

Tadeusz Kocowski

Uniwersytet Wrocławski
e-mail: tadeusz.kocowski@uwr.edu.pl

ZAMAWIAJĄCY I WYKONAWCY W SYSTEMIE ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

THE CONTRACTING AUTHORITY AND EXECUTOR IN THE SYSTEM OF PUBLIC PROCUREMENT

DOI: 10.15611/pn.2017.497.11

Streszczenie: W Prawie zamówień publicznych kluczową rolę w procesie udzielania zamówienia odgrywa instytucja zamawiająca. Wielowymiarowa definicja instytucji zamawiającej wymaga dodatkowych atrybutów identyfikujących instytucję zamawiającą. Instytucja zamawiająca odpowiada za prawidłowość zamówienia publicznego oraz wybór wykonawcy. Zlecając zamówienie, zamawiający pokrywa jego koszty przeważnie środkami publicznymi. Dlatego proces prawidłowej regulacji pozycji instytucji zamawiającej w ustawie jest tak istotny.

Słowa kluczowe: zamawiający, wykonawcy, środki publiczne.

Summary: The public procurement law plays a crucial role in the procurement process of the contracting authority. The multidimensional definition of the contracting authority requires additional attributes to identify the contracting authority. The contracting authority is responsible for the correctness of the public contract as well as selecting the contractor. That is why the process of correct regulation of the contracting authority's position in the act is important.

Keywords: public procurement, contracting authority, subject matter of procurement, public funds.

1. Wstęp

Przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych¹ (dalej: Pzp) stanowią, iż zamówienie publiczne to odpłatna umowa zawierana między zamawiającym a wykonawcą, których przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane. Wskazują, że zamawiającym² jest osoba fizyczna, osoba prawna albo

¹ T.j. Dz.U. z 2013, poz. 907.

² Przepisy art. 1 ust. 1 pkt 1 dyrektywy klasycznej 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r., uchylającej dyrektywę 2004/18/WE, posługują się określeniem „instytucje zamawiające” wskazując, iż ozna-

jednostka organizacyjna nieposiadająca osobowości prawnej, obowiązana do stosowania ustawy. Wykonawcą zaś osoba fizyczna, osoba prawna albo jednostka organizacyjna nieposiadająca osobowości prawnej, która ubiega się o udzielenie zamówienia publicznego, złożyła ofertę lub zawarła umowę w sprawie tego zamówienia. Ustawodawca w jednym i drugim przypadku zastosował więc zbiorczą, wielopodmiotową definicję, różniącą się ledwie szczegółami.

Z formalnego punktu widzenia zamawiający oraz wykonawcy jako strony przyszłej umowy o zamówienie publiczne zdają się posiadać formalnie taki sam status, a w ich poczet zaliczone zostały także jednostki nieposiadające statusu podmiotów prawa. Ustawodawca wskazał jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej, nie wskazując, tak jak w treści art. 33¹ Kodeksu cywilnego³, iż chodzi tu jedynie o te jednostki, „którym ustawa przyznaje zdolność prawną”. Ustawodawca w przepisach ustawy znaczącą uwagę poświęcił zamawiającym. Dokonał dywersyfikacji podmiotów określonych w zbiorczej definicji zamawiającego. Nadto przepisy ustawy dokonują dalszej dywersyfikacji zamawiających. Nie każdy bowiem podmiot wymieniony w definicji zamawiającego może uzyskać tego typu status i udzielać zamówienia publicznego.

Wykonawcy to podmiot, który ubiega się o udzielenie zamówienia publicznego, złożył ofertę lub zawarł umowę w sprawie tego zamówienia. Te czynności wykonawcy dokonywane są w ramach postępowania o udzielenie zamówienia, które przygotowywane jest i prowadzone przez zamawiającego. Zgodnie z przepisami ustawy ma ono doprowadzić do wyłonienia wykonawcy i tylko jemu, zgodnie z przepisem art. 7 ustawy, może być udzielone zamówienie poprzez zawarcie umowy. Rola zamawiającego jest niewątpliwie zasadnicza, stąd tak istotne jest uregulowanie jego pozycji w ustawie. Pozycja zamawiającego wpływać będzie bowiem na pozycję wykonawcy.

2. Zamawiający

Z oczywistych względów nie każdy podmiot zawierający odpłatną umowę z wykonawcą, której przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane może być kwalifikowany do kategorii zamawiających, mimo że spełnia formalne kryteria pozwalające na taką kwalifikację. Zawarta w przepisach Pzp definicja ma wszakże charakter zbiorczy. Formalnie kryteria te spełnia bardzo wiele osób prawnych i jednostek organizacyjnych. Stąd też ustawodawca dokonał w przepisie art. 3 kolejnej dystynkcji, pozwalającej na zaliczenie w poczet zamawiających ściśle określonych jednostek⁴.

czają one „państwo, władze regionalne lub lokalne, podmioty prawa publicznego lub związki złożone z co najmniej jednej takiej instytucji lub z co najmniej jednego takiego podmiotu prawa publicznego”.

³ T.j. Dz.U. z 2014, poz. 121.

⁴ Wskazał w ustawie, iż jej przepisy stosuje się do udzielania zamówień publicznych przez:

- 1) jednostki sektora finansów publicznych w rozumieniu przepisów o finansach publicznych;
- 2) inne, niż określone w pkt 1, państwowe jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej;

Spośród zamawiających określonych bardzo ogólnie w przepisie art. 2 ustawodawca dokonuje więc wyraźnego wyodrębnienia określonych podmiotów, wskazując, iż zamawiającymi nie są wszystkie osoby fizyczne, osoby prawne albo jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej. Do pierwszej grupy zamawiających zaliczone zostały, najogólniej mówiąc, podmioty należące do sektora finansów publicznych, niezależnie od tego, czy mają cywilnoprawny status osoby prawnej czy status jednostki organizacyjnej nieposiadającej osobowości prawnej, a także państwowe jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej nieobjęte reżimem sektora finansów publicznych.

Grupę drugą stanowią nienależące do sektora finansów publicznych osoby prawne, będące podmiotem prawa publicznego, utworzone w szczególnym celu zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym, niemających charakteru przemysłowego ani handlowego, jeżeli podmioty, o których mowa w tym przepisie oraz pkt 1 i 2, pojedynczo lub wspólnie, bezpośrednio lub pośrednio przez inny podmiot:

3) inne, niż określone w pkt 1, osoby prawne, utworzone w szczególnym celu zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym niemających charakteru przemysłowego ani handlowego, jeżeli podmioty, o których mowa w tym przepisie oraz w pkt 1 i 2, pojedynczo lub wspólnie, bezpośrednio lub pośrednio przez inny podmiot:

- a) finansują je w ponad 50% lub
- b) posiadają ponad połowę udziałów albo akcji, lub
- c) sprawują nadzór nad organem zarządzającym, lub
- d) mają prawo do powoływania ponad połowy składu organu nadzorczego lub zarządzającego – o ile osoba prawna nie działa w zwykłych warunkach rynkowych, jej celem nie jest wypracowanie zysku i nie ponosi strat wynikających z prowadzenia działalności;

3a) związki podmiotów, o których mowa w pkt 1 i 2, lub podmiotów, o których mowa w pkt 3;

4) inne niż określone w pkt 1-3a podmioty, jeżeli zamówienie jest udzielane w celu wykonywania jednego z rodzajów działalności, o której mowa w art. 132, a działalność ta jest wykonywana na podstawie praw szczególnych lub wyłącznych albo jeżeli podmioty, o których mowa w pkt 1-3a, pojedynczo lub wspólnie, bezpośrednio lub pośrednio przez inny podmiot wywierają na nie dominujący wpływ, w szczególności:

- a) finansują je w ponad 50% lub
- b) posiadają ponad połowę udziałów albo akcji, lub
- c) posiadają ponad połowę głosów wynikających z udziałów albo akcji, lub
- d) sprawują nadzór nad organem zarządzającym lub
- e) mają prawo do powoływania ponad połowy składu organu nadzorczego lub zarządzającego;
- 5) inne niż określone w pkt 1-4 podmioty, jeżeli zachodzą następujące okoliczności:

a) ponad 50% wartości udzielanego przez nie zamówienia jest finansowane ze środków publicznych lub przez podmioty, o których mowa w pkt 1-3a,

b) wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8,

c) przedmiotem zamówienia są roboty budowlane w zakresie inżynierii lądowej lub wodnej określone w załączniku II do dyrektywy 2014/24/UE, budowy szpitali, obiektów sportowych, rekreacyjnych lub wypoczynkowych, budynków szkolnych, budynków szkół wyższych lub budynków wykorzystywanych przez administrację publiczną lub usługi związane z takimi robotami budowlanymi;

6) podmioty, z którymi zawarto umowę koncesji na roboty budowlane na podstawie ustawy z dnia 21 października 2016 r. o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi (Dz.U. z 2016, poz. 1920), w zakresie, w jakim udzielają zamówienia w celu jej wykonania.

a) finansują je w ponad 50% lub
b) posiadają ponad połowę udziałów albo akcji, lub
c) sprawują nadzór nad organem zarządzającym lub
d) mają prawo do powoływania ponad połowy składu organu nadzorczego lub zarządzającego – o ile osoba prawna nie działa w zwykłych warunkach rynkowych, jej celem nie jest wypracowanie zysku i nie ponosi strat wynikających z prowadzenia działalności.

Podmioty te, a także ich związki, stanowią odrębną kategorię zamawiających, zwanych podmiotami prawa publicznego⁵, co znalazło swe odzwierciedlenie w przepisach art. 2 ust. 1 pkt 4 dyrektywy klasycznej 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r.

Grupę trzecią stanowią podmioty, które prowadzą działalność gospodarczą o charakterze użyteczności publicznej i udzielają zamówienia w celu wykonania jednego z rodzajów działalności, o których mowa w art. 132 ustawy (zamówienia sektorowe)⁶. Dodatkowo musi być spełniony także jeden z dwóch warunków: podmiot ten musi działać na podstawie praw szczególnych lub wyłącznych albo jeżeli podmioty zaliczone do grupy pierwszej lub drugiej, pojedynczo lub wspólnie, bezpośrednio lub pośrednio przez inny podmiot wywierają na nie dominujący wpływ, w szczególności:

a) posiadają ponad połowę udziałów albo akcji, lub
b) posiadają ponad połowę głosów wynikających z udziałów albo akcji, lub
c) mają prawo do powoływania ponad połowy składu organu nadzorczego lub zarządzającego.

Przepis art. 3 ust. 2 stanowi, iż prawami szczególnymi lub wyłącznymi są prawa przyznane w drodze ustawy lub decyzji administracyjnej, polegające na zastrzeżeniu wykonywania określonej działalności dla jednego lub większej liczby podmiotów, wywierające istotny wpływ na możliwość wykonywania tej działalności przez inne podmioty, z wyłączeniem praw przyznanych w drodze ogłoszonego publicznie postępowania na podstawie obiektywnych i niedyskryminujących kryteriów, w szczególności postępowania:

⁵ Zob. J. Baehr *et al.*, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2007, s. 43.

⁶ Obejmuje więc wykonywanie jednego z następujących rodzajów działalności: 1) wydobywanie ropy naftowej lub gazu i ich naturalnych pochodnych oraz poszukiwanie lub wydobywanie węgla brunatnego, węgla kamiennego lub innych paliw stałych; 2) zarządzanie lotniskami, portami morskimi lub śródlądowymi oraz ich udostępnianie przewoźnikom powietrznym, morskimi i śródlądowymi; 3) tworzenie sieci przeznaczonych do świadczenia publicznych usług związanych z produkcją, przesyłaniem lub dystrybucją energii elektrycznej, gazu lub ciepła lub dostarczanie energii elektrycznej, gazu albo ciepła do takich sieci lub kierowanie takimi sieciami; 4) tworzenie sieci przeznaczonych do świadczenia publicznych usług związanych z produkcją lub dystrybucją wody pitnej lub dostarczanie wody pitnej do takich sieci lub kierowanie takimi sieciami; 5) obsługa sieci świadczących publiczne usługi w zakresie transportu kolejowego, tramwajowego, trolejbusowego, kolejną linową lub przy użyciu systemów automatycznych; 6) obsługa sieci świadczących publiczne usługi w zakresie transportu autobusowego; 7) usługa przyjmowania, sortowania, przemieszczania lub doręczania przesyłek pocztowych.

1) obejmującego ogłoszenie o zamówieniu lub wszczęcie postępowania o udzielenie koncesji na roboty budowlane lub usługi;

2) prowadzonego na podstawie przepisów, o których mowa w art. 3 ust. 2a ustawy.

W grupie tej znajdują się więc zarówno podmioty pozostające pod wpływem państwa lub jednostek samorządu terytorialnego, jak i podmioty w pełni prywatne. Zamawiający należący do zamawiających sektorowych zobowiązani są do stosowania ustawy, tylko jeżeli udzielają zamówienia w celu wykonywania działalności sektorowej, a wartość tego zamówienia przekracza określone w ustawie progi, tj. 418 000 euro dla dostaw i usług i 5 225 000 euro dla robót budowlanych⁷.

Do czwartej grupy zaliczyć będzie można podmioty prywatne i niezależne od państwa, zobowiązane do stosowania przepisów ustawy w przypadkach, gdy łącznie zachodzą następujące okoliczności:

a) ponad 50% wartości udzielanego przez nie zamówienia jest finansowane ze środków publicznych lub przez podmioty, zakwalifikowane do pierwszej lub drugiej grupy podmiotów,

b) wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy (dla robót budowlanych progiem będzie kwota 5 225 000 euro, a dla usług 135 000 euro)⁸,

c) przedmiotem zamówienia są roboty budowlane w zakresie inżynierii lądowej lub wodnej określone w załączniku II do dyrektywy 2014/24/UE, budowy szpitali, obiektów sportowych, rekreacyjnych lub wypoczynkowych, budynków szkolnych, budynków szkół wyższych lub budynków wykorzystywanych przez administrację publiczną lub usługi związane z takimi robotami budowlanymi.

Ostatnią, piątą grupą podmiotów zobowiązanych do stosowania przepisów ustawy są podmioty, z którymi jednostki sektora finansów publicznych, państwowe jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej lub instytucje prawa publicznego, związki tych podmiotów, a także inne podmioty niż wspomniane poprzednio zawarły umowę koncesji na roboty budowlane lub usługi, na podstawie przepisów ustawy z dnia 21 października 2016 r. o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi⁹ w zakresie, w jakim udzielają zamówienia w celu jej wykonania (zamawiający). Zamawiający przeprowadza postępowanie o zawarcie umowy koncesji w celu dokonania wyboru zainteresowanego podmiotu, z którym zostanie zawarta umowa koncesji na roboty budowlane lub usługi (koncesjonariusz).

Na podstawie umowy koncesji zamawiający powierza koncesjonariuszowi wykonanie robót budowlanych lub świadczenie usług i zarządzanie tymi usługami za wynagrodzenie. W przypadku powierzenia koncesjonariuszowi:

⁷ Zobacz przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 28 grudnia 2015 r. w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej, Dz.U. z 2015, poz. 2263.

⁸ *Ibidem*.

⁹ Dz.U. z 2016, poz. 1920.

1) wykonania robót budowlanych – wynagrodzenie stanowi wyłącznie prawo do eksploatacji obiektu budowlanego będącego przedmiotem umowy albo takie prawo wraz z płatnością (umowa koncesji na roboty budowlane);

2) świadczenia usług i zarządzania tymi usługami – wynagrodzenie stanowi wyłącznie prawo do wykonywania usług będących przedmiotem umowy albo takie prawo wraz z płatnością (umowa koncesji na usługi).

Koncesjonariusz ponosi ryzyko ekonomiczne związane z eksploatacją obiektu budowlanego lub wykonywaniem usług i obejmujące ryzyko związane z popytem lub podażą.

Ustawodawca dokonuje więc w przepisach ustawy wyraźnego wskazania, które to z osób fizycznych, osób prawnych albo jednostek organizacyjnych nieposiadających osobowości prawnej posiadają status zamawiającego, czyli podmiotu, który przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego. Zamówienia udziela się bowiem jedynie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

Nie ulega wątpliwości, iż zamawiającymi są w przeważającej mierze podmioty (osoby prawne, ułomne osoby prawne) oraz jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej zaliczane do sektora finansów publicznych, a także państwowe jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej nieobjęte reżimem sektora finansów publicznych, w tym ich związki. W istocie kwalifikacja tych jednostek wynikać będzie z faktu, iż będą one jednostkami własności publicznej. Podmioty te stanowić będą podstawową grupę zamawiających. Dodatkowo zaliczyć należy do tego grona nienależące do sektora finansów publicznych osoby prawne, będące podmiotem prawa publicznego, utworzone w szczególnym celu zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym, niemających charakteru przemysłowego ani handlowego, a kontrolowane przez podmioty własności publicznej.

Zamawiającymi mogą być także podmioty, które prowadzą działalność gospodarczą o charakterze użyteczności publicznej i udzielają zamówienia, tzw. zamówień sektorowych, przy czym podmiot ten musi działać na podstawie praw szczególnych lub wyłącznych albo jeżeli podmioty własności publicznej zaliczone do pierwszej i drugiej grupy podmiotów wywierają na ich działalność tzw. dominujący wpływ. Są nimi także podmioty prywatne i niezależne od państwa, zobowiązane do stosowania przepisów ustawy w przypadkach, gdy określony procent wartości udzielanego przez nie zamówienia jest finansowany ze środków publicznych lub przez podmioty finansów publicznych, lub określane jako publiczne, a wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty europejskie, zaś przedmiotem zamówienia są roboty budowlane określone w ustawie. Do zamawiających zaliczamy także podmioty, z którymi zawarto umowę koncesji na roboty budowlane lub usługi na podstawie przepisów ustawy z dnia 21 października 2016 r. o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi.

Jak więc widać, zamawiającymi są przede wszystkim jednostki organizacyjne o różnym statusie prawnym i własnościowym, co oznacza, iż grupa ta nie ogranicza

się do instytucji publicznych (państwowych oraz samorządowych) w szerokim rozumieniu tego pojęcia. Zamawiającym może być również podmiot prywatny, a także w określonych sytuacjach przedsiębiorcy, choć regulacje dyrektywy klasycznej zdają się wyraźnie sugerować, że podmioty, które działają w zwykłych warunkach rynkowych i mają na celu wypracowanie zysku, a ponoszą straty wynikające z prowadzenia działalności, nie powinny być uznawane za podmiot prawa publicznego.

Zgodzić należy się z konstatacją, iż trudno jest wskazać w poczcie zamawiających osoby fizyczne. W przepisach dotyczących zamówień publicznych trudno też znaleźć obowiązek stosowania ich przez tę kategorię osób. Ewentualnie mogą zdarzać się sytuacje, iż status taki osiągają tzw. zamawiający sektorowi, choć osoba fizyczna musi w takim wypadku posiadać status przedsiębiorcy. Nadto używane w przepisach ustawy w przypadku zamawiających pojęcie: jednostka organizacyjna nieposiadająca osobowości prawnej, zgodnie z przepisami art. 32 ust. 5 ustawy odnosi się do jednostki organizacyjnej posiadającej samodzielność finansową (sporządzającej samodzielne sprawozdania finansowe) i udzielającej zamówienia związanego z jej własną działalnością. Jednostka organizacyjna nieposiadająca osobowości prawnej i nieposiadająca samodzielności finansowej nie może być uznana za zamawiającego¹⁰.

Pojęcie zamawiającego, pomimo wstępnej deklaracji zawartej w art. 2 pkt 12, która wskazywałaby na jej bardzo szeroki zakres podmiotowy, ulega niewątpliwemu zawężeniu w przepisach ustawy. Wydaje się, że takiego stwierdzenia nie będzie można odnieść do wykonawców.

3. Przedmiot zamówienia publicznego

Zamówienia publiczne określono jako umowy odpłatne zawierane między zamawiającym a wykonawcą, których przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane. Zamawiający, czyli inaczej mówiąc zlecający jest niewątpliwie podmiotem inicjującym zawarcie umowy i w dużej mierze określającym jej warunki. Ustawodawca określił przedmiot zawieranej umowy, co w określonym stopniu ogranicza swobodę zamawiającego, zarówno w tym zakresie, jak i w odniesieniu do innych sytuacji związanych z podejmowaniem tego typu czynności. Zamawiający stosuje przepisy ustawy, o ile udziela zamówienia, którego przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane.

Przyjęte w ustawie określenia przedmiotu umowy niekoniecznie odpowiadają przyjętym i zaakceptowanym wzorcom. Przepisy ustawy posługują się autonomiczną definicją dostawy oraz zmodernizowaną definicją robót budowlanych i usług. Przez dostawę rozumie się nabywanie rzeczy oraz innych dóbr, w szczególności na podstawie umowy sprzedaży, dostawy, najmu, dzierżawy oraz leasingu z opcją lub

¹⁰ Por. J. Niczyפורuk, *Podmiot zamawiający*, [w:] J. Sadowy (red.), *System zamówień publicznych w Polsce*, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2013, s. 86.

bez opcji zakupu, które może obejmować dodatkowo rozmieszczenie lub instalację. Odbiega to od pojęcia dostawy z art. 605 Kc, zgodnie z którym „przez umowę dostawy dostawca zobowiązuje się do wytworzenia rzeczy oznaczonych tylko co do gatunku oraz do ich dostarczania częściami albo okresowo, a odbiorca zobowiązuje się do odebrania tych rzeczy i do zapłacenia ceny”.

Przez roboty budowlane ustawodawca rozumie wykonanie albo zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 2c lub obiektu budowlanego, a także realizację obiektu budowlanego za pomocą dowolnych środków, zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego. Można więc przyjąć, iż zostały tu formalnie wyróżnione trzy procesy, w których będziemy mieli do czynienia z zamówieniem na roboty budowlane¹¹.

Gdy idzie o trzeci przedmiot zamówienia publicznego, czyli usługi, ustawodawca zastosował klasyczne rozwiązanie definicji negatywnej. Wskazał w przepisach ustawy, iż przez pojęcie usług należy rozumieć wszelkie świadczenia, których przedmiotem nie są roboty budowlane lub dostawy.

Wskazmy, iż przepisy ustawy znajdują swe zastosowanie także w przypadku powierzania realizacji zadań komunalnych, przez jednostki samorządu terytorialnego, podmiotom zewnętrznym¹², co określane jest także mianem prywatyzacji wykonywania zadań publicznych¹³. Nie dotyczy to wszakże powierzania realizacji tych zadań ich jednostkom własnym, co znajduje swe określenie pod nazwą zamówień „in house”. Wskazała na to sąd administracyjny, stanowiąc, że „tryb zamówień publicznych nie dotyczy spółek, w których gmina jest jedynym udziałowcem lub akcjonariuszem”, zwracając również uwagę, że w trybie zamówień publicznych nie można także zlecić zadań „własnemu” zakładowi budżetowemu, albowiem „ustawa – Prawo zamówień publicznych, niezależnie od określonego nią zakresu podmiotowego, dotyczy tylko tych stosunków prawnych, które powstają na gruncie umów cywilnoprawnych”¹⁴.

¹¹ Por. J. Baehr *et al.*, *op. cit.*, s. 24 i 25.

¹² Zob. M. Guziński, *Zamówienia publiczne w realizacji funkcji zarządu mieniem publicznym*, [w:] B. Popowska (red.), *Funkcje współczesnej administracji gospodarczej*, Wydawnictwo Poznańskie, Poznań 2006, s. 310.

¹³ Zobacz na ten temat S. Biernat, *Prywatyzacja zadań publicznych. Problematyka prawna*, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa-Kraków 1994, s. 3; T. Kocowski, *Prywatyzacja zarządzania majątkiem publicznym, prywatyzacja majątkowa, prywatyzacja zadań publicznych i prywatyzacja wykonania zadań publicznych*, [w:] J. Blicharz (red.), *Prawne aspekty prywatyzacji*, Prawnicza i Ekonomiczna Biblioteka Cyfrowa, Wrocław 2012.

¹⁴ Wyrok WSA w Warszawie z dnia 14 grudnia 2005 r. III SA/Wa 2815/05. W uzasadnieniu wyroku Sąd stwierdził, że „wykonywanie przez gminę zadań komunalnych we własnym zakresie – przez utworzoną w tym celu jednostkę organizacyjną, siłą rzeczy, zawarcia umowy nie wymaga. Podstawą powierzenia wykonywania tych zadań jest bowiem sam akt organu gminy, powołujący do życia tę jednostkę i określający przedmiot jej działania”.

4. Środki publiczne

Nabyciu przez zamawiających robót budowlanych dostaw lub usług za wynagrodzeniem w drodze zamówienia publicznego służą w dużej mierze środki publiczne, co wynika choćby z faktu, iż zamawiającymi są przeważnie jednostki sektora finansów publicznych, a środki publiczne przeznacza się na wydatki publiczne. Oznacza to, że przepisy o zamówieniach publicznych nie obejmują wszystkich sposobów wydatkowania środków publicznych, lecz tylko takie, które mają na celu nabycie robót budowlanych, dostaw lub usług za wynagrodzeniem w drodze zamówienia publicznego.

Zasady wydatkowania i sama definicja środków publicznych zawarta jest w przepisach art. 5 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych¹⁵. Przepisy ustawy w art. 44 wskazują wyraźnie, iż jednostki sektora finansów publicznych dokonują wydatków zgodnie z przepisami dotyczącymi poszczególnych rodzajów wydatków. Natomiast same wydatki publiczne powinny być dokonywane: w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem zasad: a) uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów, b) optymalnego doboru metod i środków służących osiągnięciu założonych celów; w sposób umożliwiający terminową realizację zadań; a także w wysokości i terminach wynikających z wcześniej zaciągniętych zobowiązań.

Oprócz środków publicznych formą zapłaty za wykonanie zamówienia mogą być również elementy majątku publicznego, choć niewątpliwie przypadki takie zaliczyć będzie można do sporadycznych. W takiej sytuacji zastosowanie będą musiały znaleźć przepisy regulujące zasady gospodarowania tym majątkiem.

Środki publiczne nie są więc jedynymi środkami, które wydatkowane będą celem nabycia przedmiotu zamówień publicznych. Nastąpiło odstępstwo od tej formalnej reguły. W ramach zamówień publicznych wydatkowane mogą być także środki prywatne. Wydatkowane one będą w przypadku udzielania zamówień przez tzw. zamawiających sektorowych, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 4 Pzp, a także w przypadkach udzielania zamówień przez podmioty prywatne i niezależne od państwa, zobowiązane do stosowania przepisów ustawy w przypadkach określonych w art. 3 ust. 1 pkt 4 Pzp.

Wydatkowanie środków w zamówieniach publicznych powinno odbywać się zgodnie z zasadami udzielania zamówień, a w przypadku środków publicznych – zgodnie z zasadami dokonywania wydatków publicznych określonych w przepisach ustawy o finansach publicznych. Tym samym wydatkowanie tych środków oznacza konieczność przestrzegania przepisów także innych ustaw.

5. Zobowiązanie do stosowania ustawy

Jak już wskazano, nie wszystkie wymienione w definicji zbiorczej podmioty posiadac będą status zamawiających. Pojęcie „zamawiający” ustawodawca zarezerwował dla kręgu podmiotów zobowiązanych do stosowania jej przepisów, czyli w istocie podmiotów, które będą udzielały zamówień publicznych. Oznacza to, iż będą przeprowa-

¹⁵ T.j. Dz.U. z 2016, poz. 1870.

działy, zgodnie z regułami zawartymi w jej przepisach, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego i zawierały z wybranymi w ten sposób wykonawcami odpłatne umowy, których przedmiotem mają być usługi, dostawy lub roboty budowlane.

Przyjąć więc można, iż zamawiającym będzie podmiot wyraźnie w ustawie wskazany, dokonujący zamówień na roboty budowlane, dostawy oraz usługi i w zasadzie wydatkujący na ich uzyskanie środki finansowe, które kwalifikowane są jako środki publiczne. Ustawodawca w przepisach ustawy jednoznacznie podkreśla fakt, iż to zamawiający jest zobowiązany do stosowania ustawy. To sformułowanie zdaje się odniesieniem do treści przepisu art. 7 Konstytucji RP, stanowiącego, iż „organy władzy publicznej działają na podstawie i w granicach prawa”. Zamawiający to w przeważającej masie podmioty administracji publicznej, a do nich skierowana jest dyspozycja art. 7 i to one podejmować powinny swe działania głównie w interesie publicznym. Jest to tym bardziej istotne, iż zmieniające się cele i zadania administracji powodują konieczność dokonywania zmian w obowiązującym prawie, co sprzyja tworzeniu sytuacji zwanej inflacją lub nadprodukcją prawa¹⁶. Pewien wpływ na to zjawisko ma kwestia transpozycji dyrektyw do prawa krajowego.

Ostatnia dyrektywa klasyczna wskazuje wyraźnie, iż „organy publiczne powinny optymalnie pod względem strategicznym wykorzystać zamówienia publiczne w celu wspierania innowacji”. Zakup innowacyjnych produktów, robót budowlanych i usług odgrywa kluczową rolę w poprawie skuteczności i jakości usług publicznych, przyczyniając się przy tym do rozwiązywania poważnych problemów społecznych. Pozwala także uzyskać optymalną relację jakości do wielkości zainwestowanych środków publicznych, jak również szersze korzyści gospodarcze, środowiskowe i społeczne pod względem generowania nowych pomysłów, przełożenia ich na produkty i usługi innowacyjne, wspierając w ten sposób trwały wzrost gospodarczy¹⁷.

Te liczne zadania i obowiązki wynikające z obowiązującego prawa wymagają niewątpliwie coraz większej profesjonalizacji od zamawiającego. Wydaje się, iż rozwiązania ustawowe powinny zmierzać w tym kierunku poprzez bardziej zdecydowane umożliwianie tworzenia wyspecjalizowanych, profesjonalnych jednostek zamawiających, które przygotowywałyby i przeprowadzały bardziej skomplikowane postępowania o udzielenie zamówienia.

6. Wykonawcy

Ograniczone ramy artykułu nie pozwalają na omówienie zagadnień związanych z rolą wykonawcy w procesie udzielania zamówień. Biorąc wszakże pod uwagę uwagi zamieszczone powyżej, stwierdzić można, iż to zamawiający w określonym

¹⁶ Por. E. Kowalczyk, *Summum ius summa iniuria. Uwagi na tle nowelizacji ustawy Prawo zamówień publicznych*, [w:] M. Kania, P. Nowicki, A. Piwowarczyk (red.), *Modernizacja zamówień publicznych*, Ius Publicum, Warszawa 2017, s. 80, gdzie wskazano, iż Prawo zamówień publicznych od swego uchwalenia, czyli od dnia 29 stycznia 2004 r. nowelizowane było ponad 50 razy, a poprzednia ustawa około 20 razy.

¹⁷ Por. pkt 47 dyrektywy klasycznej 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r.

stopniu decydował będzie o tym, jacy zamawiający będą mogli brać udział w postępowaniu, i kształtował w nim jego pozycję. Warto w tym miejscu zacytować pkt 10 dyrektywy 2014/24/UE, w którym wyraźnie podkreślono, iż „pojęcie wykonawców powinno być interpretowane szeroko, tak aby obejmowało wszelkie osoby lub podmioty, które oferują wykonanie robót budowlanych, dostawę produktów lub świadczenie usług na rynku, niezależnie od formy prawnej, którą te osoby lub podmioty wybrały do celów prowadzenia działalności. W związku z tym firmy, oddziały, jednostki zależne, spółki cywilne, spółdzielnie, spółki akcyjne, uniwersytety – publiczne czy prywatne – oraz formy podmiotów inne niż osoby fizyczne powinny wszystkie być objęte zakresem pojęcia wykonawca”. Rzeczą zamawiającego jest więc zadbanie o to, by w procedurze udzielania zamówienia mogła wziąć udział jak największa liczba wykonawców.

7. Zakończenie

Przepisy Prawa zamówień publicznych przyznają podstawową rolę w procesie przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zamawiającemu. Wielopodmiotowa definicja zamawiającego zawarta w ustawie wymaga dokonania dodatkowych wyjaśnień podmiotowych i przedmiotowych, pozwalających na zidentyfikowanie, który ze wskazanych w niej podmiotów jest zamawiającym. Na nim to, jako na podmiocie wyłaniającym wykonawcę i zawierającym umowę, ciąży odpowiedzialność za prawidłowość zamówienia publicznego. Stąd tak istotny jest proces prawidłowego uregulowania pozycji zamawiającego w ustawie.

Literatura

- Baehr J., Czajkowski T., Dzierżanowski W., Kwieciński T., Łysakowski W., 2007, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa.
- Biernat S., 1994, *Prywatyzacja zadań publicznych. Problematyka prawna*, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa-Kraków.
- Guziński M., 2006, *Zamówienia publiczne w realizacji funkcji zarządu mieniem publicznym*, [w:] B. Popowska (red.), *Funkcje współczesnej administracji gospodarczej*, Wydawnictwo Poznańskie, Poznań.
- Kocowski T., 2012, *Prywatyzacja zarządzania majątkiem publicznym, prywatyzacja majątkowa, prywatyzacja zadań publicznych i prywatyzacja wykonania zadań publicznych*, [w:] J. Blicharz (red.), *Prawne aspekty prywatyzacji*, Prawnicza i Ekonomiczna Biblioteka Cyfrowa, Wrocław.
- Kowalczyk E., 2017, *Summum ius summa iniuria. Uwagi na tle nowelizacji ustawy Prawo zamówień publicznych*, [w:] M. Kania, P. Nowicki, A. Piwowarczyk (red.), *Modernizacja zamówień publicznych, Ius Publicum*, Warszawa.
- Niczyporuk J., 2013, *Podmiot zamawiający*, [w:] J. Sadowy (red.), *System zamówień publicznych w Polsce*, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa.