

Rozdział I. Istota i charakter prawny spraw o udzielenie zamówienia publicznego

§ 1. Uwagi wstępne

Przedstawiając zamówienie publiczne w kontekście PrZamPubl, nietrudno wywnioskować, że odnosi się ono wyłącznie do ogólnie obowiązujących norm prawnych z niej wynikających. Dotyczy to postępowania prowadzonego w trybie ustawowym o udzielenie zamówienia publicznego, co z kolei prowadzi do kolejnej odsłony jego znaczenia, a konkretniej zamówienia publicznego jako umowy zawieranej między uczestnikiem wyżej opisanego postępowania oraz jego organizatorem¹. Taki ciąg myślowy oparty na stanie faktycznym prowadzi do konkluzji, że przy interpretacji logiczno-celowościowej zamówienie publiczne jest odzwierciedleniem pozakodeksowej umowy nazwanej², czy innymi słowy umowy objętej reżimem prawnym szczególnego typu³.

Prawo zamówień publicznych z 2004 r. już w pierwszych swoich przepisach wskazywała na rodzaj zawartych w niej norm oraz zakres wynikających z niej regulacji, określając je jako „zasady i tryb udzielania zamówień publicznych, środki ochrony prawnej, kontrolę udzielania zamówień publicznych oraz organy właściwe w sprawach uregulowanych w ustawie⁴”. Znaczna część przedstawicieli doktryny uznawała to za sygnał, że w związku z takim zabiegiem, omawiane przepisy stanowiły *lex specialis* w stosunku do większej regulacji prawnej jaką jest KC. Komentatorzy przepisów PrZamPubl04 zadawali pytanie, czy jest to celowy zabieg ustawodawcy świadomego, który za niemożliwe i niecelowe uznawał działania legislacyjne prowadzące do stworzenia nowej gałęzi prawa. PrZamPubl04 wraz z wydanymi do niej rozporządzeniami

¹ J. Sadowy, Prawo zamówień publicznych. Zarys wykładu, Warszawa 2007, s. 19.

² P. Granecki, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2016, s. 63.

³ M. Szydło, Prawna koncepcja zamówień publicznych, Warszawa 2014, wstęp, s. 19

⁴ Art. 1 PrZamPubl04.

oraz ustawami wspomagającymi stanowiła obszerny zakres przepisów, który po trochu dotyczył praktycznie każdej dziedziny polskiego systemu prawnego⁵. Podobne wnioski można wysnuć po analizie przepisów PrZamPubl, które po nowelizacji są nie tak rozproszone jak w przypadku PrZamPubl04, a wprost posługują się zapisami niekiedy bezpośrednio zapożyczonymi z KC lub sformułowane są tak, że po dokonaniu wykładni tych zapisów, ich sens jest identyczny jak w poprzednim stanie prawnym.

Problem z jednoznaczną oceną istoty i charakteru prawnego zamówień publicznych i w konsekwencji przychylenie się bądź do koncepcji cywilnoprawnej, bądź administracyjnoprawnej tej regulacji, wynika w dużej mierze z faktu stosowania przedmiotowych przepisów PrZamPubl w zdecydowanej większości przez podmioty ze sfery administracji publicznej⁶. Ustawa ta została rzecz jasna stworzona w celu uregulowania działań podejmowanych przez zamawiających, aby to oni byli obowiązani do kierowania się w wydatkowaniu środków publicznych, precyzyjnie określonymi normami nie budzącymi wątpliwości, co do obiektywizmu zamawiających. Są to jednak czynności zmierzające bardziej do współdziałania zamawiających jako przedstawicieli administracji publicznej z wykonawcami, niż jednostronnie nakazy i zakazy skierowane do konkretnych podmiotów.

Pomimo tego, że przedmiot zamówień publicznych jako regulacji, nie implikuje charakteru prawnego spraw prowadzonych pod reżimem PrZamPubl, to nadaje kierunek, w którym ustawodawca widziałby możliwości zastosowania istotnych rozwiązań. Biorąc powyższe pod uwagę należy stwierdzić, że umiejscowienie w konkretnych ramach prawnych danego zbioru norm, występujących w systemie zamówień publicznych i regulujących wydatkowanie środków publicznych, jest konieczne i w pełni uzasadnione dla określenia istoty i charakteru prawnego spraw prowadzonych w związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego.

⁵ A. Zdebel-Zygmunt, J. Rokicki, System zamówień publicznych w Polsce, Warszawa 2014, s. 101.

⁶ B. Kardas, Zamówienia publiczne w procedurze uproszczonej po nowelizacji z 13.4.2007 r., Gdańsk 2007, s. 11.

§ 2. Przegląd ujęć doktrynalnych istoty i charakteru prawnego spraw o udzielenie zamówienia publicznego

I. Administracyjnoprawny charakter spraw o udzielenie zamówienia publicznego

Wiodącym przedstawicielem doktryny, traktującym nie tylko sprawy o udzielenie zamówienia publicznego, ale i toczące się w tych sprawach postępowania w kategorii administracyjnoprawnej jest *J. Niczyporuk*. Jako metodę prowadzącą do udowodnienia stawianych tez, autor obrał krytykę wszelkich przesłanek mogących świadczyć o innym niż administracyjnoprawnym charakterze instytucji związanych z zamówieniami publicznymi. Na wszelkie argumenty zwolenników koncepcji cywilnoprawnej zamówień publicznych *J. Niczyporuk* stawiał stosowne kontrargumenty, które mają na celu te koncepcje uniewiarygodnić lub przedstawić jako nietrafne. Autor prezentował definicje zamienne dla działań podejmowanych w toku postępowania z zakresu zamówień publicznych jako działania o naturze *stricte* administracyjnoprawnej lub interpretuje je w taki sposób, by wpisywały się w kognicji prawa administracyjnego (przedstawiane są jako działania o administracyjnoprawnym charakterze)⁷. Zdaniem tego autora zależności zachodzące między przepisami prawa zamówień publicznych, a przepisami prawa administracyjnego, mające świadczyć o ich charakterze prawnym, można opisać w następujący sposób:

- 1) wybór najkorzystniejszej oferty jest administracyjnym oświadczeniem woli organu administracji publicznej i odpowiada decyzji administracyjnej jako władczej czynności zamawiającego („podwójna konkretność”);
- 2) sprawa o udzielenie zamówienia publicznego jest sprawą administracyjną (również na etapie postępowania odwoławczego);
- 3) umowa w kontekście PrZamPubl jest autonomiczna, lecz pomimo to najbardziej predestynowana byłaby umowa administracyjna (publiczna), która jednak nie została uregulowana w systemie;

⁷ *J. Niczyporuk*, Prawo zamówień publicznych – odwołanie od niezgodnej z ustawą czynności podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia – skarga na postanowienie o zwrocie odwołania – właściwość sądu. Glosa do post. NSA z 27.9.2011 r., II GSK 1842/11, sip.lex.pl/#/publication/386071442 (dostęp: 29.9.2019).

- 4) odesłania do KC nie stanowią o charakterze zamówień publicznych *sensu largo*. Relacja PrZamPubl do KC nie jest relacją *lex specialis* do *lex generalis*, gdyż nie zachodzi w obrębie przepisów systemowo jednorodnych;
- 5) zamawiający jako podmiot odpowiedzialny za stosowanie prawa zamówień publicznych, posiadający podmiotowość administracyjnoprawną pełni funkcję nadrzędną. Inni uczestnicy postępowania pełnią rolę drugorzędną;
- 6) publiczny cel zamówień publicznych;
- 7) złożone działanie administracji publicznej:
 - a) wybór oferty dokonywany w formie aktu administracyjnego,
 - b) umowa cywilna w sprawie zamówienia publicznego;
- 8) brak uregulowania sprawy o udzielenie zamówienia publicznego jako sprawy cywilnej oraz niewystarczające podstawy do uznania jej za taką wg kryterium formalnego;
- 9) przepisy KC stosuje się wprost, a nie odpowiednio, ponadto w marginalnym zakresie;
- 10) inne czynności zamawiającego odpowiadają swym charakterem postanowieniom administracyjnym⁸.

O administracyjnoprawnym charakterze zamówień publicznych *J. Niczyporuk* szeroko mówił przy okazji rozważań na temat skuteczności postępowania odwoławczego⁹. Autor przypominał o tym, że regulacja prawna, którą jest PrZamPubl nie przesądza w sposób bezpośredni o tym, jaki jest charakter prawny zamówień publicznych *sensu largo* czy to w kierunku koncepcji cywilistycznej, czy też administracyjnej. Sam problem związany z dyskusją na ten temat czy też brakiem jednoznaczności w przedmiocie przynależności prawa zamówień publicznych do konkretnej gałęzi prawa, upatruje w nomenklaturze, którą posługuje się ustawodawca. Jego zdaniem PrZamPubl jest zlepkiem terminologicznym języka prawa administracyjnego oraz prawa cywilnego, którego początek miał miejsce na kanwie prawa materialnego i po czasie przedostał się do części proceduralnej. *J. Niczyporuk* uważał, że główne pojęcia występujące w PrZamPubl04 zostały zaczerpnięte z terminologii postępowania administracyjnego oraz postępowania sądownoadministracyjnego. Z kolei

⁸ *Ibidem*.

⁹ *J. Niczyporuk*, Skuteczność postępowania odwoławczego w zamówieniach publicznych, w: *Zamówienia publiczne jako instrument sprawnego wykorzystania środków unijnych*, *E. Adamowicz, J. Sadowy* (red.), Gdańsk–Warszawa 2012, s. 34.

w kwestii procedury odwoławczej, wskazywał na podjętą przez ustawodawcę próbę „ubrania w gorset” przepisów, które ją regulują. *J. Niczyporuk* zwraca uwagę na klęskę związaną z takim działaniem, którą obwinia ustawodawcę, jednak tylko w niewielkim stopniu, ponieważ wg niego największą winę za lansowanie koncepcji zamówień publicznych zgodnie z ich przekonaniem ponoszą „cywilistyczne środowiska opiniotwórcze”¹⁰.

W kwestii definicji legalnej zamówienia publicznego oraz jego autonomiczności *J. Niczyporuk* nie miał wątpliwości, jak również co do tego, że nie przesądza ona o charakterze nie tyle samego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, co zamówienia publicznego w ogóle. Również odesłanie do KC z art. 139 PrZamPubl04 w sprawie umów nie stanowiło dla niego argumentu, aby na tej podstawie uznać przynależność systemu zamówień publicznych do prawa cywilnego lub co więcej przyjąć cywilny charakter zamówienia publicznego¹¹. W kwestii umowy, która jest nieodzownie związana z problematyką ustalenia charakteru prawnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w efekcie czego zostaje zawarta, *J. Niczyporuk* przyjmował pojęcie zamówienia publicznego jako „prawną formę działania administracji publicznej”¹², która to do realizacji swoich zadań dochodzi niewyłącznie poprzez akty administracyjne. Autor ten przywoływał również koncepcję umowy administracyjnej, która powinna być zastosowana do regulacji stosunków zobowiązaniowych w zamówieniach publicznych zauważając przy tym, że w polskim prawie administracyjnym nie została ona dopracowana na odpowiednim poziomie, o czym wspomina także *J. Zimmermann*¹³.

¹⁰ Zob. *H. Zalewski*, *Zamówienia Publiczne. Ekonomiczno-prawne podstawy działania*, Gdańsk 2000, s. 7, gdzie autor bezpośrednio wskazuje, że wydatkowanie środków publicznych odbywało się za pomocą aktu kupna-sprzedaży, który jest „istotą ekonomiczną” postępowania o udzielenie zamówienia publicznego; *A. Panasiuk*, Ustawa z 29.1.2004 r. – Prawo zamówień publicznych, przedmiot regulacji, w: *A. Panasiuk, A. Mikołajczyk, T. Siedlecki*, *Prawo zamówień publicznych z komentarzem*, Bydgoszcz–Warszawa 2004, s. 12, gdzie autor wskazuje bezpośrednio na funkcjonowanie ustawy w „zbiegu dwóch gałęzi praw” przy czym precyzuje, że do czynności podejmowanych w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zastosowanie mają przepisy KC. Autor widzi zastosowanie przepisów administracyjno-prawnych w związku z funkcjonowaniem UZP lub jego Prezesa.

¹¹ Obecnie art. 8 PrZamPubl dotyczy umów oraz innych czynności podejmowanych przez uczestników/podmioty będące pod reżimem PrZamPubl.

¹² *J. Niczyporuk*, Skuteczność postępowania odwoławczego w zamówieniach publicznych, w: *Zamówienia publiczne jako instrument sprawnego wykorzystania środków unijnych*, *E. Adamowicz, J. Sadowy* (red.), Gdańsk–Warszawa 2012, s. 37.

¹³ Zob. bliżej *J. Zimmermann*, *Prawo administracyjne*, Warszawa 2008, s. 338–339, gdzie autor ubolewał nad brakiem wprowadzenia przez ustawodawcę „tej formy działa-

W celu ustalenia charakteru prawnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego *J. Niczyporuk* podawał swoją autorską definicję wyboru najkorzystniejszej oferty. W ujęciu tego autora jest to czynność z punktu widzenia zamawiającego, zwińczająca postępowanie przetargowe, następująca bezpośrednio przed podpisaniem oferty. Jest to akt administracyjny, czyli działanie władcze, polegające na jednostronnym oświadczeniu woli zamawiającego jako organu administracji publicznej, ze szczególnym wskazaniem na to, że działania te oparte są na przepisach prawa administracyjnego, jak opisuje to *J. Zimmermann*¹⁴.

Przy próbie określenia charakteru sprawy o udzielenie zamówienia publicznego *J. Niczyporuk* przytaczał przykład postępowania odwoławczego, które (stwierdza stanowczo) „z całą pewnością nie jest to sprawa cywilna w rozumieniu art. 1 KPC”¹⁵ z punktu widzenia formalnego. Pomimo tego, że wszystkie powyższe przemyślenia były przedstawione w kontekście postępowania odwoławczego, to nie sposób ich pominąć w rozważaniach dotyczących charakteru prawnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Warto również zaznaczyć, że na podstawie powyższych argumentów *J. Niczyporuk* upatrywał administracyjnoprawny charakter nie tylko spraw o udzielenie zamówienia publicznego, ale i procesów mających miejsce przed oraz po postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Są to daleko idące ujęcia, które wymagają analizy przy ustalaniu charakteru postępowania przetargowego oraz spraw z tego zakresu. *J. Niczyporuk* był przekonany co do wadliwego odesłania przez przepisy PrZamPubl04 do stosowania przepisów KC, skutkujące przemieszaniem się stosunków procesowych z materialnymi co jest zabiegiem niezrozumiałym w kontekście zastosowania

nia”. Ponadto *J. Zimmermann* zauważał problematykę zamówień publicznych w kontekście umowy administracyjnej, jednak nawet w tym przypadku autor nazwał je „swoistymi umowami prawa cywilnego”, które w ogólnym rozrachunku stanowią co najwyżej namiastkę hipotetycznej umowy administracyjnej; *K. Rożek*, Uwarunkowania prawne umowy administracyjnej jako niechcianej przez polskiego ustawodawcę formy działania administracji publicznej; ruj.uj.edu.pl/xmlui/bitstream/handle/item/57267/rozek_uwarunkowania_prawne_umowy_administracyjnej_jako_niechcianej_2018.pdf?sequence=1&isAllowed=y (dostęp: 4.1.2020).

¹⁴ *Ibidem*, s. 37.

¹⁵ *J. Niczyporuk*, Skuteczność postępowania odwoławczego w zamówieniach publicznych, w: *Zamówienia publiczne jako instrument sprawnego wykorzystania środków unijnych*, *E. Adamowicz*, *J. Sadowy* (red.), Gdańsk–Warszawa 2012, s. 39.

wykładni rozszerzającej art. 14 PrZamPubl04 i stosowania na tej podstawie przepisów KPC¹⁶.

Poglądy *J. Niczyporuka* w opisanym wyżej zakresie akceptuje *P. Szustakiewicz*. Autor ten sprowadza odesłanie do przepisów KC z art. 14 PrZamPubl04 do zabiegu, który jest przyczyną błędnego pojmowania charakteru prawnego zamówień publicznych jako części prawa cywilnego. Tezę o przynależności PrZamPubl04 do KC na takiej podstawie uznaje za zbyt daleko idącą, argumentując że w PrZamPubl04 znajduje się wiele odwołań do „różnych części systemu prawnego”¹⁷. Automatycznie nie tworzy to z zamówień publicznych (a przynajmniej w zakresie, w którym zastosowano odwołanie) części regulacji prawa cywilnego, do którego nastąpiło odwołanie¹⁸ i do takiego zbiegu przepisów bardziej właściwa byłaby „koncepcja hybrydalna”, którą reprezentuje chociażby *A. Zdebel-Zygmunt*¹⁹. Innym argumentem przemawiającym za administracyjnoprawnym charakterem przepisów PrZamPubl04 jest wg *P. Szustakiewicza* praktyka stosowania prawa w Polsce, która wskazuje na regulowanie przepisami prawa administracyjnego działań administracji publicznej i na tej płaszczyźnie dopatruje się on analogii. Ponadto autor doszukuje się elementów prawa administracyjnego, które dzieli na trzy części, aby następnie stwierdzić, że wszystkie te trzy fundamentalne elementy stanowiące trzon gałęzi prawa administracyjnego są zawarte w przepisach PrZamPubl04²⁰.

Z kolei *J. Sadowy*²¹ zaliczał PrZamPubl04 do kategorii aktów materialnego prawa administracyjnego²². Autor, co prawda, nie negował cywilnoprawnego charakteru niektórych instytucji PrZamPubl04 takich, jak umowa czy postępowanie odwoławcze, które odwołują się bezpośrednio do przepisów KC oraz KPC, jednak nie stanowiło to wg niego przesłanki do uznania, że na tej podstawie można zakwalifikować PrZamPubl04 do tej konkretnej gałęzi prawa. Co

¹⁶ *J. Niczyporuk*, Prawo zamówień publicznych.

¹⁷ *P. Szustakiewicz*, Stosunek zamówień publicznych do innych dziedzin prawa. Zamówienia publiczne a prawo cywilne, w: *Zamówienia publiczne. Podręcznik*, *M. Chmaj* (red.), Warszawa 2010, s. 89.

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ *A. Zdebel-Zygmunt*, *J. Rokicki*, System, s. 98.

²⁰ *Ibidem*.

²¹ *Jacek Sadowy* pełnił funkcję Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych od lutego 2008 r. do 2013 r.

²² *J. Sadowy*, Interes publiczny a obowiązek przetargowy udzielenia zamówienia na odbiór odpadów komunalnych, *Fin.Kom.* 2014, Nr 6, s. 45–58.

więcej stanowisko to uznał za niepoparte przez żadne „metodologiczne i merytoryczne uzasadnienia”²³.

Natomiast zdaniem P. Nowickiego, H. Nowickiego i M. Wierzbowskiego punktem wyjścia do oceny charakteru prawnego zamówień publicznych jest wyodrębnienie tej dziedziny prawa. Autorzy zarzucają innym przedstawicielom doktryny prawa cywilnego zbyt małostkowe podejście do tej problematyki oraz przyjęcie tez opartych na błędnych założeniach. Mowa tu o zaliczeniu zamówień publicznych w szerokim i wąskim znaczeniu do gałęzi prawa cywilnego (zarzut stawiany jest zwolennikom cywilnoprawnego charakteru prawa zamówień publicznych). Błąd, którego dopatrują się autorzy, polega na braku dokonania głębszej analizy problematyki związanej z charakterem prawnym zamówień publicznych oraz braku szczegółowego uzasadnienia kwalifikującego zamówienia publiczne do konkretnej regulacji, które mogłoby się przeciwstawić koncepcji „gałęziorowej”²⁴, o czym więcej w podsumowaniu niniejszego rozdziału.

II. Cywilnoprawny charakter spraw o udzielenie zamówienia publicznego

Wielu autorów opowiada się za cywilnoprawnym charakterem spraw o udzielenie zamówienia publicznego. Jednym z nich jest J. Pieróg, który konsekwentnie zalicza normy zawarte w PrZamPubl04 do norm z gałęzi prawa cywilnego. Jest to wg niego warunek konieczny, umożliwiający adresatowi norm zamówień publicznych dokonanie prawidłowej ich interpretacji²⁵. Co więcej, J. Pieróg dochodzi do wniosku, że przepisy PrZamPubl04 stanowią *lex specialis* do przepisów KC i aby rozwiązać wszelkie wątpliwości, powołuje się na celowe działanie ustawodawcy w tym zakresie, tj. na art. 14 PrZamPubl04, który zawiera on przepisy delegacyjne, które w sposób bezpośredni odwołują się do przepisów KC²⁶. Regulację zawartą w art. 14 PrZamPubl04 uznaje on za konieczną i rozwiewającą wszelkie wątpliwości, które to pojawiały się na gruncie ZamPublU94, gdzie takiego odwołania brakowało, a podstawą do stosowania przepisów KC w zamówieniach publicznych był wyrok SO w Warsza-

²³ J. Sadowy, System zamówień publicznych w Polsce, Warszawa 2013, s. 72.

²⁴ H. Nowicki, P. Nowicki, M. Wierzbowski, Nowe dyrektywy zamówieniowe a polskie prawo zamówień publicznych. Uwagi *de lege ferenda*, w: Prawo zamówień publicznych. Stan obecny i kierunki zmian, H. Nowicki, P. Nowicki (red.), Wrocław 2015, s. 19.

²⁵ J. Pieróg, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2017, s. 9.

²⁶ *Ibidem*. Wyr. KIO z 21.11.2013 r., KIO 2591/12, Legalis.

wie z 20.1.2004 r.²⁷ Według J. Pieroga ostatecznym potwierdzeniem dla tezy o cywilnym charakterze postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest równość stron biorących udział w postępowaniu. Faktyczna równowaga pomiędzy wykonawcami i zamawiającymi w trakcie procesu zmierzającego do podpisania umowy o zamówienie publiczne jest elementem o charakterze *stricte* cywilnoprawnym²⁸.

Powyższe stanowisko w kwestii charakteru prawnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie jest jedynym w doktrynie. Również M. Stachowiak przyjmuje cywilnoprawny charakter postępowań o udzielenie zamówienia publicznego²⁹. Podstawowym argumentem, stawianym już na samym początku komentowanej przez autora PrZamPubl04, są odesłania do stosowania przepisów KC. Chodzi przede wszystkim o przepisy dotyczące dokonywanych przez strony postępowania czynności oraz kwestię zawieranych umów. M. Stachowiak wyraźnie zaznacza, że PrZamPubl04 stanowi *lex specialis* w tym konkretnym zakresie, jednak nie jest to bezwzględne potwierdzenie cywilnoprawnego charakteru wszelkich norm zawartych w ustawie. Autor dostrzega obecność oraz związek systemu zamówień publicznych z prawem administracyjnym, również w zakresie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jednak jest on na tyle marginalny i nie wpływa w ogólnym rozrachunku na postrzeganie zamówienia publicznego w kontekście prawa cywilnego, że postępowanie przetargowe należałoby w tym przypadku uznać za część prawa cywilnego, a nie odłam lub element systemu prawa administracyjnego³⁰. M. Stachowiak rozwija swoją argumentację na rzecz stanowiska o cywilnoprawnym charakterze postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przy okazji komentowanego art. 14 PrZamPubl04 i stwierdza, że w trakcie postępowania przetargowego, zamawiający i wykonawcy dokonują „czynności prawnych lub działań prawnych”³¹, do których ustawa nakazuje stosowanie przepisów KC. Swoje przemyślenia autor trafnie wspiera powołanym powyżej wyrokiem SO w Warszawie, który nie tyle dopuszcza stosowanie przepisów KC w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, co wręcz nakazuje jego stosowania. Autor wskazuje na oddziaływanie przepisów PrZamPubl04 na KC również w kontekście modyfikacji przepisów KC w trakcie udzielania

²⁷ V Ca 2344/03, niepubl.

²⁸ Por. J. Pieróg, Prawo, s. 9 oraz uchw. KIO z 10.8.2018 r., KIO/KD 31/18, Legalis.

²⁹ M. Stachowiak, w: W. Dzierżanowski, J. Jerzykowski, M. Stachowiak, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2018, s. 24.

³⁰ *Ibidem*.

³¹ *Ibidem*.

zamówienia, a w szczególności w zakresie Księgi I Części ogólnej KC, a mianowicie przepisów dotyczących aukcji i przetargu (art. 70¹–70⁵ KC)³², które regulują sposób zawarcia umowy. W innych z kolei sytuacjach autor dostrzega nie tyle modyfikację tych przepisów, co bezpośrednie do nich nawiązanie, podając za przykład tryb z wolnej ręki jako negocjacyjny sposób zawarcia umowy³³.

Na szczególną uwagę zasługują rozważania Z. Czarnika oraz S. Babiara poświecone udziałowi oraz roli jaką odgrywają przepisy prawa cywilnego w zamówieniach publicznych. Z. Czarnik stawia jako kwestię priorytetową, związaną z jej funkcjonowaniem, problematykę charakteru prawnego PrZam-Publ04. Uznaje on, że ustalenie charakteru prawnego ma doniosłe znaczenie dla dokonywania egzegezy przepisów ustawy w trakcie ich stosowania, a w szczególności, kiedy brakuje pewności co do zakresu obowiązywania przepisów w konkretnych sytuacjach. Autor słusznie zauważa, że odesłanie z art. 14 PrZamPubl04 do przepisów KC ma zastosowanie wyłącznie w sytuacji, w której PrZamPubl04 nie stanowi inaczej. Dotyczy to jednak czynności podejmowanych przez zamawiających i wykonawców, czyli uczestników danego postępowania przetargowego. Oznacza to, że nie wszystkie problemy mogą zostać rozwiązane na podstawie art. 14 PrZamPubl04, a jedynie te, które powstały w trakcie przygotowywania postępowania oraz podczas jego przebiegu. Z. Czarnik wskazuje również na potrzebę określenia statusu prawnego podmiotów postępowania, gdyż unormowania właściwe dla tych podmiotów będą odnosiły się do nich bezpośrednio (niekiedy poprzez przepisy prawa cywilnego, a niekiedy za pośrednictwem przepisów prawa administracyjnego)³⁴. Ponadto uzupełnieniem stanowiska S. Babiara, zdaniem którego art. 14 PrZam-Publ04 jednoznacznie odnosi się do cywilnoprawnego charakteru czynności dokonywanych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jest stanowisko Z. Czarnika, który zaznacza, że ustawodawca posłużył się zwrotem „jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej”³⁵, jednak równie jednoznacznie stwierdził, że nie jest to dowodem na to, iż pozostałe przepisy PrZamPubl04 mają charakter, *a contrario*, administracyjnoprawny. S. Babiara zauważa przy tym, że o charakterze konkretnego przepisu decyduje jego treść, czyli „charak-

³² *Ibidem*, s. 216.

³³ *Ibidem*.

³⁴ Z. Czarnik, w: S. Babiara, P. Janda, P. Pełczyński, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2010, s. 19.

³⁵ *Ibidem*.

ter uprawnień i obowiązków, jakie w sobie zawiera³⁶ oraz zasady regulujące te stosunki prawne.

W związku z powyższym istotne dla oceny charakteru analizowanych przepisów jest w pierwszej kolejności określenie istnienia bądź braku władztwa administracyjnego (zidentyfikowanie elementów władczych administracji lub społeczno-organizacyjnych, zwanych również działalnością niewładczą administracji)³⁷. Efektem dokonanej analizy będzie stwierdzenie braku istnienia norm o wyżej opisanym charakterze, co z kolei dla odbiorcy tych norm oznaczać będzie, że analizowane przepisy oraz stosunki nawiązane na ich podstawie mają charakter cywilnoprawny³⁸. Z. Czarnik dostrzega w PrZamPubl04 obecność norm prawa administracyjnego. Dostrzega przy tym również występującą w relacjach stron postępowania zasadę równości, która wynika z ekwiwalentności obrotu będącego podstawą gospodarki towarowo-pieniężnej. Na poparcie tych tez S. Babiarz wskazuje na podobieństwa PrZamPubl04 oraz PartPublPrywU, oczywiście nie w kontekście regulowanej materii, a odwołań do przepisów KC, w których to dostrzega zastosowanie takich samych rozwiązań w budowie przepisów. Autor podkreśla zakres podmiotowy stosowania przepisów KC w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, ograniczając go wyłącznie do stron w danym postępowaniu przetargowym oraz w zakresie przedmiotowym do czynności podejmowanych wyłącznie przez uczestników tego postępowania. Na podstawie przede wszystkim wyżej omówionych aspektów autor stwierdza, że przepisy PrZamPubl04 stanowią *lex specialis* do przepisów KC, wymuszając przy tym pierwszeństwo w ich stosowaniu, ponieważ są to przepisy bezwzględnie obowiązujące³⁹.

Inną możliwością, potwierdzającą cywilnoprawny charakter postępowania przetargowego, jest uznanie systemu zamówień publicznych za część prawa cywilnego⁴⁰. P. Granecki, w związku z tak dalece posuniętymi wnioskami, klasyfikuje PrZamPubl04 jako *lex specialis* do przepisów KC. Autor w swoich przeświadczeniach nie podnosi kwestii materialnoprawnych, odwołujących się do idei

³⁶ *Ibidem*.

³⁷ Zob. *idem*, s. 20, gdzie Z. Czarnik powołuje się na nowelizację PrZamPubl z 7.4.2006 r. jako noweli, która przywróciła cywilny charakter czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, poprzez eliminację „władczych działań Prezesa UZP w postępowaniu”. Takie uregulowanie pozwoliło uwolnić zamawiających od „sytuacji gdy wiele czynności zamawiającego było uwarunkowanych decyzją administracyjną Prezesa”.

³⁸ *Ibidem*, s. 124.

³⁹ *Ibidem*, s. 129.

⁴⁰ P. Granecki, Prawo, s. 230.

przepisów, ale stara się udowodnić postawioną tezę za pomocą art. 14 PrZam-Publ04 oraz wyliczając regulacje, które na mocy wskazanego przepisu są stosowane na podstawie przepisów KC wprost⁴¹.

Niekwestionowanym przez nikogo celem, wyartykułowanym przez ustawodawcę w PrZamPubl04, jest m.in. ochrona interesu publicznego, a do realizacji wskazanego celu ma dochodzić, wg J. Nowickiego, za pomocą przepisów prawa cywilnego. To właśnie tym autor argumentuje swój pogląd o cywilnoprawnym charakterze postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Autor nie polemizuje z argumentami innych przedstawicieli doktryny, nie wskazuje na kwestię równości stron, braku imperium czy zakresu czynności regulowanych przez przepisy KC⁴². Przyjmuje on za fakt, że przepisy PrZam-Publ04 stanowią *lex specialis* do przepisów KC. Jedyną motywacją tego stanowiska jest powołanie się przez niego na wyrok WSA w Warszawie z 3.7.2007 r.⁴³ oraz wyrok KIO z 21.11.2013 r.⁴⁴

Podobny do przedstawionego powyżej tok myślowy prezentuje M. Sieradzka, która przy próbach ustalenia charakteru spraw o udzielenie zamówienia publicznego powołuje się wyłącznie na orzecznictwo, pomijając przy tym wszelkiego typu aspekty innego rodzaju⁴⁵. Autorka co prawda zajmuje stanowisko co do charakteru prawnego czynności podejmowanych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, określając stosunki wiążące strony mianem stosunków cywilnoprawnych. Wynika to, według niej, bezpośrednio z istnienia art. 14 PrZamPubl04, a nie z głębszej analizy przepisów, która mogłaby doprowadzić do innych przemyśleń bądź też utwierdzić w przekonaniu do zajętogo *ad hoc* stanowiska.

Prezentując rozważania E. Gnatowskiej można dojść do wniosku, że poszła ona o krok dalej od przytoczonych powyżej zwolenników koncepcji cywilnoprawnej postępowania przetargowego w kwestii jego charakteru prawnego. Mianowicie z treści art. 14 PrZamPubl04, który dotyczy wyłącznie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, wyciągnęła ona daleko idące wnioski, które dotyczą nie tyle samego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, co całego ustroju zamówień publicznych. Według autorki wskazana norma prawna z powołanego wyżej przepisu, sama z siebie stanowi sa-

⁴¹ *Ibidem*.

⁴² J. Nowicki, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2018, s. 202–203.

⁴³ V SA/Wa 172/07, Legalis.

⁴⁴ KIO 2591/12, Legalis.

⁴⁵ M. Sieradzka, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2018, s. 95–96.

modzielny argument przemawiający za przynależnością całego systemu zamówień publicznych do gałęzi prawa cywilnego⁴⁶.

W taki sam sposób jak poprzedniczka, *M. Jaworska*, upatruje art. 14 PrZamPubl04 jako regulację potwierdzającą cywilnoprawny charakter zamówień publicznych. Przytoczony przepis zawiera wg autorki normę kolizyjną, nakazującą stosowanie przepisów PrZamPubl04 w pierwszej kolejności, wspominając przy tym, że jest to również argument potwierdzający całkowitą odrębność tej regulacji od prawa administracyjnego. *M. Jaworska* dostrzega ponadto problematykę władztwa administracyjnego oraz jego brak w procesie zmierzającym do udzielenia zamówienia publicznego na rzecz zasady równości, która jest charakterystyczna dla prawa cywilnego. *Summa summarum*, autorka powtarzając za SN, co prawda w połączeniu z kwestiami dotyczącymi umowy, aczkolwiek w aspekcie scharakteryzowania procesu o udzielenie zamówienia publicznego wskazuje, że uruchomienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wiąże się z uruchomieniem postępowania o cywilnoprawnym charakterze⁴⁷.

Z kolei w przypadku *T. Czajkowskiego* nie można jednoznacznie stwierdzić, czy jego zdaniem zamówienia publiczne mają charakter cywilnoprawny, bo *expressis verbis* nie zostało to przez niego wyartykułowane. Podobnie jak inni przedstawiciele doktryny podkreślał on fakt, że PrZamPubl04 stanowi *lex specialis*⁴⁸ do KC. Niewątpliwie determinuje to postrzeganie zamówień publicznych w kontekście cywilnoprawnym. Nie rozróżnia przy tym tego odwołania w stosunku do konkretnych przepisów, a jest ono skierowane do całego aktu prawnego ze szczególnym naciskiem na dział dotyczący umów⁴⁹.

Jak widać pogląd o cywilnoprawnym charakterze zamówienia publicznego oraz postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, jest poglądem wiodącym. Jego zwolennikiem jest również *R. Szostak*, negujący tym samym sprowadzenie przez niektórych przedstawicieli doktryny umowy o zamówienie publiczne do umowy administracyjnej. Autor wskazywał na brak powiązania między faktem stosowania umowy cywilnoprawnej przez administrację publiczną, a decyzją administracyjną lub umową administracyjną, która to

⁴⁶ *E. Gnatowska, Z. Perčić, W. Jarzyński*, Komentarz do ustawy Prawo zamówień publicznych, Warszawa 2016, s. 126.

⁴⁷ *M. Jaworska* (red.), Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2018, s. 154.

⁴⁸ *T. Czajkowski*, Prawo zamówień publicznych, Komentarz, Warszawa 2007, s. 109.

⁴⁹ *Ibidem*, s. 409.

może zostać zawarta wyłącznie w określonych okolicznościach⁵⁰. Aby pogłębić przedstawiony pogląd należy położyć nacisk na odseparowanie od siebie dwóch elementów postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, czyli po pierwsze procesu umożliwiającego podpisanie umowy o zamówienie publiczne, na który składa się np. proces tworzenia specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ), zabezpieczenie środków w budżecie, planowanie zamówień, przygotowanie dokumentacji przetargowej, a po drugie samą umową, która jest efektem tych działań i finalnie wieńczy całe postępowanie⁵¹.

Radykalne stanowisko reprezentują A. Szyszkowski i A. Trzeźniewska-Markowicz, którzy przyjmują bezwzględnie cywilnoprawny charakter wszystkich czynności dokonywanych przez zamawiających i wykonawców⁵². Autorzy dostrzegają rozdzielną funkcję pełnionych przez zamawiających na te, które występowały podczas stosowania PrZamPubl04 (i nadal występują), tj. o charakterze cywilnoprawnym oraz na funkcję pełnioną poza postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego (w większości przypadków), czyli organu publicznego, który posiada względem swoich klientów wszelkiego typu uprawnienia władcze. Opisany stosunek, występujący pomiędzy stronami podczas udzielania zamówienia publicznego, można nazwać stosunkiem partnerskim, opartym na równych prawach. Ponadto istotne jest bezpośrednie, a nie odpowiednie stosowanie przepisów KC, w czym autorzy upatrywali powiązanie na tyle silne, że nazywają system zamówień publicznych autonomicznym (do pewnego stopnia) fragmentem prawa cywilnego.

Wyżej przedstawione stanowiska przedstawicieli doktryny, zarówno prawa cywilnego, jak i administracyjnego zostały przedstawione przez autorów w sposób ogólny. Problematyka charakteru prawnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego była traktowana przez nich pobieżnie lub w związku z przemyśleniami na inny temat. Za szczególnie ważną i istotną dla doktryny oraz praktyków, w związku z rozważaniami na temat charakteru prawnego postępowania przetargowego, należy uznać publikację Z. Gordona⁵³, w której poświęcał on uwagę wyłącznie problematyce charakteru praw-

⁵⁰ R. Szostak, *Polski model rozpoznawania sporów przedumownych z zakresu zamówień publicznych – z perspektywy jego rozwoju*, Warszawa 2012, s. 5.

⁵¹ P. Granecki, *Prawo*, s. 39.

⁵² A. Szyszkowski, A. Trzeźniewska-Markowicz, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz dla praktyków*, Gdańsk 2008, s. 39.

⁵³ Z. Gordon, *Charakter prawny postępowania o udzielenie zamówienia publicznego*, w: *Pięciolecie funkcjonowania Krajowej Izby Odwoławczej w systemie zamówień publicznych*, Warszawa 2012.

nego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Już na wstępie swoich rozważań wskazywał na zwyczajowo utarty pogląd od samego początku obowiązywania regulacji wydatkowania środków publicznych, odnośnie cywilnoprawnego charakteru postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Pomijając długotrwałą praktykę w kwestii cywilnoprawnego charakteru postępowania przetargowego, jak również prezentowanych w piśmiennictwie zgodnych poglądów większości komentatorów, Z. Gordon odwoływał się do judykatury, a w szczególności do wyroku SN z 27.2.2009 r., który bez wątpienia wskazuje na cywilnoprawny charakter procedury, która prowadzi do zawarcia umowy zgodnie z przepisami o PrZamPubl04, a odmienny czyli administracyjnoprawny charakter ma postępowanie toczące się przed Prezesem UZP⁵⁴.

Z. Gordon dostrzegał, co prawda, poglądy głoszone przez niektórych autorów na temat postrzegania przepisów PrZamPubl04 w kontekście przepisów publicznoprawnych, przy czym nie negował ich, a podawał je w wątpliwość wskazując na „odwieczny spór” polegający na rozgraniczeniu prawa publicznego od prawa prywatnego już nawet nie w zakresie samych zamówień publicznych, a ogólnie jako konfliktu na płaszczyźnie pojęciowej⁵⁵. Aby zbliżyć się do odpowiedzi na pytanie o charakter prawny postępowań w procesie o udzielenie zamówienia publicznego, autor nawiązywał do teorii interesu i teorii podporządkowania, które pojawiają się przy rozgraniczeniu prawa prywatnego od prawa publicznego. Zgodnie z teorią interesu publicznego, a konkretnie jego ochroną, mamy do czynienia w sytuacji unormowanej przez przepisy prawa publicznego z ochroną interesu prywatnego, gdy do ich zabezpieczenia dochodzi za pomocą prawa prywatnego. Z powyższego można dojść m.in. do błędnego założenia, że interes publiczny i interes prywatny są w stosunku do siebie w opozycji, na co Z. Gordon słusznie zwracał uwagę, że może tak być, ale nie musi⁵⁶. Powodem takiego stanowiska jest to, że różnica między prawem publicznym a prawem prywatnym jest niejasna, a ich konkretne rozdzielenie niemal niemożliwe, co dyskwalifikuje metodę interesu z możliwości „określania charakteru prawnego instytucji i konstrukcji prawnych oraz do przypisywania ich do danej gałęzi prawa⁵⁷”. Drugą opisywaną przez autora teorią jest teoria podporządkowania. Jest ona o tyle istotna, że decydującym kryterium rozgraniczenia prawa publicznego od prawa prywatnego jest róż-

⁵⁴ V CSK 337/08, Legalis.

⁵⁵ Z. Gordon, Charakter, s. 4.

⁵⁶ *Ibidem*, s. 5.

⁵⁷ *Ibidem*, s. 6.