

Przedmowa

Polski rynek zamówień publicznych jest bardzo obszerny, a jego wartość od lat utrzymuje się na wysokim poziomie. Według danych statystycznych opracowanych przez UZP liczba zamówień publicznych o wartości powyżej tzw. progów unijnych (dane na podstawie ogłoszeń publikowanych w Dzienniku Urzędowym UE) udzielonych w 2017 r. wyniosła 124 653, w roku 2016 zaś – 110 718. Łączna kwota, jaką polscy zamawiający przeznaczyli na ich realizację, wyniosła przy tym odpowiednio 163,2 mld zł oraz 107,2 mld zł. Choć zdecydowana większość z tych zamówień realizowana jest przez wykonawców krajowych, niemała ich część przypada w udziale wykonawcom zagranicznym. Dla przykładu, w roku 2017 wykonawcy zagraniczni uzyskali 669 zamówień (około 3%), o łącznej wartości 8,4 mld zł (około 7%), w roku 2016 zaś – 903 zamówień (około 5%), opiewających na kwotę 5,8 mld zł (około 8%). Dane statystyczne UZP pokazują również, że zamówienia udzielane wykonawcom zagranicznym dotyczą najczęściej specyficznych przedmiotów zamówienia, np. licencji do oprogramowania bądź dostępu do baz danych, sprzętu medycznego i odczynników, urządzeń optycznych, sprzętu laboratoryjnego czy sprzętu górniczego. W przypadku robót budowlanych były to najczęściej zamówienia dotyczące budowy i remontu dróg i autostrad, a także linii kolejowych. Natomiast przedmiotem zamówień na usługi było najczęściej opracowanie dokumentacji projektowej, nadzór inwestorski, usługi ubezpieczeniowe, specjalistyczne szkolenia oraz remonty sprzętu górniczego i wydobywczego¹. Zamówienia udzielane podmiotom zagranicznym w sposób istotny przyczyniają się więc do poprawy innowacyjności i konkurencyjności polskiej gospodarki. W konsekwencji stanowią one niezwykle ważny element krajowego rynku zamówień publicznych.

Niewątpliwie istotnym czynnikiem, który w ostatnich latach przyczynił się do wzrostu liczby zamówień publicznych udzielanych wykonawcom zagranicznym (w tym głównie europejskim), a tym samym do internacjonalizacji polskiego rynku zamówień publicznych, była akcesja Polski do Unii Europejskiej oraz wynikający z niej obowiązek dostosowania polskich regulacji do *acquis communautaire*. Transpozycja do krajowego porządku prawnego norm unijnych dotyczących zamówień publicznych, gwarantujących respektowanie podstawowych swobód traktatowych, uczyniła te zamówienia bardziej przejrzystymi i konkurencyjnymi, a zarazem łatwiej dostępnymi dla wykonawców zagranicznych.

¹ Zob. Sprawozdanie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych w 2017 r., Warszawa 2018.

Specyficzny charakter zamówień publicznych oraz niebagatelne znaczenie, jakie mają one dla rozwoju gospodarczego Polski, sprawiają, że ich udzielanie oraz realizacja odbywa się w ramach specjalnego reżimu prawnego, zapewniającego racjonalne wydatkowanie środków publicznych (w tym środków unijnych), gwarantującego uczciwą konkurencję oraz chroniącego podmioty działające na rynku zamówień publicznych. Normy prawne tworzące polskie prawo zamówień publicznych, na które składają się regulacje z pogranicza prawa publicznego i prywatnego, ograniczają tym samym swobodę kontraktowania panującą w normalnych warunkach rynkowych. Ograniczenia te dotyczą w równym stopniu wykonawców krajowych i zagranicznych.

Na tym tle zarysowuje się niezwykle istotny, zarówno z praktycznej, jak i teoretycznej perspektywy, problem prawa właściwego dla umów realizowanych w reżimie zamówień publicznych. Z formalnego punktu widzenia zamówienie publiczne jest bowiem niczym innym jak umową, zawartą między zamawiającym a wykonawcą wybranym w ustanowionej specjalnie w tym celu procedurze. Nadto wykonanie umowy o zamówienie publiczne może także odbywać się przy udziale podwykonawców. Umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz o podwykonawstwo zamówienia publicznego w większości przypadków będą podlegały prawu polskiemu, co wynika z tego, że wszystkie elementy stanu faktycznego są, co do zasady, związane z Polską (statut personalny zamawiającego, wykonawcy lub podwykonawcy podlega prawu polskiemu, postępowanie o udzielenie zamówienia jest prowadzone według polskich procedur, a sama umowa jest zawierana i wykonywana w Polsce). Sytuacja kształtuje się jednak odmiennie w przypadku, gdy w takiej umowie występuje element obcy (międzynarodowy) – najczęściej w postaci zagranicznego statutu personalnego wykonawcy lub podwykonawcy, zagranicznego miejsca zawarcia lub wykonania umowy, bądź gdy strony zdecydowały się na poddanie umowy zespołowi norm, który nie ma państwowego charakteru. W takich wypadkach dochodzi do kolizji praw w przestrzeni oraz pojawia się konieczność rozstrzygnięcia, które z nich jest właściwe do oceny istniejącego stosunku prawnego. Choć wskazanie prawa właściwego dla umowy jest domeną prawa prywatnego międzynarodowego, w przypadku umów realizowanych w trybie zamówień publicznych, istotny wpływ na jego określenie wywierają także normy z obszaru prawa zamówień publicznych.

Problematyka prawa właściwego dla umów wykonywanych w reżimie zamówień publicznych ma niezwykle istotne znaczenie zarówno dla teorii, jak i dla praktyki. W odniesieniu do pierwszego z wymienionych aspektów należy zauważyć, że z wyjątkiem nielicznych artykułów poruszających wybrane zagadnienia kolizyjnoprawne w kontekście zamówień publicznych, problematyka ta nie doczekała się, jak dotąd, opracowania monograficznego. Tymczasem dotyka ona niezwykle ważkiej, z punktu widzenia współczesnej kolizjonistyki, kwestii wzajemnego oddziaływania prawa prywatnego oraz prawa publicznego. Uwidacznia się to szczególnie w kontekście zagadnienia przepisów wymuszających swoje zastosowanie, za które potencjalnie mogą zostać uznane przepisy prawa zamówień publicznych, oraz zagadnienia wpływu przepisów regulujących zasady i tryb udzielania zamówień publicznych na dopuszczalność wy-

boru prawa. Nie bez znaczenia pozostaje przy tym także zagadnienie prawa właściwego dla umów o podwykonawstwo, które, jako umowy ściśle związane z umową główną, mogą podlegać prawu właściwemu dla tej ostatniej. Omawiana problematyka ma także duże znaczenie dla dyskusji nad istotą oraz charakterem umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz regulującymi ją normami prawnymi, w której to dyskusji od lat zarysowują się rozbieżności doktrynalne.

Problematyka prawa właściwego dla umów wykonywanych w reżimie zamówień publicznych ma również istotne znaczenie dla praktyki. Wynika to z otwarcia rynku zamówień publicznych na wykonawców i podwykonawców zagranicznych, co przekłada się na stosunkowo wysoką liczbę zamówień, które rokrocznie stają się ich udziałem. Z drugiej strony, dość częstym zjawiskiem jest poddawanie umów realizowanych w trybie zamówień publicznych zespołom norm prawnych, które nie mają państwowego charakteru (*soft law*). Przykładem takich norm są wzory umów opracowane przez międzynarodowe organizacje branżowe i zrzeszenia gospodarcze (np. FIDIC). Potrzeba szczegółowego omówienia tej problematyki wynika także z wysokiego stopnia skomplikowania oraz niejasnej relacji, w jakiej pozostają normy kolizyjne prawa prywatnego międzynarodowego oraz normy prawa zamówień publicznych. Sformułowane w toku badań wnioski *de lege lata* i *de lege ferenda* mają uporządkować ten stan rzeczy oraz ułatwić poruszanie się w tym obszarze przez podmioty, które na co dzień stykają się z tematyką zamówień publicznych.

Badania, których efektem jest niniejsza praca, miały na celu udzielenie odpowiedzi na pytanie, jakiemu prawu, w okolicznościach konkretnej sprawy, mogą podlegać umowy wykonywane w trybie zamówień publicznych, do których zaliczają się umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz umowy o podwykonawstwo zamówienia publicznego. W tym celu dokonałem syntetycznego opracowania materiału wynikającego z ustawodawstwa, orzecznictwa i piśmiennictwa.

Niniejsza publikacja zakłada także trzy cele pośrednie. Pierwszy z nich polega na określeniu charakteru umów realizowanych w reżimie zamówień publicznych oraz regulujących je norm prawnych. Drugim z celów pośrednich jest charakterystyka norm kolizyjnych prawa prywatnego międzynarodowego wskazujących prawo właściwe dla zobowiązań umownych, ze szczególnym uwzględnieniem przepisów wymuszających swoje zastosowanie. Realizacja tych celów ma umożliwić udzielenie odpowiedzi na pytanie stanowiące główny problem badawczy monografii. Nadto powinna ona zwrócić uwagę doktryny, judykatury oraz praktyków na fakt, że umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz umowy o podwykonawstwo zamówienia publicznego mogą, w pewnych okolicznościach, podlegać prawu obcemu. Jak do tej pory zagadnienie to pozostawało bowiem właściwie niezauważane, wszelka zaś dyskusja na ten temat sprowadzała się do prostego stwierdzenia, że umowy te zawsze podlegają prawu polskiemu.

U podstaw przeprowadzonych badań leżało kilka założeń. Po pierwsze, wśród podmiotów, którym na co dzień przychodzi mierzyć się z zagadnieniami z zakresu zamówień publicznych (zamawiających, wykonawców, podwykonawców, arbitrów, sędziów itd.), istnieje niedostateczna świadomość tego, że w przypadku, gdy umowy realizowane

w trybie zamówień publicznych zawierają element obcy (międzynarodowy), konieczne staje się zadanie pytania o to, jakiemu prawu (prawu jakiego państwa) umowy te będą podlegać. Określenie prawa właściwego odbywa się zaś przy użyciu odpowiednich reguł kolizyjnych, dlatego aprioryczne założenie, zgodnie z którym w każdym stanie faktycznym (gdy zamawiającym jest podmiot polski zobowiązany do stosowania ZamPubU) właściwe jest wyłącznie prawo polskie, nie znajduje teoretycznego uzasadnienia.

Przystępując do badań, założyłem także, że aktualny dorobek literatury (zarówno krajowej, jak i zagranicznej) oraz orzecznictwa nie zaspokaja w pełni potrzeb teorii i praktyki, związanych z poszukiwaniem prawa właściwego dla umów realizowanych w trybie zamówień publicznych. Celem monografii jest zatem wypełnienie istniejącej luki, przez dogłębne przeanalizowanie tego problemu badawczego oraz przedstawienie wskazówek dotyczących stosowania prawa oraz postulatów ewentualnych zmian ustawodawczych.

Nadto analiza w ramach niniejszej pracy prowadzona jest przy założeniu, że sprawa toczy się przed sądem w Polsce. Głównym przedmiotem badań jest zaś kwestia prawa właściwego dla umów realizowanych w trybie zamówień publicznych. Poza zakresem opracowania pozostają więc zagadnienia dotyczące jurysdykcji, prawa właściwego dla zdolności stron oraz formy tych umów.

W toku prowadzonych badań zastosowałem kilka metod badawczych, z których pierwszoplanową rolę odgrywa typowa dla rozpraw prawniczych metoda dogmatyczno-prawna. Pod uwagę wziąłem przepisy szeregu aktów prawnych pochodzenia krajowego, wśród których najważniejsze znaczenie mają ZamPubU oraz PrPrywM. Badania objęły także akty prawne pochodzenia ponadnarodowego, w tym głównie akty prawa pierwotnego i pochodnego Unii Europejskiej oraz MiędzynSpTowK. W toku badań analizie poddano także orzecznictwo SN, sądów powszechnych, sądów administracyjnych, KIO oraz TSUE (wcześniej ETS).

Badania przeprowadzone na potrzeby monografii zostały ponadto osadzone w kontekście systemowym. Przy określaniu możliwych wariantów wskazania prawa właściwego wziąłem bowiem pod uwagę krajowe i europejskie uwarunkowania systemu zamówień publicznych, którego głównym celem jest zapewnienie racjonalnego wydatkowania środków publicznych (w tym środków unijnych), uczciwej konkurencji oraz ochrony podmiotów działających na rynku zamówień publicznych.

Na potrzeby niniejszej publikacji, w niezbędnym zakresie, posiłkowałem się także metodą historyczno- i empiryczno-prawną oraz metodą prawną-porównawczą.

Niniejsza praca składa się z czterech rozdziałów. Dwa pierwsze stanowią podstawę teoretyczną dla analizy przeprowadzonej w rozdziale trzecim i czwartym.

Rozdział pierwszy został poświęcony problematyce zamówienia publicznego. W ramach tej części dysertacji zdefiniowałem podstawowe pojęcia, takie jak zamówienie publiczne oraz prawo zamówień publicznych. Przyjąłem także, że na potrzeby monografii pojęcia te będą rozumiane wąsko (*sensu stricto*), tj. odpowiednio, jako umowa w sprawie zamówienia publicznego oraz prawo umów, obejmujące ogół przepisów prawnych odnoszących się do realizacji przedmiotu zamówienia publicznego. W dalszej kolejno-

ści określiłem źródła prawa zamówień publicznych oraz przeprowadziłem jego charakterystykę. Szczegółowej analizie poddałem także zagadnienie umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz umowy o podwykonawstwo zamówienia publicznego.

W drugim rozdziale moja uwaga skupiła się na problematyce prawa właściwego dla umowy. Podobnie jak w pierwszym rozdziale analizę rozpocząłem od uporządkowania kwestii terminologicznych. Zdefiniowałem pojęcia prawa właściwego oraz prawa prywatnego międzynarodowego. Na potrzeby monografii przyjąłem także szerokie rozumienie pojęcia prawa prywatnego międzynarodowego (prawo prywatne międzynarodowe *sensu largo*). Następnie określiłem źródła prawa prywatnego międzynarodowego dla zobowiązań umownych, które mają kluczowe znaczenie z punktu widzenia badań stanowiących główny przedmiot rozprawy. W dalszej kolejności analizie poddałem zagadnienie z zakresu zastosowania prawa właściwego dla zobowiązań umownych. Szeroką uwagę poświęciłem także zagadnieniu przepisów wymuszających swoje zastosowanie, które dochodzą do głosu spoza prawa podstawowo właściwego dla umowy. W ramach tej części opracowania omówiłem również podstawowe sposoby wyznaczania prawa właściwego dla umowy: wybór prawa oraz ustalanie prawa właściwego przy wykorzystaniu łączników obiektywnych norm kolizyjnych.

Analiza przeprowadzona w rozdziale trzecim koncentruje się na poszukiwaniu prawa właściwego dla zamówienia publicznego (umowy w sprawie zamówienia publicznego). W ramach tego rozdziału, w pierwszej kolejności, określiłem podstawę prawną wskazania prawa właściwego dla zamówienia publicznego. Następnie szczegółowej analizie poddałem zagadnienie wymuszającego charakteru przepisów ZamPubU oraz dopuszczalności wyboru prawa dla zamówienia publicznego. W ostatniej części tego rozdziału omówiłem natomiast zagadnienie prawa właściwego w przypadku braku wyboru prawa.

Ostatni rozdział monografii został poświęcony problematyce prawa właściwego dla umowy o podwykonawstwo zamówienia publicznego. W tej części opracowania moja uwaga skupiła się przede wszystkim na roli, jaką w tym kontekście odgrywają przepisy prawa zamówień publicznych oraz na kwestii powiązania umowy podwykonawczej z umową główną, które to powiązanie może wywierać również określone skutki w obszarze kolizyjnoprawnym. Analizie poddałem także zagadnienie prawa właściwego dla roszczeń stron niepowiązanych bezpośrednim węzłem umownym.

Całość monografii wieńczy zakończenie zawierające podsumowanie badań przeprowadzonych w poszczególnych rozdziałach oraz najistotniejszych wniosków *de lege ferenda*.

Przedstawiona problematyka jest bardzo rozległa, a zatem, jak zostało to już zasygnalizowane, co do zasady poza zakresem opracowania znalazły się kwestie dotyczące jurysdykcji, prawa właściwego dla zdolności stron i formy umowy oraz postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (to ostatnie zagadnienie zostało poddane analizie jedynie w niezbędnym zakresie). Należy także zaznaczyć, że w toku prowadzonych badań moja uwaga koncentrowała się głównie na zagadnieniach kolizyjnoprawnych dotyczących „klasycznych” zamówień publicznych. Poza obszarem badawczym znalazły

się więc kolizyjnoprawne aspekty zamówień „sektorowych” oraz zamówień „w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa”. Celowe wydaje się zatem prowadzenie dalszych, pogłębionych badań w tych obszarach.

Warszawa, kwiecień 2019 r.

Jakub Krysa