

Rozdział I. Zagadnienia ogólne

dr hab. Ryszard Szostak, prof. UEK

§ 1. Reżim prawny i zasady udzielania zamówień publicznych

Pojęcie zamówienia publicznego występuje w dwóch znaczeniach, jako synonim umowy albo określenia jej przedmiotu. W świetle definicyjnego art. 7 pkt 32 nowego PrZamPubl przez zamówienie publiczne rozumie się umowę odpłatną umożliwiającą zakontraktowanie niezbędnych dla zaspokojenia potrzeb publicznych dostaw, usług lub robót budowlanych, natomiast przepisy regulujące umowy w sprawie zamówień publicznych, wskazują już na samo świadczenie będące przedmiotem transakcji (zamówić = obstalować świadczenie). Znanе od czasów starożytnych zamówienia publiczne związane były z zaspokajaniem potrzeb zbiorowych, a pośrednio także z ochroną interesów publicznych. Dawniej nazywano je zamówieniami „królewskimi” (koronnymi), później także „skarbowymi”, ostatecznie upowszechniło się określenie wskazujące bezpośrednio na ich funkcje publiczne. Początkowo przez wiele wieków potrzeby zbiorowe (państwowe) zaspokajano przede wszystkim w drodze danin naturalnych, rzeczowych lub usługowych, ściąganych z zastosowaniem przymusu administracyjnego. Dobrowolna, odpłatna i oparta na zasadzie równorzędności stron umowa cywilnoprawna okazała się jednak rozwiązaniem lepszym, zarówno pod względem organizacyjnym, jak i ekonomicznym (efektywność), choć odpłatność jeszcze na długo przed upowszechnieniem się pieniądza realizowana była w ramach różnych barterowych sposobów zapewnienia ekwiwalentności transakcji. Wprawdzie we wczesnym średniowieczu, po upadku cywilizacji antycznej, umowne sposoby zamawiania świadczeń na potrzeby publiczne uległy radykalnemu ograniczeniu na rzecz ponownego wzrostu znaczenia danin naturalnych, jednak począwszy od IX w. zostały one reaktywowane wraz z nastaniem stabilizacji politycznej, rozwoju wymiany

handlowej i odrodzenia umów konsensualnych, w warunkach postępującej recepcji prawa rzymskiego¹. Na ziemiach polskich początki zorganizowanych zamówień publicznych, udzielanych z większym zastosowaniem umów majątkowych, sięgają dopiero okresu wzrostu znaczenia tendencji zjednoczeniowych oraz późniejszych reform wzmacniających struktury państwa i rodzącego się samorządu, wprowadzonych przez króla *Władysława Łokietka* oraz jego następcy Kazimierza Wielkiego. Obok przeobrażeń organizacyjnych doniosłe znaczenie miała też kontrola wydatkowania środków na potrzeby zbiorowe. Rozwiązaniom zapewniającym lepszą efektywność zamówień królewskich towarzyszyła kontrola administracyjna oraz wymóg ewidencjonowania wszystkich (nawet drobnych) wydatków, w ramach specjalnych „regestrów”, prowadzonych według wzorów zachodnioeuropejskich, zarówno na dworze królewskim, jak i w tzw. podrzędstwach (stacjach) terenowych². Postępująca regulacja odrębna zamówień państwowych, a potem samorządowych, udzielanych z zastosowaniem umów majątkowych, zmierzała do zapewnienia racjonalnego i efektywnego gospodarowania środkami pieniężnymi przeznaczonymi na zaspokojenie potrzeb zbiorowych oraz skutecznej ochrony interesów publicznych. Począwszy od XIX w. doszła jeszcze potrzeba zapewnienia równego dostępu do zamówień finansowanych ze środków publicznych i ochrony uczciwej konkurencji³. Z czasem ten kierunek rozwoju regulacji należało dostosować także do wzrastającej roli zamówień transgranicznych wraz z towarzyszącą problematyką integracji europejskiej w dziedzinie obrotu gospodarczego⁴.

Rozbudowane (obecnie) unormowania zamówień publicznych wprowadzają jednak liczne ograniczenia swobody kontraktowej. Obok oczywistych ograniczeń formalnych, związanych z potrzebą zapewnienia bezpieczeństwa

¹ Więcej *R. Szostak*, Zamówienia publiczne w starożytności oraz w epoce średniowieczno-feudalnej, PZP 2012, Nr 3, s. 3 i n.

² Tamże.

³ *M.A. Dausies*, Prawo gospodarcze w Unii Europejskiej, Warszawa 1999, s. 157 i n.; *S. Biernat*, *A. Wasilewski*, Wolność gospodarcza w Europie, Kraków 2000, s. 184 i n.; *R. Szostak*, Przetarg nieograniczony na zamówienie publiczne – zagadnienia konstrukcyjne, Kraków 2004, s. 17 i n. oraz *M. Królikowska-Olczak*, Zasada niedyskryminacji w prawie zamówień publicznych UE, 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. 9 i n.

⁴ Por. *A. Sołtyńska*, Zamówienia publiczne w Unii Europejskiej, Kraków 2004, s. 21 i n.; *A. Górczyńska*, Zasady wspólnotowego prawa zamówień publicznych, w: *M. Królikowska-Olczak* (red.), Prawo europejskie w systemie gospodarki polskiej, Warszawa 2005, s. 31 i n. oraz *M. Królikowska-Olczak*, Zasada niedyskryminacji, s. 9 i n.

transakcji i niezbędnej osłony dowodowej, niezwykle uciążliwe są ograniczenia w zakresie swobody wyboru kontrahenta oraz sposobu nawiązania transakcji, a także kształtowania postanowień samej umowy, przesądzających o wysokości należnego wykonawcy ekwiwalentu z tytułu spełnienia zamówionego świadczenia. W szczególności zawarcie umowy należy poprzedzić przeprowadzeniem nakazanej ustawowo procedury, pod rygorem nieważności umowy finalnej. Dominujący aktualnie przetarg albo inna procedura przedumownego ustalenia kontrahenta wraz z wysokością należnego mu ekwiwalentu ma bowiem zapewnić dostateczną efektywność zamówienia, udzielanego wiarygodnemu wykonawcy, na w pełni zrównoważonych ekonomicznie warunkach, a także konkurencyjny dostęp do zadania finansowanego ze środków publicznych. Poza specyfiką narzuconą niezbędnymi ograniczeniami, umowy o zamówienia publiczne funkcjonują tak samo jak zwykłe kontrakty cywilnoprawne z zakresu obrotu powszechnego⁵. Przede wszystkim poza sferą ingerencji ustawowej pozostaje to, kiedy i jakie transakcje jednostki zamawiające mogą zawierać (swoboda wyboru typu umowy), chyba że wyjątkowo pewne typy kontraktowe zostały im zakazane, zwłaszcza o naturze sprzecznej z interesem publicznym. Wielu jednak typów w ogóle nie praktykuje się w zamówieniach publicznych ze względów funkcjonalnych, jeśli wykraczają poza statutowy zakres działania zamawiającego, choć na wypadek zawarcia takiej umowy brak sankcji nieważności, kwestią zaś otwartą pozostaje ewentualna odpowiedzialność urzędnika za działanie na szkodę interesu publicznego. Poza tym ograniczenia swobody kontraktowej w zamówieniach publicznych mają charakter parametryczny, właściwy dla mechanizmów gospodarki rynkowej, wynikają bowiem wyłącznie z ustawy, a nie z aktów sterowania administracyjnego. Działają selektywnie w zakresie wybranych elementów swobody przedumownej, reglamentowanych w granicach podyktowanych bezpośrednio racjonalizacją wydatkowania środków publicznych i ochroną uczciwej konkurencji. Dlatego ograniczenia te nie przekreślają zupełnie swobody kontraktowej, skoro są zorientowane jedynie „wybiórczo” na bezpieczeństwo, efektywność i konkurencyjność transakcji. Swoboda kontraktowej nie uszczupla też wymóg, zgodnie z którym umowy o zamówienia udzielane w trybie przetargowym nie są negocjowane indywidualnie, lecz nawiązywane przez prostą akceptację zaproponowanych przez zamawiającego warunków kontraktowych, z wyjątkiem

⁵ Por. R. Szostak, *Umowy o zamówienia publiczne w zarysie*, Warszawa 2018, s. 11 i n. wraz z powołanym tam piśmiennictwem i orzecznictwem.

tych które zostały objęte kryteriami oceny ofert⁶. Przystąpienie przez wykonawcę, ubiegającego się o zamówienie publiczne, do postępowania przy aprobacie jego warunków odbywa się na zasadzie dobrowolności, równouprawnienia i poszanowania autonomii woli zainteresowanego. Osłabienie faktycznej, a nie prawnej, pozycji wykonawcy „wyrównuje się”, co najmniej częściowo, uprawnieniem do zaskarżenia niedogodnych warunków w trybie odwoławczym. W rezultacie nie do przyjęcia okazał się pogląd, zgłoszony przejściowo w orzecznictwie i piśmiennictwie, że umowę o zamówienie publiczne należy rozpatrywać w kategoriach pozakodeksowego typu umowy nazwanej⁷. Od razu został on poddany krytyce, jako pozbawiony dostatecznego umocowania normatywnego⁸, podobnie zresztą jak i dalej idące stanowisko uznające umowę o zamówienie publiczne za umowę administracyjną⁹, czy choćby tylko publicznoprawną¹⁰. Tradycyjna typologia kontraktów cywilnoprawnych ukształtowała się bowiem pod wpływem kryteriów przedmiotowych, związanych głównie z charakterem świadczeń umownych oraz ich konfiguracją, natomiast elementy podmiotowe odgrywają jedynie rolę pomocniczą i tylko o tyle, o ile z mocy ustawy rzutują bezpośrednio na konstrukcyjny układ zobowiązania (por. np. art. 725, 774 i 805 KC). Liczne ograniczenia swobody kontraktowej w zamówieniach publicznych nie prowadzą przecież do takich odchyłeń konstrukcyjnych, które podważałyby znaczenie prawne poszczególnych umów, a tym bardziej tradycyjnej typologii kontraktów cywilnoprawnych. Udzielanie i wykonywanie zamówień publicznych następuje z wykorzystaniem in-

⁶ Więcej o tym *K. Horubski*, Prawne uwarunkowania wpływu wykonawcy na treść umowy w sprawie zamówienia publicznego, *Acta Universitatis Wratislaviensis*, No 3977, PRAWO CCCXXIX, Wrocław 2019, s. 546 i n.

⁷ Por. zwłaszcza jednostkowy wyr. SN z 13.9.2001 r., IV CKN 381/00, OSNC 2002, Nr 6, poz. 75 (uzasadnienie) oraz *A. Fermus-Bobowiec*, Umowa w sprawie zamówienia publicznego jako szczególna umowa cywilnoprawna, *R. Pr.* 2012, Nr 131 (dodatek), s. 8 i n.

⁸ Więcej o tym *R. Szostak*, Zakres i struktura prawa zamówień publicznych, *PZP* 2013, Nr 3, s. 12 i n.; *Z. Gordon*, Kształtowanie treści umów i stosunków umownych, w: *H. Nowicki* (red.), *Prawo zamówień publicznych. Stan obecny i kierunki zmian*, Wrocław 2015, s. 326 i n. oraz *W. Robaczyński*, Stosowanie instrumentów cywilnoprawnych w perspektywie rozwoju prawa zamówień publicznych, w: *M. Stręciwilk, A. Panasiuk* (red.), *Funkcjonowanie systemu zamówień publicznych – aktualne problemy i propozycje rozwiązań*, Warszawa 2017, s. 136 i n.

⁹ Zapatrywanie takie wyraził zwłaszcza *J. Niczyporuk*, Skuteczność postępowania odwoławczego w zamówieniach publicznych, w: *E. Adamowicz, J. Sadowy* (red.), *Zamówienia publiczne jako instrument sprawnego wykorzystania środków unijnych*, Gdańsk–Warszawa 2012, s. 35 i n.

¹⁰ Por. *A. Panasiuk*, Umowy w zamówieniach publicznych, *Poznań* 2001, s. 13 i n. Określenie „kontrakt publicznoprawny” ma sens jedynie w ujęciu funkcjonalnym (umowa o świadczenie zorientowane na zaspokojenie potrzeb zbiorowych), a nie konstrukcyjnym.

strumentów cywilnoprawnych powszechnego zastosowania, dostosowanych jedynie do specyfiki wydatkowania środków publicznych wraz z konkurencyjnymi sposobami kontraktowania świadczeń na potrzeby publiczne. Zamówienia publiczne to zarówno kontrakty nazwane, unormowane szczegółowo w ustawie, jak i nienazwane, rozwijające się w warunkach swobody kontraktowej (por. art. 353¹ KC). Właściwe dla nich ograniczenia ustawowe, choć liczne, nie naruszają podstawowych zasad prawa umów, zwłaszcza równorzędności stron. Samo zaś prawo zamówień publicznych nie stanowi bynajmniej wyodrębnionej dziedziny prawa, lecz jest wynikiem syntezy ponadgałęziowej, obejmującej przepisy przynależne do prawa cywilnego, administracyjnego (w tym finansowego), karnego itd., tworzące swoisty reżim prawny ograniczający swobodę stron¹¹. Z punktu widzenia odpowiedzialności osobistej urzędników to właśnie rozmaite naruszenia tych ograniczeń zagrożone są karalnością.

Zasięg podmiotowy reżimu zamówień publicznych wyznaczają dyspozycje z art. 4–6 PrZamPubl. Obejmuje on przede wszystkim jednostki państwowego i samorządowego sektora finansów publicznych w ujęciu art. 9 FinPublU oraz inne państwowe jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej, a także wszelkie zależne od nich osób prawa publicznego, utworzone w szczególnym celu zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym, niemających charakteru przemysłowego ani handlowego, finansowane przez jednostki państwowe lub samorządowe w ponad 50% lub w których jednostki takie posiadają ponad połowę udziałów (akcji), sprawują nadzór lub powołują ponad połowę składu organu nadzorczego lub zarządzającego, o ile osoby takie nie działają w zwykłych warunkach rynkowych, a ich celem nie jest wypracowanie zysku ani ponoszenie strat wynikających z prowadzonej działalności. Reżimowi prawa zamówień podlegają też związki powyższych podmiotów. Natomiast inne podmioty, także prywatne, przestrzegają prawa zamówień publicznych wyjątkowo. Po pierwsze, przy zamawianiu świadczeń w celu wykonywania jednego z rodzajów tzw. działalności sektorowej w ujęciu art. 4 ust. 4 PrZamPubl, prowadzonej na podstawie praw szczególnych lub wyłącznych¹² albo w przypadku, gdy podmioty sektora państwowego, samorządowego lub zależne od nich instytucje prawa publicznego wywierają na jednostkę prowadzącą działalność sektorową dominujący wpływ, w szcze-

¹¹ Por. R. Szostak, Zakres i struktura, s. 3 i n.

¹² Chodzi o prawa przyznane w drodze ustawy lub decyzji administracyjnej, polegające na zastrzeżeniu wykonywania określonej działalności dla jednego lub większej liczby podmiotów, wywierające istotny wpływ ograniczający na możliwość wykonywania tej działalności przez inne podmioty (por. art. 3 ust. 2 PrZamPubl).

gółności posiadając ponad połowę udziałów (akcji) lub głosów z nimi związanych albo prawo do powoływania ponad połowy składu organu zarządzającego lub nadzorczego. Po drugie, każdy podmiot, także prywatny, jest obowiązany przestrzegać prawa zamówień publicznych przy zamawianiu robót budowlanych większej wartości (aktualnie 5.35 mln euro) z zakresu inżynierii lądowej lub wodnej bądź realizowanych w celu wznoszenia obiektów szpitalnych, sportowych, rekreacyjnych, szkolnych lub administracyjnych, dofinansowywanych ze środków publicznych lub innych środków przekazywanych przez jednostki państwowe, samorządowe lub ich związki albo zależne od nich instytucje prawa publicznego.

Liczne wyłączenia podmiotowe przewidziano jednak w ustawie, a ponadto wymóg obligatoryjnego przestrzegania reżimu prawa zamówień publicznych ulega złagodzeniu w odniesieniu do niektórych kategorii zamawiających. W szczególności doniosłe znaczenie praktyczne ma liberalizacja wymagań w sferze tzw. zamówień sektorowych (obecnie dotyczy to także niektórych jednostek sektora finansów publicznych) udzielanych w celu wykonywania choćby jednego z rodzajów działalności określonej szczegółowo w ustawie (por. art. 5 ust. 4 PrZamPubl), związanej zwłaszcza z wydobywaniem kopalin, produkcją lub dystrybucją energii elektrycznej, gazu lub ciepła, zaopatrzeniem w wodę pitną lub odbiorem ścieków, obsługą transportu publicznego bądź świadczeniem usług pocztowych. Ich uprzywilejowanie polega przede wszystkim na wyłączeniu reżimu ustawowego w stosunku do wszystkich rodzajów zamówień, aż do wartości 428 tys. euro, poszerzeniu możliwości zastosowania procedur pozaprzetargowych (z wolnej ręki, negocjacji bez ogłoszenia, negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego) oraz na złagodzeniu niektórych wymagań formalnych.

Zakresem przedmiotowym reżimu ustawowego zamówień publicznych objęte są zasadniczo wszelkie odpłatne umowy majątkowe na dostawy, usługi lub roboty budowlane. Lista wyłączeń o charakterze przedmiotowym (art. 10 ust. 2 i art. 11–14 nowego PrZamPubl) jest jednak imponująca¹³. Z praktycznego punktu widzenia najważniejsze znaczenie ma wyłączenie dotyczące drobnych zamówień publicznych (bagatelnych) o wartości szacunkowej do 30 tys. euro (130 tys. zł w nowym prawie). W skali kraju chodzi o łączną

¹³ Według urzędowego sprawozdania Prezesa UZP o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych w 2019 r., Warszawa 2020, s. 29 i n. wartość zamówień wyłączonych spod reżimu ustawowego, także ze względów podmiotowych, sięga blisko 1/3 (91 mld zł) wartości całego rynku zamówień publicznych w Polsce.

wartość ponad 30 mld zł rocznie (ok. 11% wartości wszystkich zamówień)¹⁴. Niewątpliwie rozwiązanie to jest częściowo nadużywane, choć udział zamówień bagatelnych w rynku maleje sukcesywnie. Z uwagi na odpowiedzialność za uchylenie się od ustawowego reżimu zamówień publicznych w warunkach bezzasadnego powołania się na powyższe wyłączenie odnotować trzeba liczne naruszenia wymogu ustawowego, w świetle którego zamawiający nie może w celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy dzielić zamówienia ani zaniżać celowo jego wartości¹⁵. Jeśli zatem udziela zamówienia w częściach, z których każda stanowi przedmiot odrębnego postępowania, wartością zamówienia jest łączna wartość poszczególnych części¹⁶.

Z punktu widzenia reżimu prawnego zamówienia publiczne dzieli się na 3 rodzaje. Przez **dostawy** rozumie się nabywanie rzeczy, praw i innych dóbr (energii, zwierząt), w szczególności na podstawie sprzedaży, dostawy, kontraktacji produktów rolnych, a także najmu dzierżawy i leasingu (art. 2 pkt 2 PrZamPubl). Chodzi więc nie tylko o umowy o przeniesienie własności rzeczy, energii lub praw, lecz także o korzystanie z cudzych rzeczy lub praw. W zakresie „dostawy praw” doniosłe znaczenie ma nabycie praw autorskich lub wynalazczych, zwłaszcza do gotowego projektu lub innego utworu, a także nabycie praw udziałowych lub innych praw, w tym z papierów wartościowych. Nabycie zaś praw do utworu powstającego na indywidualne zamówienie kwalifikuje się w ramach usług. **Robotami budowlanymi** są prace (dawniej rozpatrywane w kategoriach usług) będące robotami w rozumieniu przepisów rozporządzenia Ministra Rozwoju z 26.7.2016 r. w sprawie wykazu robót budowlanych¹⁷, a nie bezpośrednio w ujęciu ustawy z 7.7.1994 r. – Prawo budowlane¹⁸. Dotyczą jednak obiektu budowlanego trwale z gruntem związanego, będącego ich rezultatem. Polegają na budowie (przebudowie) takiego obiektu bądź montażu z gotowych elementów albo na jego remoncie lub rozbiórce (art. 3 PrBud)¹⁹.

¹⁴ Por. urzędowe sprawozdanie z funkcjonowania systemu zamówień publicznych w 2018 r., Warszawa 2019, s. 7 i n.

¹⁵ Tamże.

¹⁶ Więcej o tym Z. Gordon, Podział zamówienia publicznego na części, PZP 2017, Nr 2, s. 3 i n.

¹⁷ Dz.U. poz. 1125.

¹⁸ Tekst jedn. Dz.U. z 2020 r. poz. 1333.

¹⁹ Wszystkie elementy trwale związane z obiektem budowlanym stanowią jego części składowe na podstawie art. 47–49 KC. Wyjątek dotyczy jednak urządzeń sieciowych (instalacji wodnej, gazowej elektrycznej itd.), które nie należą do części składowych gruntu lub budynku, jeśli wchodzi w skład innego obiektu przynależnego do czynnego przedsiębiorstwa lub zakładu, zwłaszcza zaopatrującego ludność w wodę, prąd lub gaz, dlatego prace dotyczące elementów „trwałych” obiektu (jak np. naprawa uszkodzeń drogowych, układanie chodnika ulicznego, czy podłogi w bu-

Do robót budowlanych zalicza się jeszcze malowanie obiektu, w tym drogowego, czyszczenie parą lub piaskowanie fasady budynków, ale już nie usługi konserwacyjne lub inne podobne usługi z zakresu bieżącego utrzymania takich obiektów. Zgodnie z powołanym wyżej urzędowym wykazem robót budowlanych zalicza się jednak do nich wyjątkowo sprzątanie terenu budowy, zdejmowanie nadkładu, niwelowanie i równanie terenu budowy, próbne wiercenia, pogłębianie i tzw. odmulanie rowów, a nawet samo kierowanie realizacją projektów budowlanych. Pośród zamówień budowlanych funkcjonują dwie umowy: o roboty budowlane (art. 647 KC) oraz o koncesję budowlaną²⁰. Poza tym zgodnie z art. 2 pkt 8 PrZamPubl w kategoriach zamówień budowlanych rozpatrywać należy też zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych, a to oznacza zamówienie objęte umową mieszaną podporządkowaną przepisom art. 647 i n. (roboty) oraz art. 627 (projekt) KC. Jeżeli jednak zamówienie obejmuje dostawy i prace pomocnicze polegające na instalacji dostarczonej rzeczy (urządzenia), do udzielenia takiego zamówienia stosuje się przepisy dotyczące dostaw, podobnie jak w przypadku, gdy zamówienie obejmuje równocześnie usługi i pomocnicze roboty budowlane, do udzielenia zamówienia stosuje się przepisy dotyczące usług. Zastosowanie znajduje tu bowiem zasada, że do zamówień mieszanych stosuje się przepisy dotyczące tego rodzaju zamówienia, który odpowiada głównemu przedmiotowi zamówienia. **Usługi** to wszelkie prace albo inne świadczenia, których przedmiotem nie są roboty budowlane lub dostawy (art. 2 pkt 10 PrZamPubl). Ze względu na potrzebę uproszczeń pojęcie usług w zamówieniach publicznych oderwano od tradycyjnego ich ujęcia, jako prac i podobnych czynności spełnianych na rzecz innej osoby (od „usłużyć”). Dlatego do usług zaliczać trzeba także świadczenia z umów o przejęcie ryzyka lub szansy, np. ubezpieczenie, poręczenie i gwarancję. W ramach analizowanego trójpodziału zamówień, pojęcie usług ma charakter dopełniający. Podstawowe znaczenie w grupie usług ma umowa o dzieło w ujęciu art. 627 KC (wyczerpująca ponad 90% usług), zawierająca zobowiązanie do osiągnięcia oznaczonego rezultatu pracy (ludzkiej lub uprzedmiotowionej), który z uwagi na postęp techniczny bywa na ogół możliwy do zagwarantowania (usługi naprawcze i konserwacyjne, sprzątania, utrzymania zieleni, odśnieżania, większość leśnych itd.). Jeśli osiągnięcie efektu nie jest potrzebne albo stanowiąc faktyczny cel umowy nie może być jednak zagwarantowane

dynku albo instalowanie urządzeń wyposażenia technicznego budynku, wszelkich alarmów, półek, drzwi, okien, tablic reklamowych itd.) muszą być kwalifikowane jako „budowlane”.

²⁰ Zob. odrębną ustawę koncesyjną powołaną w przyp. 21.

przez wykonawcę z góry w umowie – zamówienie łączy się zazwyczaj z umową zlecenia lub na warunkach zlecenia (art. 734 KC), choć nierzadko zawierane są też umowy przewozu (art. 774 KC), ubezpieczenia (art. 805 KC), o obsługę bankową (art. 725 KC), przechowania (art. 835 KC) itd. Powyższy **trójpo-dział zamówień ma przede wszystkim znaczenie proceduralne**, służy do różnicowania wymagań obowiązujących w zakresie udzielania zamówień, same zaś umowy są kwalifikowane według Kodeksu cywilnego, w zgodzie z tradycyjną typologią kontraktów cywilnoprawnych. Stosunkowo łagodne wymagania obowiązują przy zamawianiu dostaw, nieco surowsze przy zamawianiu usług, a najbardziej sformalizowane dotyczą robót budowlanych. Błędy i nadużycia w tym zakresie są karalne.

Koncesje budowlane lub na usługi to zamówienia swoiste, objęte regulacją odrębną zawartą w ustawie z 21.10.2016 r. o umowie koncesji na roboty lub usługi²¹. Na podstawie koncesji budowlanej zamawiający powierza wykonanie określonych robót budowlanych przedsiębiorcy w zamian za wynagrodzenie stanowiące: albo wyłączone prawo do eksploatacji obiektu będącego przedmiotem umowy albo takie prawo wraz z dopłatą w pieniądzu, natomiast w oparciu o koncesję na usługi zamawiający powierza wykonawcy świadczenie określonych usług i zarządzanie nimi w zamian za wynagrodzenie w postaci samego prawa wykonywania tych usług (odpłatnie) albo w postaci takiego prawa wraz z dopłatą. Udzielenie koncesji następuje na złączonych zasadach, z zastosowaniem zwłaszcza trybu przetargowego albo negocjacyjno-przetargowego. Poważniejsze naruszenia wymagań proceduralnych są karalne. Do zamówień publicznych *sensu largo* zalicza się umowy z zakresu partnerstwa publiczno-prywatnego, w szczególności przewidujące utworzenie spółki handlowej (gdy podmiot publiczny zobowiązuje się do współdziałania z podmiotem prywatnym poprzez wniesienie określonego wkładu majątkowego do wspólnego przedsięwzięcia) albo właśnie udzielenie koncesji długoterminowej, zazwyczaj budowlanej.

Dalsze zróżnicowanie wymagań, zwłaszcza w dostępie do procedur pozaprzetargowych oraz w zakresie warunków formalnych udzielenia zamówień (począwszy od ogłoszeń aż do wyboru oferty najkorzystniejszej), uzależniono od wartości szacunkowej zamówienia. Z tego punktu widzenia **wyróżnia się: zamówienia bagatelne** (do 30 tys. euro dla pojedynczego rodzaju dostaw lub usług albo obiektu budowlanego), podlegające jedynie ograniczeniom regulaminowym, **zamówienia małej wartości**, niesięgające jednak eu-

²¹ Tekst jedn. Dz.U. z 2019 r. poz. 1528.

ropejskich progów kwotowych, udzielane na złagodzonych zasadach ustawowych oraz **zamówienia większej wartości** (dostawy i usługi od 139 tys. euro bądź od 214 tys. euro w przypadku jednostek samorządowych, instytucji kultury i uczelni publicznych, a roboty budowlane jednolicie od 5350 euro), udzielane na zasadach surowszych, zharmonizowanych w wyniku wdrożenia dyrektyw z rozwiązaniami prawa europejskiego, zorientowanych przede wszystkim na zamówienia transgraniczne. Jak łatwo zauważyć naruszenia rozbudowanych i uciążliwych pod względem biurokratycznym wymagań proceduralnych, właściwych dla trzeciego rodzaju zamówień, muszą być zwalczane z szerszym z zastosowaniem środków karno-administracyjnych lub karno-sądowych.

Zamówienia publiczne to umowy o bezpośredniej doniosłości gospodarczej, opiewające na konkretne dostawy, usługi lub roboty budowlane. Z pojęcia tego wypadają zatem umowy przygotowawcze, w szczególności umowa przedwstępna, a także umowa ramowa. Wprawdzie nie zostały one całkowicie zakazane w sferze zamówień publicznych, jednak obowiązek każdorazowego przeprowadzenia ustawowo przewidzianej procedury udzielenia zamówienia przesądza o ograniczonym ich zastosowaniu. Zawarcie samodzielnej umowy przedwstępnej (art. 389 KC) jest w zasadzie wykluczone, skoro dominują konkurencyjne sposoby zamawiania dostaw, usług lub robót budowlanych, wyjątek może dotyczyć co najwyżej sytuacji uzasadniającej udzielenie zamówienia z wolnej ręki. Konstrukcja prawna umowy przedwstępnej stanowi jednak element przejściowego stosunku obligacyjnego, powstającego w wyniku rozstrzygnięcia przetargu albo innej procedury ofertowej, skoro przyjęcie oferty najkorzystniejszej prowadzi do nawiązania w układzie dwustronnym (przetarg jest wielostronny) zobowiązania przewidującego odroczony w czasie obowiązek zawarcia umowy finalnej (por. art. 263–264 nowego PrZamPubl)²².

Granice i zasady zastosowania umowy ramowej w sferze zamówień publicznych wyznaczają przepisy art. 311–315 nowego PrZamPubl. Ustala ona sposób zawierania oraz warunki przyszłych umów realizacyjnych, czyli udzielania powtarzalnych zamówień publicznych na świadczenia określonego rodzaju, w ustalonym okresie (do 4 lat). Nie tylko zatem upraszcza udzielanie przewidywanych zamówień temu samemu wykonawcy lub wykonawcom, lecz przyczynia się także do znacznych oszczędności biurokratycznych oraz finansowych, wynikających ze stabilizacji więzi obligacyjnej w dłuższym horyzoncie czasowym. Elastyczność umowy ramowej zwalnia zamawiającego od konieczności przewidywania wielkości świadczeń cząstkowych i terminów ich realiza-

²² Więcej o tym R. Szostak, *Przetarg nieograniczony*, s. 163 i n.

cji. W ogóle rozmiar świadczeń objęty umową ramową nie musi być wyczerpany w okresie jej obowiązywania, zwłaszcza w razie braku potrzeb. Umowa ramowa konkuruje jednak z długoterminową umową definitywną, obejmującą świadczenia o bezpośredniej doniosłości gospodarczej wzbogaconą o klauzule warunkowe łagodzące niepewności co do potrzeb zamawiającego. W szczególności poprzez zastrzeżenie tzw. prawa opcji strony mogą uwarunkować wymagalność części zamawianego definitywnie świadczenia bezpośrednio od niepewnych potrzeb zamawiającego. Można też zastrzec, że realizacja świadczeń następować będzie częściami, stosownie do potrzeb zamawiającego, a jeśli nie zdołano ustalić wielkości poszczególnych części lub terminów ich realizacji, zamawiający w drodze jednostronnego oświadczenia złożonego wykonawcy w czasie właściwym może określić, zarówno wielkość poszczególnych świadczeń częściowych, jak i termin spełnienia każdego z nich, jednak powinien uwzględnić możliwości wykonawcy (art. 456 KC). Umowa ramowa ma jednak charakter wstępy (przygotowawczy), a do ostatecznego związania stron dochodzi dopiero w związku z zawarciem umowy realizacyjnej (powtarzalnej), co do części przedmiotu zamówienia zapowiedzianego z góry w umowie ramowej, wchodzącej w status zamówienia publicznego²³.

Umowa ramowa funkcjonuje w kilku, najczęściej w dwóch, odmianach. Pierwsza to porozumienie dwustronne, zawarte tylko z jednym wykonawcą, któremu zamówień jednostkowych zamawiający udziela w razie potrzeby w trybie zbliżonym do udzielenia zamówienia z wolnej ręki. Druga polega na porozumieniu wielostronnym, zawierającym z wieloma wykonawcami, zajmującymi pozycję równorzędną, częściowo konkurencyjną, a zamówienia jednostkowego zamawiający udziela temu spośród nich, który przedłoży ofertę najkorzystniejszą, w trybie przetargu uproszczonego o charakterze zamkniętym. Pod względem przedmiotowym umową ramową można objąć tylko jeden rodzaj dostaw, usług lub robót budowlanych albo wyjątkowo kilka rodzajów świadczeń zbliżonych do siebie na tyle, aby nie prowadziło to do ograniczenia konkurencji. Oba rodzaje umów ramowych (dwu- lub wielostronnych) są jednakowo doniosłe. Obecnie sam zamawiający rozstrzyga o tym, który z wariantów będzie dla niego dogodniejszy. Musi jednak liczyć się z konsekwencjami proceduralnymi i nie wolno mu unikać przetargowego sposobu udzielania za-

²³ Por. A. Olejniczak, O koncepcji umów ramowych, PiP 1990, z. 4, s. 77 i n.; R. Szostak, Charakter prawny porozumień ramowych w zamówieniach publicznych, PiP 2005, z. 7, s. 56; M. Krajewski, w: System Prawa Prywatnego, t. 5, Warszawa 2005, s. 791 oraz G. Wicik, Treść umów ramowych w praktyce zamówień publicznych, PZP 2011, Nr 4, s. 3 i n.

mówień w oparciu o umowę ramową wielostronną. Zamawiający nie ma też obowiązku udzielenia zamówień danego rodzaju tylko sygnatariuszom umowy ramowej. Może zwrócić się do osób trzecich, udzielając zamówienia z pominięciem umowy ramowej, nie tylko wtedy, gdy udzielenie zamówienia na podstawie umowy ramowej stało się niemożliwe lub bezskuteczne (np. z braku zainteresowania), lecz także z innych przyczyn. W szczególności skierowanie zamówienia poza krąg sygnatariuszy umowy ramowej bywa podyktowane większą konkurencyjnością postępowania i nadzieją na lepsze warunki umowy jednostkowej.

Zawarcie umowy ramowej w formie pisemnej pod rygorem nieważności należy poprzedzić stosowną procedurą: przetargową, negocjacyjno-przetargową albo nawet wyjątkowo z wolnej ręki (art. 99 PrZamPubl). Przed uruchomieniem postępowania zamawiający powinien określić warunki proceduralne oraz istotne postanowienia dla umowy ramowej, z wyjątkiem – rzecz jasna – tych, które będą objęte kryteriami oceny ofert, stosując odpowiednio przepisy o zamówieniach finalnych. W ramach postanowień umowy ramowej określa się także sposób udzielania zamówień jednostkowych (wymogi proceduralne), w tym ewentualne kryteria oceny ofert składanych na przyszłe zamówienie jednostkowe oraz istotne postanowienia umów realizacyjnych. Subsidiarne zastosowanie przepisów ogólnych przy konstruowaniu warunków zamówienia wynika już z samej systematyki ustawy nadającej regulacji umów ramowych rangę przepisów szczególnych. Wyłonienie wykonawcy do dwustronnej umowy ramowej wraz z ustaleniem jej ostatecznych postanowień jest stosunkowo proste, odbywa się bowiem w drodze wyboru i przyjęcia oferty najkorzystniejszej albo bezpośrednio w trybie negocjacji indywidualnych. Dopuszczenie natomiast kilku wykonawców umowy ramowej, jako jej sygnatariuszy, w liczbie zapowiedzianej z góry w ogłoszeniu, wymaga zastrzeżenia o wyborze i przyjęciu większej liczby ofert, najwyżej ocenionych²⁴. Limit musi wskazać jednoznacznie sam zamawiający wyznaczając w zgodzie z ustawą „maksymalną liczbę wykonawców, z którymi zawrze umowę ramową”, a zatem ostateczna liczba wykonawców może być mniejsza od liczby z góry zapowiedzianej, jeśli zdyskwalifikuje się więcej ofert lub w ogóle okaże się, że brak dostatecznego zainteresowania zawarciem umowy ramowej. Ustalając maksymalny limit wykonawców – stron umowy ramowej zamawiający powinien kierować się pożądanym stopniem konkurencyjności zamówienia jednostko-

²⁴ Tak jak dotychczas do umowy ramowej powinno się kwalifikować tylko wykonawców najlepszych, których oferty uzyskały kolejno najwyższe wartości w punktacyjnym rankingu ofert.

wego oraz efektywnością postępowania. Można też zastosować rozwiązanie mieszane, a mianowicie część świadczeń przewidzianych w umowie ramowej od razu przypisać wstępnie określonym wykonawcom (zobowiązanie finalne kształtuje ostatecznie umowa realizacyjna) albo ustalić sposób ich wyłonienia w przyszłości, a pozostałą część poddać pod tryb przetargowy (aukcyjny) uruchamiany każdorazowo na poszczególne zamówienia jednostkowe.

Udzielenie zamówienia jednostkowego następuje w trybie ustalonym w umowie ramowej. Praw i obowiązków wynikających z umowy ramowej nie można przekazać osobie trzeciej w drodze sukcesji indywidualnej. Udzielając zamówienia jednostkowego zamawiający nie może dokonywać istotnych odstępstw od warunków zamówienia określonych z góry w umowie ramowej, w szczególności zawartej w układzie dwustronnym. Brak jednak jakichkolwiek wskazówek ustawowych co do zakazanych odstępstw „istotnych”, choć wiadomo, że mogą one dotyczyć wymagań proceduralnych, jak i postanowień umów realizacyjnych. Dodatkowo uwzględnić trzeba ograniczenia podyktowane koniecznością przestrzegania zasad równości, uczciwej konkurencji i przejrzystości.

Jeżeli umowa ramowa wiąże jedynie w układzie dwustronnym warunki są już wystarczająco zdeterminowane, a stronom pozostaje tylko ich doprecyzowanie w trybie negocjacyjnym. Wprawdzie wykonawca, a tym bardziej zamawiający, nie są obciążeni obowiązkiem zawarcia umowy finalnej, jednak wykonawca powinien przystąpić do negocjacji (inicjatywa należy wyłącznie do zamawiającego), a obie strony muszą być wobec siebie lojalne, nie mogą zwłaszcza dopuszczać się praktyk obstrukcyjnych, pod rygorem odpowiedzialności odszkodowawczej w granicach negatywnego interesu umownego za *culpa in contrahendo*, na podstawie art. 72 § 2 KC. Zapraszając wykonawcę do negocjacji nad warunkami realizacji zamówienia jednostkowego zamawiający przedstawia mu projekt umowy finalnej. Z ustawy nie wynika, aby zamawiający musiał weryfikować ponownie wiarygodność wykonawcy (spełnianie warunków podmiotowych), choć powinien – jak się zdaje – powstrzymać się od udzielenia zamówienia wykonawcy podlegającemu wykluczeniu, także takiemu, który utracił zdolność do należytej realizacji zamówienia. Udzielając natomiast zamówienia jednostkowego w trybie przetargowym (aukcyjnym) zamawiający zawczasu ustala proceduralnie i umownie warunki zamówienia, w zgodzie z dyspozycjami umowy ramowej, zapraszając indywidualnie wszystkich sygnatariuszy umowy ramowej do składania ofert finalnych, w ustalonym terminie stosownym do złożoności przedmiotu zamówienia oraz do czasu niezbędnego na rozważenie i przygotowanie oferty. Do

zaproszenia dołącza się warunki zamówienia jednostkowego. Z ustawy wynika jednak, że w trakcie weryfikacji wiarygodności wykonawców zamawiający może pominąć wykonawców „niezdolnych do wykonania zamówienia”, zwłaszcza jeśli trwale bądź nawet przejściowo utracili zdolność do należytego wykonania zamówienia lub podlegają wykluczeniu z przyczyn wskazanych ustawowo. Poza tym zamawiający stosuje te same warunki realizacyjne, jakie zostały zapowiedziane w umowie ramowej, w razie potrzeby może je doprecyzować, a ewentualne odstępstwa mogą być tylko nieistotne. Przebieg przetargu zbliża się do przetargu nieograniczonego, z wyjątkiem etapu pierwszego w fazie zapraszania. Wykonawcy nie mają – niestety – obowiązku składania ofert, z uwagi na brak podstaw ustawowych. Możliwe jest unieważnienie postępowania, w szczególności w braku dostatecznego zainteresowania udzielanym zamówieniem jednostkowym. Zastosowanie mają przepisy o wyborze oferty. Ocena ofert następuje wyłącznie na podstawie kryteriów z góry zadeklarowanych w umowie ramowej. Wybór oferty najkorzystniejszej uzasadnia obowiązek zawarcia umowy finalnej na warunkach wybranej oferty, pod rygorem utraty wadium albo zapłaty odszkodowania. Obowiązuje generalny zakaz zmian tej umowy, a dopuszczalne wyjątki określono enumeratywnie w ustawie. Poza tym zamawiający nie może wprowadzać zmian lub uzupełnień do umowy ramowej w celu uniknięcia stosowania reżimu prawa zamówień publicznych.

Zasady udzielania zamówień publicznych ciągle jeszcze znajdują się w stadium dojrzewanania normatywnego. Ich rola jest jednak niezwykle doniosła, zwłaszcza z punktu widzenia stabilizacji regulacji oraz ochrony konkurencji, efektywności i bezpieczeństwa transakcji. Istotne znaczenie dopełniające w kształtowaniu tych zasad odgrywa zatem doktryna i orzecznictwo²⁵. W pierwszej kolejności są one drogowskazami dla ustawodawcy, wyznaczają bowiem nie tylko pożądane kierunki zmian normatywnych, lecz przede wszystkim zapobiegają różnym odstępstwom, nierzadko przypadkowym, wprowadzanym w imię partykularnych interesów. Pozwalają zatem na harmonijny rozwój regulacji, z poszanowaniem wymogów zupełności, spójności i przejrzystości. Na drugim planie znajduje się bezpośrednie stosowanie zasad w przypadkach niedostatecznie unormowanych. O tym, jak doniosłe są to standardy, przekonuje bogate orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości

²⁵ Por. zwłaszcza P. Szustakiewicz, *Zasady prawa zamówień publicznych*, Warszawa 2007, s. 10 i n. oraz R. Szostak, *zasady prawa zamówień publicznych*, PZP 2014, Nr 3, s. 3 i n.

ści UE, Sądu Najwyższego, a także Trybunału Konstytucyjnego²⁶, zwłaszcza w aspekcie zapewnienia równego dostępu do zamówień publicznych i poszanowania reguł uczciwej konkurencji, w połączeniu ze zwalczaniem wszelkiego rodzaju dyskryminacji oraz innych patologii, ciągle obecnych w praktyce. Najważniejszą jednak rolę odgrywają zasady w sferze praktycznej wykładni prawa. Są niezbędne przy rzetelnym wyjaśnianiu niejasnych przepisów, pełnią funkcję stabilizacyjną, chroniąc przed rozbieżnościami, których – niestety – ciągle jest zbyt wiele, o czym świadczą stosunkowo liczne spory przedumowne. Usuwanie trudności i wątpliwości interpretacyjnych odbywa się na bieżąco w zgodzie z wyspecjalizowanymi zasadami udzielania zamówień publicznych, przy posiłkowym stosowaniu nadrzędnych zasad systemowych, właściwych dla prawa cywilnego (równorzędności stron, autonomii woli, swobody kontraktowej), prawa administracyjnego (praworządności, legalności, proporcjonalności), prawa finansowego (planowania, celowości i efektywności wydatkowania środków publicznych) itd. W odniesieniu zaś do realizacji zamówień publicznych liczy się przede wszystkim zaostrenie cywilnoprawnej zasady realnego wykonania zobowiązania, stanowiącej rozwinięcie ogólniejszej zasady *pacta sunt servanda*, której towarzyszy wymóg obligatoryjnego dochodzenia roszczeń przysługujących zamawiającemu. W pozostałym zakresie aktualne są kodeksowe zasady wykonywania zobowiązań.

Katalog zasad udzielania zamówień publicznych, a także ich hierarchia nie są jeszcze jednolicie postrzegane w piśmiennictwie. Nie wszystkie bowiem zostały należycie odzwierciedlone w specjalnie wyodrębnionym rozdziale ustawy. Część z nich wynika z przepisów zawartych w innych rozdziałach, a niektóre nawet z całokształtu regulacji. Niewątpliwie sytuacja ulegnie poprawie w związku z nadchodzącym wprowadzeniem nowego prawa zamówień publicznych. Uwzględniając aktualne tendencje rozwojowe w obrębie katalogu zasad udzielania zamówień publicznych wymienić należy aż 10 reguł, a mianowicie:

- 1) prawa krajowego i języka polskiego;
- 2) powszechności reżimu ustawowego zamówień publicznych;
- 3) zapewnienia dostatecznej efektywności zamówienia;
- 4) otwartego dostępu do zamówień, równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji;
- 5) obligacyjnej natury i celowości postępowania;
- 6) bezstronności zamawiającego – organizatora postępowania;

²⁶ Por. orzecznictwo zestawione na stronie internetowej UZP.