
Krzysztof Horubski

Uniwersytet Wrocławski

e-mail: krzysztof.horubski@uwr.edu.pl

ORCID: 0000-0003-3062-6015

PUBLICYZACJA PRAWA PRYWATNEGO W OBSZARZE PRAWA ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

PRIVATE LAW ACQUIRING FEATURES OF PUBLIC LAW IN THE CONTEXT OF PUBLIC PROCUREMENT ACT

DOI: 10.15611/pn.2018.540.07

JEL Classification: K200

Streszczenie: W artykule dokonano oceny zasadności posługiwania się pojęciem „publicyzacja prawa prywatnego” w odniesieniu do prawa zamówień publicznych. Płaszczyzną odniesienia jest tu wpływ prawa zamówień publicznych na obszar stosunków umownych (umów zobowiązaniowych). Mówiąc o publicyzacji prawa prywatnego przez prawo zamówień publicznych, można stwierdzić występowanie dwóch aspektów tego procesu. Z jednej strony, w ramach odnośnego zespołu unormowań wprowadza się – w interesie publicznym – wiele imperatywnych wymogów ważności (skuteczności) cywilnoprawnych czynności prawnych, służących zawieraniu i wykonywaniu umów w sprawach zamówień publicznych. Drugim przejawem tytułowego procesu jest wprowadzanie do porządku prawnego środków prawa administracyjnego uzupełniających instrumenty cywilnoprawne w celu zapewniania udzielania i wykonywania zamówień publicznych zgodnie z publicznoprawnymi zasadami właściwymi tej dziedzinie prawa.

Słowa kluczowe: publicyzacja prawa prywatnego, prawo zamówień publicznych, umowa zobowiązaniowa, realizacja zamówienia publicznego.

Summary: The paper aims at evaluating whether it is justified to talk about “private law acquiring features of public law” with respect to public procurement act. This issue will be discussed from the perspective of the impact of public procurement law on contractual relationships (resulting from contracts creating obligations). When discussing how public procurement act causes private law to acquire features of public law, two aspects of the process may be identified. On the one hand, a set of legal norms is supplemented, for public benefit, with a number of obligatory requirements conditioning validity (legal effect) of civil law legal transactions, applicable to execution and performance of public contracts. The other aspect of the process concerned is the introduction of administrative law solutions to supplement the existing civil law tools, in order to ensure that public contracts are awarded and performed in compliance with public law principles characteristic for this field of law.

Keywords: private law acquiring features of public law, public procurement act, contracts creating obligations, performance of a public contract.

1. Wstęp

W nauce prawa zdecydowanie dominuje pogląd o publicznoprawnej naturze prawa zamówień publicznych¹. Akceptacja tego poglądu rodzi z kolei pytanie o możliwość postrzegania niewątpliwego i stałego rozszerzania się zakresu regulacji prawa zamówień publicznych w kontekście zjawiska określanego mianem publicyzacji prawa prywatnego. Zasadność stawiania tej kwestii wobec odnośnej dziedziny prawa wynika z tożsamości przedmiotu regulacji przeważającej części unormowań prawa zamówień publicznych oraz cywilnoprawnej regulacji umów zobowiązaniowych². Dotyczy to zagadnień trybu dochodzenia do zawarcia umowy, a także samej umowy i jej wykonywania. Stąd też na gruncie polskich (krajowych) procedur udzielania zamówień publicznych przepisy dotyczące postępowania o udzielenie zamówienia oraz o umowie w sprawie zamówienia publicznego zawarte w Ustawie z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych³ są traktowane jako *lex specialis* w odniesieniu do stosowanych, odgrywających rolę *lex generalis*, unormowań KC⁴. Wskazany stan rzeczy zostaje dodatkowo utwierdzony odesłaniami do bezpośredniego, (a nie odpowiedniego) stosowania właściwych unormowań KC do czynności zamawiającego oraz wykonawców, składających się na postępowanie zamówieniowe (art. 14 ust. 1 Pzp)⁵, oraz w odniesieniu do umowy w sprawie zamówienia (art. 139 ust. 1 Pzp)⁶. Z tej perspek-

¹ Zob. przykładowo K. Horubski, *Publiczno- i prywatnoprawne elementy zamówień publicznych*, Państwo i Prawo, 2009, nr 7, s. 75-79, 82-84; H. Nowicki, *Prawo zamówień publicznych – pojęcie i zakres regulacji*, [w:] H. Nowicki, J. Sadowy (red.), *XV-lecie systemu zamówień publicznych w Polsce*, Toruń-Warszawa 2009, s. 88-94; E. Przeszło, *Prawo zamówień publicznych*, [w:] A. Powałowski (red.), *Prawo gospodarcze publiczne*, Warszawa 2011, s. 476-478; R. Szostak, *Podstawowe instrumenty administracyjne w zamówieniach publicznych*, Prawo Zamówień Publicznych. Kwartalnik, 2013, nr 4, s. 27-31; R. Szostak, *Zakres i struktura prawa zamówień publicznych*, Prawo Zamówień Publicznych. Kwartalnik, 2013, nr 4, s. 15-17.

² Przed wszystkim dotyczy to przedmiotu regulacji unormowań Księgi Trzeciej – Zobowiązania oraz części ogólnej ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny, tj. Dz. U. z 2018 r., poz. 1025 ze zm.; dalej w skrócie jako KC.

³ Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych, tj. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.; dalej w skrócie jako Pzp.

⁴ Zob. Z. Gordon, *Charakter prawny postępowania o udzielenie zamówienia publicznego*, [w:] Urząd Zamówień Publicznych, *Pięciolecie funkcjonowania Krajowej Izby Odwoławczej w systemie zamówień publicznych (zbiór referatów konferencyjnych)*, Warszawa 2012 (www.uzp.gov.pl), s. 8-9.

⁵ Zgodnie z art. 14 ust. 1 Pzp do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy Ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej.

⁶ Zgodnie z art. 139 ust. 1 Pzp do umów w sprawach zamówień publicznych, zwanych dalej „umowami”, stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej.

tywy regulacja wskazywanych instrumentów prawnych udzielania oraz wykonywania zamówień jawi się jako zbiór ograniczeń, swoisty „gorset” prawny, nałożony na podmioty publiczne w działaniach polegających na odpłatnym pozyskiwaniu dóbr i usług. Warto w tym kontekście zwrócić uwagę na to, że w sytuacji, gdyby (teoretycznie) nie istniały szczególne, publicznoprawne reguły kontraktowania, składające się na prawo zamówień publicznych, to właśnie regulacja cywilnoprawna stanowiłaby podstawę w normowaniu działalności podmiotów publicznych jako nabywców rynkowych. Wobec tego rozwój i przyrost ilościowy unormowań prawa zamówień publicznych może być postrzegany jako przejaw procesu publicyzacji prawa prywatnego, dla którego zawieranie i wykonywanie umów zobowiązaniowych (przez podmioty tego prawa, do których należą także publiczne osoby prawne) jest „naturalnym” obszarem regulacji⁷. Oczywiście w tym kontekście należy pamiętać o specyfice zarządzania (gospodarowania) własnością (mieniem) publicznym, które podlega innym rzeczywistym warunkowaniom oraz procesom motywacyjnym u osób zarządzających, niż ma to miejsce w przypadku własności prywatnej. Specyfika ta wymaga tworzenia unormowań „wymuszających” czy też „promujących” takie zarządzanie (gospodarowanie) mieniem publicznym jako przynależnym do podmiotów w pewnym sensie abstrakcyjnych (państwo, samorząd terytorialny), aby faktycznie (rzeczywiście) zawiadujące takim mieniem osoby fizyczne, w tym osoby pełniące funkcje publiczne, działały w sposób efektywny ekonomicznie i z poszanowaniem praw podstawowych. Regulacja prywatnoprawna, której zasadniczą funkcją jest ustanawianie instrumentów prawnych dla korzystania z wolności (swobody decyzyjnej) podmiotów prywatnych, nie jest wobec tego adekwatna dla osiągnięcia celu zapewniania efektywności ekonomicznej działań podmiotów, zarządzanych przez osoby, które nie są bezpośrednio zainteresowane odpowiednimi wynikami takiej działalności. Działania osób faktycznie zarządzających taką działalnością nie dotyczą bowiem ich własnego majątku ani też osoby takie nie odczuwają korzyści w osobistej sytuacji majątkowej z powodu takiego wykorzystania składników majątku publicznego, które pozostaje w zgodzie z regułami rachunku ekonomicznego (zasadami prawidłowego gospodarowania). Do przyczyn decydujących o konieczności istnienia w porządkach prawnych współczesnych państw reżimów prawnych udzielania zamówień publicznych, oprócz względów efektywności ekonomicznej gospodarowania mieniem publicznym, dochodzi także element związania prawami o charakterze podstawowym, podmiotów, organów czy instytucji szeroko rozumianego państwa, niezależnie od tego, czy działalność ma charakter władczy czy też niewładczy, w tym kontraktowy⁸.

W dalszej części artykułu przedmiotem rozważań będzie kwestia zasadności odnoszenia tytułowego pojęcia „publicyzacja prawa prywatnego” do zjawiska rozszerzania się regulacji prawa zamówień publicznych. Zostaną ukazane także przy-

⁷ Zob. J. Helios, *Publicyzacja prawa prywatnego – prywatyzacja prawa publicznego w kontekście rozważań nad prawem europejskim*, Przegląd Prawa i Administracji, 2013, nr 92, s. 28-29.

⁸ Zob. H. Maurer, *Ogólne prawo administracyjne*, Wrocław 2003, s. 41-43.

kładowe przejawy procesu publicyzacji w płaszczyźnie zawierania i wykonywania umów zobowiązaniowych, w sytuacji, gdy są one poddane reżimowi prawa zamówień publicznych.

2. Odniesienie pojęcia publicyzacji prawa prywatnego do prawa zamówień publicznych jako prawa specjalnego administracji publicznej

Stwierdzenie o nieodzowności istnienia wykazującego specyfikę podmiotową oraz przedmiotową reżimu prawnego udzielania i wykonywania zamówień publicznych⁹ nie w pełni pozwala umieścić ten zespół unormowań w pojęciu „publicyzacja prawa prywatnego”, tak jak jest ona postrzegana w poglądach przedstawicieli nauki prawa prywatnego. Definiując odnośne zjawisko, M. Safjan określa je jako odnotowywany od ponad 100 lat „proces odchodzenia od założeń klasycznego prawa cywilnego”. Proces ten przejawia się w „coraz silniejszej ingerencji czynnika publicznego w sferę zastrzeżoną wcześniej dla autonomicznych zachowań jednostek, w systematycznym ograniczaniu pola zastosowania metody prywatnoprawnej na rzecz regulacji publicznoprawnych, a więc wyjęciu pewnych segmentów z zakresu prawa prywatnego, coraz wyraźniejszej infiltracji interesu zbiorowości (publicznego) w obszarze relacji pozostawionych na gruncie tradycyjnym wyłączności stron, ale także w coraz silniejszym rozproszeniu instytucji i rozwiązań (zjawisko stratyfikacji prawa prywatnego), w zależności od wąsko ujmowanych celów i funkcji poszczególnych regulacji”¹⁰.

W poglądach doktryny jako szczególny obszar dokonywania się procesu publicyzacji prawa prywatnego wskazuje się ogólnie wyodrębniane (ze względu na przedmiot regulacji) prawo gospodarcze¹¹. W tej jego części, która normuje stosunki pomiędzy przedsiębiorcami (obróć profesjonalny) oraz pomiędzy przedsiębiorcami a konsumentami (obróć konsumencki), zauważa się zjawisko przyrostu liczby normatywnych ograniczeń autonomii decyzyjnej podmiotów prawa prywatnego oraz ich swobody działania ze względu na silnie obecnie odczuwaną potrzebę ochrony takich wartości, jak: interesy gospodarcze konsumentów oraz swoboda konkuruja-

⁹ Zob. M. Burgi, *Przyszłość prawa zamówień publicznych*, Prawo Zamówień Publicznych. Kwartalnik, 2010, nr 1, s. 80-81.

¹⁰ M. Safjan, *Pojęcie i systematyka prawa prywatnego*, [w:] M. Safjan (red.), *Prawo cywilne – część ogólna. System Prawa Prywatnego*, t. 1, Warszawa 2007, s. 47-48.

¹¹ Na temat pojęcia prawa gospodarczego zob. A. Bator, *Czy istnieje prawo gospodarcze?*, *Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny*, 1993, nr 3, s. 2-3; A. Chelmoński, *Co to jest prawo gospodarcze?*, *Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny*, 1993, nr 3, s. 7-8; W. Małecki, *Prawo administracyjne prywatne: propozycja nowego terminu w siatce pojęciowej polskiego prawa administracyjnego*, *Przegląd Prawa i Administracji*, tom CXIV, 2018, s. 149-153; K. Strzykowski, *Publiczne prawo gospodarcze*, Warszawa 2011, s. 45-46.

nia¹². Następuje to ze względu na zagrażający wskazywanym dobrom proces koncentracji kapitału, powodującej zmniejszanie się liczby potencjalnych konkurentów rynkowych (proces oligopolizacji) i stały wzrost ich faktycznej przewagi nad pojedynczymi konsumentami czy przedsiębiorcami sektora MŚP (mikro-, małych i średnich przedsiębiorców)¹³.

Oprócz normatywnych ograniczeń autonomii podmiotów prawa prywatnego w celu ochrony wartości utożsamianych – z racji swego ponadjednostkowego charakteru – z interesem publicznym, proces publicyzacji prawa prywatnego cechuje się wkraczaniem „na pole zastrzeżone niegdyś dla wyłączności instrumentów prawa prywatnego” instrumentów publicznoprawnych (szczególnie administracyjnoprawnych, ale także karnoprawnych oraz mieszanych – administracyjno-karnych). Stanowią one swoisty „suplement” do regulacji prywatnoprawnej, a przez to są komplementarne w stosunku do rozwiązań prawa cywilnego. Procesowi, o którym tu mowa, nie towarzyszy jednak eliminacja właściwej prawu prywatnemu metody regulacji prawnej stosunków społeczno-gospodarczych¹⁴. Podkreśla to L. Kieres, który odnosząc swoje rozważania o zasadzie prawidłowego (starannego) zarządu mieniem publicznym także do zamówień publicznych, stwierdza, że regulacje publicznoprawne służą ochronie mienia publicznego „przede wszystkim jako instrument wspierania odpowiednich dla wykonywania tej funkcji ochronnej rozwiązań prawa cywilnego (...) w związku z rozporządzaniem prawami majątkowymi w stosunkach prawa prywatnego przy ustalaniu wzorców powinny zachowania się przy zawieraniu umów (...)”¹⁵.

Komplementarność publicyzacji prawa prywatnego, o której mowa powyżej, przejawia się w dwóch aspektach. Pierwszy z nich obejmuje „obudowywanie” (uzupełnianie) konstrukcji prywatnoprawnych, bez kwestionowania ich funkcji i celowości dodatkowymi instrumentami prawnymi o charakterze publicznoprawnym, przy czym chodzi tu instrumenty zawierające w sobie element władczego oddziaływania na jedną lub obie strony odpowiednich stosunków cywilnoprawnych. Drugi z wzmiankowanych powyżej aspektów dotyczy modyfikacji tradycyjnych rozwiązań prawa prywatnego, stanowiąc ingerencję w sferę uprzednio objętą (w większym stopniu) autonomią stron. Istotnym przejawem tego procesu jest wprowadzanie „regulacji opierającej się na dużej liczbie przepisów kogencyjnych, a także uzależnieniu skuteczności czynności prywatnoprawnych od spełnienia rygorystycznych i precyzyjnie określonych wymagań typu publicznoprawnego”¹⁶. Oba wskazywane

¹² M. Safjan, wyd. cyt., s. 48.

¹³ Zob. J. Habermas, *Strukturalne przeobrażenia sfery publicznej*, Warszawa 2007, s. 283-284; A. Żurawik, *Problem publicyzacji prawa prywatnego w kontekście ustrojowym*, Państwo i Prawo, 2010, nr 5, s. 36-40.

¹⁴ M. Safjan, wyd. cyt., s. 49.

¹⁵ L. Kieres, *Zarząd mieniem publicznym*, [w:] J. Grabowski, L. Kieres, A. Walaszek-Pyziół, M. Biliński, R. Blicharz, T. Długosz, K. Horubski, K. Kiczka, T. Kocowski, M. Szydło, A. Żurawik, *Publiczne prawo gospodarcze. System prawa administracyjnego*, t. 8A, Warszawa 2013, s. 361-365.

¹⁶ M. Safjan, wyd. cyt., s. 50.

tu wymiary zjawiska publicyzacji prawa prywatnego występują w obszarze prawa zamówień publicznych. Z jednej strony, opiera się ono bowiem na przepisach typu *ius cogens*, a przepisy *ius dispositivum* stanowią w tym obszarze regulację wyjątkową. Dla uznania za dyspozytywny przepisu prawa zamówień publicznych konieczne jest, aby wynikało to wyraźnie z samej jego treści¹⁷. Z drugiej zaś strony, prawo zamówień uzależnia ważność umowy o zamówienie oraz jej zmian od spełnienia wielu ustanowionych w interesie publicznym przesłanek o charakterze proceduralnym. Ich niedopełnienie skutkuje bowiem sankcjami o charakterze cywilnoprawnym odnoszącymi się do ważności (skuteczności) tych czynności¹⁸. Instrumenty prawne, które na podstawie kryterium metody regulacji zostaną uznane za prywatnoprawne (cywilnoprawne), jak umowa w sprawie zamówienia oraz postępowanie o udzielenie zamówienia (rozgrywające się, co do zasady, w ramach tzw. porozumienia przetargowego¹⁹), pozostają w obszarze prawa zamówień publicznych w funkcjonalnym sprzężeniu z instrumentami prawnymi ze sfery prawa publicznego (np. kontrolą udzielania zamówień publicznych sprawowaną przez Prezesa UZP, administracyjnymi karami pieniężnymi, odpowiedzialnością karną, odpowiedzialnością za naruszenie dyscypliny finansów publicznych). Rolą tych drugich jest wspieranie skuteczności (efektywności) instrumentów cywilnoprawnych, a związki tego rodzaju wynikają m.in. z „ułomności” sankcji cywilnoprawnych realizowanych, z reguły, na drodze sądowej i to w uzależnieniu od podjęcia inicjatywy w tym względzie przez podmioty, mające w tym interes prawny²⁰.

Prawo zamówień publicznych jako regulacja ustanawiana – historycznie oraz współcześnie – specjalnie na potrzeby działalności podmiotów publicznych nie stanowi przejawu publicyzacji prawa prywatnego w typowym dla tego pojęcia sensie, jak to miejsce w przypadku wykształcenia się i rozwoju publicznoprawnej ochrony konkurencji i konsumentów. Nasycaenie elementami „publicznymi” regulacji stosunków prawnych pomiędzy przedsiębiorcami, a także przedsiębiorcami i konsumentami w sferze ich wzajemnego konkurowania oraz transakcji konsumenckich dotyczy bowiem stosunków pomiędzy podmiotami prywatnymi. Natomiast prawo zamówień z założenia normuje sytuację podmiotów publicznych – jednostek organizacyjnych państwa oraz podmiotów pozostających pod dominującym wpływem takich jednostek państwowych. Można zakładać, że kształtowanie się pierwszych w ujęciu historycznym specyficznych reguł nabywania przez podmioty państwowe dóbr lub usług towarzyszyło wyodrębnianiu się państwowości w ogóle, a co za tym idzie – także powstawaniu jakiegoś rozumienia mienia publicznego. Inaczej rzecz ujmując, należy stwierdzić, że kształtowanie się takiej regulacji prawnej było elementem procesu

¹⁷ Zob. przykładowo art. 30 ust. 8-9 umożliwiające zamawiającemu dokonanie funkcjonalnego opisu przedmiotu zamówienia jako alternatywy dla opisu przedmiotu zgodnie z regułami określonymi w art. 30 ust. 1, 3-5 Pzp.

¹⁸ Zob. art. 140 ust. 3, art. 144 ust. 2, art. 144a, art. 146 ust. 1 oraz ust. 6 Pzp.

¹⁹ Zob. R. Szostak, *Przetarg nieograniczony na zamówienie publiczne. Zagadnienia konstrukcyjne*, Kraków 2005, s. 143.

²⁰ R. Szostak, *Zakres i struktura...*, s. 17.

wyodrębniania się prawa publicznego oraz prywatnego już na podstawie pierwotnego kryterium zbiorowej (państwowej) lub indywidualnej korzyści (interesu). W tym sensie można stwierdzić, że unormowania, dotyczące sposobów nabywania dóbr czy usług przez podmioty (jednostki) państwowe, od swych początków, ze względu na adresatów tych unormowań oraz ich cele, miały charakter publicznoprawny, kształtując się obok unormowań z zakresu obrotu majątkowego pomiędzy podmiotami prywatnymi i pozostając z nimi w ścisłym związku²¹. Inaczej więc niż w przypadku regulacji publicznoprawnej z zakresu ochrony konkurencji i konsumentów prawo zamówień publicznych nie stanowi w zasadzie obszaru ingerencji w pole uprzednio „zastrzeżone” dla regulacji cywilnoprawnej, gdyż nie dotyczy ono, poza wyjątkowymi sytuacjami, stosunków obustronnie prywatnych. Z perspektywy podmiotów (przedsiębiorców) prywatnych, ujmowanych jako zbiorowość, stanowi ono nie tyle pole ograniczenia ich swobody działania, co przeciwnie – jest wyrazem dążenia do zapewnienia im swobody konkurowania (wolności gospodarczej) na rynkach publicznych. Niemniej jednak, jak już podkreślano, definicyjne cechy zjawiska publicyzacji prawa prywatnego, a więc wprowadzanie do porządku prawnego instrumentów z obszaru prawa administracyjnego dla wspierania rozwiązań cywilnoprawnych w osiąganiu za ich pomocą zakładanych przez prawodawcę celów, a także „obudowywanie” czynności cywilnoprawnych szeregiem szczegółowych, imperatywnych wymogów ich ważności (skuteczności) dla ochrony interesu publicznego z pewnością występują w prawie zamówień publicznych. Zasadne jest więc odnoszenie do tego zespołu unormowań analizowanego w niniejszej części rozważań pojęcia, z zastrzeżeniami, o których mowa powyżej.

3. Przejawy publicyzacji prawa prywatnego w prawie zamówień publicznych

Podstawowym polem publicyzacji prawa prywatnego w prawie zamówień publicznych jest postępowanie o udzielenie zamówienia, które w toku historycznego rozwoju tej instytucji prawnej nabrało cech złożonej regulacji proceduralnej, operującej przede wszystkim unormowaniami *ius cogens*, oraz wyznaczającej istotnie ograniczony zakres korzystania przez podmioty publiczne ze swobody umów.

W obecnym stadium rozwoju prawa zamówień publicznych szczególnym polem publicyzacji staje się etap wykonywania umowy w sprawie zamówienia. Jeszcze do niedawna wskazane stadium procesu dochodzenia zamówienia publicznego do skutku postrzegane było jako domena prawa cywilnego, z niewielkim jedynie zakresem publicznoprawnej regulacji zawartej w ustawie Pzp²². W poglądach doktryny zajęto

²¹ Tamże, s. 3.

²² A. Panasiuk stwierdził nawet, że także przepisy ustawy Pzp dotyczące umów w sprawach zamówień (art. 139-151a, dział IV) mają charakter cywilnoprawny, zob. A. Panasiuk, *System zamówień publicznych. Zarys wykładu*, Warszawa 2013, s. 84. Por. M.A. Simovart, *Amendments to procurement contracts: estonian law in the light of the pisetext ruling*, Juridica International, 2010, nr 17, s. 151.

także stanowisko, na podstawie odesłania zawartego w art. 139 Pzp, o możliwości wyodrębnienia zasady stosowania do umów w sprawach zamówień przepisów KC, wskazując jako konsekwencję tej zasady niemożność udzielenia zamówienia w inny sposób niż w drodze umowy cywilnoprawnej. Oznacza to, że należy mówić o wymogu udzielenia zamówienia w drodze umowy, która w zakresie nieuregulowanym w ustawie Pzp podlega przepisom KC²³. Także w poglądach doktryny prawa niemieckiego można spotkać się ze stanowiskami wyraźnie odróżniającymi publicznoprawny stosunek w ramach postępowania o udzielenie zamówienia (niem. *Vergaberechtsverhältnis*) od prywatnoprawnego stosunku realizacji umowy (niem. *Ausführungshandlung*)²⁴. Stwierdzenia takie znajdują uzasadnienie w fakcie koncentracji prawa zamówień publicznych na samym postępowaniu o udzielenie zamówienia, które na zasadach: ochrony konkurencji (w tym dostępu do zamówienia), równego traktowania oraz jawności ma doprowadzić do zawarcia odpłatnej umowy z podmiotem wybranym z poszanowaniem tych zasad. Natomiast wykonywanie tak zawartej umowy ma pozostawać zasadniczo przedmiotem regulacji odnośnych przepisów prawa cywilnego. Dominującą rolę na tym etapie odgrywają więc przepisy normujące wykonywanie zobowiązań umownych (w tym dotyczące poszczególnych typów umów nazwanych), określające skutki niewykonania lub nieprawidłowego wykonania zobowiązań z takich umów (w tym dotyczące kar umownych, rękojmi lub gwarancji) czy też wskazujące na podstawy prawne wypowiedzania lub odstępowania rozwiązywania takich umów²⁵.

Trzeba w tym miejscu także podkreślić, że prawo zamówień publicznych wpływa na treść umów o zamówienia przede wszystkim w sposób pośredni, tj. poprzez adresowany do zamawiającego wymóg takiego opisywania przedmiotu zamówienia oraz ustalania warunków umowy, aby było to zgodne z zasadą otwierania dostępu do zamówień i równego traktowania wykonawców²⁶. Na tym tle wyjątkowego charakteru nabiera unormowanie przewidujące obowiązek zawierania umów w sprawie

²³ G. Wicik, P. Wiśniewski, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2007, s. 674. Autorzy ci, wskazując na niemożność udzielenia zamówienia w innej formie prawnej niż umowa cywilnoprawna, w ramach przykładu zwrócili uwagę na niemożność udzielenia zamówienia w drodze porozumienia administracyjnego, co stanowiłoby przejaw obejścia bezwzględnie obowiązującej regulacji prawa zamówień publicznych.

²⁴ R. Regler, *Vergaberecht zwischen öffentlichem und privatem Recht*, Berlin 2007, s. 266. Autor ten w swych rozważaniach o charakterze stosunków prawnych, jakie nawiązują się w obszarze prawa zamówień publicznych, odniósł się do obecnej w poglądach niemieckiej doktryny prawa publicznego tzw. teorii dwóch stopni (niem. *Zwei-Stufen-Theorie*), w świetle której „wykonawczy” stosunek cywilnoprawny z umowy w sprawie zamówienia nawiązuje się w wyniku uprzedniego przeprowadzenia postępowania opartego na zasadach równego traktowania oraz ochrony konkurencji, mającego w związku z tym charakter publicznoprawny. Zob. R. Regler, wyd. cyt., s. 264-267.

²⁵ Zob. P. Granecki, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2012, s. 127-129; J. Jerzykowski, [w:] M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2010, s. 599-600.

²⁶ Zob. przykładowo art. 7 ust. 1, art. 22 ust. 1a, art. 29 ust. 2, art. 51 ust. 1, art. 91 ust. 3 Pzp.

zamówienia na czas określony – jako przykład bezpośredniej ingerencji ustawodawcy w treści umowy w sprawie zamówienia²⁷. Jednakże przyrost swoistych dla prawa zamówień publicznych unormowań, dotyczących wykonywania umów powoduje, że stopniowo przybywa także dalszych normatywnych przejawów bezpośredniej ingerencji ustawowej w treść umów zawieranych w tym reżimie prawnym. Taki stan rzeczy należy uznać za wyraz procesu publicyzacji prawa prywatnego, polegającej na ograniczaniu swobody umownej w drodze mniej lub bardziej skonkretyzowanych nakazów nadawania umowie określonej treści²⁸.

Stopniowy rozrost regulacji prawa zamówień publicznych, normującej zagadnienia dotyczące treści, formy umów w sprawach zamówień, warunków ich zmian przedmiotowych oraz podmiotowych, rozwiązywania takich umów czy zabezpieczenia ich należytego wykonywania, dowodzi dostrzegania – przez prawodawcę zarówno polskiego, jak i unijnego – znaczenia tego stadium dla osiągnięcia publicznych celów, leżących u podstaw całego tego zespołu unormowań. Szczególnie wyrazistym tego przejawem jest wprowadzenie w dyrektywach z 2014 r., po raz pierwszy w historii unijnego prawa zamówień, regulacji dotyczącej niektórych aspektów wykonywania zamówień publicznych, w tym rozbudowanych unormowań, wyznaczających prawne ramy podmiotowych, oraz przedmiotowych zmian umów²⁹. Regulacja ta stanowi niewątpliwie daleko idącą w skutkach ingerencję w swobodę zmiany treści oraz stron umów zawieranych w reżimie zamówień publicznych, aczkolwiek w odniesieniu do porządków prawnych niektórych państw członkowskich jej implementacja może oznaczać *de facto* zwiększenie możliwości dokonywania modyfikacji umownych w stosunku do stanu prawnego, jaki wynikał z obowiązujących uprzednio, w tej

²⁷ Zob. art. 142 ust. 1-2 Pzp.

²⁸ Przykładem może być ustanowienie obowiązku wprowadzania w umowach w sprawach zamówień klauzul dotyczących ich modyfikacji treściowej w zakresie wynagrodzenia wykonawcy w sytuacjach, gdy umowa zawierana jest na czas dłuższy niż 12 miesięcy, a zmiany takich okoliczności, jak: stawki podatków od towarów i usług, wysokość minimalnego wynagrodzenia za pracę lub zasady podlegania ubezpieczeniom społecznym lub zdrowotnym, będą miały wpływ na koszt wykonania zamówienia przez wykonawcę. Zob. art. 142 ust. 5 Pzp. Przepis ten został wprowadzony ustawą z 29.8.2014 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2014 r. poz. 1232 ze zm.). Ustawą tą wprowadzono także dalsze wymogi, odnoszone już wyłącznie do treści umów o roboty budowlane. Bezpośrednia ingerencja w treść umowy, która z nich wynika, obejmuje nakazy objęcia treścią umowy m.in. takich kwestii, jak: obowiązek przedkładania przez wykonawcę zamawiającemu projektu umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane; wskazanie terminu na zgłoszenie przez zamawiającego zastrzeżeń do projektu umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane; obowiązek przedkładania przez wykonawcę zamawiającemu poświadczonej za zgodność z oryginałem kopii zawartych umów o podwykonawstwo; obowiązek określenia wysokości kar umownych, z tytułów określonych w ustawie Pzp (zob. art. 143d ust. 1 pkt 1-3, 7).

²⁹ Zob. art. 70-73 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE (Dz. Urz. UE L 94/65) oraz art. 87-90 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylającej dyrektywę 2004/17/WE (Dz. Urz. UE L 94/243).

materii, zakazów ustawowych w prawie krajowym. Taki stan rzeczy wystąpił niewątpliwie wraz z transpozycją odnośnych unormowań dyrektyw do prawa polskiego. Zjawisko publicyzacji prawa prywatnego przybiera tu postać uzależniania ważności (skuteczności) czynności prawnych (w tym przypadku umów zmieniających umowy o zamówienia oraz umów dotyczących zmian podmiotowych po stronie wykonawców) od szeregu przesłanek, służących ochronie interesu publicznego, w tym konkurencyjności i równego traktowania w samym postępowaniu zamówieniowym.

Proces publicyzacji prawa prywatnego w obszarze wykonywania umów zobowiązaniowych zawieranych w reżimie zamówień publicznych jest także wynikiem działań prawodawcy polskiego, niezależnych od działań prawodawcy unijnego. Ustawodawca polski wprowadził przepisy wyrażające zakazy zmian umów w sprawach zamówień już w przepisach Ustawy z dnia 10 czerwca 1994 r. o zamówieniach publicznych (w pierwotnym brzmieniu tej ustawy)³⁰. Zakaz zmian podmiotowych po stronie wykonawcy zamówienia także był częścią składową polskiego systemu zamówień publicznych już w okresie obowiązywania ustawy uzp – jako bezpośrednia konsekwencja wyrażonego w nim nakazu udzielania zamówień wyłącznie wykonawcom wybranym zgodnie z przepisami ustawy³¹. W ślad za tym stadium wykonywania zamówienia publicznego zostało także objęte administracyjnymi obowiązkami: wykonywania kontroli zarządczej w jednostkach sektora finansów publicznych³² oraz dochodzenia roszczeń pieniężnych³³, a także odpowiedzialnością za naruszenia dyscypliny finansów publicznych³⁴ oraz odpowiedzialnością za naruszenie przepisów ustawy realizowaną w drodze administracyjnych kar pieniężnych³⁵. Kwestie wykonywania umów w sprawach zamówień podlegają także, w pewnym stopniu, administracyjnej kontroli Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, znajdującej oparcie przede wszystkim w możliwości uznawania, sprzecznych z przepisami, zmian umowy o zamówienie za udzielanie nowych zamówień poza procedurami³⁶. Wzmiankowane tu instrumenty mają charakter administracyjnoprawny, przybierając postać nakazów (zakazów), wynikających bezpośrednio z ustawy (normy *per se*)³⁷

³⁰ Zob. art. 76 ust. 1-3 Ustawy z dnia 10 czerwca 1994 r. o zamówieniach publicznych, Dz. U. nr 76, poz. 344; dalej w skrócie jako uzp.

³¹ Zob. art. 12a uzp. Zob. również wyrok SN z 13.1.2004 r., V CK 97/2003, OSNC 2005, nr 2, poz. 34.

³² Zob. art. 68-71 Ustawy z dnia 29 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych, tj. Dz. U. z 2017, poz. 2077 ze zm.; dalej w skrócie jako ufp.

³³ Zob. art. 42 ust. 5-6 ufp. W stosunkach prawnych z obszaru prawa zamówień publicznych w szczególności będzie chodziło o roszczenia z kar umownych, powstające w związku z nienależytym wykonywaniem zobowiązań wykonawcy z umów w sprawach zamówień.

³⁴ Zob. art. 17 ust. 1b, pkt 1a, ust. 6 Ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, tj. Dz. U. z 2018 r., poz. 1458, ze zm.

³⁵ Zob. art. 201 ust. 1 pkt 4 Pzp.

³⁶ Zob. art. 168 pkt 3 w zw. z art. 141 ust. 3 Pzp.

³⁷ Zob. K. Kiczka, *Administracyjnoprawne środki kształtowania sytuacji prawnej przedsiębiorców*, [w:] L. Kieres (red.), *Administracyjne prawo gospodarcze*, Wrocław 2009, s. 345-349.

lub postać aktów (decyzji) administracyjnych, wydawanych na podstawie norm pośrednio regulujących, a służących sankcjonowaniu naruszeń odnośnych nakazów. Powiązanie instrumentów cywilnoprawnych, takich jak postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego oraz zobowiązaniowa umowa o zamówienie z takimi właśnie instrumentami prawa administracyjnego, również powinna być uznawana za przejaw publicyzacji prawa prywatnego, w znaczeniu przyjętym w niniejszych rozważaniach.

4. Zakończenie

W powyższych rozważaniach starano się odpowiedzieć na pytanie, na ile zjawisko rozszerzania się i wewnętrznej komplikacji unormowań prawa zamówień publicznych w płaszczyźnie zawierania i wykonywania umów zobowiązaniowych może być uznane za przejaw tendencji określanej mianem „publicyzacja prawa prywatnego”. Wobec tak postawionego problemu stwierdzono, że odnośne zjawisko nie mieści się w pełni w ogólnie przyjętych ramach pojęcia publicyzacji prawa prywatnego, gdyż dotyczy takiego zespołu unormowań, który nie był uprzednio domeną regulacji prywatnoprawnej, z właściwymi dla niej wartościami ochrony swobody decyzyjnej (wolności) człowieka, lecz od swych początków stanowi przykład prawa specjalnego administracji publicznej. Niemniej jednak prawo zamówień publicznych pozostaje w ścisłych związkach z prawem cywilnym, korzystając z instrumentów właściwych tej gałęzi prawa i odsyłając bezpośrednio, wciąż w szerokim zakresie, do właściwych przepisów prawa zobowiązań. Sytuacja korzystania w prawie zamówień publicznych z instrumentów (czynności) cywilnoprawnych, szczególnie zaś z umowy zobowiązaniowej, w połączeniu z ustanowieniem, w interesie publicznym, szeregu imperatywnych wymogów skuteczności (ważności) takich czynności prawnych daje asumpt do postrzegania takiej regulacji prawnej jako przejawu zjawiska publicyzacji prawa prywatnego. Odnośne zjawisko jest szczególnie widoczne w obszarze realizacji zamówień publicznych, gdzie cywilnoprawna regulacja wykonywania zobowiązań umownych w coraz szerszym zakresie jest uzupełniania bądź zastępowana stosownymi unormowaniami prawa zamówień publicznych. Odnotowanym w artykule elementem procesów publicyzacji prawa prywatnego przez prawo zamówień publicznych jest także wprowadzanie przez ustawodawcę środków prawnych prawa administracyjnego, uzupełniających instrumenty cywilnoprawne. Środki takie służą zapewnianiu udzielania i wykonywania zamówień, zgodnie z zasadami prawa zamówień publicznych, a przybierają postać zarówno władczych prawnych form działania administracji, jak i nakazów (zakazów), wynikających z norm bezpośrednio regulujących prawa administracyjnego.

Literatura

- Bator A., *Czy istnieje prawo gospodarcze?*, Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny, 1993, nr 3.
- Burgi M., *Przyszłość prawa zamówień publicznych*, Prawo Zamówień Publicznych. Kwartalnik, 2010, nr 1.
- Chełmoński A., *Co to jest prawo gospodarcze?*, Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny, 1993, nr 3.
- Gordon Z., *Charakter prawny postępowania o udzielenie zamówienia publicznego*, [w:] Urząd Zamówień Publicznych, *Pięciolecie funkcjonowania Krajowej Izby Odwoławczej w systemie zamówień publicznych (zbiór referatów konferencyjnych)*, Warszawa 2012 (www.uzp.gov.pl).
- Granecki P., *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2012.
- Habermaś J., *Strukturalne przeobrażenia sfery publicznej*, Warszawa 2007.
- Helios J., *Publicyzacja prawa prywatnego – prywatyzacja prawa publicznego w kontekście rozważań nad prawem europejskim*, Przegląd Prawa i Administracji, 2013, nr 92.
- Horubski K., *Publiczno- i prywatnoprawne elementy zamówień publicznych*, Państwo i Prawo, 2009, nr 7.
- Kiczka K., *Administracyjnoprawne środki kształtowania sytuacji prawnej przedsiębiorców*, [w:] L. Kieres (red.), *Administracyjne prawo gospodarcze*, Wrocław 2009.
- Kieres L., *Zarząd mieniem publicznym*, [w:] J. Grabowski, L. Kieres, A. Wałaszek-Pyziół, M. Biliński, R. Blicharz, T. Długosz, K. Horubski, K. Kiczka, T. Kocowski, M. Szydło, A. Żurawik, *Publiczne prawo gospodarcze. System prawa administracyjnego*, t. 8A, Warszawa 2013.
- Małecki W., *Prawo administracyjne prywatne: propozycja nowego terminu w siatce pojęciowej polskiego prawa administracyjnego*, Przegląd Prawa i Administracji, tom CXIV, 2018.
- Maurer H., *Ogólne prawo administracyjne*, Wrocław 2003.
- Nowicki H., *Prawo zamówień publicznych – pojęcie i zakres regulacji*, [w:] H. Nowicki, J. Sadowy (red.), *XV-lecie systemu zamówień publicznych w Polsce*, Toruń-Warszawa 2009.
- Panasiuk A., *System zamówień publicznych. Zarys wykładu*, Warszawa 2013.
- Przeszło E., *Prawo zamówień publicznych*, [w:] A. Powalowski (red.), *Prawo gospodarcze publiczne*, Warszawa 2011.
- Regler R., *Vergaberecht zwischen öffentlichem und privatem Recht*, Berlin 2007.
- Safjan M., *Pojęcie i systematyka prawa prywatnego*, [w:] M. Safjan (red.), *Prawo cywilne – część ogólna. System Prawa Prywatnego*, t. 1, Warszawa 2007.
- Simovart M.A., *Amendments to procurement contracts: Estonian law in the light of the pressetext ruling*, Juridica International, 2010, nr 17.
- Stachowiak M., Jerzykowski J., Dzierżanowski W., *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2010.
- Strzyczkowski K., *Publiczne prawo gospodarcze*, Warszawa 2011.
- Szostak R., *Podstawowe instrumenty administracyjne w zamówieniach publicznych*, Prawo Zamówień Publicznych. Kwartalnik 2013, nr 4.
- Szostak R., *Przetarg nieograniczony na zamówienie publiczne. Zagadnienia konstrukcyjne*, Kraków 2005.
- Szostak R., *Zakres i struktura prawa zamówień publicznych*, Prawo Zamówień Publicznych. Kwartalnik, 2013, nr 4,
- Wicik G., Wiśniewski P., *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2007.
- Żurawik A., *Problem publicyzacji prawa prywatnego w kontekście ustrojowym*, Państwo i Prawo, 2010, nr 5.