

# Rozdział I. Zamówienie publiczne

## § 1. Uwagi wstępne

### I. Pojęcie zamówienia publicznego

Określenie istoty i zakresu pojęcia **zamówienia publicznego** ma kluczowe znaczenie z punktu widzenia prawidłowego stosowania oraz wykładni przepisów regulujących tę instytucję prawa. W doktrynie wskazuje się, że w rozumieniu potocznym zamówienie publiczne utożsamiane jest z procedurą przetargową, czyli procesem mającym na celu wyłonienie wykonawcy<sup>1</sup>. Niejednokrotnie zdarza się przy tym, że pojęcie to zastępowane jest pojęciem **przetargu**, które także niesie za sobą ściśle proceduralne skojarzenia<sup>2</sup>. Takie ujęcie zamówienia publicznego upodabnia je do instytucji przetargu uregulowanego w KC<sup>3</sup>, przetargów uregulowanych w aktach prawnych dotyczących w szczególności zbywania mienia podmiotów państwowych oraz zawierania z takimi podmiotami umów przez jednostki niepaństwowe<sup>4</sup> oraz przetargów (nieogra-

---

<sup>1</sup> Zob. *M. Lamch-Rejowska, Ł. Laszczyński*, Prawo zamówień publicznych: praktyczny poradnik dla zamawiających i wykonawców, Warszawa 2012, s. 27.

<sup>2</sup> Zob. np. *Z. Radwański*, w: *Z. Radwański* (red.), System Prawa Prywatnego, Prawo cywilne – część ogólna, t. 2, Warszawa 2008, s. 360, który definiuje przetarg, jako odrębny – trzeci obok oferty i negocjacji – sposób zawierania umów oraz jako postępowanie umożliwiające osobie zainteresowanej zawarciem określonej umowy wybór kontrahenta, proponującego najkorzystniejszą dla zainteresowanego umowę – ocenioną według wskazanych przez niego kryteriów. Zob. także wyr. SN z 15.2.1991 r., CR 551/90, OSP 1992, Nr 36, poz. 99, w którym stwierdzono, że przetargiem jest suma uporządkowanych czynności, których ostatecznym celem jest wybór nabywcy rzeczy w drodze zaproszenia do złożenia ofert. Na temat znaczenia i charakteru prawnego przetargu zob. także *A. Panasiuk*, Prawno-ekonomiczne aspekty systemu zamówień publicznych wpływające na ograniczenie swobody kontraktowania, Bydgoszcz–Warszawa 2005, s. 88 i cytowaną tam literaturę.

<sup>3</sup> Zob. art. 701–705 ustawy z 23.4.1964 r. – Kodeks cywilny (t.j. Dz.U. z 2018 r. poz. 1025 ze zm.).

<sup>4</sup> Mowa tu m.in. o przetargach na zbycie nieruchomości (zob. art. 37 i n. ustawy z 21.8.1997 r. o gospodarce nieruchomościami, t.j. Dz.U. z 2018 r. poz. 2204 ze zm.), przetargach publicznych na sprzedaż środków trwałych przez przedsiębiorstwa państwowe oraz warunków odstąpienia

niczonych i ograniczonych) normowanych przez ZamPublU<sup>5</sup>. Pojęcie zamówienia publicznego jest jednak pojęciem prawnym o autonomicznym charakterze, które, w zależności od przyjętej koncepcji, może być rozumiane co najmniej na dwa sposoby<sup>6</sup>.

**Zamówienie publiczne sensu stricto** nawiązuje do legalnych definicji tego pojęcia, których dostarcza ZamPublU oraz prawo unijne. Podstawowe znaczenie ma w tym kontekście definicja wprowadzona w art. 2 pkt 13 ZamPublU, zgodnie z którą zamówieniami publicznymi są odpłatne umowy zawierane między zamawiającym a wykonawcą, których przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane. Definicja ta pokrywa się z definicją sformułowaną w art. 2 ust. 1 pkt 5 dyrektywy 2014/24/UE<sup>7</sup>, zgodnie z którą zamówienia publiczne oznaczają umowy o charakterze odpłatnym, zawierane na piśmie pomiędzy co najmniej jednym wykonawcą a co najmniej jedną instytucją zamawiającą, których przedmiotem jest wykonanie robót budowlanych, dostawa produktów lub świadczenie usług<sup>8</sup>. Co prawda definicja zamówienia publicznego pochodząca z ZamPublU nie zawiera elementu pisemności obecnego w definicji wprowadzonej w dyrektywie 2014/24/UE, jednak brak ten uzupełniany jest w art. 139 ust. 2 ZamPublU, który stanowi, że umowa w sprawie zamówienia publicznego wymaga, pod rygorem nieważności, zachowania formy pisemnej, chyba iż przepisy odrębne wymagają formy szczególnej<sup>9</sup>.

---

od przetargu (zob. rozporządzenie Rady Ministrów z 5.10.1993 r. w sprawie zasad organizowania przetargu na sprzedaż środków trwałych przez przedsiębiorstwa państwowe oraz warunków odstąpienia od przetargu, Dz.U. Nr 97, poz. 443 ze zm.) oraz przetargach publicznych na dzierżawę nieruchomości Zasobu Własności Rolnej Skarbu Państwa (zob. rozporządzenie Ministra Rolnictwa i Rozwoju Wsi z 14.1.2009 r. w sprawie szczegółowego trybu przeprowadzania przetargów na dzierżawę nieruchomości Zasobu Własności Rolnej Skarbu Państwa, t.j. Dz.U. z 2013 r. poz. 1142).

<sup>5</sup> Zob. art. 39 i n. oraz art. 47 i n. ustawy z 29.1.2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm.).

<sup>6</sup> Por. *M. Wieloński*, Realizacja interesu publicznego w prawie zamówień publicznych, Warszawa 2012, s. 31.

<sup>7</sup> Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady Nr 2014/24/UE z 26.2.2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE (Dz.Urz. UE L Nr 94, s. 65).

<sup>8</sup> Na marginesie warto wspomnieć, że definicja ta jest zbieżna z definicją zamówienia publicznego, która została ujęta w art. 1 ust. 2 lit. a dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady Nr 2004/18/WE z 31.3.2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz.Urz. UE L Nr 134, s. 114 ze zm.), która została zastąpiona przez dyrektywę 2014/24/UE.

<sup>9</sup> Szerzej na ten temat zob. uwagi zawarte w § 2 pkt V niniejszego rozdziału.

Legalne definicje zamówienia publicznego mające swe źródło w ZamPublU oraz dyrektywie 2014/24/UE kładą nacisk na jego materialny, a nie proceduralny charakter, jednoznacznie wskazując, że zamówienie publiczne stanowi sama umowa (dla której określenia polski i unijny prawodawca posługują się także technicznym określeniem „umowa w sprawie zamówienia publicznego”), będąca następstwem przeprowadzonej procedury, nie zaś procedura, która prowadzi do jej zawarcia (która w ZamPublU oraz dyrektywie 2014/24/UE nazywana jest także „postępowaniem o udzielenie zamówienia”).

Od pojęcia zamówienia publicznego *sensu stricto* (ang. – *public contract*, fr. – *marché public*, hiszp. – *contrato público*) należy także odróżnić pojęcie samego **zamówienia** (ang. – *procurement*, fr. – *passation d'un marché*, hiszp. – *contratación*), które zostało zdefiniowane w art. 1 ust. 2 dyrektywy 2014/24/UE. Zgodnie z tą definicją zamówienie oznacza nabycie – w drodze zamówienia publicznego – robót budowlanych, dostaw lub usług przez co najmniej jedną instytucję zamawiającą od wykonawców wybranych przez te instytucje, niezależnie od tego, czy roboty budowlane, dostawy lub usługi przeznaczone są do celów publicznych<sup>10</sup>. Jak więc widać, pojęciu zamówienia publicznego prawodawca unijny nadaje wprost inne znaczenie niż pojęciu zamówienia (zamówienie publiczne jest umową, podczas gdy samo zamówienie – czynnością jego nabycia<sup>11</sup>). Ze względu na zbliżone brzmienie nadane w polskiej wersji językowej dyrektywy 2014/24/UE oraz podobne zakresy znaczeniowe wyraźne rozgraniczenie obu tych pojęć może zatem powodować istotne trudności<sup>12</sup>. Nie dokonując w tym miejscu szerszego omówienia tej problematyki, należałoby

---

<sup>10</sup> W świetle motywu 4 preambuły dyrektywy 2014/24/UE termin „nabycie” należy zaś rozumieć szeroko, jako uzyskiwanie korzyści z tytułu określonych robót budowlanych, dostaw lub usług, przy czym przeniesienie własności na instytucje zamawiające nie jest konieczne. W konsekwencji nabycie robót budowlanych, dostaw lub usług podlega regulacji dyrektywy 2014/24/UE bez względu na to, czy jest ono realizowane w drodze zakupu, dzierżawy czy za pomocą innych form umownych, pod warunkiem jednak, że jest ono dokonywane za wynagrodzeniem w drodze zamówienia publicznego.

<sup>11</sup> Por. S. *Arrowsmith*, *The Law of Public and Utilities Procurement*, t. 1, Londyn 2014, s. 1, która wyróżnia zamówienie (*procurement*) w znaczeniu wąskim, tj. proces prowadzący do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz zamówienie w znaczeniu szerokim, które poza procedurą obejmuje także etap wykonania i zakończenia umowy w sprawie zamówienia publicznego.

<sup>12</sup> Znajduje to potwierdzenie w samym tekście dyrektywy 2014/24/UE, w której prawodawca unijny postępuje w sposób niekonsekwentny, niejednokrotnie używając zamiennie obu tych pojęć (zob. np. art. 72 ust. 1 dyrektywy 2014/24/UE regulujący kwestię modyfikacji umów w sprawie zamówienia publicznego i umów ramowych, który stanowi, że „zamówienia i umowy ramowe można modyfikować bez przeprowadzania nowego postępowania o udzielenie zamówienia (...”).

jednak uznać, że w świetle dyrektywy 2014/24/UE zamówienia publiczne stanowią jedną z form prawnych udzielania zamówień przez instytucje zamawiające<sup>13</sup>. Polska ZamPubLU nie zawiera przy tym autonomicznej definicji pojęcia zamówienia, w związku z czym, w przypadku gdy posługuje się ona tym terminem, należy przez to rozumieć zamówienie publiczne, o którym mowa w art. 2 pkt 13 ZamPubLU<sup>14</sup>.

Zamówienia publicznego *sensu stricto* nie stanowi **umowa o podwykonawstwo**, w ramach której wykonawca powierza podwykonawcy realizację całości lub części zamówienia publicznego. Umowa taka, choć faktycznie i prawnie związana z umową w sprawie zamówienia publicznego, jest od niej formalnie i istotowo odrębna, czego wyrazem jest autonomiczna definicja umowy o podwykonawstwo, którą wyraża art. 2 pkt 9b ZamPubLU. Zgodnie z nią pod pojęciem tym należy rozumieć umowy w formie pisemnej o charakterze odpłatnym, których przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane stanowiące część zamówienia publicznego, zawarte między wybranym przez zamawiającego wykonawcą a innym podmiotem (podwykonawcą), a w przypadku zamówień publicznych na roboty budowlane także między podwykonawcą a dalszym podwykonawcą lub między dalszymi podwykonawcami.

Do koncepcji **zamówienia publicznego sensu stricto**, tj. umowy o ściśle określonym charakterze i przedmiocie, która zawierana jest przez krąg uprawnionych do tego podmiotów, nawiązują także inne definicje tego pojęcia sformułowane przez doktrynę. Na uwagę w tym kontekście zasługuje w szczególności rozbudowana definicja zamówienia publicznego przedstawiona przez *M. Szydło*. Autor ten definiuje **zamówienie publiczne** jako poddaną szczególnemu reżimowi prawnemu umowę, którą publiczny lub prywatny nabywca poddany temu reżimowi (nazywany zamawiającym lub instytucją zamawiającą) zawiera z jednym wykonawcą lub wieloma wykonawcami dla zaspokojenia popytu na określone, pożądane przez siebie dobro. Dobrem tym jest określone świadczenie wykonawcy, które prowadzi do zaspokojenia konkretnych

---

<sup>13</sup> Innymi formami prawnymi udzielania zamówień regulowanymi przez prawo unijne są tzw. zamówienia sektorowe, objęte dyrektywą Parlamentu Europejskiego i Rady Nr 2014/25/UE z 26.2.2014 r. w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylającą dyrektywę 2004/17/WE (Dz.Urz. UE L Nr 94, s. 243) oraz koncesje, regulowane przez dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady Nr 2014/23/UE z 26.2.2014 r. w sprawie udzielania koncesji (Dz.Urz. UE L Nr 94, s. 1).

<sup>14</sup> Zgodnie z treścią art. 3 ust. 1 ZamPubLU dla określenia zamówień publicznych stosuje się skróconą nazwę – „zamówienie”.

potrzeb zamawiającego i przynosi mu gospodarcze korzyści, które, poza tym, że mają charakter prywatny, bardzo często są potrzebami i korzyściami o charakterze publicznym. W ujęciu tym ekwiwalent świadczenia wykonawcy stanowi natomiast wynagrodzenie, którego może się on domagać od zamawiającego (wynagrodzenie to może być płatne ze środków pozostających w dyspozycji zamawiającego lub też może być generowane dzięki eksploatacji przez wykonawcę przedmiotu świadczenia zamówienia publicznego). Zamówienie publiczne w takim ujęciu stanowi więc kategorię prawną o charakterze dynamicznym, przechodzącym przez kolejno następujące po sobie fazy: przygotowania, udzielania i wykonywania<sup>15</sup>.

Na uwagę zasługuje także definicja **zamówienia publicznego** przedstawiona przez *R. Szostaka*. Definiuje on zamówienie publiczne jako cywilnoprawną umowę, na podstawie której Skarb Państwa, jednostki samorządu terytorialnego oraz różne instytucje prawa publicznego otrzymują niezbędne do wykonywania zadań publicznych świadczenia rzeczowe (niepieniężne), przede wszystkim w zakresie tzw. obrotu zaopatrzeniowego i budownictwa publicznego<sup>16</sup>.

Niezależnie od przyjętej definicji, która w zależności od zastosowanej optyki może akcentować różne aspekty zamówienia publicznego, **jego koncepcja sensu stricto** utożsamia zamówienie publiczne ze specyficznym rodzajem stosunku obligacyjnego, wynikającego z umowy o charakterze odpłatnym, zawieranej w zakresie oraz przez podmioty ściśle określone przepisami prawa. Dla celów niniejszej monografii kluczowe znaczenie mają w tym kontekście definicje legalne zamówienia publicznego pochodzące z ZamPublU oraz dyrektywy 2014/24/UE, dlatego też w dalszej jej części będę posługiwał się pojęciem zamówienia publicznego w znaczeniu nadanym mu przez te akty prawne (dla określenia zamówienia publicznego będę także posługiwał się równoważnym terminem „**umowa w sprawie zamówienia publicznego**”)<sup>17</sup>.

---

<sup>15</sup> *M. Szydło*, Prawna koncepcja zamówienia publicznego, Warszawa 2014, s. XIX.

<sup>16</sup> *R. Szostak*, Przetarg nieograniczony na zamówienie publiczne. Zagadnienia konstrukcyjne, Kraków 2005, s. 7

<sup>17</sup> Podobnie czyni także większość autorów, którzy opowiadają się za rozumieniem pojęcia zamówienia publicznego zgodnie z jego legalnymi definicjami – zob. np. *J. Niczyporuk*, Przedmiot zamówień publicznych, w: *J. Sadowy* (red.), System zamówień publicznych w Polsce, Warszawa 2013, s. 76; *M. Stachowiak*, w: *W. Dzierżanowski, J. Jerzykowski, M. Stachowiak*, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2014, kom. do art. 2; *P. Granecki*, Prawo zamówień publicznych, Komentarz, Warszawa 2014, s. 53; *J. Pieróg*, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2015, s. 25; *W. Hartung, M. Bałaj, T. Michalczyk, M. Wojciechowski, J. Krysa, K. Kuźma*, Dyrektywa 2014/24/UE w sprawie zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2015, s. 123.

W doktrynie zauważa się jednak, że tak sformułowana definicja zamówienia publicznego nie eksponuje w dostateczny sposób cechy, która pozwalałaby na nadanie pojęciu zamówienia przymiotnika „publiczny”. Nie ukazuje ona bowiem związku, jaki istnieje między danym zamówieniem a publicznym interesem lub celem, dla którego jest ono udzielane<sup>18</sup>. Podkreśla się także, że definicja zamówienia publicznego *sensu stricto* nie oddaje całej złożoności instytucji, jaką jest zamówienie publiczne<sup>19</sup>. Nie obejmuje ona bowiem m.in. czynności poprzedzających zawarcie umowy, które łącznie składają się na **postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego**<sup>20</sup>.

Powyższe skłania niektórych autorów do formułowania definicji **zamówienia publicznego sensu largo**, uwzględniającej elementy, których pozbawiona jest definicja zamówienia publicznego w znaczeniu wąskim. Jako przykład można wskazać definicję sformułowaną przez *M. Wielońskiego*, który zamówienie publiczne w znaczeniu szerokim ujmuje jako prawnie uregulowany, ze względu na interes publiczny, proces wydatkowania środków publicznych, na który składa się zawarcie umowy oraz jej realizacja, jak również czynności prowadzące do jej zawarcia, dokonywane w celu nabycia określonych dóbr oraz zaspokajający przede wszystkim interes publiczny<sup>21</sup>. Definicja ta rozszerza zakres pojęcia zamówienia publicznego w ten sposób, że poza umową (tj. zgodnie z wcześniejszymi ustaleniami – zamówieniem publicznym *sensu stricto*) obejmuje ona także etap poprzedzający jej zawarcie (tj. przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego). Akcentuje ona także publiczny charakter zamówień publicznych, wiążąc go z wydatkowaniem środków publicznych w celu realizacji interesu publicznego.

Inną z koncepcji **zamówienia publicznego sensu largo** przedstawił *T. Grzeszczyk*. Autor ten definiuje zamówienia publiczne jako planowe i zorganizowane działania prawne, organizacyjne, ekonomiczne i społeczne służące

---

<sup>18</sup> Zob. *J. Niczyporuk*, Przedmiot zamówień publicznych, w: *J. Sadowy* (red.), System zamówień publicznych w Polsce, Warszawa 2013, s. 76; *M. Wieloński*, Realizacja interesu publicznego, s. 31–32; *Z. Czarnik*, w: *S. Babiarz*, *Z. Czarnik*, *P. Janda*, *P. Pełczyński*, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2013, s. 49–50.

<sup>19</sup> Zob. *A. Panasiuk*, Prawno-ekonomiczne aspekty systemu zamówień publicznych, s. 89; *M. Wieloński*, Realizacja interesu publicznego, s. 31–32.

<sup>20</sup> *M. Wieloński* wyróżnia przy tym następujące etapy udzielania zamówienia publicznego: planowanie wydatków, konkretyzacja potrzeb zamawiającego (przygotowanie postępowania), uzewnętrznienie woli zawarcia umowy (upublicznienie woli zamawiającego), eliminacja wykonawców i wybór najkorzystniejszej oferty (alternatywnie unieważnienie postępowania), zob. *M. Wieloński*, Realizacja interesu publicznego, s. 32.

<sup>21</sup> *Ibidem*.

udzielaniu zamówień i zawieraniu umów. Istotą tej procedury jest przetwarzanie informacji w decyzję o przyznaniu zamówienia, która materializuje się w postaci umowy. Co istotne, w ujęciu zaproponowanym przez *T. Grzeszczyka* samo zawarcie umowy nie wyczerpuje jeszcze szerokiego pojęcia zamówienia publicznego. W jego zakres wchodzi bowiem, poza etapem zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, także fazy jej realizacji oraz rozliczenia<sup>22</sup>.

Rozważania na temat definicji zamówienia publicznego, która poza aspektem kontraktualnym uwzględniałaby także inne jego elementy oraz specyfikę, niewątpliwie odznaczają się dużą doniosłością z teoretycznoprawnego punktu widzenia. Mając jednak na uwadze złożoność tej materii oraz podstawowy cel niniejszej publikacji, jakim jest przedstawienie problematyki prawa właściwego dla zamówienia publicznego i umowy o jego podwykonawstwo, za w pełni wystarczające należy uznać legalne definicje zamówienia publicznego zawarte w ZamPublU oraz dyrektywie 2014/24/UE. Konsekwentnie w dalszej części monografii będę zatem posługiwał się pojęciem zamówienia publicznego w znaczeniu wąskim.

## II. Pojęcie prawa zamówień publicznych

Zamówienia publiczne są przygotowywane, udzielane oraz realizowane w ramach specjalnego reżimu prawnego, istniejącego na poziomie krajowym i międzynarodowym, nazywanym **prawem zamówień publicznych**. Nie wdając się w rozważania co do tego, czy prawo zamówień publicznych stanowi odrębną gałąź prawa<sup>23</sup>, należy wskazać, że pojęcie to może być ujmowane na kilka sposobów, determinujących zakres norm prawnych, które się na nie składają. Na uwagę w tym kontekście zasługuje w szczególności koncepcja zaprezen-

---

<sup>22</sup> *T. Grzeszczyk*, Podręcznik zamówień publicznych. Polskie procedury – zarys systemu, Warszawa 1995, s. 28; cyt. za: *A. Panasiuk*, Publicznoprawne ograniczenia przy udzielaniu zamówień publicznych, Bydgoszcz–Warszawa 2007, s. 60.

<sup>23</sup> Choć pogląd taki należy do mniejszościowych (został on wyrażony m.in. w wyroku SO w Kaliszu z 26.3.2015 r., II Ca 675/14 oraz przez *M. Lamch-Rejowska*, *Ł. Laszczyński*, Prawo zamówień publicznych, s. 13), to jednak jak zauważył *H. Nowicki*, Prawo zamówień publicznych – pojęcie i zakres regulacji, w: *H. Nowicki*, *J. Sadowy* (red.), XV-lecie systemu zamówień publicznych w Polsce, Toruń–Warszawa 2009, s. 94, „prawo zamówień publicznych stanowi zwartą regulację prawną odnoszącą się do ważnej części stosunków społecznych (gospodarczych), realizowaną przez szeroki krąg podmiotów zobowiązanych do stosowania tych norm z możliwością stosowania form władczych zmierzających do osiągnięcia określonych celów”.

wana przez *H. Nowickiego*, zgodnie z którą pojęcie prawa zamówień publicznych może występować w czterech znaczeniach<sup>24</sup>.

Pierwsze, najważniejsze ujęcie utożsamia prawo zamówień publicznych z ZamPubU wraz z aktami wykonawczymi do tej ustawy oraz z KoncesBudU<sup>25</sup>.

W drugim ujęciu prawo zamówień publicznych obejmuje akty prawne wskazane w ujęciu pierwszym oraz przepisy zawarte w innych ustawach, do których ZamPubU się bezpośrednio odwołuje (np. definicje zaczerpnięte z innych ustaw<sup>26</sup> lub ustawy, do których „odsyla” ZamPubU<sup>27</sup>).

Trzecie ujęcie obejmuje akty prawne wskazane powyżej oraz ustawy odwołujące się i zobowiązujące do stosowania przepisów ZamPubU<sup>28</sup>.

Z kolei czwarte, najszersze ujęcie prawa zamówień publicznych obejmuje wszystkie akty prawa krajowego wskazane powyżej oraz akty prawne Unii Eu-

---

<sup>24</sup> *H. Nowicki*, Podstawy prawne systemu zamówień publicznych w Polsce, w: *J. Sadowy* (red.), System zamówień publicznych w Polsce, Warszawa 2013, s. 73.

<sup>25</sup> Trzeba przy tym zaznaczyć, że kwalifikacja koncesji jako formy zamówienia publicznego budzi poważne wątpliwości. Za taką możliwością na tle poprzednio obowiązującej ZamPubU opowiedział się m.in. *P. Nowicki*, Koncesja na roboty budowlane lub usługi, w: *J. Sadowy* (red.), System zamówień publicznych w Polsce, Warszawa 2013, s. 406 oraz *J. Pieróg*, Prawo zamówień publicznych, 2015, s. 25. Pogląd przeciwny, jak się zdaje, został wyrażony m.in. przez *M. Stachowiak*, w: *W. Dzierżanowski, J. Jerzykowski, M. Stachowiak*, Prawo zamówień publicznych, 2014, kom. do art. 2 oraz UZP, Stosowanie przepisów ustawy z 9.1.2009 r. o koncesji na roboty budowlane lub usługi oraz ustawy z 19.12.2008 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym – wybrane zagadnienia. Nie wdając się w szczegółowe rozważania na ten temat (wykraczają one bowiem poza główny przedmiot niniejszego opracowania), w moim przekonaniu należy opowiedzieć się za drugim poglądem. Przemawia za tym w szczególności fakt, że w świetle nowych dyrektyw unijnych (tj. dyrektywy 2014/24/UE i dyrektywy 2014/23/UE) oraz polskich regulacji (tj. ZamPubU oraz KoncesBudU) zamówienia publiczne oraz koncesje są dwiema odrębnymi formami udzielania zamówień przez instytucje zamawiające – tj. umową w sprawie zamówienia publicznego oraz umową koncesji, które podlegają odrębnym reżimom prawnym. Konsekwentnie w dalszej części niniejszej rozprawy przepisy dyrektywy 2014/23/UE oraz KoncesBudU nie będą zatem stanowiły przedmiotu analizy w kontekście rozważań na temat prawa właściwego dla zamówienia publicznego *sensu stricto*, rozumianego jako umowa w sprawie zamówienia publicznego.

<sup>26</sup> Zob. np. art. 2 pkt 1 ZamPubU, który powołuje się na definicję ceny zawartą w art. 3 ust. 1 pkt 1 i ust. 2 ustawy z 9.5.2014 r. o informowaniu o cenach towarów i usług (Dz.U. z 2014 r. poz. 915).

<sup>27</sup> Zob. np. art. 139 ust. 1 ZamPubU, który do umów w sprawach zamówień publicznych nakazuje stosować przepisy KC, jeżeli przepisy ZamPubU nie stanowią inaczej.

<sup>28</sup> Zob. np. art. 4 ust. 2 ustawy z 19.12.2008 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym (tj. Dz.U. z 2017 r. poz. 1834 ze zm.), który do wyboru partnera prywatnego i umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym nakazuje stosować przepisy ZamPubU w zakresie nieuregulowanym w tej ustawie.



ropejskiej regulujące problematykę zamówień publicznych, w szczególności wydawane w tym zakresie unijne dyrektywy i rozporządzenia.

Kryterium dyferencjacji zastosowanym w klasyfikacji zaproponowanej przez H. Nowickiego stanowi pochodzenie przepisów prawnych odnoszących się do zamówień publicznych. Podstawowym pytaniem, które w tym wypadku będzie rozstrzygało o tym, czy dany przepis mieści się w zakresie pojęcia **prawa zamówień publicznych**, jest pytanie o to, z jakiego aktu prawnego przepis ten pochodzi oraz jak ściśle jest on powiązany z ZamPublU. Wspólnym mianownikiem dla wszystkich powyższych znaczeń prawa zamówień publicznych jest jednak założenie, że przepisy, które się na nie składają regulują ten sam przedmiot, tj. **zamówienie publiczne sensu largo**, obejmujące swym zakresem etap przygotowania, udzielania oraz wykonywania zamówienia publicznego<sup>29</sup>.

Z punktu widzenia niniejszej monografii celowe wydaje się jednak wprowadzenie podziału na prawo zamówień publicznych w znaczeniu wąskim i szerokim, który byłby oparty nie na kryterium pochodzenia przepisów prawnych dotyczących zamówień publicznych, lecz na kryterium przedmiotu ich regulacji. W ujęciu tym kluczowym pytaniem rozstrzygającym o tym, czy dany przepis prawny będzie mieścił się w zakresie pojęcia prawa zamówień publicznych, będzie zatem pytanie o to, czego przepis ten dotyczy (np. umowy, postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, środków odwoławczych itd.).

Powyższe kryterium pozwala na wyszczególnienie **prawa zamówień publicznych sensu stricto**, które, w świetle legalnych definicji zamówienia publicznego oraz umowy o podwykonawstwo, powinno być utożsamiane z prawem umów. Obejmuje ono ogół przepisów prawnych pochodzących z różnych aktów prawnych (tak krajowych jak i ponadnarodowych) odnoszących się do realizacji przedmiotu zamówienia publicznego (tj. przede wszystkim zawarcia oraz wykonania umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz ewentualnie – umów podwykonawczych, które pozostają z nim w ścisłym związku).

Z kolei w zakresie **prawa zamówień publicznych sensu largo** będą mieściły się wszystkie przepisy, o których mowa powyżej oraz przepisy pochodzące z aktów prawnych o zasięgu krajowym i międzynarodowym, które poza etapami zawarcia i realizacji umowy w sprawie zamówienia publicznego regu-

---

<sup>29</sup> Znajduje to potwierdzenie m.in. w art. 1 ZamPublU, zgodnie z którym jej zakres przedmiotowy obejmuje zasady i tryb udzielania zamówień publicznych, środki ochrony prawnej, kontrolę udzielania zamówień publicznych oraz organy właściwe w sprawach w niej uregulowanych. Z kolei art. 1 ust. 1 dyrektywy 2014/24/UE stanowi, że dyrektywa ta zawiera przepisy dotyczące procedur udzielania zamówień przez instytucje zamawiające w odniesieniu do zamówień publicznych oraz konkursów.

lują także etap je poprzedzający (tj. etap, na który składa się przygotowanie i przeprowadzenie postępowania w sprawie zamówienia publicznego, w tym środki ochrony prawnej wykonawców ubiegających się o jego udzielenie) oraz etap następujący po lub równoległe do jej wykonywania (tj. kontrola udzielania i realizacji zamówienia publicznego dokonywana przez odpowiednie organy oraz rozliczenie zamówienia publicznego przez zamawiającego i instytucje finansujące dane zamówienie)<sup>30</sup>. Dla tak pojmowanego prawa zamówień publicznych w doktrynie przyjmuje się także określenie „**system zamówień publicznych**”<sup>31</sup>.

Ze względu na fakt, że w niniejszym opracowaniu moja uwaga skupia się głównie na zagadnieniach związanych z umową w sprawie zamówienia publicznego (tj. **zamówieniem publicznym sensu stricto**) oraz dodatkowo – na problematyce umów podwykonawczych, które są z nią bezpośrednio związane (umowy podwykonawcze są zawierane w celu wykonania zamówienia publicznego), w dalszym ciągu rozprawy będę posługiwał się pojęciem prawa zamówień publicznych w znaczeniu wąskim.

### III. Źródła prawa zamówień publicznych *sensu stricto*

#### 1. Wprowadzenie

Katalog aktów prawnych składających się na **prawo zamówień publicznych** w znaczeniu wąskim jest bardzo zróżnicowany. W ujęciu tym podstawowe znaczenie będą miały przede wszystkim właściwe przepisy ZamPubU (w szczególności przepisy zawarte w dziale IV ZamPubU), przepisy dyrektywy 2014/24/UE (głównie przepisy ujęte w rozdziale IV tytułu II tej dyrektywy)<sup>32</sup>,

---

<sup>30</sup> Katalog aktów i przepisów prawnych składających się na tak rozumiane prawo zamówień publicznych jest niezwykle szeroki. Ich szczegółowe zestawienie przedstawili m.in. *J.E. Nowicki, A. Bazan*, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2015, s. 21–28; *P. Granecki*, Prawo zamówień publicznych, 2014, s. 3–7; *M. Stachowiak*, w: *W. Dzierżanowski, J. Jerzykowski, M. Stachowiak*, Prawo zamówień publicznych, 2014, kom. do art. 1.

<sup>31</sup> Zob. np. *H. Nowicki*, Podstawy prawne systemu zamówień publicznych, w: *J. Sadowy* (red.), System zamówień publicznych, s. 55; *M. Stachowiak*, w: *W. Dzierżanowski, J. Jerzykowski, M. Stachowiak*, Prawo zamówień publicznych, 2014, kom. do art. 1.

<sup>32</sup> W zakresie tym nie będą jednak mieściły się przepisy dyrektywy 2014/25/UE regulującej tzw. zamówienia sektorowe. Przedmiotu jej regulacji nie stanowią bowiem zamówienia publiczne w rozumieniu art. 2 ust. 1 pkt 5 dyrektywy 2014/24/UE, lecz zamówienia na dostawy, roboty budowlane i usługi zdefiniowane w art. 2 pkt 1 dyrektywy 2014/25/UE, udzielane przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych. Polska ZamPubU zawiera w sobie regulacje odnoszące się do obu z ww. typów zamówień (w zakresie

przepisy KC (w szczególności księga I – część ogólna oraz księga III – zobowiązania), a także właściwe przepisy szczególne, którym poddany jest dany stosunek umowny (np. przepisy ustawy z 29.8.1997 r. – Prawo bankowe<sup>33</sup> – w przypadku umowy rachunku bankowego i umowy kredytu, ustawy z 11.9.2015 r. o działalności ubezpieczeniowej i reasekuracyjnej – w odniesieniu do umów ubezpieczenia<sup>34</sup>, ustawy z 15.11.1984 r. – Prawo przewozowe<sup>35</sup> – w przypadku umowy przewozu, czy też przepisy ustawy z 4.2.1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych<sup>36</sup> – w odniesieniu do umów licencyjnych).

Spśród wszystkich wymienionych powyżej regulacji szczególną wagą odznaczają się zaś przede wszystkim te, których dostarczają przepisy dotyczące zamówień publicznych zawarte w ZamPublU, dyrektywie 2014/24/UE oraz w KC. Choć geneza, zakres zastosowania oraz charakter KC była już przedmiotem wielu opracowań na ten temat<sup>37</sup>, to w odniesieniu do ZamPublU oraz dyrektywy 2014/24/UE, zagadnienia te wymagają choćby zwięzłego przybliżenia.

---

umów co do zasady pozostają one ze sobą zbieżne), jednak terminologia przyjęta dla ich określenia jest niespójna z regulacjami innymi. Z jednej bowiem strony art. 2 pkt 14 oraz art. 132 ust. 1 ZamPublU wprowadzają oddzielną definicję „zamówień sektorowych”, z drugiej zaś art. 3 ust. 1 pkt 4 ZamPublU kwalifikuje je jako „zamówienia publiczne”. *De lege ferenda* należałoby zatem postulować, by polski ustawodawca ujedynolili terminologię stosowaną w ZamPublU w ten sposób, że „zamówienia sektorowe” oraz „zamówienia publiczne” konsekwentnie stanowiłyby dwie, wyraźnie odrębne od siebie kategorie zamówień. Tak jak sygnalizowano to już wcześniej (zob. przyp. 26), poza zakresem dalszej analizy znajdują się także przepisy dyrektywy 2014/23/UE odnoszącej się do koncesji oraz regulacje dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/81/WE z 13.7.2009 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 (Dz.Urz. UE L z 2009 r. Nr 216, s. 76 ze zm.). Ta ostatnia wprowadza bowiem specyficzne regulacje, które wychodzą poza sferę „klasycznych” zamówień publicznych. Zostały one również zdefiniowane oddzielnie przez polskiego ustawodawcę (zob. art. 2 pkt 15 ZamPublU). Konsekwentnie analizie nie będą także poddawane polskie przepisy, które implementują do krajowego porządku prawnego postanowienia ww. dyrektyw.

<sup>33</sup> T.j. Dz.U. z 2018 r. poz. 2187 ze zm.

<sup>34</sup> T.j. Dz.U. z 2019 r. poz. 381.

<sup>35</sup> T.j. Dz.U. z 2017 r. poz. 1983 ze zm.

<sup>36</sup> T.j. Dz.U. z 2018 r. poz. 1191 ze zm.

<sup>37</sup> Z bogatego piśmiennictwa na ten temat zob. np. L. Górnicki, w: M. Saffan (red.), System Prawa Prywatnego. Tom 1. Prawo cywilne – część ogólna, Warszawa 2012, s. 68–157 i cytowaną tam literaturę oraz A. Brzozowski, w: K. Pietrzykowski (red.), Kodeks cywilny. Tom I. Komentarz do art. 1–449<sup>10</sup>, Warszawa 2015, s. 3–32.