzonych przez przedstawicieli wskazanych powyżej dyscyplin prawoznawstwa, którzy, jak dotychczas, koncentrowali się, w przeważającej mierze, na zagadnieniach udzielania zamówień. Zajmowano przy tym, nierzadko, stanowisko o dominacji regulacji o charakterze cywilnoprawnym w normowaniu zachowań podmiotów uczestniczących w wykonywaniu zamówień publicznych.

Wobec tego jednym z celów niniejszej pracy będzie wykazanie, że istnienie administracyjnoprawnych instrumentów, znajdujących zastosowanie już po zawarciu umowy w sprawie zamówienia, wpływa na konieczność szerszego spojrzenia na odnośną problematykę, nie ograniczającego się jedynie do płaszczyzny wykonywania zobowiązań przez strony umowy o zamówienie, powszechnie kwalifikowanej jako cywilnoprawna. Celem jest więc wykazanie, że mamy tu do czynienia z niewątpliwie szerszym zagadnieniem, które należałoby określać mianem „realizacji zamówienia publicznego”. Pojęcie takie wydaje się autorowi adekwatne dla podkreślenia, że chodzi tu o obszar współistnienia instrumentów cywilnoprawnych, administracyjnoprawnych, a także innych, w tym w szczególności administracyjno-karnych, które „współdziałają” w zapewnieniu osiągnięcia celów prawa zamówień publicznych na etapie kluczowym dla urzeczywistnienia tychże celów.

Trzeba w tym miejscu podkreślić, że przyjmując pewne założenia o charakterze idealistycznym można by formułować twierdzenie o braku potrzeby istnienia, w porządku prawnym, instrumentów administracyjnoprawnych, których funkcją byłoby wspieranie (uzupełnianie) instrumentów cywilnoprawnych, w tym obszarze obrotu gospodarczego, który jest objęty prawem zamówień publicznych. Przy takim założeniu, wystarczyłoby wskazanie na konieczność nadania instrumentom cywilnoprawnym, takim jak, np. tryby (sposoby) zawierania umów oraz same umowy zobowiązaniowe takiego kształtu normatywnego, który czyniłby je adekwatnymi dla urzeczywistnienia podsta-

wowych celów prawa zamówień, w tym ochrony konkurencji. W ramach takiej koncepcji za zbyt liczne można by uznawać, np. unormowania o deliktach administracyjnych za naruszanie prawa zamówień, sankcjonowanych w ramach odpowiedzialności administracyjnej określonego rodzaju. Należy jednak stwierdzić, że założenia takie abstrahowałyby od uniwersalnych problemów zarządzania i gospodarowania własnością publiczną (w szerokim znaczeniu). Do problemów takich należą, przykładowo: brak właściciela w sensie ekonomicznym, z istoty rzeczy zainteresowanego jak najbardziej efektywnym (ekonomicznym) wykorzystaniem jej składników, konieczność zapewnienia gospodarowania taką własnością w interesie publicznym (z pożytkiem dla dobra wspólnego), podatność na oddziaływanie o charakterze korupcyjnym, czy też politycznym osób spełniających funkcje publicznej realnie zarządzających (gospodarujących) mieniem publicznym. W związku z tym, istotnym elementem szczegółowych rozważań niniejszej pracy będzie wskazywanie na niezbędność istnienia w porządku prawnym określonych instrumentów administracyjnoprawnych dla osiągnięcia celów prawa zamówień publicznych. Stwierdzenie o niezbędności istnienia instrumentów z zakresu prawa administracyjnego jako wsparcia i uzupełnienia dla odpowiednio ukształtowanych instrumentów cywilnoprawnych, nie oznacza, rzecz jasna, że mamy obecnie do czynienia w polskim porządku prawnym z optymalnymi rozwiązaniami prawnymi w tym zakresie. Stąd też, w pracy będzie zwracana uwaga zarówno na niedomogi regulacji prawnej odnośnych instrumentów administracyjnoprawnych, jak i będzie podnoszony problem deficytu występowania takich instrumentów w niektórych obszarach regulacji realizacji zamówień. Wobec tego zostaną także sformułowane odpowiednie postulaty *de lege ferenda*.

Odnosząc się do konstrukcji pracy należy wskazać, że składa się na nią siedem rozdziałów. Pierwszy z nich ma charakter wprowadzający w główne problemy opracowania. Jego celem jest, w szczególności, wykazanie zasadności posługiwania się pewnym zbiorczym pojęciem obejmującym różnorodne działania prawne, składające się na planowanie, przygotowywanie, udzielanie oraz wykonywanie zamówień publicznych. Autor proponuje, w związku z tym wprowadzenie do obiegu naukowego określenia „proces dochodzenia zamówienia publicznego do skutku” dla podkreślenia, że mamy tu do czynienia z ciągiem działań prawnych, zmierzającym i finalizującym się w aspekcie prawidłowego wykonania zamówienia. W tym rozdziale sformułowane są także założenia pojęciowe dla kluczowego w obrębie pracy pojęcia-narzędzia instrumentu administracyjnoprawnego, a także wskazuje się na kontekst używania pojęcia „prawo zamówień publicznych”. Materią rozdziału drugiego jest zagadnienie struktury prawa zamówień publicznych, przez co autor rozumie, w pierwszej kolejności, kwestię umiejscowienia tego zespołu unormowań w ramach najbardziej ogólnego dwupodziału systemu prawa na prawo publiczne oraz prawo prywatne. Wskazywane pojęcie zostanie także odniesione do kryteriów przeprowadzania w obrębie kompleksowej regulacji prawa zamówień bardziej szczegółowego podziału gałęziowego, w ramach którego możliwe jest definiowanie i wyodrębnianie instrumentów cywilnoprawnych, administracyjnoprawnych oraz karnoprawnych lub administracyjno-karnych. Rozważania rozdziału dru-

giego mają walor ogólny w obrębie całego prawa zamówień publicznych. Zmierzają one bowiem do sformułowania określonego wzorca przeprowadzania wewnątrz prawa zamówień, powyżej wzmiankowanych zabiegów dyferencyjnych o podstawowym znaczeniu dla naukowej refleksji nad tym zespołem unormowań, w ramach szczegółowych dyscyplin prawoznawstwa oraz w praktyce stosowania prawa. W rozdziale drugim wskazuje się także na poszczególne instrumenty prawa zamówień właściwe kolejnym etapom procesu dochodzenia zamówienia do skutku, rozstrzygając przy tym o ich gałęziowej kwalifikacji. Rozdziały od trzeciego do piątego zostały poświęcone charakterystyce poszczególnych instrumentów administracyjnoprawnych, odnoszących się do etapu wykonywania zamówienia publicznego. W rozdziałach od trzeciego do piątego wyodrębniono i poddano analizie instrumenty mające postać zakazów lub nakazów, wynikających z norm bezpośrednio regulujących prawa administracyjnego. Odnoszą się one kolejno do zagadnień: zmian przedmiotowych (treściowych) oraz podmiotowych umów w sprawach zamówień, kontroli zarządczej nad realizacją zamówienia, obowiązku dochodzenia roszczeń. Z kolei, rozdział VII służy przedstawieniu zagadnień poddanych regulacji w postaci norm pośrednio regulujących, kwalifikowanych jako administracyjne lub administracyjno-karne, określających podstawy ponoszenia odpowiedzialności prawnej za naruszanie wzmiankowanych powyżej nakazów i zakazów.

Podstawową metodą badawczą wykorzystywaną w pracy jest metoda dogmatyczna (formalno-dogmatyczna), polegająca na ustalaniu treści obowiązujących norm prawnych za pomocą dyrektyw wykładni językowej, systemowej oraz funkcjonalnej. W niektórych partiach pracy korzysta się także z metody historycznej, co uwidacznia się w szczególności w badaniu procesów ewolucji unormowań określonych zagadnień dla ukazania zmienności koncepcji ich regulacji, a także elementów wspólnych takim koncepcjom. W niniejszym opracowaniu korzysta się także z koncepcji teoretyczno-prawnych, przywoływanych w zakresie niezbędnym dla analizy zagadnień badawczych pracy. Ma to miejsce m.in. w rozważaniach poświęconych strukturze prawa zamówień publicznych, gdzie sięga się do podstawowych założeń ogólnej nauki o prawie, leżących u podstaw analizy prawa jako wieloelementowego systemu, w ramach którego możliwe są różnorakie zabiegi porządkujące. Analiza teoretyczno-prawnego ujęcia pojęcia odpowiedzialności prawnej jest także punktem wyjścia dla rozważań o odpowiedzialności administracyjnej w prawie zamówień publicznych.

Nie porzeczając na formalno-dogmatycznej płaszczyźnie rozważań w pracy częstokroć nawiązuje się do krajowego oraz unijnego orzecznictwa, służącego także jako ilustracja problemów praktycznego stosowania prawa w obszarze odpowiednich instrumentów prawnych. W pracy przywoływane jest, a w niektórych przypadkach szczególnie analizowane, stosowne orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości UE, Trybunału Konstytucyjnego, sądów powszechnych oraz Krajowej Izby Odwoławczej. Specyfika tematu pracy powoduje, że w jej ramach eksponowane jest także orzecznictwo komisji orzekających w sprawach o naruszenia dyscypliny finansów publicznych, które w opracowaniach z zakresu prawa zamówień publicznych wciąż przywoływane jest dość rzadko. W rozważaniach dotyczących instrumentów prawnych realizacji zamówień

wień publicznych objętych harmonizacją unijnego prawa wtórnego (zakazy w obszarze podmiotowych oraz przedmiotowych zmian umów) wykorzystywane są także poglądy obcojęzycznej doktryny europejskiego prawa zamówień publicznych. Jednocześnie należy tu nadmienić, że opracowanie koncentruje się na tzw. klasycznych zamówieniach publicznych, będących zasadniczym przedmiotem regulacji ustawy z 29.1.2004 r. – Prawo zamówień publicznych¹. Zdaniem autora jest to w zupełności wystarczające dla osiągnięcia jego celów. Poświęcenie rozbudowanych rozważań pracy zagadnieniem struktury prawa zamówień publicznych jako podstawy dla analizy szczegółowych problemów pracy wynika z wskazywanej w doktrynie prawa zamówień i wciąż istniejącej, także ze względu na relatywnie niedługi okres rozwoju prawa zamówień publicznych w polskim porządku prawnym, potrzeby pogłębionej refleksji naukowej nad tym zespołem unormowań, w szczególności nad jego usytuowaniem w porządku prawnym oraz wewnętrzną dyferencją. Jako wyraźne potwierdzenie potrzeby podejmowania tej problematyki może być przywołane stanowisko *R. Szostaka*, zgodnie z którym „(...) ze względów rozwojowych regulacja zamówień publicznych nie może być dłużej kojarzona z wyodrębnionym mechanicznie zbiorem przepisów porządkowych niegodnych pogłębionego naukowo profesjonalnego wysiłku. Takie podejście wypacza naturę prawną oraz rzeczywiste znaczenie instrumentów stosowanych od dawna w skomplikowanej sferze udzielania oraz wykonywania zamówień publicznych”².

W tym miejscu rozważań wstępnych należy jeszcze zwrócić uwagę na fakt, że w polskiej nauce prawa, jak dotychczas nie powstała monografia, której celem byłoby zdefiniowanie, wyodrębnienie oraz charakterystyka administracyjnoprawnych instrumentów realizacji zamówień publicznych. Tematyka ta była już natomiast sygnalizowana w opracowaniach artykułowych i monografiach niektórych przedstawicieli doktryny prawa zamówień publicznych, w których formułowano inspirujące wskazówki, skłaniające autora do podjęcia tytułowej problematyki³. Opracowanie to będzie do nich nawiązywało w wielu miejscach. Jak już sygnalizowano powyżej, praca ta stanowi swego rodzaju reakcję na zjawisko niedostatku uwagi z jakim spotykały się zagadnienia realizacji zamówień publicznych w badaniach wskazywanych powyżej szczegółowych dyscyplin prawoznawstwa z obszaru prawa publicznego. Wobec tego autor wyraża nadzieję, że niniejsza publikacja przyczyni się do utrwalenia takich założeń badawczych co do regulacji prawnej wykonywania zamówień, w ramach których rozważaniom prowadzonym w płaszczyźnie prawa cywilnego, będą towarzyszyły analizy zmierzające do wyodrębnienia i określenia optymalnego kształtu instrumentów administracyjnoprawnych,

¹ Ustawa z 29.1.2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz.U. z 2017 r. poz. 1579 ze zm).

² *R. Szostak*, Zakres i struktura prawa zamówień publicznych, PZP 2013, Nr 4, s. 17.

³ Zob. przykładowo *Z. Gordon*, Umowa jako przedmiot i instrument kontroli w systemie zamówień publicznych, [w:] *T. Kocowski, J. Sadowy* (red.), Kontrola zamówień publicznych, Wrocław–Warszawa 2013, s. 236–241; *R. Szostak*, Podstawowe instrumenty administracyjne w zamówieniach publicznych, PZP 2013, Nr 4, s. 27–43; *M. Szydło*, Prawna koncepcja zamówienia publicznego, Warszawa 2014, s. 42–44.

służących zapewnianiu osiągnięcia celów prawa zamówień publicznych na etapie ich realizacji.

W tym miejscu chciałbym złożyć wyrazy wdzięczności Panu prof. dr. hab. *Leonowi Kieresowi*, kierownikowi Zakładu Publicznego Prawa Gospodarczego na Uniwersytecie Wrocławskim, za przychylność, życzliwość, wieloletnią opiekę naukową oraz cenne wskazówki pomocne przy tworzeniu niniejszej monografii. Chciałbym również w szczególny sposób podziękować moim bliskim: rodzicom – *Annie* i *Władysławowi*, a także *Agnieszce* za całe wsparcie, pomoc i cierpliwość niezbędne dla powstania tej pracy.

Krzysztof Horubski

Wrocław, lipiec 2017 r.