

Maciej Bendorf-Bundorf

Uniwersytet Warmińsko-Mazurski w Olsztynie

Wydział Prawa i Administracji

ORCID: 0000-0002-7475-4986

e-mail: maciek.bendorf@gmail.com

Wielopłaszczyznowy charakter pojęć: zamówienie publiczne i zamawiający

The multi-faceted character of terms:
public procurement and contracting authority

Streszczenie

Artykuł przedstawia pojęcie zamówienia publicznego oraz pojęcie zamawiającego, wskazując na ich wielopłaszczyznowy charakter. Analizie poddane zostały wybrane poglądy przedstawicieli doktryny w tym zakresie, jak również szczegółowo oceniono definicję zamówienia publicznego określoną w ustawie Prawo zamówień publicznych. Wskazać w tym miejscu należy, że ustawowa definicja zamówienia nie wyraża funkcji i istoty zamówień publicznych, nie taki jest bowiem jej cel. Z kolei występujące w doktrynie zamówień publicznych próby zdefiniowania tego pojęcia trudno uznać za jednorodne i obejmujące wszystkie przypadki nabywania dostaw, usług lub robót budowlanych, które w praktyce obrotu gospodarczego określane są mianem zamówień publicznych.

Celem artykułu jest przedstawienie koncepcji autora w odniesieniu do rozumienia pojęć zamówienia publicznego oraz zamawiającego. Przedstawiony i uargumentowany został podział na pojęcie zamówienia publicznego w znaczeniu formalnym i materialnym. Następnie wprowadzone zostało rozróżnienie na wąskie i szerokie rozumienie zamówienia publicznego. W następstwie tych podziałów autor uznał za wskazane wprowadzenie rozróżnienia w zakresie pojęcia zamawiającego, przedstawiając koncepcję jego wąskiego i szerokiego ujęcia.

Słowa kluczowe

zamówienia publiczne, zamawiający, prawo zamówień publicznych, przetarg, postępowanie w sprawie udzielenia zamówienia publicznego

Abstract

The paper presents various ways of understanding the terms: public procurement and contracting authority. Conducted analysis covered views of the representatives of doctrine and the definition of public procurement contained in the Public Procurement Law Act. Legal definition does not express the essence and functions of public procurement as this is not its purpose. The attempts to define this term in public procurement law doctrine can hardly be considered homogeneous and do not cover all cases of purchasing supplies, services or construction works, which in the practice of economic turnover are referred to as public procurement.

The aim of the paper is to present the concept of the term of public procurement in a formal and material sense as well as the concept of its narrow and broad understanding. The term of contracting authority is also presented in its narrow and broad sense.

Keywords

public procurement, public procurement definition, contracting authority, public procurement law, public procurement procedure

1. Wprowadzenie

Zarówno pojęcie zamówienia publicznego, jak i pojęcie zamawiającego posiadają definicje określone w ustawie – Prawo zamówień publicznych¹. Wydaje się, iż właśnie z uwagi na fakt skonstruowania odpowiednich definicji przez ustawodawcę mamy do czynienia z ograniczeniem doktrynalnych rozważań nad istotą i zakresem tych pojęć. W literaturze przedmiotu stosunkowo rzadkie są próby stworzenia własnych autorskich definicji, co bezpośrednio związane jest z przyjęciem przez znaczącą część autorów rozumienia wskazanego w ustawowym słowniku pojęć jako fundamentu dla swoich rozważań.

Wskazać jednak należy, że ustawowa definicja zamówienia nie wyraża funkcji i istoty zamówień publicznych, nie taki jest bowiem jej cel. Z kolei występujące w doktrynie próby zdefiniowania tego pojęcia trudno uznać za jednorodne i obejmujące wszystkie przypadki nabywania dostaw, usług lub robót budowlanych, które w praktyce obrotu gospodarczego określane są mianem zamówień publicznych.

W niniejszym artykule przedstawiono różne koncepcje rozumienia wskazanych pojęć. Wprowadzony i uzasadniony został podział na pojęcie zamówienia publicznego w ujęciu formalnym oraz materialnym. Z uwagi na fakt, że zarówno w literaturze, jak i w praktyce publicznych wydatków funkcjonuje pojęcie zamówienia publicznego, które nie zawsze jest utożsamiane z obowiązkiem przestrzegania regulacji ustawy p.z.p., przedstawione zostało pojęcie zamówienia publicznego w rozumieniu wąskim oraz szerokim. Odpowiednio w odniesieniu do pojęcia zamawiającego, zaprezentowano koncepcję jego wąskiego i szerokiego ujęcia.

¹ Ustawa z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r., poz. 2019) dalej również jako: p.z.p. Definicje tych pojęć określała także obowiązująca wcześniej ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2019 r. poz. 1843).

2. Konieczność rozróżnienia formalnego i materialnego rozumienia pojęcia zamówień publicznych

2.1. Pojęcie zamówienia publicznego – analiza poglądów doktryny oraz ustawowej definicji

Spośród występujących w literaturze przedmiotu prób zdefiniowania pojęcia zamówienia publicznego za trafną należy uznać tezę przedstawioną przez D. Piastę, który definiuje zamówienia publiczne jako dokonywane przez organy publiczne, organy samorządowe oraz inne podmioty publiczne, zakupy dóbr oraz usług koniecznych do ich właściwego funkcjonowania oraz efektywnego wykonywania powierzonych takim podmiotom zadań. Z uwagi na finansowanie danych zakupów ze środków publicznych, ich dokonywanie związane jest z obowiązkiem przestrzegania określonych prawem procedur, których zasadniczym celem jest wybór najkorzystniejszej oferty. Procedury oraz praktyki prowadzące do wyborów takiej oferty nazywamy udzielaniem zamówień publicznych².

Odmienne podejście do istoty zamówienia publicznego posiada P. Szustakiewicz, według którego „zamówienia publiczne są procedurą, wedle której podmioty zobowiązane do stosowania regulacji w zakresie zamówień publicznych zmagają się do zawarcia umowy cywilnoprawnej, dotyczącej nabycia towarów lub usług”³. Należy przy tym wskazać, że takie rozumienie zamówień publicznych przyjmują również inni przedstawiciele doktryny. Przykładowo, M. Chudzik, definiując pojęcie zamówienia, podobnie stwierdza, że „zamówienia publiczne to szczególna procedura dysponowania środkami publicznymi, uregulowana ustawą z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych”⁴.

Wydaje się jednak, że definiowanie zamówienia publicznego jako procedury zmierzającej do zawarcia umowy pomiędzy zamawiającym a wykonawcą nie jest prawidłowe. Trzeba bowiem zaznaczyć, iż wielokrotnie postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego nie kończy się zawarciem umowy pomiędzy jego uczestnikami. Bardzo często, z uwagi na wystąpienie przesłanek bezwzględnie do tego obligujących, postępowanie zamówieniowe podlega unieważnieniu. W takim przypadku trudno jest mówić o istnieniu zamówienia publicznego, ponieważ brak jest stosunku zobowiązaniowego, na podstawie którego strony miałyby spełnić względem siebie określone świadczenia. Należy w tym miejscu podkreślić, że procedura zamówieniowa jest niezbędnym ele-

² D. Piasta, [w:] *Unia Europejska. Prawo instytucjonalne i gospodarcze*, red. B. Wawrzyńczak-Jędryka, Warszawa 2006, s. 1171; zob. też D. Piasta, [w:] M. Lemke, D. Piasta, G. Wicik, P. Wiśniewski, *Poradnik dla wykonawców ubiegających się o zamówienia publiczne na rynku polskim i rynkach wybranych państw członkowskich Unii Europejskiej*, Warszawa 2006, s. 5.

³ P. Szustakiewicz, [w:] M. Chmaj, G. Herc, E. Komorowski, P. Szustakiewicz, *Zamówienia publiczne. Podręcznik*, Warszawa 2010, s. 12; zob. również P. Szustakiewicz, *Zasady prawa zamówień publicznych*, Warszawa 2007, s. 7.

⁴ M. Chudzik, [w:] B. Hołyst (red.), *Wielka encyklopedia prawa*, Warszawa 2005, s. 1236–1237.

mentem pojęcia zamówienia publicznego, jednak w oderwaniu od umowy pomiędzy zamawiającym a wykonawcą nie może ona samodzielnie stanowić desygnatu tego pojęcia⁵. Sama procedura, w sytuacji gdy w jej wyniku nie doszło do zawarcia umowy, nie spełnia bowiem funkcji zamówienia publicznego, w postaci nabywania przez określone podmioty usług, dostaw lub robót budowlanych.

Znacząca część przedstawicieli doktryny, definiując zamówienia publiczne, opiera się na ustawowej definicji tego pojęcia⁶. Zgodnie z art. 7 pkt 32 p.z.p. pod pojęciem zamówienia należy rozumieć umowę odpłatną zawieraną między zamawiającym a wykonawcą, której przedmiotem jest nabycie przez zamawiającego od wybranego wykonawcy robót budowlanych, dostaw lub usług⁷. Brzmienie ustawowej definicji zostało dostosowane do definicji zamówień publicznych zawartej w dyrektywach Unii Europejskiej⁸. Zgodnie z art. 2 ust. 1 pkt 5 dyrektywy 2014/24/UE pod pojęciem zamówień publicznych należy rozumieć umowy o charakterze odpłatnym zawierane na piśmie pomiędzy co najmniej jednym wykonawcą a co najmniej jedną instytucją zamawiającą, których przedmiotem jest wykonanie robót budowlanych, dostawa produktów lub świadczenie usług. Analogiczna definicja znajduje się w art. 2 pkt 1 dyrektywy 2014/25/UE.

Wydaje się jednak, że definicja pojęcia zamówienia publicznego ograniczająca jego rozumienie do samej umowy pomiędzy zamawiającym a wykonawcą nie wyraża w sposób dostateczny istoty zamówienia publicznego. Podobnie jak sama procedura, również umowa pomiędzy jej stronami nie może samodzielnie definiować zamówienia publicznego. Procedura, która poprzedza zawarcie umowy, stanowi bowiem cechę charakterystyczną zamówień publicznych, dlatego też niezbędne wydaje się ujęcie tego elementu w definicji omawianego pojęcia.

⁵ Warto wskazać, że na gruncie ustawy Prawo zamówień publicznych pojęcia zamówienia publicznego oraz postępowania o udzielenie zamówienia są wyraźnie odróżnione oraz posiadają właściwe dla siebie definicje. Szerzej nt. ustawowej definicji postępowania o udzielenie zamówienia zob. I. Skubiszak-Kalinowska, [w:] I. Skubiszak-Kalinowska, E. Wiktorowska, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2017, s. 32.

⁶ Tak: L. Bogacz, [w:] L. Bogacz, M. Łempicka, G. Pyliński, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Bydgoszcz-Warszawa 2006, s. 56; M. Winiarz, [w:] W. Hartung, P. Laudanski, W.M. Stodolak, M. Stręciwilk, M. Winiarz, *Zamówienia publiczne po nowelizacji*, Wrocław 2007, s. 20; M. Guziński, [w:] A. Borkowski, M. Guziński, K. Horubski, K. Kiczka, L. Kieres, T. Kocowski, W. Miemiec, M. Szydło, red. M. Guziński, *Prawo zamówień publicznych*, Wrocław 2008, s. 45 i n.; A. Gawrońska-Baran, *Zamówienia publiczne w instytucjach kultury. Wybrane zagadnienia*, Sieradz 2011, s. 9.

⁷ Analogiczną definicję zawierał art. 2 pkt 13 ustawy Prawo zamówień publicznych z 2004 r.

⁸ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE (Dz.U. UE L 94 z 28.3.2014 r., s. 65 ze zm.) oraz dyrektywa 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, uchylająca dyrektywę 2004/17/WE (Dz.U. UE L 94 z 28.3.2014 r., s. 243 ze zm.). Szerzej nt. europejskich źródeł prawa zamówień publicznych zob.: C.H. Bovis, *EU Public Procurement Law*, Cheltenham 2012, s. 59 i n.; por. również: J. Verdeaux, *Public procurement in the European Union and in the United States: a comparative study*, "Public Contract Law Journal" 2003, nr 4, s. 721 i n.

Co prawda w wyniku analizy poszczególnych części składowych ustawowej definicji, w szczególności jej zakresu podmiotowego, nie da się podważyć wniosku, że z zamówieniem publicznym, w rozumieniu przyjętym w p.z.p., mamy do czynienia wyłącznie w przypadku, gdy zawarcie umowy było poprzedzone przeprowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia, którego efektem jest wybór najkorzystniejszej ze złożonych ofert. Wniosek taki można wyciągnąć na podstawie definicji zamawiającego, który zgodnie z art. 7 pkt 31 p.z.p. stanowi podmiot obowiązany na podstawie ustawy do jej stosowania⁹. Oznacza to, że brak obowiązku przeprowadzenia postępowania zamówieniowego skutkuje wyłączeniem danego zakupu z zakresu ustawowej definicji zamówienia publicznego, ponieważ w takim stanie faktycznym nie wystąpi wymagany zakres podmiotowy, stanowiący jeden z warunków koniecznych do uznania danego zakupu za zamówienie publiczne w rozumieniu ustawy i tym samym objęcie go obowiązkiem przeprowadzenia procedury w niej określonej¹⁰.

Na powiązanie zamówienia publicznego, rozumianego jako umowa, z procedurą ją poprzedzającą wskazuje również ustawowa definicja wykonawcy. Zgodnie z art. 7 pkt 30 p.z.p. pod tym pojęciem należy rozumieć osobę fizyczną, osobę prawną albo jednostkę organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej, która oferuje na rynku wykonanie robót budowlanych lub obiektu budowlanego, dostawę produktów lub świadczenie usług lub ubiega się o udzielenie zamówienia, złożyła ofertę lub zawarła umowę w sprawie zamówienia publicznego. Ustawa wskazuje więc, że dany podmiot uzyskuje status wykonawcy nie w chwili zawarcia umowy, ale już od początku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, mianowicie od chwili, gdy w odpowiedni sposób uzewnętrzni chęć ubiegania się o dane zamówienie.

W celu potwierdzenia tezy, zgodnie z którą zamówienia publicznego nie należy utożsamiać wyłącznie z umową pomiędzy zamawiającym a wykonawcą, można posłużyć się wnioskami wynikającymi z analizy przepisów ustawy dotyczących szacowania wartości zamówienia i podziału zamówienia na części. Art. 30 ust. 1 p.z.p. stanowi, że jeżeli zamawiający planuje udzielić zamówienia na roboty budowlane lub usługi w częściach, z których każda stanowi przedmiot odrębnego postępowania, lub dopuszcza możliwość składania ofert częściowych, wartością zamówienia jest łączna wartość poszczególnych części zamówienia¹¹. W takiej bowiem sytuacji zamówienie publiczne realizowane jest na podstawie nie jednej, ale kilku umów z wykonawcami. W celu ustale-

⁹ Szerzej nt. pojęcia zamawiającego oraz kategorii podmiotów obowiązanych do przestrzegania procedur zamówień publicznych zob. J. Pieróg, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2019, s. 30 i n.

¹⁰ Tak P. Granecki, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2016, komentarz do art. 2 pkt 13 ustawy.

¹¹ Analogiczny przepis zawierał art. 32 ust. 4 ustawy z 2004 r. Szerzej nt. tego aspektu szacowania wartości zamówienia zob. E. Gnatowska, [w:] E. Gnatowska, Z. Perčić, W. Jarzyński, *Komentarz do ustawy Prawo zamówień publicznych*, Warszawa 2016, s. 210 i n.

nia wartości zamówienia, ustawodawca nakazuje w takim przypadku sumować wartość poszczególnych części, z których każda realizowana jest na podstawie odrębnej umowy. Uzasadniony jest więc wniosek, że pomimo zawarcia przez zamawiającego kilku umów, nadal mamy do czynienia z jednym zamówieniem publicznym, a nie z kilkoma odrębnymi zamówieniami, w ilości odpowiadającej liczbie poszczególnych umów. Posługując się definicją ustawową zamówienia, doszlibyśmy do wniosku odmiennego, który byłby nie do pogodzenia z *ratio legis* przepisów regulujących zasady szacowania wartości zamówienia, jakim jest zapobieganie unikaniu przez zamawiających stosowania przepisów ustawy. W konsekwencji uzasadnione jest stwierdzenie, że zamówienie publiczne można utożsamiać z występującą po stronie zamawiającego potrzebą nabycia dostaw, usług lub robót budowlanych. Niezależnie bowiem od ilości stosunków zobowiązujących, które mają na celu zaspokojenie istniejącej potrzeby, zawsze mamy do czynienia wyłącznie z jednym zamówieniem publicznym¹².

2.2. Pojęcie zamówienia publicznego w rozumieniu formalnym i materialnym

W związku z powyższymi uwagami, uzasadnione jest wprowadzenie rozróżnienia na pojęcie zamówienie publicznego w rozumieniu formalnym oraz pojęcie zamówienie publicznego w rozumieniu materialnym. Z formalnego punktu widzenia pod pojęciem zamówienia publicznego rozumieć należy, zgodnie z definicją zawartą w art. 7 pkt 32 p.z.p., umowę odpłatną zawieraną między zamawiającym a wykonawcą, której przedmiotem jest nabycie przez zamawiającego od wybranego wykonawcy robót budowlanych, dostaw lub usług. Podstawowa funkcja tak skonstruowanej definicji polega na tym, że określa ona fundamentalne elementy zamówienia publicznego, które muszą wystąpić w sposób kumulatywny w danym stanie faktycznym, aby przy dokonywaniu określonego zakupu wymagane było przestrzeganie przepisów ustawy p.z.p. Katalog tych elementów jest następujący: odpłatność umowy, określony zakres podmiotowy (za-

¹² Na marginesie rozważań warto wskazać, że sam ustawodawca nie jest konsekwentny w stosowaniu pojęcia zamówienia publicznego w rozumieniu przyjętym w ustawowym słowniku pojęć. Przykładowo można wskazać na tytuł Działu VII ustawy, tj. umowa w sprawie zamówienia publicznego i jej wykonanie. Posługując się wykładnią literalną, należałoby tytuł ten rozumieć jako umowę w sprawie umowy, a więc uzasadnione byłoby przypuszczenie, że Dział VII ustawy reguluje kwestie związane z umowami przedwstępnymi, których przedmiotem jest zawarcie umowy właściwej, czyli umowy pomiędzy zamawiającym a wykonawcą, dotyczącej wykonania usług, dostaw lub robót budowlanych. Taki wniosek nie jest jednak prawidłowy. Przyjąć należy, że posługiwanie się przez ustawodawcę sformułowaniem „umowa w sprawie zamówienia publicznego” jest zabiegiem o charakterze czysto technicznym, mającym na celu zapewnienie przejrzystości regulacji ustawy – Prawo zamówień publicznych. W tym przypadku za prawidłowe należy uznać rozumienie zamówienia publicznego nie jako umowy, ale jako określonej potrzeby zamawiającego, która ma być zaspokojona w wyniku zakupu dóbr, zlecenia usług lub robót. W świetle takiego podejścia, tytuł Działu VII ustawy należałoby rozumieć jako umowę w sprawie realizacji przez wykonawcę dostaw, usług lub robót budowlanych na rzecz zamawiającego. Takie rozumienie sformułowania „umowa w sprawie zamówienia publicznego” jest uzasadnione z punktu widzenia zasad wykładni funkcjonalnej.

mawiający i wykonawca), określony zakres przedmiotowy (usługi, dostawy lub roboty budowlane). W doktrynie podkreśla się, że z uwagi brak chociażby jednego z nich, nie będzie można mówić o zamówieniu publicznym w rozumieniu Prawa zamówień publicznych, a obowiązek stosowania ustawy nie powstanie.

W kontekście definicji zamówienia publicznego w ujęciu materialnym najbardziej właściwe wydaje się podejście D. Piasty, który utożsamia zamówienie publiczne z dokonywanymi przez określone kategorie podmiotów zakupami dostaw, usług lub robót budowlanych, które związane są z obowiązkiem przestrzegania określonych prawem procedur. W tym ujęciu istotą zamówienia publicznego jest chęć nabycia określonych dóbr lub świadczeń przez podmiot, który ze względu na swój publiczny charakter lub publiczny charakter wykonywanych przez niego zadań pozbawiony jest swobody wydatkowania przysługujących mu środków. Jednostki występujące w roli zamawiającego doznają bowiem ograniczenia szeroko rozumianej swobody kontraktowania. Nierozłącznym elementem pojęcia zamówienia publicznego jest uregulowana w ustawie procedura, której zasadniczym celem jest zapewnienie racjonalności wydatkowania środków przez podmioty zobowiązane do przestrzegania przepisów p.z.p.¹³ Postulat ten wiąże się z koniecznością zagwarantowania, że zamawiający przestrzegać będzie określonych zasad postępowania, które mają przede wszystkim na celu umożliwienie niezakłóconego funkcjonowania mechanizmów konkurencji.

Analogiczne stanowisko zajmują G. Wicik oraz P. Wiśniewski, którzy podkreślają konieczność funkcjonalnej interpretacji pojęcia zamówienia publicznego. Według autorów, przyjęć należy, że z zamówieniem publicznym mamy do czynienia w każdym przypadku wystąpienia po stronie zamawiającego określonego zapotrzebowania, w związku z którym nabywa on usługę, dostawę lub robotę budowlaną. Zamówieniem publicznym będzie każda czynność, która wynika z rzeczywiście istniejącej potrzeby zamawiającego, a której nie jest on w stanie samodzielnie zaspokoić, w związku z czym konieczne jest uzyskanie świadczenia od podmiotu zewnętrznego¹⁴.

3. Zamówienie publiczne w ujęciu wąskim i szerokim

Zarówno w piśmiennictwie, jak i w praktyce publicznych wydatków funkcjonuje pojęcie zamówienia publicznego, które nie zawsze jest utożsamiane z obowiązkiem przestrzegania regulacji ustawy – Prawo zamówień publicznych. Konieczne wydaje się

¹³ Ewentualnie procedur mających swoje źródło w innych aktach normatywnych, klauzulach umownych lub wewnętrznych regulaminach, jeżeli bierzemy pod uwagę pojęcie zamówienia publicznego w ujęciu szerokim, o czym dalej.

¹⁴ G. Wicik, P. Wiśniewski, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz. Suplement aktualizacyjny*, Warszawa 2007, s. 11–12.

więc wprowadzenie rozróżnienia na zamówienie publiczne w ujęciu wąskim oraz zamówienie publiczne w ujęciu szerokim.

Wskazać przy tym należy, że dyrektywy Unii Europejskiej nie ograniczają pojęcia zamówienia publicznego wyłącznie do zakupów dokonywanych z wykorzystaniem procedur uregulowanych w krajowych aktach normatywnych implementujących ich przepisy. Wniosek taki można wyciągnąć na podstawie analizy komunikatu wyjaśniającego Komisji Europejskiej dotyczącego prawa wspólnotowego obowiązującego w dziedzinie udzielania zamówień, które nie są lub są jedynie częściowo objęte dyrektywami w sprawie zamówień publicznych¹⁵. W ramach tego dokumentu Komisja wskazuje, że dyrektywy w sprawie zamówień publicznych nie mają zastosowania do wszystkich zamówień publicznych. Komisja przyjmuje szeroką koncepcję pojęcia zamówienia, obejmując jego zakresem wszelkie zakupy dostaw, usług lub robót budowlanych, które są związane z obowiązkiem przestrzegania postanowień i zasad zawartych w prawie pierwotnym UE, w szczególności obejmujących swobodny przepływ towarów, prawo przedsiębiorczości, swobodę świadczenia usług, niedyskryminację i równe traktowanie, przejrzystość, proporcjonalność i wzajemne uznawanie.

W tym kontekście, zamówieniami publicznymi *sensu stricto* będą wszelkie zakupy dostaw, usług lub robót budowlanych, w przypadku których podmiot ich dokonujący ma obowiązek przestrzegania procedur uregulowanych w Prawie zamówień publicznych. W ramach wąskiego ujęcia zamówienia jego byt powiązany jest z warunkiem spełnienia wszystkich formalnoprawnych przesłanek aktywizacji przepisów ustawy w stosunku do dokonania danego zakupu. Przede wszystkim spełniona musi być przesłanka o charakterze podmiotowym, która polega na tym, iż podmiot dokonujący zakupu zaliczać się musi do określonego w art. 4–6 p.z.p. katalogu podmiotów zobowiązanych do stosowania ustawy. Dodatkowo konieczne jest spełnienie przesłanek przedmiotowych, które związane są z odpłatnym charakterem czynności prawnej będącej formalną podstawą udzielenia zamówienia, jak również z brakiem przedmiotowego wyłączenia danego zamówienia spod regulacji ustawy.

W szerokim rozumieniu pojęcia zamówień publicznych jego zakresem objęte są dodatkowo zakupy, w przypadku których podmiot ich dokonujący nie ma obowiązku przestrzegania procedur uregulowanych w Prawie zamówień publicznych, jednak jego swoboda kontraktowania doświadcza ograniczenia w postaci obowiązku przestrzegania określonych procedur oraz zasad wydatkowania środków, które mają swoje podstawy w innych aktach normatywnych niż ustawa zamówieniowa.

Przykładem takiej sytuacji będą zakupy dokonywane przez podmioty, które zasadniczo są zaliczane do zamawiających na podstawie art. 4–6 ustawy, jednak w związku

¹⁵ Dz.U. UE C 179/02 z 1.8.2006 r.

z jednym z wyłączeń przedmiotowych wymienionych w art. 9–14 p.z.p. w odniesieniu do danego zakupu nie mają obowiązku przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zgodnie z ustawą. Jak wskazuje A. Gawrońska-Baran, takie zakupy nadal posiadają status zamówień publicznych i wiążą się z koniecznością przestrzegania określonych procedur oraz zasad wydatkowania środków. W szczególności chodzi tu o przepisy ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych¹⁶.

Zwolennikiem tezy, zgodnie z którą zamówienia publicznego nie należy utożsamiać wyłącznie z zakupami dokonywanymi w oparciu o procedury uregulowane w Prawie zamówień publicznych, jest M. Winiarz, który pisze o zamówieniach publicznych o wartości poniżej 14 tys.¹⁷ euro¹⁸. Należy wskazać, iż wartość zamówienia poniżej określonego progu stanowi najczęściej występujące w praktyce przedmiotowe wyłączenie stosowania ustawy zamówieniowej. Szerokie rozumienie zamówienia publicznego przyjmują również G. Karwatowicz oraz M. Lamch-Rejowska, którzy w swojej publikacji opisują zamówienia publiczne udzielane przez beneficjentów funduszy unijnych, którzy nie posiadają statusu zamawiającego w rozumieniu Prawa zamówień publicznych¹⁹.

Dokonując analizy takich zakupów w kontekście ustawowej definicji zamówienia publicznego, należy wyciągnąć wniosek, iż nie są one objęte zakresem tego pojęcia. W obu wskazanych przypadkach nie są spełnione wszystkie ustawowe przesłanki, od których uzależniony jest byt zamówienia publicznego, brak jest bowiem wymaganego zakresu podmiotowego. W pierwszej sytuacji, w związku z wyłączeniem przedmiotowym stosowania Prawa zamówień publicznych, następuje zniesienie obowiązku stosowania ustawy, co powoduje, że podmiot, zasadniczo występujący w roli zamawiającego, takiego statusu nie otrzymuje. W myśl bowiem art. 7 pkt 31 p.z.p. zamawiającym jest podmiot zobowiązany do stosowania ustawy. W drugiej sytuacji natomiast brak zamawiającego wynika wprost z niezaliczenia danego podmiotu do kategorii zamawiających przez ustawę.

3.1. Zamówienie publiczne w ujęciu wąskim i szerokim w świetle postulatu ochrony interesu publicznego

W ramach systemu zamówień publicznych pojęcie interesu publicznego rozpatrywane jest często w kontekście zasad wydatkowania środków publicznych, gwarantujących efektywne gospodarowanie środkami przez podmioty sektora publicznego. Powią-

¹⁶ A. Gawrońska-Baran, *Zamówienia...*, Sieradz 2011, s. 11 i n.

¹⁷ W obecnym stanie prawnym próg stosowania ustawy wynosi 30 tys. euro, nie wpływa to jednak na aktualność stawianych tez.

¹⁸ Zob. M. Winiarz, *Zamówienia publiczne o wartości poniżej 14 tysięcy Euro w jednostkach oświaty*, Wrocław 2011.

¹⁹ Zob. G. Karwatowicz, M. Lamch-Rejowska, *Zamówienia publiczne w projektach współfinansowanych ze środków unijnych*, Wrocław 2011.

zanie zamówień publicznych ze środkami publicznymi stanowi podstawę do stwierdzenia, że w katalogu podstawowych funkcji tego systemu należy wymienić funkcję zapewnienia racjonalności przy wydatkowaniu środków publicznych oraz funkcję przeciwdziałania korupcji, wraz ze związanym z nimi postulatem zapewnienia transparentności w dokonywaniu publicznych wydatków.

Należy jednak wskazać, że pojęcie zamówienia publicznego w rozumieniu wąskim, czyli opartym na immanentnym powiązaniu zamówień z procedurami uregulowanymi w ustawie p.z.p., związane jest z zasadą określania jego zakresu poprzez wskazanie kategorii podmiotów objętych obowiązkiem stosowania przepisów ustawy, zasadniczo z wyłączeniem kryterium wykorzystywania środków publicznych. Obowiązek stosowania ustawy p.z.p. nie ogranicza się wyłącznie do wydatkowania środków publicznych. Finansowanie zamówień ze środków, które nie posiadają publicznego charakteru, może mieć miejsce na przykład przy zamówieniach udzielanych przez zamawiających sektorowych. Jedynie w przypadku zamawiających subsydiowanych, określonych w art. 6 ustawy, pochodzenie wydatkowanych środków ma wpływ na obowiązek stosowania przepisów p.z.p.²⁰

W związku z brakiem nierozzerwalnego związku pomiędzy ustawą p.z.p. a środkami publicznymi może się pojawić pytanie o interes publiczny, który stanowi przedmiot ochrony w przypadkach, gdy obowiązek stosowania ustawy istnieje przy braku wydatkowania publicznych środków. Przyjąć jednak należy, że pewne kategorie zakupów, z uwagi na fakt dokonywania ich przez podmioty zaliczane do sektora publicznego, posiadają szczególny charakter. Publiczny zakup, niezależnie od faktu finansowania go ze środków publicznych, powinien wiązać się z jak najszerszym dostępem do niego po stronie podaźowej, nieograniczonym czynnikami subiektywnymi. Zagwarantowanie prywatnym wykonawcom możliwości wygenerowania zysku poprzez zaspokajanie publicznego zapotrzebowania na określone dostawy, usługi lub roboty budowlane powinno być oceniane w kategoriach przedmiotu funkcji systemu zamówień publicznych, na równi z postulatem zapewnienia racjonalności przy wydatkowaniu środków publicznych. Dostęp do tak określonych zamówień publicznych powinien tym samym stanowić element interesu publicznego, stanowiącego przedmiot ochrony realizowanej za pomocą przepisów określających zasady oraz przebieg procedur udzielania zamówień publicznych.

W przypadku natomiast zamówień publicznych w ujęciu szerokim, w kontekście zamówień wykraczających poza podmiotowy zakres stosowania ustawy p.z.p., określenie interesu publicznego stanowiącego podstawę do nałożenia na dany zakup obowiązku zastosowania określonych procedur wydaje się być stosunkowo jasne. Wskazać bowiem

²⁰ Por. M. Stachowiak, [w:] M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2010, s. 42–43.

należy, że uznanie danego zakupu za zamówienie publiczne we wskazanym zakresie wiązać się będzie nierozłącznie z wydatkowaniem środków publicznych. Przykładowo zatem beneficjent dofinansowania projektu ze środków unijnych, który nie jest zaliczany do żadnej z określonych w p.z.p. kategorii zamawiających, spotka się z ograniczeniem swobody kontraktowania postaci obowiązku przestrzegania zasad wydatkowania otrzymanych środków. Za oczywiste należy uznać, że takie ograniczenie swobody ma na celu ochronę środków publicznych oraz zagwarantowanie ich efektywnego wydatkowania.

4. Pojęcie zamawiającego *sensu stricto* i *sensu largo*

W związku z podziałem pojęcia zamówienia publicznego na zamówienie publiczne w ujęciu wąskim oraz zamówienie publiczne w ujęciu szerokim, konieczne jest dokonanie analogicznego rozróżnienia w odniesieniu do pojęcia zamawiającego. W kontekście szeroko rozumianego systemu zamówień publicznych legalna definicja zamawiającego nie wydaje się bowiem obejmować swym zakresem kompletnego katalogu podmiotów, które zarówno w doktrynie, jak i w praktyce udzielania zamówień taki status otrzymują.

Uzasadnione jest założenie, że w wąskim rozumieniu pojęcia zamawiającego utożsamiać je można z jego znaczeniem wskazanym przez ustawę. Zamawiającym *sensu stricto* będzie więc podmiot, na którym ciąży ustawowy obowiązek stosowania regulacji p.z.p. Ustalenie posiadania statusu zamawiającego w tym kontekście będzie tym samym wiązało się z koniecznością każdorazowej analizy przesłanek warunkujących powstanie takiego obowiązku. Dopiero w przypadku, gdy w odniesieniu do konkretnej procedury zamówieniowej stwierdzimy wystąpienie przesłanki pozytywnej, w postaci zaliczenia podmiotu do katalogu zawartego w art. 4–6 p.z.p., przy jednoczesnym braku przesłanek negatywnych, polegających w szczególności na wystąpieniu jednego z wyłączeń o charakterze przedmiotowym²¹, możemy stwierdzić, że określony podmiot jest zamawiającym w rozumieniu Prawa zamówień publicznych.

W ramach analizy zakresu pojęcia zamawiającego w ujęciu szerokim stwierdzić należy, że obejmuje ono dodatkowo szereg podmiotów, na których Prawo zamówień publicznych bezpośrednio nie nakłada obowiązku stosowania swoich regulacji. Obok bowiem zamawiających w rozumieniu ustawowej definicji tego pojęcia, zamawiającym *sensu largo* będą wszelkie podmioty, których swoboda wydatkowania przysługujących im środków jest ograniczona, przy czym ograniczenie to polega na zobowiązaniu danego podmiotu do przestrzegania określonych zasad lub konkretnych procedur w toku zawierania odpłatnych umów, których przedmiotem jest nabycie dostaw, usług lub robót budowlanych. Źródłem takiego obowiązku mogą być w szczególności regulaminy we-

²¹ Określonych w art. 9–14 p.z.p.

wewnętrzne instytucji, umowy dotacyjne lub umowy o dofinansowanie projektu, warunkujące otrzymanie środków finansowych od przestrzegania przy ich wydatkowaniu wskazanych w umowach procedur²².

Określając katalog podmiotów objętych zakresem pojęcia zamawiającego *sensu largo*, w pierwszej kolejności wskazać należy na jednostki zaliczane do sektora finansów publicznych, w sytuacji gdy obowiązek stosowania Prawa zamówień publicznych odnośnie do danego zakupu został wyłączony na podstawie jednej z przesłanek określonych w art. 9–14 p.z.p. W praktyce najczęściej będziemy mieli do czynienia z wyłączeniem dotyczącym wartości zamówienia publicznego. W takich przypadkach zastosowanie znajdować będzie art. 44 ust. 3 ustawy o finansach publicznych²³, z którego wynika obowiązek dokonywania wydatków publicznych w sposób celowy i oszczędny²⁴, z uwzględnieniem postulatu terminowej realizacji zadań oraz w wysokości i terminach wynikających z wcześniej zaciągniętych zobowiązań. Istotne w tym kontekście są wprowadzane przez kierowników jednostek regulaminy dokonywania wydatków w przypadku przedmiotowego wyłączenia obowiązku przestrzegania przepisów ustawy – Prawo zamówień publicznych²⁵.

Status zamawiającego w szerokim rozumieniu tego pojęcia posiadały również podmioty, których swoboda kontraktowania doznała ograniczenia w wyniku zastosowania art. 3 ust. 3 Prawa zamówień publicznych z 2004 r. Przepis ten wyposażał jednostki zaliczane do sektora finansów publicznych, które przyznają określonym podmiotom środki finansowe na dofinansowanie projektu, w prawo do uzależnienia przyznania danych środków od zastosowania przy ich wydatkowaniu zasad równego traktowania, uczciwej konkurencji i przejrzystości²⁶. Pomimo braku analogicznego przepisu w nowej ustawie p.z.p., trudno jest uznać za prawidłową tezę o możliwości swobodnego wydatkowania środków publicznych uzyskanych w ramach finansowego wsparcia określonego projektu. Podkreślić bowiem należy, że niezależnie od obowiązywania regulacji art. 3 ust. 3 poprzedniej ustawy, bezpośrednie źródło obowiązków w zakresie zasad wydatkowania

²² Odpowiednie regulaminy lub klauzule umowne mogą odsyłać do pomocniczego stosowania rozwiązań proceduralnych uregulowanych w ustawie – Prawo zamówień publicznych, nie oznacza to jednak, że taki podmiot uzyska status zamawiającego w rozumieniu p.z.p. Zobowiązanie określonych podmiotów do stosowania przepisów Prawa zamówień publicznych, a tym samym otrzymanie statusu zamawiającego, wynikać musi z przepisu ustawy.

²³ Ustawa z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (t.j. Dz.U. z 2019 r. poz. 869).

²⁴ Z zachowaniem zasad: uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów oraz optymalnego doboru metod i środków służących osiągnięciu założonych celów.

²⁵ Warto w tym miejscu wskazać, że Urząd Zamówień Publicznych opublikował wzorcowy regulamin udzielania zamówień publicznych o wartości nieprzekraczającej kwoty wskazanej w art. 4 pkt 8 ustawy – Prawo zamówień publicznych. Dokument dostępny na stronie internetowej UZP, <https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/wzorcowe-dokumenty/wzorcowe-regulaminy> [dostęp: 1.11.2020].

²⁶ Szerzej zob. M. Bendorf-Bundorf, *Obowiązek udzielania zamówień publicznych przez fundacje i stowarzyszenia*, Olsztyn 2018, s. 222 i n.

środków publicznych podmiotu, który otrzymał dofinansowanie, stanowią odpowiednie klauzule, zawarte w umowie z podmiotem publicznym lub decyzji, na mocy której następuje przekazanie środków beneficjentowi. Tym samym przyjąć należy, że w obecnym stanie prawnym beneficjent dofinansowania nadal będzie zobowiązany do przestrzegania określonych w umowie lub decyzji o dofinansowaniu procedur wydatkowania otrzymanych środków. Katalog podmiotów, które są uznawane za zamawiających na tej podstawie, jest szeroki. W jego zakres wchodzi zarówno beneficjenci dofinansowania z budżetu skarbu państwa oraz budżetów jednostek samorządu terytorialnego, jak również beneficjenci, których projekty korzystają z dofinansowania pochodzącego z budżetu Unii Europejskiej.

5. Zakończenie

Określone przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych definicje pojęć: zamówienie publiczne i zamawiający nie wyrażają ich istoty ani nie posiadają wystarczającej wartości poznawczej z punktu widzenia wykładni systemowej. Trudno jest jednak mówić w tym zakresie o błędzie legislacyjnym, jak również formułować wnioski *de lege ferenda*. Wskazać bowiem należy, że konstruując wskazane definicje, ustawodawca przyjął za właściwe instrumentalne podejście do ich treści. Ustawowa definicja zamówienia określa fundamentalne jego elementy, których kumulatywne wystąpienie w określonym stanie faktycznym pociąga za sobą obowiązek stosowania regulacji ustawy – Prawo zamówień publicznych. Natomiast określona w art. 7 pkt 31 p.z.p. definicja zamawiającego ma za zadanie wskazać, że status zamawiającego w rozumieniu ustawy wynikać może wyłącznie z jej przepisów.

Należy jednak podkreślić, że funkcjonujące w doktrynie zamówień publicznych pojęcia „zamówień poniżej progu stosowania ustawy” lub „zamówień udzielanych przez beneficjentów środków, którzy nie posiadają statusu zamawiającego w rozumieniu Pzp”, stanowią podstawę do wyciągnięcia wniosków, iż ustawowa definicja zamówienia publicznego nie obejmuje zakresem swoich desygnatów wszystkich kategorii zakupów, które w literaturze i praktyce utożsamiane są z tym pojęciem. Tym samym, wprowadzenie wąskiego i szerokiego rozumienia zamówień publicznych uznać należy za prawidłowe i wskazane.

Zasadność funkcjonalnej interpretacji pojęcia zamówienia wynika z wymogu realizacji celów dyrektyw Unii Europejskiej, polegających zasadniczo na otwarciu krajowych rynków zamówień publicznych na konkurencję z pozostałych państw członkowskich. W związku z tym postulowana jest kwalifikacja określonego zakupu do kategorii zamówień publicznych, w każdym przypadku realizacji funkcji nabywania dostaw, usług

lub robót budowlanych, niezależnie od formy prawnej czynności, w wyniku której to następuje. Niedopuszczalne jest bowiem, aby zakres obowiązywania przepisów dyrektyw ograniczany był przez arbitralną i zawężającą interpretację pojęcia zamówienia publicznego, dokonywaną w ramach krajowych porządków prawnych poszczególnych państw członkowskich UE, co w konsekwencji prowadziłyby do dokonywania dowolnych zakupów z wyłączeniem procedur zamówień publicznych²⁷.

Bibliografia

Akty prawne

- Ustawa z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r., poz. 2019).
- Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2019 r. poz. 1843).
- Ustawa z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (t.j. Dz.U. z 2019 r. poz. 869).
- Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE (Dz.U. UE L 94 z 28.3.2014 r., s. 65 ze zm.).
- Dyrektywa 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, uchylająca dyrektywę 2004/17/WE (Dz.U. UE L 94 z 28.3.2014 r., s. 243 ze zm.).
- Komunikat wyjaśniający Komisji dotyczący prawa wspólnotowego obowiązującego w dziedzinie udzielania zamówień, które nie są lub są jedynie częściowo objęte dyrektywami w sprawie zamówień publicznych (Dz.U. UE C 179/02 z 1.8.2006).

Literatura

- Bendorf-Bundorf M., *Obowiązek udzielania zamówień publicznych przez fundacje i stowarzyszenia*, Olsztyn 2018.
- Bogacz L., Łempicka M., Pyliński G., *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Bydgoszcz-Warszawa 2006.
- Borkowski A., Guziński M., Horubski K., Kiczka K., Kieres L., Kocowski T., Miemieć W., Szydło M., red. M. Guziński, *Prawo zamówień publicznych*, Wrocław 2008.
- Bovis C.H., *EU Public Procurement Law*, Cheltenham 2012.
- Chmaj M., Herc G., Komorowski E., Szustakiewicz P., *Zamówienia publiczne. Podręcznik*, Warszawa 2010.
- Gawrońska-Baran A., *Zamówienia publiczne w instytucjach kultury. Wybrane zagadnienia*, Sieradz 2011.
- Gnatowska E., Perćić Z., Jarzyński W., *Komentarz do ustawy Prawo zamówień publicznych*, Warszawa 2016.
- Granecki P., *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2016.
- Hartung W., Laudański P., Stodolak W.M., Stręciwilk M., Winiarz M., *Zamówienia Publiczne po nowelizacji*, Wrocław 2007.

²⁷ G. Wicik, P. Wiśniewski, *Prawo...*, s. 11–12.

- Hołyst B. (red), *Wielka encyklopedia prawa*, Warszawa 2005.
- Karwatowicz G., Lamch-Rejowska M., *Zamówienia publiczne w projektach współfinansowanych ze środków unijnych*, Wrocław 2011.
- Lemke M., Piasta D., Wicik G., Wiśniewski P., *Poradnik dla wykonawców ubiegających się o zamówienia publiczne na rynku polskim i rynkach wybranych państw członkowskich Unii Europejskiej*, Warszawa 2006.
- Pieróg J., *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2019.
- Skubiszak-Kalinowska I., Wiktorowska E., *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2017.
- Stachowiak M., Jerzykowski J., Dzierżanowski W., *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2010.
- Szustakiewicz P., *Zasady prawa zamówień publicznych*, Warszawa 2007.
- Verdeaux J., *Public procurement in the European Union and in the United States: a comparative study*, "Public Contract Law Journal" 2003, nr 4.
- Wawrzyńczak-Jędryka B. (red.), *Unia Europejska. Prawo instytucjonalne i gospodarcze*, Warszawa 2006.
- Wicik G., Wiśniewski P., *Prawo zamówień publicznych. Komentarz. Suplement aktualizacyjny*, Warszawa 2007.
- Winiarz M., *Zamówienia publiczne o wartości poniżej 14 tysięcy Euro w jednostkach oświaty*, Wrocław 2011.