

Rozdział I. Regulacja prawa zamówień publicznych Unii Europejskiej

§ 1. Prawo zamówień publicznych Unii Europejskiej jako dziedzina prawa

Należy zgodzić się, że jednym z najistotniejszych rysów współczesnego prawa w Europie jest utrzymujący się podział prawa na publiczne i prywatne¹, nawet jeżeli, jak wskazuje wielu autorów, podział ten jest tylko i wyłącznie pewną konwencją, która w żadnym wypadku nie może być uznana za jedynie możliwą lub też za jedynie prawdziwą². Podobnie rzecz się ma z wyróżnianiem gałęzi prawa³, które występują zarówno w prawie publicznym, jak i prywatnym (podział ten może być wówczas traktowany jako „ponadgałęziowy”⁴) i oznaczają, najkrócej mówiąc, zbiory norm regulujących określone, obszerne sfery stosunków społecznych. Również w tym przypadku o podziale prawa (publicznego lub prywatnego) na takie lub inne gałęzie decyduje przyjęcie określonej konwencji, rozstrzygającej, czy dane prawo będzie traktować się jako część gałęzi innego prawa, czy też jako osobną gałąź prawa⁵. Nie bez znaczenia dla przyjętego podziału prawa na

¹ H. Izdebski, *Elementy teorii i filozofii prawa*, Warszawa 2008, s. 240.

² Zob. przykładowo Z. Radwański, M. Safjan, *Pojęcie i systematyka prawa prywatnego*, [w:] M. Safjan (red.), *System Prawa Prywatnego*. Tom I, Warszawa 2012, s. 34; M. Szydło, *Prawna koncepcja*, s. 243 oraz K. Horubski, *Publiczno- i prywatnoprawne elementy zamówień publicznych*, PiP 2009, Nr 7, s. 72 oraz *tenże*, *Administracyjnoprawne instrumenty realizacji zamówienia publicznego*, Warszawa 2017, s. 206. Nie przeszkadza to w określaniu kryteriów podziału prawa. Tradycyjnie podstawą podziału było kryterium przedmiotowe, zwane również kryterium interesu – normy prawa publicznego to te, które odnoszą się do interesu ogólnego, a normy prawa prywatnego – do interesu jednostkowego (indywidualnego). Współcześnie wyróżnia się również inne kryteria, np. kryterium typu podmiotowego, typu techniczno-legislacyjnego oraz typu funkcjonalnego; por. Z. Radwański, M. Safjan, *Pojęcie i systematyka*, s. 35–37.

³ Zwanych również działami prawa; por. J. Nowacki, Z. Tobor, *Wstęp do prawoznawstwa*, Warszawa 2012, s. 96. Zob. jednak Z. Radwański, M. Safjan, którzy przyjmują, że oba pojęcia nie są synonimiczne i wyróżniają w ramach gałęzi prawa prywatnego szereg odrębnych działów objętych kompleksową regulacją, np. prawo rodzinne, prawo autorskie, prawo własności przemysłowej, prawo konkurencji, prawo spółdzielcze, prawo wodne i górnicze; *ciż*, *Pojęcie i systematyka*, s. 63.

⁴ K. Horubski, *Administracyjnoprawne instrumenty*, s. 35.

⁵ Tak J. Nowacki, Z. Tobor, *Wstęp*, s. 99.

gałęzie może ponadto pozostawać, czy od gałęzi prawa odróżnimy „kompleksowe regulacje prawne”, zwane również ustawami szczegółowymi⁶.

Jeżeli chodzi o prawo zamówień publicznych, które na potrzeby niniejszych rozważań możemy zdefiniować jako zbiór norm stanowiący zwarty system regulacji prawnych odnoszących się do „przedmiotu”, jakim jest przygotowanie, udzielanie i wykonywanie zamówień publicznych, w doktrynie nie ma zgody, czy jest to część prawa publicznego⁷, czy prywatnego⁸. *En face* nie sposób wskazać, czy mamy do czynienia z prawem publicznym, czy prawem prywatnym. Tymczasem prawidłowa kwalifikacja może być ważna dla ustalenia zakresu przepisów znajdujących zastosowanie i rozumienia siatki pojęciowej, a w rezultacie wykładni i stosowania przepisów prawa zamówień publicznych⁹. Przykładowo, przyjęcie, w związku z celami zamówień publicznych zorientowanymi na ochronę interesu publicznego (a więc uwzględniając teorię interesu – por. poniżej), że mamy do czynienia z regulacją publicznoprawną, wymusza, zdaniem niektórych autorów, propubliczną wykładnię przepisów poświęconych poszczególnym instrumentom, także tym z zakresu prawa cywilnego (prywatnego)¹⁰. Nie wiadomo jednak, jak dalece miałyby sięgać taka wykładnia. W szczególności w kontekście tematu niniejszej pracy mogłoby powstać pytanie, czy uznanie, że prawo

⁶ Za takim wyróżnieniem w polskim prawie Z. Radwański, A. Olejniczak, *Prawo cywilne – część ogólna*, Warszawa 2015, s. 5. Mianem kompleksowych regulacji prawa autorzy ci określają zbiory norm odnoszące się tylko do jednego przedmiotu (stosunku społecznego), w związku z tym niebędące oddzielnymi gałęziami prawa, mogące za to należeć do kilku gałęzi prawa.

⁷ Tak w szczególności K. Horubski, *Administracyjnoprawne instrumenty*, s. 206, R. Szostak, *Zakres i struktura prawa zamówień publicznych*, PZP 2013, Nr 4, s. 17, a także H. Nowicki oraz J. Niczyporuk, którzy zgodnie odwołują się do orzecznictwa SN dotyczącego ustawy z 10.6.1994 r. o zamówieniach publicznych (w szczególności wyr. SN z 13.9.2001 r. w sprawie IV CKN 381/00, w którym SN stwierdził, że celem ustawy jest ochrona interesu publicznego, a zatem normy tam zawarte mają charakter norm publicznoprawnych); H. Nowicki, *Podstawy prawne systemu zamówień publicznych w Polsce*, [w:] J. Sadowy, *System*, s. 72 oraz J. Niczyporuk, *Przedmiot zamówień publicznych*, [w:] J. Sadowy, *System*, Warszawa 2013, s. 76.

⁸ Por. przykładowo P. Granecki, który wprost stwierdza, że „system zamówień publicznych jest częścią prawa cywilnego”; *tenże*, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2014, komentarz do art. 14, Nb 2. Zob. też J. Pieróg, który wskazuje, że przyjęte przez PrZamPubl rozwiązania odpowiadają podstawowym zasadom prawa cywilnego; *tenże*, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2017, komentarz do art. 1, Nb 14, s. 9. Ten ostatni autor zwraca jednak uwagę, że do działań podejmowanych przez Prezesa UZP znajdują zastosowanie przepisy Kodeksu postępowania administracyjnego. Zob. również Z. Gordon, *Charakter prawny postępowania o udzielenie zamówienia publicznego*, PZP 2012, Nr 3, s. 30–40 i powołana tam literatura.

⁹ Podobnie Z. Gordon, *Charakter prawny postępowania o udzielenie zamówienia publicznego*, PZP 2012, Nr 3, s. 31.

¹⁰ R. Szostak, *Zakres i struktura*, s. 16. Inną konsekwencją miałyby być obowiązek dochodzenia roszczeń przez zamawiającego – w świetle reguł prawa prywatnego ochrona interesu indywidualnego zależy tymczasem w pełni od swobodnej woli uprawnionego. Por. R. Szostak, *Umowy o zamówienia publiczne w zarysie*, Warszawa 2018, s. 28–29.

zamówień publicznych należy do prawa publicznego, a w konsekwencji, że powinna być stosowana wykładnia propubliczna, ma pociągać za sobą konieczność restrykcyjnej wykładni przepisów dotyczących modyfikacji umowy w sprawie zamówienia, w celu uniknięcia ryzyka dokonania takiej modyfikacji niezgodnie z zasadami równości, uczciwej konkurencji i przejrzystości (tj. w sposób naruszający „interes publiczny”). Tymczasem w niektórych przypadkach zmiana umowy w sprawie zamówienia mogłaby stanowić – w zgodzie z interesem publicznym – właściwą reakcję zamawiającego na zmiany zachodzące w otoczeniu społeczno-gospodarczym oraz instrument bardziej proporcjonalny od, na przykład, decyzji o rozwiązaniu umowy w sprawie zamówienia.

W tym świetle na szczególną uwagę zasługuje całościowe opracowanie tematyki przynależności prawa zamówień publicznych (do prawa publicznego lub prawa prywatnego) dokonane przez K. Horubskiego¹¹. Autor ten podjął próbę wyodrębnienia prawa publicznego oraz prawa prywatnego w świetle kilku wiodących w doktrynie prawa teorii: teorii interesu, teorii przyporządkowania, teorii subordynacji, teorii opartej na kryterium charakteru przepisów (bezwzględnie obowiązujących oraz dyspozytywnych), a także teorii opartej na kryterium sposobu ochrony praw¹². W wyniku analizy autor doszedł do wniosku, że prawo zamówień publicznych stanowi regulację publicznoprawną. Za zajęciem takiego stanowiska przemawiają, jego zdaniem, cechy prawa zamówień, odpowiadające kryteriom uznawania danej regulacji za publicznoprawną w świetle wszystkich ww. teorii, z wyjątkiem teorii subordynacji. Po pierwsze, regulacja prawa zamówień publicznych służy ochronie i urzeczywistnianiu wielu celów o charakterze publicznym, w szczególności ekonomicznej efektywności wydatków szeroko ro-

¹¹ K. Horubski, *Administracyjnoprawne instrumenty*, w szczególności, s. 42–52.

¹² Zgodnie z teorią interesu, która traktowana jest jako wyjściowa dla całego zagadnienia, znaczenie ma czy regulacja ma na celu ochronę interesu publicznego (społecznego, państwowego) czy interesu prywatnego (jednostkowego, indywidualnego). Na podstawie teorii przyporządkowania, do prawa publicznego należą tylko te normy i stosunki prawne, które w sposób swoisty dotyczą podmiotów reprezentujących państwo – zostały ustanowione na potrzeby organizacji oraz funkcjonowania organów i jednostek organizacyjnych składających się na struktury państwa. Analogicznie, do prawa prywatnego należą tylko te normy i stosunki odnoszące się do podmiotów prywatnych. Z kolei teoria subordynacji operuje 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. Teoria uwypuklająca znaczenie odmienności cech przepisów bezwzględnie obowiązujących oraz dyspozytywnych odwołuje się do podziału na przepisy *ius cogens* oraz *ius dispositivum* – zgodnie z tą teorią, pierwsze zaliczamy do przepisów prawa publicznego, a drugie do prawa prywatnego. Wreszcie, w świetle teorii opartej na kryterium sposobu ochrony praw, tj. zwracającej uwagę na kwestie sposobu ochrony prawnej uprawnień podmiotowych, do prawa publicznego należą te przepisy, na podstawie których działania ukierunkowane na realizację prawnie chronionych interesów są podejmowane z urzędu, bez względu na wolę samego uprawnionego. W przypadku prawa prywatnego ochrona uprawnień danego podmiotu pozostawiona jest jego decyzji (woli).

zumianego sektora publicznego (zgodnie z teorią interesu). Po drugie, prawo zamówień publicznych zostało stworzone na potrzeby funkcjonowania i organizacji administracji publicznej (zgodnie z teorią przyporządkowania). Jednocześnie istnieje nadzór administracyjny Prezesa UZP nad przestrzeganiem norm tego reżimu prawnego¹³. Po trzecie, w regulacji prawa zamówień publicznych dominują przepisy typu *ius cogens*, co istotnie odróżnia ten zespół unormowań od mającego tożsamy przedmiot regulacji (zawieranie i wykonywanie umów zobowiązaniowych), prawa zobowiązań (zgodnie z teorią opartą na kryterium charakteru przepisów). Co ciekawe, K. Horubski nie zanegował kryterium charakteru stosunków prawnych (metody regulacji), którym posługuje się teoria subordynacji. Uznał jednak, że ze względu na dominację w prawie zamówień publicznych cech uznawanych za publicznoprawne, należy opowiedzieć się za typologiczną kwalifikacją prawa zamówień do podsystemu prawa publicznego¹⁴.

Jak jednak wskazano powyżej, podział na prawo publiczne i prywatne jest przedmiotem krytyki w literaturze przedmiotu. W konsekwencji, niektórzy autorzy nie uznają, że podział ten ma charakter dychotomiczny. Również w odniesieniu do prawa zamówień publicznych podnosi się, że stanowi ono regulację o charakterze mieszanym, tj. publiczno-prywatnym¹⁵. W tym kontekście należy w szczególności zwrócić uwagę na to, że prawo zamówień obejmuje nie tylko przygotowanie czy udzielanie zamówień publicznych, ale również ich wykonywanie. Zawarcie umowy w sprawie zamówienia ma niewątpliwie charakter prywatnoprawny. Taki sam skutek muszą mieć czynności podejmowane przez zamawiającego i wykonawców w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, skoro zmierza ono do wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy, z którym następnie jest podpisywana umowa w sprawie zamówienia. Z drugiej strony treść regulacji tego postępowania, jak i determinujące ją cele są publicznoprawne¹⁶. Z tego powodu Prezes UZP może na przykład wystąpić do sądu o unieważnienie umowy w przypadku dokonania przez zamawiającego czynno-

¹³ K. Horubski, *Publiczno- i prywatnoprawne elementy*, s. 84.

¹⁴ K. Horubski, *Administracyjnoprawne instrumenty*, s. 206–207. Jednocześnie określając strukturę prawa zamówień publicznych, autor wyróżnia w ramach niej m.in. instrumenty cywilnoprawne, takie jak postępowanie zamówieniowe i umowę w sprawie zamówienia. Zakazy w zakresie zmian przedmiotowo-podmiotowych umów w sprawie zamówienia autor zalicza do instrumentów administracyjnoprawnych; *tenże*, *Administracyjnoprawne instrumenty*, s. 208–209.

¹⁵ Zwaną również „hybrydalną”. Tak M. Wieloński, *Realizacja interesu publicznego w prawie zamówień publicznych*, Warszawa 2012, s. 52. Zob. również M. Szydło, *Prawna koncepcja*, s. 246–251. Zob. też H. Nowicki, który opowiada się za publicznoprawnym charakterem regulacji prawa zamówień publicznych, ale dostrzega, że prawo to posługuje się również normami prawnymi należącymi do gałęzi prawa prywatnego; *tenże*, *Podstawy prawne*, s. 75. Na niejednorodny charakter prawa zamówień publicznych zwraca również uwagę R. Szostak, który jednak ostatecznie zalicza je do prawa publicznego; *tenże*, *Zakres i struktura prawa zamówień publicznych*, s. 15.

¹⁶ K. Horubski, *Publiczno- i prywatnoprawne elementy*, s. 82–83.

ści lub zaniechania dokonania czynności z naruszeniem przepisu ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania¹⁷, a także, co szczególnie istotne, zmian umowy dokonanych z naruszeniem PrZamPubl¹⁸.

Mając na uwadze przedmiot niniejszej pracy, należy zwrócić uwagę, że mieszany charakter regulacji prawa zamówień publicznych przejawia się również w wykonywaniu umowy w sprawie zamówienia. Co do zasady, realizacja zamówienia publicznego regulowana jest przepisami prawa cywilnego (np. w kwestii skutków niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązań wynikających z umowy)¹⁹. Jak słusznie zauważa *K. Horubski*, w niewielkim stopniu znajdują jednak zastosowanie odrębności publicznoprawne²⁰. Jedną z takich odrębności jest ustawowa regulacja zmiany umowy w sprawie zamówienia, będąca ograniczeniem cywilnoprawnej swobody umów²¹.

Nie mniej trudności wiąże się z ewentualną kwalifikacją prawa zamówień publicznych jako gałęzi prawa. Pod pojęciem „gałęzi prawa” należy rozumieć zbiór norm prawnych, regulujący daną dziedzinę życia. Warto podkreślić, że w teorii prawa dominuje podejście, zgodnie z którym doprecyzowanie tej definicji następuje poprzez szczegółowe wyliczenie przykładów podstawowych gałęzi prawa. Wśród tych przykładów nie wymienia się jednak prawa zamówień publicznych²². *Z. Radwański* i *A. Olejniczak* wprost odmawiają prawu zamówień publicznych charakteru gałęzi prawa, wskazując, że stanowi ono „jedynie” przykład kompleksowej regulacji prawnej²³. Podobnego zdania jest *R. Szostak*, który pisze, że „nie można pojmować [prawa zamówień publicznych] w kategoriach samodzielnej gałęzi (dziedziny) prawa”²⁴. W ocenie tego autora, PrZamPubl, nawet z aktami wykonawczymi, „nie stanowi regulacji samodzielnej, wyczerpującej problematykę, choćby tylko na tyle, aby można było zasadnie konstruować odrębną dyscyplinę prawa”²⁵. Z drugiej strony w doktrynie można spotkać nieliczne poglądy, iż prawo zamówień publicznych jest gałęzią prawa. Stanowiska te nie są jednak w żaden sposób uzasadnione²⁶.

¹⁷ Por. art. 146 ust. 6 PrZamPubl.

¹⁸ Por. art. 144a ust. 1 pkt 2 PrZamPubl.

¹⁹ Nie zmienia tego art. 73 dyrektywy klasycznej, który wskazuje przynajmniej trzy przypadki, kiedy instytucje zamawiające powinny mieć możliwość rozwiązania umowy w sprawie zamówienia.

²⁰ *K. Horubski*, Publiczno- i prywatnoprawne elementy, s. 83.

²¹ Por. art. 144 PrZamPubl.

²² Tak m.in. *J. Nowacki*, *Z. Tobor*, Wstęp, s. 96–99 oraz *P. Winczorek*, *T. Stawecki*, *T. Chauvin*, Wstęp do prawoznawstwa, Warszawa 2014, s. 155–158.

²³ *Z. Radwański*, *A. Olejniczak*, Prawo cywilne, s. 5.

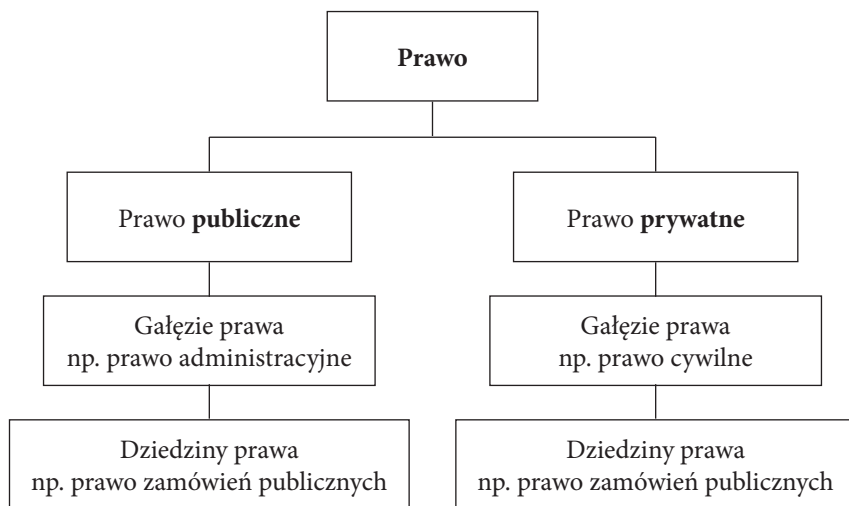
²⁴ *R. Szostak*, Zakres i struktura, s. 15–16.

²⁵ *Ibidem*, s. 15.

²⁶ Por. *Ł. Domagała*, Prawo Zamówień Publicznych w świetle zmian dokonanych w latach 2013–2014, Zeszyty Naukowe Instytutu Administracji AJD w Częstochowie 2014, Nr 2, s. 65 oraz

Podzielał opinię, iż prawo zamówień publicznych nie stanowi oddzielnej gałęzi prawa. Uważam jednak za właściwe klasyfikowanie prawa zamówień publicznych jako „dziedziny prawa”, którą rozumiem jako kolejny poziom w ramach podziału prawa, najpierw, na publiczne i prywatne, a następnie na gałęzie prawa²⁷. Prawo zamówień publicznych jest, moim zdaniem, dziedziną prawa, która występuje w różnych gałęziach prawa publicznego i prywatnego. Ilustruje to poniższy schemat.

Schemat 1. Podział prawa



Chociaż prawo zamówień publicznych nie jest odrębną gałęzią prawa, to zawiera normy należące do różnych gałęzi prawa, w szczególności prawa cywilnego i administracyjnego²⁸, a także, czego nie sposób nie dostrzec, dąży do całości-

L. Laszczyński, Wprowadzenie, [w:] *M. Lamch-Rejowska, L. Laszczyński*, Praktyczny poradnik dla zamawiających i wykonawców, Warszawa 2012, s. 13.

²⁷ Dziedziną prawą wydaje się traktować prawo zamówień publicznych, również *E. Przeszło*, Zamówienia publiczne na tle innych dziedzin prawa w zakresie dotyczącym kontroli, [w:] *A. Borowicz, M. Królikowska-Olczak, J. Sadowy, W. Starzyńska* (red.), *Ekonomiczne i prawne zagadnienia zamówień publicznych. Polska na tle Unii Europejskiej*, Warszawa 2010, s. 95 i n.

²⁸ Co ciekawe, zdaniem niektórych autorów, właśnie to powoduje, że podejście „gałęziowe” do prawa zamówień publicznych wydaje się niezbyt trafione – zbyt często mamy bowiem do czynienia z regulacjami z zakresu pogranicza dotychczas ukształtowanych gałęzi prawa. Zob. *H. Nowicki, P. Nowicki, M. Wierzbowski*, Nowe dyrektywy zamówieniowe a polskie prawo zamówień publicznych. Uwagi de lege ferenda, [w:] *H. Nowicki, P. Nowicki* (red.), *Prawo zamówień publicznych. Stan obecny i kierunki zmian*, Wrocław 2015, s. 19.

wego (kompleksowego) uregulowania stosunków społecznych objętych swoim przedmiotem, a więc zamówieniami publicznymi. Ważną rolę w tym względzie odgrywa PrZamPubl będące przykładem pozakodeksowego aktu normatywnego o szczegółowym i wyspecjalizowanym charakterze (właśnie w dziedzinie zamówień publicznych), z zastrzeżeniem, że regulacja w nim zawarta nakierowana jest przede wszystkim na proces udzielania zamówień publicznych, ponieważ przepisy dotyczące wykonywania zamówień publicznych są wciąż nieliczne. Jednym z przykładów regulacji dotyczącej etapu wykonywania zamówień publicznych jest zmiana umowy.

Przedstawione rozumienie prawa zamówień publicznych bliskie jest koncepcji wyróżniania „kompleksowych regulacji prawnych” czy „działów prawa”, które także odróżnia się od gałęzi prawa²⁹. Z. Radwański oraz M. Saffjan zwracają uwagę, iż w przypadku takich regulacji (działów, dziedzin) „przeplatanie się elementów prywatnoprawnych i publicznoprawnych, ich ścisły wzajemny związek jest często silniejszy niż w innych działach prawa”³⁰, co przecież, jak wspomniano, jest charakterystyczne dla prawa zamówień publicznych. Ponadto, autorzy ci trafnie zauważają, że „w tych dziedzinach rysem charakterystycznym jest także silny wpływ prawa europejskiego na kierunek przyjętych regulacji, a nawet niekiedy na rozwiązania szczegółowe”, co powoduje, że „dziedzin tych nie można więc analizować bez uwzględnienia regulacji unijnych i orzecznictwa TSUE”³¹. Taką dziedziną jest niewątpliwie prawo zamówień publicznych. Wystarczy przypomnieć, że stanowi ono przykład postępującej europeizacji prawa, która przejawia się choćby w konieczności transpozycji dyrektyw zamówieniowych do porządku krajowego oraz kodyfikacji orzecznictwa Trybunału.

Powstaje w związku z tym pytanie, jak w świetle zaprezentowanych wyżej podziałów i klasyfikacji traktować „prawo zamówień publicznych Unii Europejskiej”. Samo pojęcie „prawo zamówień publicznych Unii Europejskiej” rozumiem przy tym, odwołując się do wcześniejszej definicji, jako zbiór norm stanowiący zwarty system regulacji prawnych, na poziomie unijnego prawa pierwotnego i pochodnego, odnoszących się do „przedmiotu”, jakim jest przygotowanie, udzielanie i wykonywanie zamówień publicznych. Odpowiedź na powyższe pytanie wymaga w pierwszej kolejności powtórnego zastanowienia się nad naturą podziału na prawo publiczne i prawo prywatne, tym razem w kontekście prawa Unii Europejskiej. W doktrynie wskazuje się, że w odniesieniu do prawa unijnego przeprowadzenie takiego podziału jest „bardziej skomplikowa-

²⁹ Zob. jednak H. Nowicki, P. Nowicki, M. Wierzbowski, którzy wydają się utożsamiać pojęcia „dziedziny” i „gałęzi” prawa; *ciż*, Nowe dyrektywy zamówieniowe, s. 19.

³⁰ Z. Radwański, M. Saffjan, Pojęcie i systematyka, s. 64.

³¹ *Ibidem*, s. 65. Warto zauważyć, że autorzy zdają się utożsamiać wyrażenia „dział prawa” i „dziedzina prawa”.

ną kwestią” (niż w przypadku prawa krajowego)³². Należy pamiętać, że w fundamentalnym wyroku w sprawie *Costa przeciwko Enel*, Trybunał orzekł, że ówczesne prawo wspólnotowe (obecnie unijne) stanowi „własny porządek prawny”, odrębny od prawa międzynarodowego publicznego oraz prawa wewnętrznego (krajowego)³³. Uznanie tej odrębności mogłoby prowadzić do wniosku, że podział na prawo publiczne i prawo prywatne powinien być dokonywany oddzielnie dla prawa wewnętrznego i prawa unijnego³⁴. Jednocześnie Traktaty nie zawierają wyraźnego podziału na „publiczne” i „prywatne”, nawet jeżeli posługują się tymi sformułowaniami³⁵. Niektórzy autorzy zwracają jednak uwagę, że unijny porządek prawny nie ma charakteru „samowystarczального”, tzn. nie może funkcjonować bez porządku krajowego³⁶. W rezultacie, w ramach przyjętego podziału na prawo publiczne i prawo prywatne, bez oddzielnego odnoszenia go do prawa krajowego i prawa unijnego, przyjmuje się najczęściej, że prawo Unii Europejskiej może należeć zarówno do prawa publicznego (przede wszystkim unijne prawo pierwotne), jak i prawa prywatnego (przede wszystkim unijne prawo pochodne, ale również część norm prawa pierwotnego)³⁷. Zgadzam się z tym podejściem.

Niektórzy autorzy podejmują jednak próbę kwalifikacji prawa zamówień publicznych Unii Europejskiej w ramach podziału na prawo publiczne i prywatne. Przykładowo, w ocenie wspomnianego K. Horubskiego „unijne prawo zamówień publicznych” ma charakter publicznoprawny³⁸. W szczególności, uwzględniając teorię interesu, autor ten uznaje swobody rynku wewnętrznego za „mechanizm prawny ochrony interesu publicznego w jego ponadpaństwowym

³² M. Szpunar, *Odpowiedzialność podmiotu prywatnego z tytułu naruszenia prawa wspólnotowego*, Warszawa 2008, s. 194.

³³ Wyrok z 15.7.1964 r. w sprawie 6/64 *Costa przeciwko ENEL*, ECLI:EU:C:1964:66.

³⁴ Tak, jak się wydaje, J. Poczobut, *Stosowanie prawa publicznego w polskim prawie prywatnym międzynarodowym – zagadnienia węzłowe*, [w:] J. Poczobut (red.), *Współczesne wyzwania prawa prywatnego międzynarodowego*, Warszawa 2013, s. 258–259. Autor pisze bowiem, że „fundamentalne rozróżnienie prawa prywatnego i prawa publicznego występuje zarówno w krajowych systemach prawa, jak też w prawie Unii Europejskiej”. Następnie dodaje jednak, że „w prawie wspólnotowym nie ma ono jednak podstawowego znaczenia, przede wszystkim z uwagi na cele Unii Europejskiej oraz dlatego, że jej kompetencje prawodawcze są zasadniczo określone za pomocą kryterium przedmiotowego”. Zob. również J. Helios, *Prawo prywatne Unii Europejskiej ze stanowiska teorii prawa*, Łódź 2014, s. 61–70.

³⁵ C. Semmelmann, *The Public-private Divide in European Union Law*, [w:] U. Neergaard, R. Nielsen, *European Legal Method – in a Multi-Level EU Legal Order*, Kopenhaga 2012.

³⁶ M. Szpunar, *Odpowiedzialność*, s. 194 oraz akceptująca ten pogląd J. Helios, *Prawo prywatne*, s. 62. M. Szpunar zwraca przy tym uwagę, że granica między prawem publicznym a prywatnym może przebiegać różnie w poszczególnych państwach członkowskich; *tenże*, *Odpowiedzialność*, s. 194–195.

³⁷ Por. w szczególności M. Szpunar, *Odpowiedzialność*, s. 194–195 i J. Helios, *Prawo prywatne*, s. 64–69 oraz cytowana tam literatura.

³⁸ K. Horubski, *Administracyjnoprawne instrumenty*, w szczególności, s. 58.

wymiarze”³⁹. Jednocześnie wskazuje, że stanowią one podstawowe prawne punkty odniesienia dla zasad i reguł unijnego prawa zamówień publicznych, nakładając określone nakazy i zakazy państwa członkowskiego (zamawiających), których korelatami są z kolei wypływające ze swobód rynku wewnętrznego uprawnienia jednostek (wykonawców)⁴⁰. Istotnie, preambuła dyrektywy klasycznej rozpoczyna się stwierdzeniem, że „udzielanie zamówień publicznych przez instytucje państw członkowskich lub w imieniu tych instytucji musi być zgodne z zasadami Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (TFUE), a w szczególności z zasadą swobodnego przepływu towarów, swobody przedsiębiorczości oraz swobody świadczenia usług, a także z zasadami, które się z nich wywodzą, takimi jak: zasada równego traktowania, zasada niedyskryminacji, zasada wzajemnego uznawania, zasada proporcjonalności oraz zasada przejrzystości”⁴¹.

W tym kontekście konieczne wydaje się poczynienie następującego zastrzeżenia. Otóż, w niektórych przypadkach zamawiający zobowiązani do przestrzegania – w celu ochrony interesu publicznego w jego ponadpaństwowym wymiarze – nakazów i zakazów wynikających ze swobód rynku wewnętrznego, mogą być skłonni do powołania się na interes publiczny (w postaci np. bezpieczeństwa publicznego) celem derogacji od tych swobód, w tym stanowiących ich konkretyzację przepisów dyrektyw zamówieniowych. Motyw 41 preambuły dyrektywy klasycznej wskazuje w tym zakresie, że „żaden z przepisów niniejszej dyrektywy nie powinien uniemożliwiać wprowadzenia lub zastosowania środków niezbędnych dla ochrony porządku publicznego, moralności publicznej, bezpieczeństwa publicznego, zdrowia, życia ludzi i zwierząt, ochrony roślin, czy też innych środków środowiskowych, w szczególności z myślą o zrównoważonym rozwoju, pod warunkiem że środki te są zgodne z TFUE”. Innymi słowy, może dojść do konfliktu pomiędzy ponadnarodowym interesem publicznym a interesem publicznym w wymiarze krajowym. Jak się wydaje, samo przez się nie oznacza to jeszcze, że regulacja miałaby przez to tracić publicznoprawny charakter. Należy jednak zwrócić uwagę, że w takim przypadku przepisy dyrektyw mogą nie znajdować zastosowania⁴². Powstaje wówczas wiele pytań, np. która wykładnia: zmierzająca do ochrony interesu publicznego czy też pomijająca ten interes i zmierzająca do zastosowania dyrektywy miałaby mieć charakter „publiczny”? I dalej,

³⁹ *Ibidem*.

⁴⁰ *Ibidem*.

⁴¹ Motyw 1 preambuły dyrektywy 2014/24/UE.

⁴² Przy czym w świetle orzecznictwa Trybunału, środki, które przyjmują państwa członkowskie w ramach słusznych względów interesu narodowego, nie są wyjęte z zakresu stosowania prawa Unii z tego tylko względu, że są podejmowane między innymi w interesie bezpieczeństwa publicznego lub obrony narodowej. Por. wyr. TS z 20.3.2018 r. w sprawie C-187/17 *Komisia przeciwko Republice Austrii*, ECLI:EU:C:2018:194.

czy zawarta w rezultacie przez podmiot publiczny (zamawiającego) umowa – jako umowa zawarta poza reżimem prawa zamówień publicznych – będzie miała charakter prywatnoprawny? A może – uwzględniając, że została zawarta z poszanowaniem interesu publicznego (choć nie ponadnarodowego) – będzie miała jednak charakter publicznoprawny?

Powyższe wątpliwości pokazują, że oparcie (publicznoprawnego) charakteru prawa zamówień publicznych o swobody rynku wewnętrznego, jako podstawy przejrzystej i konkurencyjnej procedury w celu ochrony interesu publicznego, może napotykać trudności. Skoro swobody rynku wewnętrznego (ich konkretyzacja w formie dyrektyw) nie znajdują zastosowania, mechanizm prawny ochrony ponadnarodowego interesu publicznego nie może funkcjonować, chyba że za taki uznać podstawę do wyłączenia danego zamówienia z reżimu zamówień publicznych. Innymi słowy, znaczenie miałoby wówczas, że to prawodawca unijny – działając w celu ochrony ponadnarodowego interesu publicznego – decyduje, kiedy takie wyłączenie może mieć zastosowanie. Jednocześnie, jak wskazano powyżej, środki niezbędne do ochrony np. bezpieczeństwa publicznego i tak muszą być zgodne z TFUE (w szczególności być proporcjonalne).

Podobny, do pewnego stopnia, tok rozumowania – jak zaprezentowany powyżej – można przyjąć w odniesieniu do zamówień o wartości poniżej kwot progowych określonych w dyrektywach zamówieniowych. Co do zasady, decyzją prawodawcy unijnego, pozostają one poza zakresem zastosowania unijnego prawa zamówień publicznych, co z perspektywy prawa Unii Europejskiej mogłoby sugerować wówczas prywatnoprawny charakter regulacji. Do takiego wniosku prowadziłoby również posłużenie się innymi wskazanymi powyżej teoriami przynależności danego prawa do prawa publicznego lub prawa prywatnego. Z drugiej strony, nawet w przypadku zamówień o wartości poniżej progów unijnych konieczne może być ich udzielenie i późniejsze wykonywanie zgodnie z zasadami niedyskryminacji, równego traktowania i przejrzystości.

W tym miejscu należy jeszcze rozważyć praktyczne skutki kwalifikacji prawa zamówień publicznych Unii Europejskiej jako regulacji publiczno- albo prywatnoprawnej. Warto zatem podkreślić, że Komisja czy Trybunał nie skupiają się w swoim orzecznictwie na tym czy dana regulacja należy do prawa publicznego czy prywatnego. Wydaje się, że wynika to przede wszystkim z tego, że niezależnie od kwalifikacji, nie wyklucza ona w żaden sposób zastosowania swobód rynku wewnętrznego czy ogólnych zasad prawa Unii Europejskiej. W innym przypadku państwa członkowskie mogłyby unikać stosowania tych przepisów i zasad, wykorzystując np. instrumenty prywatnoprawne i twierdząc, że pozostają one poza sferą zastosowania prawa unijnego. Tymczasem, fakt, że określone działania zamawiających powiązane były z etapem wykonywania zamówienia (np. w związku

z wyborem podwykonawców czy zmianą umowy), nie ma w praktyce żadnego znaczenia dla zastosowania prawa unijnego.

Jeżeli chodzi natomiast o „gałęziowy” podział prawa, to należy wskazać, że prawo Unii Europejskiej traktowane jest jako gałąź prawa⁴³, o charakterze „zewnętrznym”⁴⁴ albo „ponadnarodowym”⁴⁵. Prawo zamówień publicznych Unii Europejskiej jest z kolei jedną z dziedzin tak wyodrębnionego prawa unijnego, obok np. unijnego prawa środowiska czy prawa energetycznego. *L. Kieres* zwraca uwagę, że „europejskie prawo zamówień publicznych tworzą akty prawne, które przedstawiamy, korzystając z podobnych zasad normatywnych, stanowiska judykatury (TSUE) oraz poglądów nauki wykorzystywanych przy charakterystyce czy interpretacjach aktów prawa europejskiego, właściwych regulacyjnie w innych dziedzinach (sprawach)”⁴⁶. Warto również zaznaczyć, że pojęcie „unijnego prawa w dziedzinie zamówień publicznych”, a więc traktującego z perspektywy prawa Unii Europejskiej „zamówienia publiczne” jako dziedzinę, pojawia się w dyrektywach zamówieniowych⁴⁷.

Podsumowując, niezależnie od tego, czy mówimy o krajowym, czy unijnym prawie zamówień publicznych oraz czy zaliczymy je do prawa publicznego czy prywatnego, mamy do czynienia z odrębną dziedziną prawa, regulującą swój „przedmiot”, tj. przygotowanie, udzielanie i wykonywanie zamówień publicznych. W związku z powyższym, uwzględniając tematykę niniejszej pracy i przyjęte ograniczenie do analizy modyfikacji umowy w prawie unijnym, konieczne jest ustalenie zakresu pojęciowego „zamówienia publicznego” w prawie Unii Europejskiej.

⁴³ Zob. *J. Nowacki, Z. Tobor*, Wstęp, s. 96–99.

⁴⁴ Tak *P. Winczorek, T. Stawicki, T. Chauvin*, Wstęp, s. 158.

⁴⁵ Tak *W. Gromski*, Gałąź prawa, [w:] *U. Kalina-Prasznica* (red.), *Mała Encyklopedia Prawa*, Warszawa 2005.

⁴⁶ *L. Kieres*, Prawo zamówień publicznych – dziedzina prawa europejskiego, odrębny system regulacji oraz swoiste ujęcie problemów regulowanych, [w:] *T. Kocowski, J. Kaspryszyn* (red.), *Zamówienia publiczne – stan obecny i perspektywy*. Prace Naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego we Wrocławiu 2012, Nr 270, s. 64. W innym miejscu autor ten wprost pisze o „europejskim prawie zamówień publicznych” jako „dziedzinie (fragmentie) prawa europejskiego (unijnego); *ibidem*, s. 71. Zob. również *Ch. Bovis*, który określa prawo zamówień publicznych mianem „dyscypliny prawa Unii Europejskiej” i niezbędnego elementu swobody przepływu towarów, swobody przedsiębiorczości i swobody świadczenia usług; *tenże*, *The Law of EU Public Procurement*, s. V.

⁴⁷ Por. przykładowo motyw 112 preambuły dyrektywy 2014/24/UE.