

Ryszard Szostak

Uniwersytet Ekonomiczny w Krakowie
e-mail: ryszard.szostak@uek.krakow.pl

ZAŁOŻENIA TREŚCI PRAWA ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

ASSUMPTIONS OF THE CONTENT OF PUBLIC PROCUREMENT LAW

DOI: 10.15611/pn.2017.497.02

Streszczenie: Polska regulacja ustawowa zamówień publicznych ma charakter mieszany, dotyczy zarówno instrumentów cywilnoprawnych, jak i administracyjnoprawnych, w tym finansowych, a nawet karnych. Jej analiza wymaga zatem uwzględnienia zróżnicowanego charakteru przepisów oraz zastosowania racjonalnej koncepcji ich zespolenia, z zachowaniem niezbędnej spójności i przejrzystości, a także jasnego odzwierciedlenia przesłanek kwalifikacji poszczególnych instrumentów. Gruntownej weryfikacji wymagają zwłaszcza kwestie organizacyjne, ze statusem i rolą zamawiającego – organizatora postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz kontrolą zarządczą, zagadnienia rzutujące na zwiększenie gwarancji równego dostępu do zadań finansowanych ze środków publicznych, związane z ochroną interesów drobnych przedsiębiorców, skomplikowana problematyka przebiegu procedury przetargowej z uwzględnieniem postulatów dalszego jej uproszczenia i przyspieszenia, z zastosowaniem zasad komunikacji elektronicznej, a także rozwiązania zmierzające do wzmocnienia efektywności środków odwoławczych.

Słowa kluczowe: zamówienia publiczne, umowy obligacyjne.

Summary: The Polish statutory regulation of public procurement is of a mixed nature, as it concerns both civil law and administrative law instruments, including financial and even criminal law ones. Its analysis, in the face of the forthcoming reform combined with the issuance of a new public procurement law, requires taking into account the diverse nature of the regulations and applying a rational concept of their integration, maintaining the necessary coherence and transparency, with a clear reflection of the qualification criteria of individual instruments. In particular, organizational issues, with the status and the role of the contracting authority – the organizer of the public procurement and management audit, as well as issues affecting the increase of guarantees of equal access to works financed from public funds, protection of small business interests, complicated issues of the tender procedure with taking into account the postulates of its further simplification and acceleration, using the principles of electronic communication, and solutions aimed at strengthening the effectiveness of legal remedies require thorough verification.

Keywords: public procurement, obligation contracts.

1. Uwagi ogólne

Początki wyspecjalizowanych regulacji zamówień publicznych sięgają starożytności. Zanik funkcji państwowych i likwidacja samorządu we wczesnym średniowieczu, połączone ze wzrostem znaczenia danin naturalnych, doprowadził jednak do ich marginalizacji. Stopniowa reaktywacja następowała już w okresie karolińskim (IX w.), według wzorców rzymskich¹. Obok elementów prywatnoprawnych, związanych z umową i sposobami jej zawierania, przy zamawianiu świadczeń na cele państwowe lub komunalne od początku występowały także elementy publicznoprawne, usprawniające organizację i kontrolę administracyjną, łączone bezpośrednio z zarządaniem sprawami publicznymi i kompetencjami urzędników. W Polsce przełomowe znaczenie miały reformy dokonane po zjednoczeniu kraju przez Władysława Łokietka i Kazimierza Wielkiego. W szczególności usprawniono organizację i kontrolę zamówień królewskich, ograniczając znaczenie danin naturalnych. Zaprowadzono też rachunki wydatków królewskich, nie tylko dworskich, lecz także kasztelańskich oraz realizowanych przez zarządców w tzw. podrzędstwach. Stopniowo rozwijał się samorząd terytorialny (miejski) ze swoimi uprawnieniami. W zakresie umów dominowało kupno-sprzedaż oraz umowa o dzieło, obejmująca także zamówienia budowlane. Do końca I Rzeczypospolitej utrzymało się jednak wydzierżawianie królewszczyzn, stanowiące poważny instrument dochodowo-wydatkowy, oraz swoisty sposób zaspokajania niektórych potrzeb zbiorowych. Planowanie zamówień publicznych w ramach budżetu państwa możliwe było dopiero u schyłku I Rzeczypospolitej², choć rozwinęło się właściwie w okresie Księstwa Warszawskiego. Další rozwój zamówień publicznych następował w oparciu o prawodawstwo państw zaborczych.

Po odzyskaniu niepodległości zamówienia publiczne zbyt długo – niestety – funkcjonowały w ramach unormowań rozproszonych³. Przez pierwsze lata (do 1921 r.) nie udawało się nawet zbilansować budżetu⁴. W okresie wojny bolszewickiej deficyt budżetowy sięgnął aż 300%. Zwiększenie emisji (tzw. dodruku) pieniądza na jego pokrycie napędzało inflację, która w 1922 r. osiągnęła rozmiary hiperinflacji⁵. Wprawdzie stabilizacja finansów publicznych, zapoczątkowana reformami W. Grabskiego z 1924 r., stworzyła warunki do uporządkowania podstaw prawnych

¹ Więcej o tym R. Szostak, *Zarys rozwoju zamówień publicznych w Polsce na tle państw środkowo-europejskich*, Studia Prawnicze, nr 3-4, 2011, s. 69 i n.

² *Ibidem*, s. 99 i n.

³ Więcej D. Szczepański, *Zamówienia publiczne w II Rzeczypospolitej (cz. I)*, *Zamówienia Publiczne* – Doradca, nr 9, 2000, s. 59 i n. oraz R. Szostak, *Regulacja prawna zamówień publicznych w Polsce w ujęciu historycznym*, *Kwartalnik „Prawo Zamówień Publicznych”*, nr 4, 2012, s. 17 i n.

⁴ Obowiązywały półroczne, ewentualnie roczne preliminarze wydatkowe. Por. Z. Landau, J. Tomaszewski, *Gospodarka Polski międzywojennej*, t. I: *W dobie inflacji*, Książka i Wiedza, Warszawa 1967, s. 254 i n.

⁵ *Ibidem*.

w dziedzinie zamówień skarbowych, lecz z przyczyn organizacyjnych nie zdołano jednak od razu tego załatwić. Kompleksową regulację przyniosła dopiero ustawa z 15 lutego 1933 r. o dostawach i robotach na rzecz Skarbu Państwa, samorządu oraz instytucji prawa publicznego⁶, która – z braku zdecydowanej koncepcji legislacyjnej – miała jedynie charakter ramowy. Wprowadziła jednak zasadę równego dostępu do zamówień publicznych, co utorowało drogę do większego upowszechnienia procedur przetargowych, choć zachowano jeszcze preferencje krajowe. Dostawy i roboty należało powierzać przedsiębiorcom krajowym, a zagranicznym tylko o tyle, o ile zostały dopuszczone do obrotu krajowego. W ogóle wszystkie zamówienia miały być realizowane z wykorzystaniem, w miarę możliwości, sił i surowców rodzimego pochodzenia. Upoważniono Radę Ministrów do wydania rozporządzenia ustalającego sposoby i warunki udzielania zamówień publicznych, natomiast w odniesieniu do zamówień samorządowych mógł je ustalać Minister Spraw Wewnętrznych. Trwające – niestety – kilka lat prace legislacyjne zaowocowały wydaniem przez Radę Ministrów kompleksowego rozporządzenia z 29 stycznia 1937 r. o dostawach i robotach na rzecz Skarbu Państwa, samorządu oraz instytucji prawa publicznego⁷, życzliwie przyjętego przez koła gospodarcze i wysoko ocenionego na tle regulacji obowiązujących w innych państwach europejskich⁸. Obok tradycyjnej funkcji ochronnej zamówień publicznych, uzasadnionej potrzebą efektywnego wydatkowania środków publicznych, dostrzegano też dodatkową ich funkcję społeczno-ekonomiczną, związaną z potrzebą korzystnej stymulacji gospodarki (zamówienia zwiększają popyt), przy zachowaniu otwartego rynku (postęp techniczny) i poszanowania dla reguł uczciwej konkurencji⁹. W rozporządzeniu z 1937 r. unormowano nie tylko unowocześnione procedury przetargowe, ustalając wąskie granice dla zastosowania trybu udzielenia zamówienia z wolnej ręki, lecz także specyfikę umów o zamówienia publiczne, wyrażającą się koniecznymi ograniczeniami swobody kontraktowej, z ustawowymi standardami podwyższonej staranności w zakresie nadzoru zamawiającego nad realizacją zamówienia. Ukształtowany model regulacji kompleksowej był potem kontynuowany, po dłuższej przerwie spowodowanej zmianami ustrojowymi, w ustawie z 10 czerwca 1994 r. o zamówieniach publicznych¹⁰, a także w ak-

⁶ Dz.U. RP nr 19, poz. 127.

⁷ Dz.U. RP nr 13, poz. 92.

⁸ Por. T. Kołodziej, *Przepisy o dostawach i robotach na rzecz Skarbu Państwa, samorządu oraz instytucji prawa publicznego*, Wyższa Szkoła Handlowa, Poznań 1937, s. 3 i n. oraz Z. Kadłubski, *Rozporządzenie o dostawach i robotach na rzecz Skarbu Państwa, samorządu oraz instytucji prawa publicznego*, Drukarnia Polska, Katowice 1937, s. 39 i n.

⁹ Preferencje krajowe (w nieco złagodzonej postaci) utrzymały się w Polsce aż do 1994 r., choć nie miały już charakteru podmiotowego, lecz polegały jedynie na korzystniejszym przeliczeniu ceny (nawet do 50%) dla dóbr pochodzenia krajowego. Por. dla przykładu ostatnie ich unormowanie zawarte w rozporządzeniu z 28 grudnia 1994 r. w sprawie stosowania preferencji krajowych przy udzielaniu zamówień publicznych (Dz.U. nr 140, poz. 776).

¹⁰ Dz.U. z 2002 r., nr 72, poz. 664 ze zm.

tualnie obowiązującej ustawie z 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych¹¹. Jako pozytywnie zweryfikowany powinien być zachowany w ramach nadchodzącej nowej regulacji¹², tym bardziej że funkcjonuje także w ustawodawstwach większości państw europejskich¹³.

W ponadczterdziestoletnim okresie gospodarki nakazowo-rozdzielczej regulacje świadczeń zamawianych na cele publiczne funkcjonowały w rozproszeniu, na dodatek przepełnione były pierwiastkami administracyjnymi. Podstawowe bowiem znaczenie miały plany dyrektywne – przesądzające o rodzajach i wielkości świadczeń, rozdzielniki administracyjne – wskazujące uprawnionych oraz cenniki urzędowe, natomiast umowa stanowiła jedynie niewiele znaczące dopełnienie. Po zmianie ustroju doszło wprawdzie do dostosowania regulacji do reguł gospodarki rynkowej, a potem do stopniowej harmonizacji na gruncie dyrektyw europejskich, lecz po dłuższym okresie zastoju pozostał uciążliwy deficyt rodzimych tradycji i trwałych standardów. Trzeba je wypracować od nowa. Nie sprzyjają temu zbyt częste nowelizacje obowiązujących przepisów, wymuszone niekiedy brakiem zdecydowanej koncepcji, wprowadzane w warunkach przynaglenia i niepewności. Pogarszająca się jakość regulacji, przerosty i postępująca dezintegracja przepisów uzasadniają wydanie nowego aktu normatywnego¹⁴. Powinno się objąć nim wszystkie rodzaje zamówień publicznych, także sektorowe i związane z obronnością. Wyjątek może dotyczyć co najwyżej zamówień na świadczenia zdrowotne finansowane ze środków gromadzonych w trybie obowiązkowych ubezpieczeń zdrowotnych, choć w wielu krajach nie zasługują one na wyłączenie. Nie oznacza to – rzecz jasna – zgody na poniechanie starań o doskonalenie procedur także tych zamówień w kierunku rzeczywistej ich konkurencyjności, przejrzystości i efektywności. Odrębne unormowanie koncesji budowlanych i usługowych, w ramach innej ustawy, można tolerować tylko przejściowo.

2. Zróżnicowany charakter regulacji – synteza ponadgałęziowa

Już w toku przedwojennej dyskusji nad sposobem unormowania zamówień publicznych ustaliło się założenie, powszechnie akceptowane, o zasadniczo cywilnoprawnym charakterze zamówień publicznych, nie tylko w odniesieniu do samych umów,

¹¹ Dz.U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm., dalej „Pzp”.

¹² Por. M. Stręciwilk, *Publiczna debata – w kierunku usprawnienia systemu zamówień publicznych*, Zamówienia Publiczne – Doradca, nr 1, 2017, s. 6 i n.

¹³ Por. dla przykładu ustawy: austriacką, węgierską i słowacką, z komentarzami E. Wicika, *Zamówienia publiczne w Austrii po wdrożeniu dyrektyw europejskich z 2014 r.*; A. Gawrońskiej-Baran, *Implementacja dyrektyw 2014/24/WE na Węgrzech* oraz F. Łapeckiego, *Recepcja rozwiązań europejskich do słowackiego prawa zamówień publicznych*, Kwartalnik „Prawo Zamówień Publicznych”, nr 3, 2016, s. 35 i n.

¹⁴ Więcej o tym R. Szostak, *O potrzebie zmian kompleksowych w prawie zamówień publicznych*, [w:] M. Stręciwilk, A. Panasiuk (red.), *Funkcjonowanie systemu zamówień publicznych – aktualne problemy i propozycje rozwiązań*, UZP, Warszawa 2017, s. 165 i n.

lecz także procedur udzielania zamówień, organizowanych w ramach przedkontraktowych więzi obligacyjnych. Była to kontynuacja rozwiązań obowiązujących jeszcze w okresie rozbiorowym. Nawet bowiem rosyjska ustawa z 1900 r. o skarbowych usługach i dostawach¹⁵, wzorowana na unormowaniach francuskich, z rozbudowaną częścią dotyczącą ograniczeń swobody kontraktowej, przynależała zasadniczo do prawa cywilnego¹⁶. Na gruncie regulacji przedwojennej jedyny poważniejszy element administracyjny w procedurze przetargowego udzielania zamówień publicznych dotyczył wstępnej akceptacji warunków zamówienia lub zatwierdzenia wyboru oferty najkorzystniejszej przez organ „władzy zwierzchniej”, a także uzyskania zgody na ewentualne zastosowanie trybu z wolnej ręki w następstwie unieważnionego przetargu. W rozporządzeniu z 1937 r. zarówno wstępna kontrola warunków zamówienia, jak i zatwierdzenie wyboru oferty unormowane zostały już jednak dyspozytywnie (por. § 11 ust. 3 oraz § 32 ust. 3). Postępowanie toczyło się bowiem na zasadzie dobrowolnego zainteresowania konkurentów przy poszanowaniu zasady równorzędności stron. Wyjątkowe zaś przypadki ingerencji administracyjnej postrzegano w kategoriach aktów nadzoru lub kontroli wewnętrznej. W odniesieniu do sporów przedumownych (odszkodowawczych) otwarta była droga sądowa, która nie wyłączała równoległych skarg administracyjnych w trybie wewnętrznym. Poza tym administracyjny charakter miały przepisy o planowaniu pokrycia finansowego na zamówienia publiczne, zewnętrznej kontroli administracyjnej i o odpowiedzialności służbowej za uchybienia, funkcjonującej niezależnie od surowszej odpowiedzialności karnej w poważniejszych przypadkach¹⁷.

Przy projektowaniu ustawy o zamówieniach publicznych z 1994 r. rozważano na nowo zasadność ingerencji administracyjnej w postępowaniu przetargowym, zwłaszcza potrzebę zatwierdzenia wyboru oferty najkorzystniejszej na mocy aktu publicznoprawnego, tym bardziej że w niektórych krajach (Francja, Belgia) utrzymały się tego rodzaju rozstrzygnięcia, stwarzając dodatkowy argument na rzecz możliwości zaskarżania wyniku przetargu do sądu administracyjnego. Odstąpiono jednak od tego rozwiązania (na wzór niemiecko-austriacki) jako niezbyt efektywnego, dopuszczając w zastępstwie wyspecjalizowaną kontrolę administracyjną (zewnętrzną) przestrzegania nakazanych procedur. Ostatecznie zatem ograniczono ingerencję administracyjną do niezbędnego minimum, choć przez pewien czas utrzymywały się przepisy o zgodzie Prezesa UZP na zastosowanie wyjątkowego trybu udzielenia zamówienia z wolnej ręki. Aktualnie, obok kontroli administracyjnej, obowiązuje jedynie wymóg powiadomienia Prezesa UZP o zastosowaniu tego wyjątkowego try-

¹⁵ *Zwód praw rosyjskich 1900*, t. X, cz. I, [w:] Z. Rymowicz, W. Świącicki, *Prawo cywilne ziem wschodnich*, t. I, Księgarnia F. Hoesika, Warszawa 1933, s. 790 i n.

¹⁶ *Ibidem*, komentarz, s. 790 i n.

¹⁷ Do czasu unormowania tych kwestii w kodeksie karnym z 1932 r. obowiązywały przepisy odrębne, jak np. ustawa z 18 marca 1921 r. o zwalczaniu przestępstw z chęci zysku popełnionych przez urzędników (Dz.U. RP nr 30, poz. 177), przewidująca za nadużycia z zakresu zamówień publicznych nawet karę śmierci.

bu w odniesieniu do zamówień większej wartości, co może spowodować kontrolę doraźną podstaw jego dopuszczalności.

W ramach obowiązującego prawa zamówień publicznych przepisy cywilno-prawne przeplatają się z unormowaniami administracyjnymi, w tym prawno-finansowymi, tworząc swoistą syntezę ponadgałęziową¹⁸. Administracyjny charakter mają zwłaszcza przepisy o planowaniu i finansowaniu zamówień, ich organizacji (głównie w sferze czynności przygotowawczych), kontroli administracyjnej, nakładania kar administracyjnych przez Prezesa UZP, reżim odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych itd. Administracyjny status ma oczywiście Urząd Zamówień Publicznych oraz Krajowa Izba Odwoławcza, choć postępowanie odwoławcze toczące się przed Izbą ma naturę jurysdykcyjną, ponieważ wyłącza drogę sądową. W pozostałym zakresie dominują przepisy cywilnoprawne, choć niektóre kwestie są objęte innymi przepisami odrębnymi, np. prawa pracy czy nawet prawa karnego. Ta zróżnicowana regulacja ogranicza się jednak tylko do samej specyfiki zamówień publicznych, dopuszczając subsydiarne zastosowanie przepisów ustrojowo-administracyjnych, Kodeksu cywilnego, Kodeksu postępowania cywilnego, ustawy o finansach publicznych, ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, prawa budowlanego itd. Ustawa Prawo zamówień publicznych nie przesądza zatem o jakimkolwiek wyodrębnieniu gałęziowym problematyki, w szczególności nie jest ani zbiorem norm administracyjnych, ani cywilnoprawnych, pełni jedynie rolę swobodnego „zwormika” dla rozmaitych regulacji odrębnych przynależnych do różnych dziedzin prawa. Z przedmiotowego punktu widzenia o tyle właśnie zasadne jest operowanie pojęciem „system zamówień publicznych”, wyrastającym z tej zintegrowanej regulacji, choć zróżnicowanej pod względem swej treści i charakteru prawnego. Jak każdy „system” musi być jednak wewnętrznie uporządkowany i spójny, co zależy przede wszystkim od rozwiązań zawartych w ustawie podstawowej. Te zaś ciągle jeszcze dojrzewają, ewoluując w kierunku bardziej stabilnego modelu. System zamówień publicznych pozostaje zatem ciągle jeszcze w stadium budowy. Być może w ramach nadchodzącej modernizacji prawa zamówień publicznych uda się wreszcie zamknąć ten przedłużający się okres ewolucji. Kluczowe znaczenie ma nie tylko zwykłe uporządkowanie i zmodernizowanie całej regulacji poprzez „oczyszczenie” jej z rozwiązań chybionych lub przestarzałych i uwolnienie od rozmaitych przerostów oraz innych mankamentów normatywnych¹⁹, lecz przede wszystkim zachowanie niezbędnej spójności „międzyustawowej”, co na gruncie postępującej europeizacji tego prawa jest niezwykle istotne dla sprawnego jego stosowania. Nie można bowiem tolerować przypadków operowania pojęciami, konstrukcjami i terminologią odbiegającymi bez potrzeby od tradycyjnych rozwiązań ogólnych.

¹⁸ Więcej o tym R. Szostak, *Zakres i struktura prawa zamówień publicznych*, Kwartalnik „Prawo Zamówień Publicznych”, nr 4, 2013, s. 15-17; por. też W. Robaczyński, *Stosowanie instrumentów cywilnoprawnych w perspektywie rozwoju prawa zamówień publicznych*, [w:] M. Stręciwilk, A. Panasiuk (red.), *op. cit.*, s. 137-138.

¹⁹ Por. R. Szostak, *O potrzebie zmian kompleksowych...*, s. 166-167.

W przeciwnym wypadku pojawiają się tendencje do przerostów legislacyjnych, wynikających choćby tylko z pozornej konieczności definiowania coraz to nowych pojęć i konstrukcji, nie wspominając o pogorszeniu spójności i przejrzystości, potęgującym trudności w praktycznej wykładni prawa. Uzasadnienie wielu „nowości” tłumaczy się potrzebą implementacji rozwiązań europejskich, jednak już z samej jej istoty wynika przecież potrzeba elastycznej recepcji dyrektyw, a nie ich dosłownego przepisywania, z poszanowaniem w miarę możliwości rodzimych doświadczeń, tradycji i ugruntowanych już kompromisów. Poza tym wielu dyspozycjom w dyrektywach celowo nadano wymiar fakultatywny, pozostawiając określony margines swobody władzom krajowym. W nowej ustawie trzeba zatem ograniczyć następstwa prostej recepcji dyrektyw z nieodległej przeszłości oraz dokonać gruntownego przeglądu rozwiązań fakultatywnych, implementowanych z pewnym kredytem zaufania, zwłaszcza z punktu widzenia ich przydatności w świetle bieżących doświadczeń praktyki.

Koncepcja syntezy ponadgałęziowej jest właściwa dla całego publicznego prawa gospodarczego²⁰, do którego przynależy niewątpliwie prawo zamówień publicznych, natomiast koncepcja postrzegająca ten obszar regulacji w kategoriach samodzielnej gałęzi prawa²¹ nie wytrzymuje próby czasu, przede wszystkim ze względów przedmiotowych. Dotychczas nie udało się bowiem stworzyć regulacji na tyle oryginalnej, aby można ją było oderwać w zupełności od przepisów prawa administracyjnego, cywilnego, karnego itd. Uderzający jest ponadto ciągły brak dostatecznie wykształconych instrumentów, na tyle swoistych, aby dały się przeciwstawiać instrumentom właściwym klasycznym gałęziom prawa. Dlatego trzeba zgodzić się z tradycyjnym poglądem, że podział prawa na publiczne i prywatne stanowi jedynie wynik wtórnej segregacji norm (ponadgałęziowej), choć często krytykowany w ostatnim stuleciu, zwłaszcza za daleko idące uproszczenia i chwiejne kryteria, nadal jest uważany za przydatny ze względu na narosły od wieków aparat pojęciowy i ułatwienia przy funkcjonalnej wykładni przepisów prawa. Powyższa delimitacja prawa według ochrony interesów i kategorii spraw (publiczne i prywatne) nie prowadzi bynajmniej do precyzyjnego podziału dychotomicznego, lecz jedynie orientacyjnego, skoro chodzi wyłącznie o funkcjonalną segregację norm w ramach syntezy ponadgałęziowej. Dlatego występuje znaczny zakres pokrywania się obu obszarów prawa. Często nawet jeden i ten sam przepis, przynależny systemowo do określonej gałęzi prawa, raz zalicza się do prawa prywatnego, a innym razem do publicznego, w zależności od tego, kto – działając na jego podstawie – staje się akurat stroną sto-

²⁰ Por. zwłaszcza F. Longchamps, *Współczesne kierunki w nauce prawa administracyjnego na zachodzie Europy*, Kolonia Limited, Wrocław – Kraków 1968, s. 6 i n.; A. Chelmoński, *Co to jest prawo gospodarcze?*, Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny, nr 1, 1993, s. 7 i in.; S. Włodyka, *Problem struktury prawa*, Państwo i Prawo, nr 4, 1995, s. 12 i n. oraz C. Kosikowski, *Polskie publiczne prawo gospodarcze*, LexisNexis, Warszawa 2000, s. 23.

²¹ Por. zwłaszcza K. Strzyczkowski, *Prawo gospodarcze publiczne*, LexisNexis, Warszawa 2005, s. 31 i n.

sunku prawnego i jakie interesy są chronione²². Do prawa publicznego przynależą zatem wszystkie te przepisy o zamówieniach publicznych, które ograniczają w interesie publicznym autonomię woli stron, zwłaszcza zamawiającego. Prawo prywatne ochronę interesów powierza swobodnej woli uprawnionego, który może nawet z niej zrezygnować, natomiast działające w interesie ogólnym przepisy prawa publicznego narzucają zastosowanie określonych rozwiązań ochronnych (fakultatywnych w stosunkach prywatnoprawnych), a także samą powinność dochodzenia roszczeń. Stąd publicznoprawna regulacja zamówień publicznych obejmuje także przepisy imperatywne wymuszające lub nawet nakazujące wprost zastosowanie określonych instrumentów cywilnoprawnych (np. trybu przetargowego) albo zakazujące swobodnego sięgania do środków ogólnie dostępnych. Z tego punktu widzenia prawo zamówień publicznych stanowi regulację stosunkowo skomplikowaną, zwłaszcza w zakresie przepisów wymuszających operowanie określonymi instrumentami funkcjonującymi ogólnie z poszanowaniem swobody kontraktowej, na zasadzie racjonalnego stopnia jej zastosowania albo odwrotnie – wykluczających możliwość skorzystania z rozwiązań powszechnego użytku.

Nie wydają się trafne pomysły, aby systematyka nowej ustawy o zamówieniach publicznych odbiegała od układu dotychczasowej regulacji, zmierzając zwłaszcza w kierunku struktury wynikającej z dyrektyw, które zawierają przecież dyspozycje dotyczące tylko wybranych kwestii. Wręcz przeciwnie, usprawiedliwiona historycznie systematyka tego prawa (sięgająca okresu międzywojennego), analogiczna do układu regulacji obowiązujących w większości państw europejskich, w pełni zasługuje na utrzymanie²³, co potwierdzają wyniki wstępnej konsultacji przeprowadzonych przez UZP²⁴. Wszelka bowiem „rekodyfikacja” o charakterze ewolucyjnym powinna uwzględniać dotychczasowe rozwiązania, już sprawdzone, zweryfikowane pozytywnie przez praktykę, judykaturę i piśmiennictwo. W szczególności chronologiczny układ regulacji: od zakresu reżimu poprzez zasady, wymagania przygotowawcze aż do procedur, co najmniej od przedwojnia zapewniał przejrzystość i odpowiadał potrzebom praktyki. Ten swoiście „chronologiczny” układ (systematyka) nowej ustawy, oparty na kryteriach przedmiotowych, wydaje się konieczny, także ze względu na mieszany charakter regulacji. W świetle powszechnego przekonania należy zachować cywilnoprawny charakter nie tylko umów o zamówienia publiczne, lecz także samych procedur ich udzielania, natomiast planowanie zamówień i przygotowanie procedur ich udzielania powinno odbywać się w ramach więzi administracyjno-prawnych. Administracyjne powinny być też nadzór i kontrola

²² Tak F. Zoll, *Prawo cywilne*, Wojewódzki Instytut Wydawniczy, Poznań 1931, s. 3 oraz F. Bosowski, *Prywatne prawo*, [w:] *Encyklopedia podręczna prawa prywatnego*, t. III/IV, Instytut Wydawniczy „Biblioteka Polska”, Warszawa 1936, s. 1774.

²³ R. Szostak, *O potrzebie zmian kompleksowych...*, s. 166-167.

²⁴ Zob. materiał opracowany przez UZP na podstawie przeprowadzonych debat pn. *System zamówień publicznych – projektowane kierunki zmian i perspektywy rozwoju*, UZP, Warszawa 2017.

(wewnętrzna i zewnętrzna) nad przebiegiem postępowania²⁵. Dalszego wzmocnienia wymaga status Krajowej Izby Odwoławczej, skoro przekazanie rozstrzygnięcia sporów przedumownych do naturalnej właściwości sądów powszechnych to ciągle perspektywa niezwykle odległa²⁶. Usprawnić też trzeba postępowanie przed KIO, choć dwutygodniowy termin przewidziany w ustawie na załatwienie sprawy w zasadzie jest dotrzymywany. Finansowanie zamówień publicznych musi odbywać się z uwzględnieniem przepisów prawa finansowego, podobnie jak i odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych.

3. Zagadnienia organizacyjne

Rozwiązania organizacyjne w znacznej mierze podyktowane są przepisami ustrojowymi, którym podlegają poszczególne jednostki zamawiające. Kilku przepisom prawa zamówień nadano jednak wymiar uniwersalny, a mianowicie o: statusie kierownika zamawiającego, odpowiedzialnego za przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (art. 18 Pzp), komisji przetargowej (art. 19-20 Pzp), zespole nadzorującym wykonywanie zamówień usługowych lub budowlanych większej wartości (art. 20a Pzp), pomocniczych działaniach zakupowych, centralizacji zamówień i udzielaniu zamówień wspólnych (art. 15-16 Pzp) oraz o usuwaniu konfliktu interesów (art. 17). Z przepisów odrębnych wynika natomiast obciążający publiczne organy zarządzające obowiązek zachowania szczególnej staranności przy zarządzaniu mieniem państwowym lub komunalnym²⁷, zorganizowania skutecznej kontroli zarządczej w sferze gospodarki finansowej (art. 68-69 ufp)²⁸ oraz obowiązek dochodzenia roszczeń²⁹, pod rygorem odpowiedzialności osobistej za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, zwłaszcza za zaniedbania

²⁵ Por. T. Kocowski, *Administratywizacja przepisów regulujących postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego*, [w:] M. Kania, P. Nowicki, A. Piwowarczyk (red.), *Modernizacja zamówień publicznych – geneza nowelizacji ustawy Prawo zamówień publicznych z 22 czerwca 2016 roku*, Publicus, Warszawa 2017, s. 51 i n.

²⁶ Więcej o tym por. R. Szostak, *O potrzebie wzmocnienia statusu Krajowej Rady Odwoławczej – z perspektywy dziesięciolecia jej działalności*, *Zamówienia Publiczne – Doradca*, nr 3, 2017, s. 26 i n. Zob. też H. Nowicki, *O potrzebie zmian w systemie kontroli zamówień publicznych*, [w:] M. Stręciwilk, A. Panasiuk (red.), *op. cit.*, s. 92-93.

²⁷ W odniesieniu do pozostałego mienia publicznego brak takich przepisów.

²⁸ Oczywista jest potrzeba kompleksowego unormowania zasad kontroli zarządczej dla całego sektora publicznego na wzór przepisów ustawy o finansach publicznych (Dz.U. z 2016 r., poz. 1870, ze zm.), tym bardziej że jej zakres wykracza daleko poza sferę gospodarki finansowej. W świetle art. 69 ufp powinna być ona zorientowana na całą działalność jednostki w celu zapewnienia efektywnej realizacji jej zadań z poszanowaniem zasad: legalności, celowości, rzetelności, oszczędności, wiarygodności i terminowości.

²⁹ Jedynie obowiązek dochodzenia roszczeń pieniężnych doczekał się szczególnego unormowania w art. 42 ust. 5 ufp w odniesieniu do jednostek sektora finansów publicznych, w pozostałym zakresie jest wyprowadzany z ogólnych przepisów o ochronie mienia publicznego.

w kontroli zarządczej³⁰. Dodatkowo przepisy regulujące czynności przygotowawcze (art. 29 i n. Pzp) konkretyzują niektóre powinności, za które „odpowiada” kierownik zamawiającego, zwłaszcza za należyty opis i oszacowanie przedmiotu zamówienia, wybór właściwej procedury jego udzielenia, prawidłowe ukształtowanie warunków zamówienia oraz za rzetelny wybór oferty najkorzystniejszej. Z punktu widzenia kwalifikacji prawnej wszystkie te działania mieszczą się w pojęciu aktów kierownictwa wewnętrznego. Na tle sposobu unormowania powyższych kwestii rysują się co najmniej cztery postulaty *de lege ferenda*.

Po pierwsze, pożądane jest doprecyzowanie statusu jednostek nieposiadających osobowości prawnej w zakresie udzielania zamówień publicznych, skoro funkcjonują w charakterze *staciones fasci* w ramach cudzej osobowości prawnej, a umowy finalne są zawierane nie tyle z udziałem tych jednostek, ile w imieniu oraz na rzecz właściwych osób prawnych, na dodatek przez kierowników wszystkich takich jednostek wewnątrzorganizacyjnych, działających w charakterze pełnomocników. To samo dotyczy możliwości powierzenia przez zamawiającego tzw. pomocniczych działań zakupowych „własnej jednostce organizacyjnej”, występującej według – nie całkiem szczęśliwie sformułowanego – art. 15 ust. 2-3 Pzp w roli pełnomocnika, podczas gdy pełnomocnictwo w istocie może być udzielone co najwyżej kierownikowi takiej jednostki. Poza tym już samo określenie „pomocnicze działania zakupowe” nie brzmi dostatecznie miarodajnie na gruncie terminologii charakterystycznej dla zamówień publicznych.

Po drugie, obligatoryjny zespół nadzorujący realizację niektórych zamówień powinien być unormowany wprost jako pomocniczy zespół zadaniowy organu zarządzającego, działający w sferze kontroli zarządczej. Obecnie jego status nie jest całkiem jasny (art. 20a Pzp). W ustawie brak też choćby przykładowego wskazania na jego czynności. Niewątpliwie chodzi tu o rozwiązanie wewnętrzne, stymulujące skuteczne egzekwowanie wykonania umowy finalnej.

Po trzecie, potrzeba wzmocnienia nadzoru wewnętrznego (administracyjno-pracowniczego) nad realizacją zamówień publicznych łączy się bezpośrednio z faktycznym urzeczywistnieniem cywilistycznej zasady realnego spełnienia zamówionego świadczenia przez wykonawcę, zgodnie z treścią zobowiązania (art. 354 kc)³¹. W obrocie powszechnym działa w miarę sprawnie prywatny nadzór właścicielski, motywowany ekonomicznie, natomiast w zamówieniach publicznych konieczna jest dodatkowa stymulacja, a mianowicie publicznoprawny obowiązek nadzoru i skorelowana z nim powinność dochodzenia roszczeń przez zamawiającego. Obecnie nie są one dostatecznie ustawowo wyeksponowane. Sygnalizuje się je tylko pośrednio w przepisach ustrojowo-organizacyjnych, zwłaszcza poprzez obciążenie organów zarządzających powinnością „ochrony” oraz „zachowania szczególnej staranności”

³⁰ Por. art. 5 oraz 18c ustawy z 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz.U. z 2013, poz. 168, ze zm.).

³¹ Por. też W. Robaczyński, *op. cit.*, s. 146-147.

w zarządzaniu mieniem państwowym³² lub komunalnym³³. Jedynie w odniesieniu do roszczeń pieniężnych znalazł on odpowiednie rozwinięcie w art. 42 ust. 5 ufp. Tymczasem w zamówieniach publicznych o wiele ważniejsze są roszczenia niepieniężne, zwłaszcza związane z dochodzeniem wykonania zobowiązania *in natura*³⁴ oraz z odpowiedzialnością wykonawcy za wady przedmiotu zamówienia. Nieuchronność pełnego zaspokojenia interesów wierzyciela działa prewencyjnie. W szczególności wyeliminować trzeba całkowicie przypadki odbioru przedmiotu zamówienia w stanie niezupełnym lub z wadami jawnymi. Powinny być sankcjonowane surową odpowiedzialnością osobistą urzędników, zarówno za dopuszczenie do nieprawidłowego odbioru przedmiotu, jak i za niedochodzenie przysługujących zamawiającemu roszczeń.

Po czwarte, właściwa organizacja kontroli zarządczej (nadzoru wewnętrznego) *in casu* to przede wszystkim problem upoważnień wewnętrznych na tle zasady, że za całą gospodarkę jednostki zamawiającej, zwłaszcza finansową, „odpowiada” kierownik (art. 53 ufp), który przede wszystkim powinien „zapewnić funkcjonowanie adekwatnej, skutecznej i efektywnej kontroli zarządczej”. Nadzór nad realizacją każdego zamówienia należy zatem przypisać odpowiednio „właściwym pracownikom merytorycznym”, współdziałających z głównym księgowym, który odpowiada nie tylko za tzw. kontrasygnatę zaciąganego zobowiązania, lecz także za kontrolę podstaw zapłaty wynagrodzenia należnego wykonawcy (art. 54 ufp). Zasady powyższe powinny być rozciągnięte, w miarę możliwości, na cały sektor publiczny.

³² W świetle art. 4 ustawy z 16 grudnia 2016 r. o zarządzaniu mieniem państwowym (Dz.U. z 2016 r., poz. 2259), mienie to służy wykonywaniu zadań publicznych i zarządza się nim zgodnie z zasadami prawidłowej gospodarki, z zachowaniem szczególnej staranności.

³³ Stosownie do art. 50 ustawy z 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym (Dz.U. z 2016 r., poz. 446 ze zm.), a także art. 50 ustawy z 5 czerwca 1998 r. o samorządzie powiatowym (Dz.U. z 2016 r., poz. 814) osoby uczestniczące w zarządzie mieniem komunalnym obowiązane są do zachowania szczególnej staranności w wykonywaniu tego zarządu oraz w zakresie ochrony tego mienia. W ustawie o samorządzie województwa brak – niestety – odpowiedniego przepisu, jedynie z art. 70 wynika, że za gospodarkę finansową odpowiada zarząd województwa. Pojęcie „mienie” w powołanych przepisach rozumie się szeroko, obejmuje ono także wierzytelności i inne prawa majątkowe (art. 44 kc). W tym zakresie por. także M. Guziński, *Zamówienia publiczne w realizacji funkcji zarządu mieniem publicznym*, [w:] B. Popowska (red.), *Funkcje współczesnej administracji gospodarczej, Księga dedykowana Profesor Teresie Rabskiej*, Wydawnictwo Poznańskie, Poznań 2006, s. 307 i n.; L. Kieres, *Zarząd mieniem publicznym*, [w:] R. Hauser, Z. Niewiadomski, A. Wróbel (red.), *System Prawa Administracyjnego*, t. 8A: *Publiczne prawo gospodarcze*, C.H. Beck, Warszawa 2013, s. 72 i n.; W. Pańko, *Własność komunalna a funkcje samorządu terytorialnego*, Samorząd Terytorialny, nr 1-2, 1991, s. 18 i n. oraz M. Pyziak-Szafnicka, *Uwagi na temat cywilnoprawnego i konstytucyjnego ujęcia własności jednostek samorządu terytorialnego*, Samorząd Terytorialny, nr 10, 1994, s. 3 i n.

³⁴ Odnośnie do powinności wykonania zobowiązania *in natura* zob. J. Dąbrowa, *Wykonanie zobowiązań*, [w:] Z. Radwański (red.), *System Prawa Cywilnego*, t. III /1: *Prawo zobowiązań – część ogólna*, Ossolineum, Wrocław 1981, s. 717 i n. oraz F. Zoll, *Wykonanie i skutki niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązań*, [w:] A. Olejniczak (red.), *System Prawa Prywatnego*, t. 6: *Prawo zobowiązań – część ogólna (Suplement)*, C.H. Beck, Warszawa 2010, s. 83 i n.

Podstawowe znaczenie w tym zakresie ma kontrola „merytoryczna” procesu wykonywania umowy, w tym faza odbioru przedmiotu zamówienia, spełniającego co najmniej dwie funkcje: aprobacyjną i dokumentacyjną, donoszące z punktu widzenia prawidłowego zakończenia zobowiązania wykonawcy zamówienia. Dopiero potem otwiera się droga do rozliczeń finansowych. Jak łatwo zauważyć, w ramach prawidłowo pojętej kontroli zarządczej mieści się potrzeba racjonalnego ukształtowania postanowień umownych, w kierunku zapewnienia realnego wykonania zamówienia, a następnie ich skutecznego egzekwowania. Fundamentalną rolę odgrywają tu kwalifikacje urzędników, wspierane wzorcami kontraktowymi, regulaminami i innymi dobrymi praktykami, które mogą być stymulowane aktami kierownictwa wewnętrznego. Nadszedł czas objęcia ich regulacją ustawową w związku z „odpowiedzialnością” organu zarządzającego za stan zamówień publicznych w jednostce zamawiającej, tym bardziej że formy prawne kierownictwa wewnętrznego (regulaminy, wytyczne, polecenia) nie cieszą się – niestety – dostatecznym zainteresowaniem doktryny i orzecznictwa³⁵. Rozważyć trzeba ponadto wprowadzenie bezpośrednio do ustawy wymagań wyznaczających predyspozycje zawodowe kadry urzędniczej, obsługującej zamówienie publiczne, ponieważ za wieloma uchybieniami w praktyce stoi niekompetencja urzędników.

4. Czynności zapadające w postępowaniu o udzielenie zamówienia

Każda z procedur ofertowo-eliminacyjnego sposobu udzielenia zamówienia to uporządkowany ciąg czynności prawnych lub faktycznych, zapadających sukcesywnie, według z góry ustalonego porządku i warunków, zmierzających do wyboru oferty najkorzystniejszej, wieńczzonego zawarciem umowy finalnej (art. 2 pkt 7a Pzp). Tylko wyjątkowo może być ono zakończone poprzez unieważnienie³⁶. Organizowane przez zamawiającego postępowanie ma z założenia charakter wielostronnie wiążący, ponieważ rozgrywa się w ramach specjalnego stosunku prawno-proceduralnego, pełniącego nie tylko funkcję programująco-organizatorską, lecz i ochronną³⁷. Pomimo doniosłej funkcji organizatorskiej, zamawiający kierujący tokiem postępowania w stosunkach zewnętrznych działa całkowicie poza granicami imperium, pozostając wyłącznie w sferze dominium, nie posiada bowiem jakichkolwiek atrybutów władz-

³⁵ Więcej o nich A. Błaś, *Formy prawne w sferze działań wewnętrznych administracji publicznej*, [w:] R. Hauser, Z. Niewiadomski, A. Wróbel (red.), *System Prawa Administracyjnego*, t. 5: *Formy prawne działania administracji*, C.H. Beck, Warszawa 2013, s. 279 i n.

³⁶ Por. A. Gawrońska-Baran, *Unieważnienie przetargu nieograniczonego na zamówienie publiczne*, LexisNexis, Warszawa 2014, s. 56 i n.

³⁷ Por. R. Szostak, *Przetarg nieograniczony na zamówienie publiczne – zagadnienia konstrukcyjne*, Wydawnictwo Akademii Ekonomicznej w Krakowie, Kraków 2005, s. 135; K. Horubski, *Publiczno- i prywatnoprawne elementy zamówień publicznych*, Państwo i Prawo, nr 7, 2009, s. 75 i n. oraz Z. Gordon, *Charakter prawny postępowania o udzielenie zamówienia publicznego*, *Kwartalnik „Prawo Zamówień Publicznych”*, nr 3, 2012, s. 30 i n.

stwa administracyjnego. Pozycja prawna zamawiającego, a tym bardziej status pozostałych uczestników postępowania, są równorzędne. Konkurenci ubiegają się o zamówienie publiczne na zasadzie dobrowolności, przy zachowaniu pełnej autonomii woli. Dlatego właśnie czynności zapadające w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego podlegają kwalifikacji według reguł prawa cywilnego, a przesądza o tym wyraźnie art. 14 Pzp. Podstawą więzi przedkontraktowej, zwłaszcza stosunku przetargowego, są ustalone przez zamawiającego z góry, w granicach wyznaczonych ustawą, warunki zamówienia – akceptowane następnie w trybie adhezyjnym przez konkurentów przystępujących do postępowania (por. art. 70¹ § 4 kc), co prowadzi w efekcie do nawiązania porozumienia przedkontraktowego³⁸. Nie ma przeszkód, aby treść warunków poddawana była, tak jak dawniej, uprzedniej kontroli administracyjnej. Obecnie jednak na gruncie rozwiązań wynikających z implementacji dyrektywy odwoławczej oraz modernizującej ją dyrektywy o poprawie skuteczności ochrony prawnej³⁹ na obszarze UE wykonawcom przysługuje prawo zaskarżania niedogodnych warunków, także objętych projektem umowy finalnej, w trybie odwoławczym, ponieważ nie są negocjowane indywidualnie⁴⁰. Wyjątek dotyczy niewiążącej procedury udzielenia zamówienia z wolnej ręki, co do której można sensownie skarżyć jedynie bezpodstawne jej zastosowanie, uniemożliwiające konkurentom ubieganie się o zamówienie w trybie otwartym. Warunki zamówienia wyznaczają nie tylko przebieg i wymagania samej procedury, lecz także projektowane postanowienia umowy finalnej, do których konkurenci muszą dostosować treść składanych ofert pod rygorem odrzucenia. Wprawdzie na treść porozumienia przygotowawczego w znacznej mierze wpływa ustawa, jednak źródłem związania obligacyjnego jest wola stron, natomiast działanie ustawy ma jedynie wymiar uzupełniający (art. 56 kc). Obok funkcji organizacyjnej porozumienie przygotowawcze upraszcza przesłanki odpowiedzialności za uchybienia, skoro reżim kontraktowy jest bardziej dogodny dla poszkodowanego w porównaniu z reżimem deliktowym w ramach odpowiedzialności za *culpa in contrahendo*, właściwym na wypadek braku więzi przedkontraktowej. Z założenia wielostronnie wiążące i przejrzyste ukształtowane wymagania proceduralne stanowią ponadto podstawę zwalczania uchybień organizatorskich zamawiającego w trybie odwoławczym. Jurysdykcyjne uprawnienia KIO zapewniają bowiem wyegzekwowanie *in natura* powinności organizatorskich zamawiającego względem konkurentów (*vide*: art. 192 ust. 3 Pzp).

Odnosnie do unormowania procedur udzielania zamówień publicznych i odpowiedzialności za ich przestrzeganie nasuwa się wiele postulatów *de lege ferenda*⁴¹.

³⁸ Więcej R. Szostak, *Przetarg nieograniczony...*, s. 135 i n.

³⁹ Dyrektywa Rady 89/665/EWG z 21 grudnia 1989 r. w sprawie koordynacji przepisów wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych (Dz.Urz. UE L-335 z 30.12.1989 r., s. 33).

⁴⁰ Por. też W. Robaczyński, *op. cit.*, s. 142-143, który nawet postuluje stworzenie katalogu klauzul abuzywnych w odniesieniu do umów o zamówienia publiczne, na wzór art. 385³ kc.

⁴¹ Zostały one przedstawione w R. Szostak, *O potrzebie zmian kompleksowych...*, s. 171 i n.

Pomimo niedawnej nowelizacji ustawy (2016 r.), procedury te wymagają dalszych uprawnień i odformalizowania. W szczególności pożądanym jest zwiększenie przejrzystości i dalsze przyspieszenie przetargu nieograniczonego. Konieczna jest dalsza racjonalizacja wymagań dokumentacyjnych, wraz z radykalnym ograniczeniem zastosowania, w zgodzie z dyrektywami, w przypadku tzw. uzupełniania dokumentów, wyłącznie do dokumentów przedłożonych zamawiającemu, a nie brakujących⁴². To samo dotyczy fakultatywnych podstaw wykluczenia wykonawcy z postępowania. Poważne zmiany wymusi wprowadzenie pełnej elektronizacji zamówień publicznych. Przy okazji należałoby zweryfikować zasadność dalszego utrzymywania niektórych procedur, zwłaszcza samodzielnej licytacji oraz tzw. zapytania o cenę, w obliczu szybkiego standardowego trybu przetargowego. Z drugiej strony należy wprowadzić przepis o obowiązkowym stosowaniu konkursowego sposobu zamawiania twórczych prac projektowych, skoro ten doniosły (tradycyjnie efektywny) tryb w bieżącej praktyce obumiera, natomiast nadużywa się w tym zakresie prostych procedur przetargowych z marnymi efektami. Dalszej interwencji legislacyjnej wymagają zasady kształtowania pozacenowych kryteriów ocen ofert, tym bardziej że kluczowy art. 91 ust. 2a Pzp, narzucający 40% wagę, nie wytrzymuje próby czasu. W odniesieniu zaś do procedury udzielenia zamówienia z wolnej ręki korekty są potrzebne w kierunku dalszej racjonalizacji (ograniczenia) zakresu oraz efektywnej kontroli nad tzw. zamówieniami *in house*⁴³.

5. Środki odwoławcze i kontrola urzędowa

Wzmocnić trzeba status KIO jako organu jurysdykcyjnego, a także usprawnić niektóre elementy postępowania odwoławczego⁴⁴. W szczególności należy rozciągnąć odwołania na wszystkie sprawy dotyczące zamówień małej wartości, bez jakichkolwiek wyjątków (aktualny art. 180 ust. 2 Pzp stwarza trudności interpretacyjne), wprowadzić zasadę rozpoznawania spraw w składzie trzyosobowym, stworzyć podstawy do dalszej elektronizacji postępowania przed KIO, zwłaszcza w zakresie doręczeń, usprawnić dopuszczanie dowodów przez Izbę, przekazać kompetencję do rozpoznawania skarg na orzeczenia Izby tylko jednemu wyspecjalizowanemu sądowi okręgowemu, właściwemu dla obszaru całego kraju. Poza tym orzekanie o odpowiedzialności odszkodowawczej za uchybienia proceduralne powinno mieścić się we właściwości KIO, same zaś podstawy tej odpowiedzialności należy uniezależnić od przesłanki winy, zgodnie z europejskimi standardami odpowiedzialności

⁴² Por. surową ocenę polskich rozwiązań w wyroku TS UE z 11 maja 2017 r. (C 131/16, Archus i Gama), z glosą M. Drozdowicza, Kwartalnik „Prawo Zamówień Publicznych”, nr 2, 1017 (w druku).

⁴³ Por. też W. Hartung, *Zamówienia in-house – między zamówieniami a konkurencją*, [w:] M. Stręciwilk, A. Panasiuk (red.), *op. cit.*, s. 27 i n.

⁴⁴ Więcej M. Rakowska, *Środki ochrony prawnej – propozycje zmian*, [w:] *ibidem*, s. 127 i n.

skutecznej⁴⁵. Ponadto pożądane jest wprowadzenie na wzór niemiecki unormowania przewidującego odpowiedzialność odszkodowawczą wykonawcy za wystąpienie z oczywiście bezzasadnym odwołaniem, narażającym zamawiającego na uszczerbek materialny wywołany taką obstrukcją⁴⁶.

Niezależnie od powyższego dalszych usprawnień wymaga kontrola sprawowana przez Prezesa UZP⁴⁷. W pierwszej kolejności trzeba zwiększyć kwalifikowaną obsadę kadrową w Departamencie Kontroli UZP, ponieważ liczba kontroli ciągle nie dorównuje potrzebom faktycznym. Zakres kontroli powinien być rozszerzony oficjalnie także na wykonywanie umów o zamówienia publiczne, choćby tylko dlatego, że Prezes UZP od dawna jest legitymowany do wnoszenia powództw o unieważnienie niedozwolonych zmian w umowie. Zachodzi też potrzeba stworzenia podstawy ustawowej do kontroli drobnych zamówień publicznych, ponieważ ich weryfikacja przez NIK oraz regionalne izby obrachunkowe jest w tym zakresie niewystarczająca, natomiast od paru lat rośnie sukcesywnie wartość drobnych zamówień wyłączonych z reżimu ustawowego, nierzadko w warunkach zakazanego rozdrabniania zamówień w celu obejścia ustawy, przekraczając niebezpiecznie pułap 40% ogólnej wartości rynku zamówień publicznych. Od strony proceduralnej niezbędne jest przyspieszenie i usprawnienie toku, zwłaszcza wstępnego postępowania wyjaśniającego.

6. Podsumowanie

Regulacja zamówień publicznych to zbiór przepisów przynależnych do różnych gałęzi prawa, będąca wynikiem swoistej syntezy ponadgałęziowej. Nie stanowi więc samodzielnej dziedziny prawa. Jej wyodrębnienie ma znaczenie wyłącznie poznawcze oraz praktyczno-utilitytarne w sferze stosowania prawa. W konsekwencji ustawa Prawo zamówień publicznych nie reguluje wszystkiego, ogranicza się jedynie do rozwiązań specyficznych, pełniących funkcję *lex specialis* w stosunku do wielu innych aktów normatywnych, nie tylko prawa publicznego, lecz i prywatnego. Ma zatem charakter złożony, co rzutuje bezpośrednio na rozmaite trudności interpretacyjne. Jako swoisty zwornik względem przepisów zawartych w innych aktach normatywnych musi zapewniać niezbędną spójność systemową. Powinna zatem zawierać wszystkie te normy, których brakuje w przepisach odrębnych, a także i te, które łączą się z odmiennymi rozwiązaniami prawnymi. Niezależnie od tego musi odzwierciedlać dyspozycje dyrektyw europejskich. Ciągle więc jeszcze ustawa ta ewoluuje. Aktualnie trwa dyskusja nad założeniami do nowej ustawy modernizującej

⁴⁵ Zostały one zastrzone na mocy dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2007/66/UE z 11 grudnia 2007 r. o poprawie skuteczności procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych, Dz.Urz. UE, L 335, s. 311.

⁴⁶ Por. R. Szostak, *Z problematyki odpowiedzialności odszkodowawczej za nadużycie środków nadzoru ochrony procesowej*, Przegląd Prawa Handlowego, nr 2, 2012, s. 45 i n.

⁴⁷ Por. zwłaszcza K. Tyc-Okońska, *Kontrola Prezesa UZP – co wymaga usprawnienia?*, [w:] M. Stręciwilk, A. Panasiuk (red.), *op. cit.*, s. 185 i n. oraz H. Nowicki, *op. cit.*, s. 90 i n.

zasady udzielania i wykonywania zamówień publicznych, która być może zakończy ponaddwudziestoletni okres ich ewolucji w warunkach gospodarki rynkowej.

Literatura

- Błaś A., 2013, *Formy prawne w sferze działań wewnętrznych administracji publicznej*, [w:] R. Hauser, Z. Niewiadomski, A. Wróbel (red.), System Prawa Administracyjnego, t. 5: *Formy prawne działania administracji*, C.H. Beck, Warszawa.
- Bossowski F., 1936, *Prywatne prawo*, [w:] *Encyklopedia podręczna prawa prywatnego*, t. III/IV, Instytut Wydawniczy „Biblioteka Polska”, Warszawa.
- Chelmoński A., 1993, *Co to jest prawo gospodarcze?*, Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny, nr 1.
- Dąbrowa J., 1981, *Wykonanie zobowiązań*, [w:] Z. Radwański (red.), System Prawa Cywilnego, t. III /1: *Prawo zobowiązań – część ogólna*, Ossolineum, Wrocław.
- Gawrońska-Baran A., 2014, *Unieważnienie przetargu nieograniczonego na zamówienie publiczne*, LexisNexis, Warszawa.
- Gawrońska-Baran A., 2016, *Implementacja dyrektyw 2014/24/WE na Węgrzech*, Kwartalnik „Prawo Zamówień Publicznych”, nr 3.
- Gordon Z., 2012, *Charakter prawny postępowania o udzielenie zamówienia publicznego*, Kwartalnik „Prawo Zamówień Publicznych”, nr 3.
- Guziński M., 2006, *Zamówienia publiczne w realizacji funkcji zarządu mieniem publicznym*, [w:] B. Popowska (red.), *Funkcje współczesnej administracji gospodarczej, Księga dedykowana Profesor Teresie Rabskiej*, Wydawnictwo Poznańskie, Poznań.
- Hartung W., 2017, *Zamówienia in-house – między zamówieniami a konkurencją*, [w:] M. Stręciwilk, A. Panasiuk (red.), *Funkcjonowanie systemu zamówień publicznych – aktualne problemy i propozycje rozwiązań*, UZP, Warszawa.
- Horubski K., 2009, *Publiczno- i prywatnoprawne elementy zamówień publicznych*, Państwo i Prawo, nr 7.
- Kadłubski Z., 1937, *Rozporządzenie o dostawach i robotach na rzecz Skarbu Państwa, samorządu oraz instytucji prawa publicznego*, Drukarnia Polska, Katowice.
- Kieres L., 2013, *Zarząd mieniem publicznym*, [w:] R. Hauser, Z. Niewiadomski, A. Wróbel (red.), System Prawa Administracyjnego, t. 8A: *Publiczne prawo gospodarcze*, C.H. Beck, Warszawa.
- Kocowski T., 2017, *Administratywnizacja przepisów regulujących postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego*, [w:] M. Kania, P. Nowicki, A. Piwowarczyk (red.), *Modernizacja zamówień publicznych – geneza nowelizacji ustawy Prawo zamówień publicznych z 22 czerwca 2016 roku*, Publicus, Warszawa.
- Kołodziej T., 1937, *Przepisy o dostawach i robotach na rzecz Skarbu Państwa, samorządu oraz instytucji prawa publicznego*, Wyższa Szkoła Handlowa, Poznań.
- Kosikowski C., 2000, *Polskie publiczne prawo gospodarcze*, LexisNexis, Warszawa.
- Landau Z., Tomaszewski J., 1967, *Gospodarka Polski międzywojennej*, t. I: *W dobie inflacji*, Książka i Wiedza, Warszawa.
- Longchamps F., 1968, *Współczesne kierunki w nauce prawa administracyjnego na zachodzie Europy*, Kolonia Limited, Wrocław – Kraków.
- Łapecki F., 2016, *Recepcja rozwiązań europejskich do słowackiego prawa zamówień publicznych*, Kwartalnik „Prawo Zamówień Publicznych”, nr 3.
- Nowicki H., 2017, *O potrzebie zmian w systemie kontroli zamówień publicznych*, [w:] M. Stręciwilk, A. Panasiuk (red.), *Funkcjonowanie systemu zamówień publicznych aktualne problemy i propozycje rozwiązań*, UZP, Warszawa.

- Pańko W., 1991, *Własność komunalna a funkcje samorządu terytorialnego*, Samorząd Terytorialny, nr 1-2.
- Pyziak-Szafnicka M., 1994, *Uwagi na temat cywilnoprawnego i konstytucyjnego ujęcia własności jednostek samorządu terytorialnego*, Samorząd Terytorialny, nr 10.
- Rakowska M., 2017, *Środki ochrony prawnej – propozycje zmian*, [w:] M. Stręciwilk, A. Panasiuk (red.), *Funkcjonowanie systemu zamówień publicznych – aktualne problemy i propozycje rozwiązań*, UZP, Warszawa.
- Robaczyński W., 2017, *Stosowanie instrumentów cywilnoprawnych w perspektywie rozwoju prawa zamówień publicznych*, [w:] M. Stręciwilk, A. Panasiuk (red.), *Funkcjonowanie systemu zamówień publicznych – aktualne problemy i propozycje rozwiązań*, UZP, Warszawa.
- Rymowicz Z., Świącicki W., 1933, *Prawo cywilne ziem wschodnich*, t. I, Księgarnia F. Hoesika, Warszawa.
- Stręciwilk M., 2017, *Publiczna debata – w kierunku usprawnienia systemu zamówień publicznych*, Zamówienia Publiczne – Doradca, nr 1.
- Strzyczkowski K., 2005, *Prawo gospodarcze publiczne*, LexisNexis, Warszawa.
- Szczepeński D., 2000, *Zamówienia publiczne w II Rzeczypospolitej (cz. I)*, Zamówienia Publiczne – Doradca, nr 9.
- Szostak R., 2005, *Przetarg nieograniczony na zamówienie publiczne – zagadnienia konstrukcyjne*, Wydawnictwo Akademii Ekonomicznej w Krakowie, Kraków.
- Szostak R., 2011, *Zarys rozwoju zamówień publicznych w Polsce na tle państw środkowoeuropejskich*, Studia Prawnicze, nr 3-4.
- Szostak R., 2012, *Regulacja prawna zamówień publicznych w Polsce w ujęciu historycznym*, Kwartalnik „Prawo Zamówień Publicznych”, nr 4.
- Szostak R., 2012, *Z problematyki odpowiedzialności odszkodowawczej za nadużycie środków nadzoru ochrony procesowej*, Przegląd Prawa Handlowego, nr 2.
- Szostak R., 2013, *Zakres i struktura prawa zamówień publicznych*, Kwartalnik „Prawo Zamówień Publicznych”, nr 4.
- Szostak R., 2017, *O potrzebie wzmocnienia statusu Krajowej Rady Odwoławczej – z perspektywy dziesięciolecia jej działalności*, Zamówienia Publiczne – Doradca, nr 3.
- Szostak R., 2017, *O potrzebie zmian kompleksowych w prawie zamówień publicznych*, [w:] M. Stręciwilk, A. Panasiuk (red.), *Funkcjonowanie systemu zamówień publicznych – aktualne problemy i propozycje rozwiązań*, UZP, Warszawa.
- Tyc-Okońska K., 2017, *Kontrola Prezesa UZP – co wymaga usprawnienia?*, [w:] M. Stręciwilk, A. Panasiuk (red.), *Funkcjonowanie systemu zamówień publicznych – aktualne problemy i propozycje rozwiązań*, UZP, Warszawa.
- UZP, 2017, *System zamówień publicznych – projektowane, kierunki zmian i perspektywy rozwoju*, Warszawa.
- Wicik E., 2016, *Zamówienia publiczne w Austrii po wdrożeniu dyrektywy europejskich z 2014 r.*, Kwartalnik „Prawo Zamówień Publicznych”, nr 3.
- Włodyka S., 1995, *Problem struktury prawa*, Państwo i Prawo, nr 4.
- Zoll F., 1931, *Prawo cywilne*, Wojewódzki Instytut Wydawniczy, Poznań.
- Zoll F., 2010, *Wykonanie i skutki niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązań*, [w:] A. Olejniczak (red.), *System Prawa Prywatnego*, t. 6: *Prawo zobowiązań – część ogólna (Suplement)*, C.H. Beck, Warszawa.