

Polskie Towarzystwo Ekonomiczne
Zielona Góra 2021



POZAUSTAWOWE zamówienia publiczne

Ewaryst Kowalczyk

Ewaryst Kowalczyk

**POZAUSTAWOWE
ZAMÓWIENIA PUBLICZNE**



Polskie Towarzystwo Ekonomiczne

Zielona Góra 2021

Ewaryst Kowalczyk

POZAUSTAWOWE
ZAMÓWIENIA
PUBLICZNE
(e-book)

Wydanie e-booka stało się możliwe dzięki Uniwersytetowi Zielonogórskiemu
Open Access CC BY 4.0

Recenzenci:
Paweł Nowicki
Tadeusz Stanisławski

e ISBN: 978-83-87193-13-3

p ISBN: 978-83-87193-07-2

DOI: 10.26366/PTE.ZG.2022.227

Okładka: Paul Sandby, A Poultry Seller, ok. 1759 r.
Dzięki uprzejmości National Gallery of Art, Waszyngton, www.nga.gov
Wydawnictwo: Polskie Towarzystwo Ekonomiczne
ul. Żeromskiego 3, 65-066 Zielona Góra
tel. +48 68 3202589 ▪ biuro@ptezg.pl ▪ www.ptezg.pl

Spis treści

Wprowadzenie	7
1. Rozdział – Prawna koncepcja zamówień pozaustawowych	11
1.1. Pojęcie zamówienia publicznego	11
1.2. Pozaustawowe zamówienia klasyczne, zamówienia sektorowe oraz zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa	14
1.3. Zamawiający publiczni, zamawiający sektorowi oraz zamawiający subsydiowani jako udzielający zamówień pozaustawowych	15
1.4. Rodzaje zamówień pozaustawowych.....	17
1.4.1. Zamówienia nienależące do zamówień podlegających ustawie Prawo zamówień publicznych	17
1.4.2. Zamówienia wyłączone ze stosowania ustawy Prawo zamówień publicznych.....	19
1.5. Uzasadnienie pozaustawowego charakteru zamówień	20
1.6. Zamówienia pozaustawowe jako prawna forma działania administracji.....	26
1.7. Zamówienia pozaustawowe jako forma działania podmiotów prywatnych	33
1.8. Przykłady zamówień wyłączonych ze stosowania przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych.....	36
1.8.1. Zamówienia wyłączone na podstawie ustawy Prawo zamówień publicznych.....	36
1.8.2. Zamówienia wyłączone ze stosowania ustawy Prawo zamówień publicznych na podstawie ustaw odrębnych	59
1.9. Wnioski.....	68
2. Rozdział – Prawne aspekty udzielania zamówień pozaustawowych	70
2.1. Obowiązki kierunkowe związane z udzielaniem zamówień pozaustawowych	70
2.2. Obowiązek równego traktowania wykonawców	72
2.3. Obowiązek zapewnienia uczciwej konkurencji.....	74
2.4. Ustawowe sposoby zawierania umów w zamówieniach pozaustawowych.	79
2.4.1. Otwarty konkurs ofert	80
2.4.2. Zaproszenie do składania ofert.....	81
2.4.3. Wybór oferty spośród ofert dostępnych na rynku albo wybór oferty złożonej zamawiającemu z inicjatywy wykonawcy. Transakcje bezpośrednie	84
2.4.4. Przetarg i aukcja	85
2.4.5. Przetarg ograniczony (zamknięty). Zamówienia zastrzeżone.....	92

2.4.6. Negocjacje	94
2.4.7. Procedury udzielania zamówień pozaustawowych określone odrębnymi ustawami	95
2.4.8. Przykłady procedur określających jedynie obowiązki kierunkowe oraz obowiązki publikacyjne.....	96
2.4.9. Przykłady procedur określających konkursowy sposób udzielenia zamówienia	97
2.5. Procedury udzielania zamówień pozaustawowych wynikające ze zobowiązań międzynarodowych	104
2.6. Procedury udzielania zamówień pozaustawowych wynikające z czynności dwustronnych oraz z decyzji administracyjnych.....	105
2.7. Procedury udzielania zamówień pozaustawowych wynikające z wewnętrznych procedur zamawiającego.....	109
2.8. Problematyka informatyzacji procesu udzielenia zamówienia pozaustawowego.....	112
2.9. Wnioski.....	114
3. Rozdział – Prawne aspekty gospodarowania środkami publicznymi w ramach zamówień pozaustawowych.....	116
3.1. Gospodarowanie środkami publicznymi w zamówieniach pozaustawowych.....	116
3.2. Zasady gospodarowania środkami publicznymi	120
3.2.1. Zasada legalności dokonywania wydatków publicznych	122
3.2.2. Zasada dokonywania wydatków ze środków publicznych w sposób zgodny z planami finansowymi.....	124
3.2.3. Zasada dokonywania wydatków ze środków publicznych w sposób celowy i oszczędny.....	124
3.2.4. Zasada efektywności dokonywania wydatków ze środków publicznych	125
3.2.5. Zasada proporcjonalności przy dokonywaniu wydatków publicznych	126
3.2.6. Zasada terminowego dokonywania wydatków	127
3.2.7. Zasada jawności i przejrzystości finansów publicznych	127
3.2.8. Zasada powszechnego dostępu do realizacji zadań finansowanych ze środków publicznych	129
3.3. Wewnętrzne procedury gospodarowania środkami publicznymi.....	130
3.4. Odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych w zamówieniach pozaustawowych.....	132

3.4.1. Charakter odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych.....	132
3.4.2. Zakres podmiotowy odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych	135
3.4.3. Delikty naruszenia dyscypliny finansów publicznych w ramach zamówień publicznych, które nie mają zastosowania do zamówień pozaustawowych.....	138
3.4.4. Delikty naruszenia dyscypliny finansów publicznych w zamówieniach pozaustawowych.....	140
3.4.5. Aspekty proceduralne związane z dochodzeniem odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych w zamówieniach pozaustawowych.....	149
3.5. Obowiązek zwrotu środków przeznaczonych na realizację programów finansowanych z udziałem środków europejskich	151
3.6. Wnioski	154
4. Rozdział – Prawne aspekty kontroli inspekcyjnej oraz kontroli zarządczej w zamówieniach pozaustawowych	156
4.1. Kontrola inspekcyjna w zamówieniach pozaustawowych.....	156
4.1.1. Zamówienia pozaustawowe jako przedmiot kontroli	156
4.1.2. Charakter kontroli inspekcyjnej w zamówieniach pozaustawowych..	156
4.1.3. Wyspecjalizowana zewnętrzna kontrola inspekcyjna w zamówieniach pozaustawowych.....	163
4.1.4. Kontrola zamówień współfinansowanych ze środków Unii Europejskiej.....	169
4.2. Kontrola zarządcza w zamówieniach pozaustawowych.....	171
4.2.1. Zamówienia pozaustawowe jako przedmiot zarządzania	171
4.2.2. Pojęcie kontroli zarządczej.....	172
4.2.3. Standardy kontroli zarządczej	174
4.2.4. Procedury wewnętrzne w kontroli zarządczej	183
4.3. Wnioski.....	184
Bibliografia	188

Wprowadzenie

Horyzont dociekań badawczych podejmowanych w obszarze zamówień publicznych tradycyjnie wyznaczany jest zakresem pojęcia „prawo zamówień publicznych”. W literaturze słusznie przyjmuje się przy tym, że jego „rdzeniem” jest sama ustawa Prawo zamówień publicznych (Pzp) oraz towarzyszące jej akty wykonawcze¹. Jednocześnie dostrzega się, że w szerszym ujęciu prawo zamówień publicznych obejmuje także przepisy innych ustaw, do których Pzp odsyła oraz akty prawne, które z kolei zobowiązują do stosowania Pzp. Wreszcie prawo zamówień publicznych, a także – obok wymienionych wyżej aktów prawa krajowego – europejskie regulacje dotyczące zamówień publicznych, w tym dyrektywy i rozporządzenia². Tak zarysowane granice prawa zamówień publicznych inspirują przede wszystkim do podejmowania problemów umiejscowionych niejako w jego obrębie. Należą do nich m. in. kwestie dotyczące ustawowych obowiązków związanych z przygotowaniem i prowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia, trybów udzielania zamówień, wymagań związanych z umowami, ustrojowego urzędnika oraz kompetencji organów właściwych w sprawach zamówień czy środków ochrony prawnej. Jednakże na równą uwagę zasługują także zagadnienia związane z zamówieniami publicznymi, które nie są objęte zakresem zastosowania Pzp.

„Pozaustawowość” jako cecha instytucji prawnej jest nierzadko podejmowanym w literaturze prawniczej zagadnieniem. Także w obszarze zamówień publicznych zdarza się, że autorzy odnoszą się do pozaustawowego charakteru określonych rozwiązań normatywnych (np. pozaustawowych sposobów rozstrzygnięcia sporów w zamówieniach publicznych sektorowych³, pozaustawowych zasad prowadzenia postępowania o udzielanie zamówień publicznych⁴ czy trybów pozaustawowych⁵). Określenie „pozaustawowe” odnoszone jest też do samych zamówień publicznych⁶. Przy czym zamówienia pozaustawowe określane są też

¹ K. Horubski, *Administracyjnoprawne instrumenty realizacji zamówienia publicznego*, Warszawa 2017, Legalis.

² H. Nowicki, *Podstawy prawne prawa zamówień publicznych w Polsce*, [w:] *System zamówień publicznych w Polsce*, red. J. Sadowy, s. 73.

³ P. Granecki, A. Panasiuk *Zamówienia sektorowe*, Warszawa 2007, s. 192.

⁴ P. Rączka, *Deontologia zawodowa w zamówieniach publicznych* *Prawo Zamówień Publicznych* nr 3/2015, s. 215.

⁵ B. Nuzzo, E. Plebanek, R. Szostak, *Odpowiedzialność osobista urzędników w zamówieniach publicznych*, Warszawa 2020, Legalis; K. Horubski, *Administracyjnoprawne instrumenty realizacji zamówienia publicznego*, Warszawa 2017, Legalis.

⁶ Zob. np. http://szpitalczerniakowski.waw.pl/kategoria/zamowienia-publiczne/zamowienia_pozaustawowe, dostęp: 13.05.2021; <https://3rblog.wp.mil.pl/pl/bip/zamowienia>, dostęp: 13.05.2021; <https://bip.nieruchomoscigda.pl/zamowienia-publiczne/pozaustawowe>, dostęp: 13.05.2021; <https://dwwam.nowybip.pl>, dostęp: 13.05.2021; <https://www.nadzor-pedagogiczny.pl/procedura-zamowien-pozaustawowych>, dostęp: 13.05.2021.

za pomocą takich terminów, jak np. „zamówienia drobne” czy „zamówienia bagatelne”⁷.

Termin „zamówienia pozaustawowe” jest pojęciem-narzędziem badawczym. Służy opisowi kategorii zamówień wyróżnionej w ramach dychotomicznego podziału na „zamówienia ustawowe” oraz „zamówienia pozaustawowe”. Wyróżnienie zamówień pozaustawowych oparte jest więc na kryterium formalnym. W ujęciu negatywnym zamówienia pozaustawowe to po prostu zamówienia, które nie są zamówieniami ustawowymi, czyli takimi, które są objęte zakresem regulacji wskazanym w art. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych⁸. Artykuł ten stanowi, że ustawa reguluje zamówienia publiczne, zwane dalej „zamówieniami”, oraz konkursy, w tym określa:

- 1) podmioty obowiązane do stosowania przepisów ustawy;
- 2) zakres wyłączeń stosowania przepisów ustawy;
- 3) zasady udzielania zamówień;
- 4) etapy przygotowania i prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia;
- 5) tryby udzielania zamówień oraz szczególnie instrumenty i procedury w zakresie zamówień;
- 6) wymagania dotyczące umów w sprawie zamówienia publicznego oraz umów ramowych;
- 7) organy właściwe w sprawach zamówień;
- 8) środki ochrony prawnej;
- 9) pozasądowe rozwiązywanie sporów dotyczących realizacji umów w sprawie zamówienia publicznego;
- 10) kontrolę udzielania zamówień oraz kary pieniężne.

Z kolei w ujęciu pozytywnym zamówienia pozaustawowe należy przede wszystkim traktować jako przejaw legitymizowanego odstępstwa od stosowania zasady powszechności prawa zamówień publicznych – czy inaczej – zasady powszechności reżimu ustawowego zamówień publicznych. Jej normatywnym wyrazem jest art. 17 ust. 2 Pzp, zgodnie z którym zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Zasada powszechności reżimu ustawowego zamówień publicznych oznacza, że wszyscy zamawiający wskazani w Prawie zamówień publicznych są objęci ustawowym obowiązkiem zawierania

⁷ B. Nuzzo, E. Plebanek, R. Szostak, Odpowiedzialność osobista urzędników...; K. Horubski, Administracyjnoprawne instrumenty...; B. Nuzzo, Zamówienia bagatelne we Włoszech, Prawo Zamówień Publicznych nr 3/2018, s. 60; A. Smerd, Zasady udzielania zamówień bagatelnych, ZPDORADCA nr 5/2019, s. 12; red. R. Szostak, Informatyzacja procedur udzielania zamówień publicznych, Warszawa 2018, Legalis.

⁸ Ustawa z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.).

odpłatnych umów na dostawy, usługi lub roboty budowlane z wybieranymi zgodnie z Pzp wykonawcami⁹. Na tym tle pozaustawowy charakter zamówień wiążących należy z ograniczeniem zakresu zastosowania przepisów Pzp, które wyznaczają konkretne obowiązki dotyczące wyboru wykonawców oraz które określają konsekwencje niewykonania lub nieprawidłowego wykonania takich obowiązków.

Zakres znaczeniowy pojęcia „zamówienia pozaustawowe” jest jednak dość złożony. Wśród pozaustawowych zamówień publicznych należy wyróżnić bowiem takie, które:

- a) nie należą do kategorii zamówień podlegających ustawie Pzp,
- b) są wyłączone ze stosowania Pzp na mocy Pzp,
- c) są wyłączone ze stosowania Pzp na mocy ustaw odrębnych.

Różnica między tymi rodzajami zamówień wydaje się *prima facie* pozorna. Wszak status tych zamówień sprowadza się do tego, że nie ma do nich zastosowania regulacja Pzp w zakresie obowiązków dotyczących wyboru wykonawców. Bliższe przyjrzenie się jednak grupie zamówień publicznych pozaustawowych ujawnia ich pewną złożoność, które domaga się głębszej analizy. Wyrażać się ona może chociażby w istnieniu zróżnicowanych obowiązków wynikających z ustaw odrębnych od Pzp.

W pracy przyjęto założenie, że specyfikę normatywną zamówień pozaustawowych wyznacza z jednej strony fakt wyłączenia stosowania Pzp, ale także istnienie trzech, wynikających z tego faktu, aspektów prawnych związanych z zamówieniami pozaustawowymi. Należą do nich prawne aspekty udzielania takich zamówień, gospodarowania środkami publicznymi w ramach zamówień pozaustawowych, oraz prawne aspekty ich kontroli.

Rozważania dotyczące poszczególnych zagadnień prawnych zamówień pozaustawowych zostaną jednak poprzedzone analizą samej koncepcji prawnej zamówień pozaustawowych. Jej celem jest ustalenie, w jakim zakresie zamówienia pozaustawowe jawią się jako odrębny od zamówień ustawowych koncept normatywny. Wymagać to będzie przede wszystkim teoretycznego ujęcia rodzajów zamówień pozaustawowych oraz zbadania racji, dla których w prawie wyodrębniane są takie zamówienia.

Celem rozważań dotyczących prawnych aspektów udzielania zamówień pozaustawowych będzie z kolei analiza sytuacji prawnej instytucji zamawiających. W jej ramach koniecznym będzie ustalenie źródeł obowiązków i uprawnień związanych z udzielaniem zamówień oraz określenie, w jakim zakresie sytuacja prawna podmiotów udzielających zamówień pozaustawowych jest zbieżna,

⁹ R. Szostak, Zasady prawa zamówień publicznych, Prawo Zamówień Publicznych nr 3/2014, s. 9-10.

a także w jakim wykazuje istotne odrębności wobec położenia prawnego instytucji udzielających zamówień ustawowych.

Rozważania dotyczące udzielenia zamówień publicznych wymagać będą uzupełnienia o kwestie związane z gospodarowaniem środkami publicznymi. W tym zakresie podjęte zostaną zagadnienia dotyczące szeroko rozumianej dyscypliny finansów publicznych w zamówieniach pozaustawowych, czyli zastosowania zasad gospodarowania środkami publicznymi, odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych oraz skutków prawnofinansowych związanych z nieprawidłowościami przy udzielaniu zamówień pozaustawowych w ramach projektów i programów finansowanych z udziałem środków unijnych.

W ostatnim rozdziale zamówienia pozaustawowe analizowane będą jako przedmiot wyspecjalizowanej kontroli inspekcyjnej oraz kontroli zarządczej. Podobnie jak w przypadku tematyki udzielania zamówień oraz gospodarowania środkami publicznymi, celem rozważań dotyczących kontroli zamówień pozaustawowych będzie ustalenie specyfiki tych zamówień na tle zamówień ustawowych.

W analizie przedstawionych zagadnień zastosowanie znajdą metody badawcze właściwe naukom prawnym. Materiał normatywny analizowany będzie z zastosowaniem metody lingwistyczno-logicznej służącej ustaleniu treści obowiązującego prawa, przy czym interpretacja prawa oparta będzie na podstawowych założeniach derywacyjnej koncepcji wykładni¹⁰. Ustalenie treści prawa wymagać jednak będzie skorzystania z kontekstu normatywnego, w tym uwzględniania celów stanowienia analizowanych norm oraz orzecznictwa. Z tego powodu w pracy zastosowanie znajdzie także metoda służąca rekonstrukcji *rationes legis* poszczególnych rozwiązań prawnych. W ramach prowadzonych rozważań koniecznym będzie również wzięcie pod uwagę treści dokumentów, które nie mając wprawdzie formalnej rangi źródeł prawa, kształtują specyfikę zamówień pozaustawowych, w szczególności wpływając na sposób stanowienia i przestrzegania prawa.

¹⁰ M. Zieliński, Derywacyjna koncepcja wykładni jako koncepcja zintegrowana, *Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny* nr 3/2006, s. 95-96.

1. Rozdział – Prawna koncepcja zamówień pozaustawowych

1.1. Pojęcie zamówienia publicznego

Kategoria zamówień pozaustawowych stanowi element szerszego pojęcia jakim są „zamówienia publiczne”, które jest trwale obecne w prawie, a przede wszystkim wpisane jest w tytuł samej ustawy Prawo zamówień publicznych. Znajduje również wielokrotne zastosowanie w jej treści. Należy jednak odnotować, że termin „zamówienie publiczne” można rozumieć szeroko lub wąsko. W szerokim rozumieniu zamówienia publiczne to rodzaj umów objętych systemem zamówień publicznych. Na system ów składają się aktualnie regulacje Prawa zamówień publicznych, ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi oraz ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym, ale także regulacje rozsiane w wielu innych aktach prawnych. W takim przypadku zamówienia publiczne obejmują różne rodzaje umów, w tym umowy o zamówienia publiczne zawierane w trybie Pzp, umowy partnerstwa publiczno-prywatnego oraz umowy koncesji na roboty budowlane lub usługi i inne¹¹. Z kolei w węższym pojęciu zamówieniem publicznym jest ten rodzaj umowy, do której odnosi się wyłącznie ustawa Prawo zamówień publicznych. Analizy prowadzone w ramach niniejszego opracowania dotyczyć będą zamówień publicznych w węższym rozumieniu.

Ponadto, samo pojęcie „zamówienie” czy „zamówienie publiczne” funkcjonuje w języku prawnym oraz w praktyce nie tylko jako określenie umowy, ale także jako synonim zakupu czy przedmiotu umowy zawieranej między zamawiającym a wykonawcą. W tym znaczeniu słowo „zamówienie” zastosowano w regulacjach dotyczących np. podzielności zamówienia¹² czy chociażby w samym zwrocie „umowa w sprawie zamówienia publicznego”¹³. Wieloznaczność znaczenia terminu „zamówienie publiczne” wyraża się też w stosowaniu takich zwrotów jak „wszczęcie zamówienia”, „wniosek o zamówienie”, „opis zamówienia”, „dokonanie zamówienia” itp.

Sama ustawa Prawo zamówień publicznych w słowniczku pojęć zawartym w art. 7 definiuje pojęcie „zamówienia”, a nie „zamówienia publicznego”. Okoliczność ta jest o tyle interesująca, że ustawa Prawo zamówień publicznych w 2004 roku definiowała właśnie pojęcie „zamówienia publicznego”. W ustawie z 2004 roku pod tym terminem identyfikowano umowy odpłatne zawierane między zamawiającym a wykonawcą, których przedmiotem są usługi, dostawy

¹¹ H. Nowicki, Podstawy prawne systemu zamówień publicznych w Polsce, [w:] System zamówień publicznych w Polsce red. J. Sadowy, Warszawa 2013, s. 55-66; A. Panasiuk, Prawno-ekonomiczne aspekty systemu zamówień publicznych wpływające na ograniczenie swobody kontraktowania, Bydgoszcz 2005, s. 88.

¹² Art. 24 i nast.

¹³ Tamże.

¹³ Np. art. 77 ust. 2.

lub roboty budowlane¹⁴. Natomiast aktualnie obowiązująca ustawa pod pojęciem „zamówienie” każe rozumieć umowę odpłatną zawieraną między zamawiającym a wykonawcą, której przedmiotem jest nabycie przez zamawiającego od wybranego wykonawcy robót budowlanych, dostaw lub usług¹⁵. Zmiana zastosowanego w słowniczku ustawowym definiowanego terminu nie świadczy jedynie o zmianie terminologii i zastąpieniu pojęcia „zamówienie publiczne” pojęciem „zamówienie”. Jak wspomniano wyżej ustawa Prawo zamówień publicznych wielokrotnie posługuje się rodzajowym określeniem „zamówienia publiczne”. Istotne są jednak zmiany w samym rozumieniu tego pojęcia.

Określony w ustawach zakres znaczeniowy tych definicji pozostaje zasadniczo zbieżny. „Zamówieniem publicznym” oraz „zamówieniem” jest umowa odpłatna zawierana przez zamawiającego z wykonawcą. W takim ujęciu istota zamówienia sprowadza się więc do czynności prawnej dochodzącej do skutku na mocy złożenia przez strony zgodnych oświadczeń woli¹⁶. Jednakże nowa ustawa wprowadza dwa dodatkowe elementy pojęciowe, to jest „nabycie” oraz „wybrany wykonawca”. Elementy te nawiązują do brzmienia art. 1 ust. 2 i art. 2 ust. 1 pkt 8 dyrektywy klasycznej¹⁷ oraz art. 1 ust. 2 i art. 2 pkt 1 dyrektywy sektorowej¹⁸. Z motywu 4 preambuły do dyrektywy klasycznej wynika, że termin „nabycie” należy rozumieć jako uzyskiwanie korzyści z tytułu określonych robót budowlanych, dostaw lub usług.

Jak wskazano w uzasadnieniu do projektu ustawy element pojęciowy odnoszący się do wybranego wykonawcy „zawęża stosowanie reżimu ustawowego”¹⁹. Oznacza to wyjęcie spod regulacji zamówień publicznych zawierania umów w sytuacjach, w których zamawiający nie wybiera najkorzystniejszej oferty – czy szerzej – najkorzystniejszej propozycji zawarcia umowy, ale zawiera umowy ze wszystkimi zainteresowanymi wykonawcami, bez przeprowadzania jakichkolwiek kwalifikacji. Na przykład, w wyroku z dnia 2 czerwca 2016 r. (C-410/14) zapadłym w ramach pytania prejudycjalnego dotyczącego postępowania o zawarcie umów rabatowych dotyczących produktów leczniczych Trybunał Sprawiedliwości uznał, że kiedy podmiot publiczny planuje zawrzeć umowy na

¹⁴ Art. 2 pkt 13.

¹⁵ Art. 7 pkt 32.

¹⁶ Z. Radwański, *Prawo cywilne – część ogólna*, Warszawa 1999, s. 189.

¹⁷ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE (Dz.Urz. UE L 94 z 28.03.2014, s. 65, z późn. zm.), zwana dalej „dyrektywą klasyczną” albo „dyrektywą 2014/24/UE”.

¹⁸ 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.Urz. UE L 94 z 28.03.2014, s. 243, z późn. zm.), zwana dalej „dyrektywą sektorową” albo „dyrektywą 2014/25/UE”.

¹⁹ Druk sejmowy nr 3624 z 12 lipca 2019 r., s. 12, sejm.gov.pl, dostęp: 15.05.2021.

dostawę ze wszystkimi wykonawcami chcącymi dostarczać produkty na warunkach wskazanych przez ten podmiot, to nie istnieje wówczas konieczność stosowania Dyrektywy²⁰. Trybunał stwierdził, że wybór oferty, a zatem zwycięskiego wykonawcy, któremu będzie przysługiwać wyłączność (ang. *exclusivity*) realizacji zamówienia jest elementem nieodłącznie związanym z pojęciem „zamówienia publicznego”. Natomiast w treści dyrektywy klasycznej stwierdza się, że sytuacje, w których wszystkie podmioty spełniające określone warunki są uprawnione do wykonania danego zadania, bez przeprowadzania kwalifikacji nie powinny być postrzegane jako zamówienia, lecz jako zwykłe systemy pozwoleń (ang. *simple authorisation schemes*)²¹.

Konstatacje Trybunału Sprawiedliwości oraz motywy legislacyjne polskiego oraz unijnego prawodawcy należy odnosić także do zamówień pozaustawowych. Związane są one bowiem z samą naturą udzielenia zamówienia pojmowaną jaką czynność indywidualizacji strony umowy oraz konkretyzacji jej treści w ramach postępowania o charakterze kwalifikacyjnym. Kwestia istnienia zamówienia jako umowy z „wybranym wykonawcą” pozostaje więc szczególnie ważką właśnie w zamówieniach wyłączonych ze stosowania ustawowych procedur, gdzie zamawiający dysponuje odpowiednio większą swobodą w określaniu sposobów zawierania umów.

Pojęcie zamówienia (zamówienia publicznego) wyznacza zatem kluczowe elementy konstrukcyjne tej instytucji prawnej. Należą do nich:

- a) forma prawna, czyli umowa,
- b) status stron umowy tj. zamawiający oraz wybrany wykonawca,
- c) konieczny przedmiot umowy tj. odpłatne nabycie robót budowlanych, dostawy lub usługi.

Warunkiem koniecznym, choć niewystarczającym istnienia zamówienia publicznego jest odpłatny charakter umowy. Odpłatność oznacza, że umowa przewiduje korzyść majątkową dla wykonawcy za wykonanie określonego w umowie świadczenia. Przy czym podstawową postacią odpłatności jest zapłata wynagrodzenia wykonawcy środkami pieniężnymi²². Dla istnienia odpłatności jako cechy umowy o zamówienie publiczne nie jest jednak wymagane, by korzyść jaką wykonawca otrzyma była ekwiwalentna w stosunku do jego świadczenia.

²⁰ Dz.Urz. UE L z 2004 r. nr 134, s. 114 ze zm.

²¹ Motyw 4. Dyrektywy klasycznej; G. Wicik, Pojęcie zamówienia publicznego. Głosa do wyroku TSUE z 01.03.2018 r. w sprawie C-9/17 (Tirkkonen), Prawo Zamówień Publicznych nr 4/2018, s. 91.

²² Na temat odpłatnego charakteru tzw. umów barterowych zob. np.: wyrok Sądu Najwyższego – Izba Cywilna z dnia 26 sierpnia 2004 r. (I CK 210/04).

O istnieniu zamówienia publicznego stanowi też treść, a właściwie cel umowy jakim jest nabycie przez zamawiającego od wykonawcy dostaw albo usług, albo robót budowlanych. Zgodnie z treścią dyrektywy klasycznej termin „nabycie” należy rozumieć szeroko, tj. jako uzyskiwanie korzyści z tytułu określonych robót budowlanych, dostaw lub usług²³.

Na marginesie można dodać, że samo „nabycie” jako cel umowy o zamówienie publiczne jest dużym skrótem językowym zastosowanym przez ustawodawcę. W przypadku dostaw nabycie nie musi być bowiem związane z nabywaniem produktów na własność poprzez ich zakup (na podstawie umowy sprzedaży), ale może także polegać na uzyskaniu dostępu do określonych dóbr poprzez najem, dzierżawę albo leasing²⁴. Z kolei nabywanie robót budowlanych to w istocie zamawianie ich wykonania (z ewentualnym wcześniejszym ich zaprojektowaniem), także w postaci wykonania obiektu budowlanego, którego własność może, ale nie musi przypadać zamawiającemu. Najszerzej na gruncie Pzp pojmowane są usługi, gdyż obejmują swym zakresem wszelkie świadczenia, które nie są robotami budowlanymi lub dostawami²⁵.

1.2. Pozaustawowe zamówienia klasyczne, zamówienia sektorowe oraz zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa

Pozaustawowy charakter zamówień publicznych nie wyklucza ich wewnętrznego zróżnicowania. Na gruncie Pzp funkcjonuje podział zamówień publicznych na zamówienia klasyczne, zamówienia sektorowe oraz zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa. Podział ten wiąże się z koniecznością uwzględnienia pewnych odrębności w stosowaniu Pzp, w tym także braku obowiązku jej stosowania lub braku obowiązku stosowania niektórych jej zapisów albo istnieniu dodatkowych obowiązków ustawowych.

Podział zamówień na klasyczne, sektorowe oraz w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa wynika z jednoczesnego zastosowania kryteriów podmiotowych i przedmiotowych. Zamówienia sektorowe udzielane są tylko przez zamawiających sektorowych w związku z prowadzeniem tzw. działalności sektorowej²⁶. Należy jednak pamiętać, że status zamawiających sektorowych mogą mieć również zamawiający publiczni w zakresie, w jakim wykonują jeden z rodzajów działalności sektorowej.

²³ Motyw 4. Dyrektywy klasycznej.

²⁴ Art. 7 pkt 4) Pzp.

²⁵ Tamże, pkt 28).

²⁶ Tj. zamówieniem udzielanym przez zamawiającego sektorowego w celu prowadzenia jednego z rodzajów działalności sektorowej (art. 7 pkt 35 Pzp.).

Z kolei zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa udzielane są przez zamawiających publicznych, jak i zamawiających sektorowych, a ich przedmiot związany jest z obronnością i bezpieczeństwem. Obejmują m. in. dostawy sprzętu wojskowego lub wykonywanie robót budowlanych, dostaw i usług związanych z zabezpieczeniem obiektów będących w dyspozycji zamawiających²⁷.

Pojęcia zamówienia sektorowego oraz zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa związane są zatem ze statusem zamawiającego oraz celem, dla którego zamówienie jest udzielane²⁸.

Natomiast zamówienia klasyczne udzielane są przez zamawiających publicznych, jak i zamawiających subsydiowanych, i są pozostałymi rodzajami zamówień niebędącymi zamówieniami sektorowymi i zamówieniami w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa. Pojęcie zamówień klasycznych definiowane jest więc w Pzp za pomocą elementów definicji negatywnej. Jednocześnie kategorie zamówień klasycznych determinuje status podmiotów je udzielających.

1.3. Zamawiający publiczni, zamawiający sektorowi oraz zamawiający subsydiowani jako udzielający zamówień pozaustawowych

Kategorie zamawiających publicznych tworzą podmioty lub związki podmiotów o różnorodnym statusie, w tym jednostki sektora finansów publicznych, państwowe jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej oraz tzw. podmioty (instytucje) prawa publicznego. Z kolei kategoria zamawiających sektorowych pokrywa się częściowo z kategorią zamawiających publicznych i obejmuje wszelkie podmioty wykonujące tzw. działalność sektorową²⁹. Sama grupa zamawiających sektorowych obejmuje jednak zróżnicowane podmioty. Wśród nich są, obok zamawiających publicznych, także inne podmioty, które wykonują jeden z rodzajów działalności sektorowej oraz na których zamawiający publiczni, pojedynczo lub wspólnie, bezpośrednio lub pośrednio przez inny podmiot wywierają określony dominujący wpływ. Zamawiający sektorowi to podmioty, które wykonują jeden z rodzajów działalności sektorowej na podstawie praw szczególnych lub wyłącznych³⁰. Natomiast działalność sektorowa – w ogólniejszym ujęciu – obejmuje działalność w zakresie gospodarki wodnej, energii elektrycznej, gazu i energii cieplnej oraz wydobywania paliw³¹.

²⁷ Art. 7 pkt 36) Pzp.

²⁸ Tamże, pkt 35).

²⁹ Art. 5 Pzp.

³⁰ Tamże, ust. 1.

³¹ Tamże, ust. 4.

Z kolei zamawiającymi subsydiowanymi są podmioty, które nie będąc zamawiającymi publicznymi lub sektorowymi udzielają zamówień finansowanych ze środków publicznych lub przez zamawiających publicznych w wysokości ponad 50% wartości zamówienia³². Należy jednak zastrzec, że zamówienie zamawiającego subsydiowanego musi mieć wartość równą lub przekraczającą progi unijne, a jego przedmiotem muszą być 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.

Zestawienie kategorii zamawiających oraz rodzajów zamówień publicznych wskazuje, że wszystkie rodzaje zamówień publicznych mogą być udzielane przez zamawiających publicznych. Z kolei zamawiający subsydiowani mogą udzielać tylko zamówień klasycznych. Natomiast zamawiający sektorowi zamówień sektorowych, ale także zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa. W tym ostatnim przypadku należałoby przyjąć, że zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa będą mogły być jednocześnie zamówieniami sektorowymi albo być wyłącznie zamówieniami w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa udzielanymi przez zamawiających sektorowych.

Na tym tle najbardziej niejednoznacznie przedstawia się sposób wyznaczenia położenia prawnego zamawiających subsydiowanych. Zamawiający subsydiowany to bowiem jakiegokolwiek podmiot znajdujący się w wyraźnie określonych w Pzp okolicznościach. Jak wskazano wyżej na okoliczności te składa się fakt odpowiedniego finansowania udzielanego przez niego zamówienia ze środków publicznych albo przez pewnych zamawiających, odpowiednia wartość oraz przedmiot zamówienia. W tym kontekście, jako nieczytelne okazuje się brzmienie art. 2 ust. 1 pkt 4) Pzp, zgodnie z którym przepisy ustawy stosuje się do udzielania zamówień klasycznych oraz organizowania konkursów, których wartość jest równa lub przekracza progi unijne, przez zamawiających subsydiowanych w okolicznościach, o których mowa w art. 6 Pzp. Art. 2 ust. 1 pkt 4) Pzp zdaje się wskazywać pośrednio, że zamawiający subsydiowani mogą, ale nie muszą znajdować się w okolicznościach, o których mowa w art. 6 Pzp. Tymczasem kategoria zamawiających nie jest związana ze statusem podmiotu i nie występuje poza wskazanymi w art. 6 Pzp okolicznościami. W konsekwencji należy stwierdzić, że zamawiający subsydiowani z zamówieniami pozaustawowymi będą mieć do czynienia tylko wówczas, gdy jako podlegający Pzp będą korzystać z wyłączeń określonych w Oddziale 2. Rozdziału 1. Pzp.

³² Art. 6 Pzp.

1.4. Rodzaje zamówień pozaustawowych

1.4.1. Zamówienia nienależące do zamówień podlegających ustawie Prawo zamówień publicznych

Zgodnie z wyraźnym brzmieniem Pzp przepisy ustawy stosuje się do udzielania określonych zamówień klasycznych oraz organizowania konkursów, tj. zamówień i konkursów, których wartość jest równa lub przekracza kwotę 130 000 złotych oraz udzielania zamówień klasycznych oraz organizowania konkursów, których wartość jest równa lub przekracza progi unijne, przez zamawiających subsydiowanych w określonych okolicznościach. Ustawę stosuje się również do zamówień sektorowych oraz organizowania konkursów, których wartość jest równa lub przekracza progi unijne, przez zamawiających sektorowych oraz zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, których wartość jest równa lub przekracza progi unijne, przez zamawiających publicznych oraz zamawiających sektorowych³³.

Przesłanki niestosowania ustawy w przypadku ww. zamówień związane są przede wszystkim z odpowiednią, niewielką wartością tych zamówień. Regulacja wskazuje na dwa podstawowe progi tj. kwotę 130 000 zł oraz tzw. progi unijne.

Przez progi unijne należy rozumieć kwoty wartości zamówień lub konkursów określone w art. 4 i art. 13 dyrektywy klasycznej, art. 15 dyrektywy sektorowej oraz art. 8 dyrektywy obronnej³⁴, aktualizowane w aktach wykonawczych Komisji Europejskiej, wydawanych odpowiednio na podstawie wskazanych dyrektyw. W Polsce, na Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych spoczywa obowiązek informowania o aktualnych progach unijnych, ich równowartości w złotych oraz o równowartości w złotych kwot wyrażonych w ustawie w euro, ustalonych zgodnie z komunikatem Komisji Europejskiej, a także o średnim kursie złotego w stosunku do euro, stanowiącym podstawę przeliczania wartości zamówień lub konkursów, ustalonym na podstawie kwot określonych w komunikacie Komisji Europejskiej³⁵.

³³ Art. 2 ust. 1 Pzp.

³⁴ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/81/WE z dnia 13 lipca 2009 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania niektórych zamówień na roboty budowlane, dostawy i usługi przez instytucje lub podmioty zamawiające w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa i zmieniającej dyrektywy 2004/17/WE i 2004/18/WE (Dz.Urz. UE L 216 z 20.08.2009, s. 76, z późn. zm.), zwanej dalej „dyrektywą obronną” albo „dyrektywą 2009/81/WE.

³⁵ Art. 3 Pzp. Informacje o progach unijnych oraz średnim kursie złotego ogłaszane są w drodze obwieszczenia, w Dzienniku Urzędowym Rzeczypospolitej Polskiej „Monitor Polski”, oraz zamieszczane na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych, niezwłocznie po publikacji komunikatu Komisji Europejskiej w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej. Zgodnie z treścią aktualnego obwieszczenia Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych³⁵ aktualne progi unijne oraz ich równowartości w złotych, w przypadku zamówień klasycznych na roboty budowlane

W związku z niepodleganiem określonych zamówień Pzp, ze względu na ich wartość, wspomnieć również uzupełniająco należy o możliwości udzielania przez zamawiających zamówień w częściach, w których każda stanowi przedmiot odrębnego postępowania. W takich przypadkach zamawiający ma obowiązek łącznego szacowania wszystkich części zamówienia³⁶. Jednakże wyjątkowo, do udzielenia zamówienia na określoną, wydzieloną część zamówienia zamawiający może stosować przepisy ustawy właściwe dla wartości tej części zamówienia. Wartość tej części zamówienia musi być jednak mniejsza niż wyrażona w złotych równowartość kwoty 80 000 euro dla dostaw lub usług albo 1 000 000 euro dla robót budowlanych. Dodatkowo, wartość tej części, a także łączna wartość wszystkich części, które miałyby być wyjątkowo szacowane odrębnie, nie może wynosić więcej niż 20% wartości całego zamówienia³⁷. Może to w konsekwencji oznaczać, że wartość konkretnej części zamówienia będzie mniejsza od 130 000 złotych, co uprawniać będzie zamawiającego do niestosowania Pzp albo będzie mniejsza od progów unijnych, co pozwoli skorzystać z innego wyłączenia obowiązku stosowania Pzp.

udzielanych przez zamawiających publicznych, wynosi 5 350 000 euro, co stanowi równowartość kwoty 22 840 755 zł, a w przypadku udzielania zamówień klasycznych na dostawy i usługi lub organizowania konkursów przez zamawiających publicznych, będących jednostkami sektora finansów publicznych, z wyłączeniem uczelni publicznych, państwowych instytucji kultury, jednostek samorządu terytorialnego oraz ich związków, jednostek sektora finansów publicznych, dla których organem założycielskim lub nadzorującym jest jednostka samorządu terytorialnego, a także przez zamawiających publicznych będących państwowymi jednostkami organizacyjnymi nieposiadającymi osobowości prawnej – wynosi 139 000 euro, co stanowi równowartość kwoty 593 433 zł. W przypadku udzielania zamówień klasycznych na dostawy i usługi lub organizowania konkursów przez pozostałych zamawiających publicznych próg unijny wynosi 214 000 euro, co stanowi równowartość kwoty 913 630 zł. W przypadku zamówień klasycznych na usługi społeczne i inne szczególne usługi, udzielanych przez zamawiających publicznych próg unijny wynosi 750 000 euro, co stanowi równowartość kwoty 3 201 975 zł. W przypadku zamówień klasycznych na roboty budowlane udzielanych przez zamawiających subsydiowanych próg unijny wynosi 5 350 000 euro, co stanowi równowartość kwoty 22 840 755 zł, a w odniesieniu do zamówień na usługi lub organizowania konkursów wynosi 214 000 euro, co stanowi równowartość kwoty 913 630 zł. Natomiast w zakresie udzielania zamówień sektorowych na dostawy i usługi lub organizowania konkursów przez zamawiających sektorowych próg unijny wynosi 428 000 euro, co stanowi równowartość kwoty 1 827 260 zł, natomiast na roboty budowlane 5 350 000 euro, co stanowi równowartość kwoty 22 840 755 zł. W przypadku zamówień sektorowych na usługi społeczne i inne szczególne usługi, próg unijny wynosi 1 000 000 euro, co stanowi równowartość kwoty 4 269 300 zł. Z kolei w przypadku zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa na dostawy i usługi udzielanych przez zamawiających publicznych lub zamawiających sektorowych próg unijny wynosi 428 000 euro, co stanowi równowartość kwoty 1 827 260 zł, a w przy przypadku zamówień na roboty budowlane 5 350 000 euro, co stanowi równowartość kwoty 22 840 755 zł.

³⁶ Art. 30 ust. 1-2 Pzp.

³⁷ Tamże, ust. 4.

1.4.2. Zamówienia wyłączone ze stosowania ustawy Prawo zamówień publicznych

Na odrębną uwagę zasługują zamówienia wyłączone ze stosowania ustawy Prawo zamówień publicznych. Warto przy tym przypomnieć, że już ustawa o zamówieniach publicznych z 1994 roku przewidywała wyłączenia jej stosowania. Wskazywała mianowicie na możliwość prowadzenia niektórych postępowań na szczególnych zasadach, przewidujących odstąpienie od stosowania określonych przepisów ustawy dotyczących, w tym dotyczących m. in. obowiązku publikacji ogłoszeń, terminów, odwołań, jawności postępowania czy przesłanek wyboru trybu przetargu ograniczonego i dwustopniowego³⁸. Jednocześnie ustawa przewidywała całkowite wyłączenie jej stosowania w przypadku niektórych zamówień³⁹. Godne uwagi jest to, że wyłączenia stosowania ustawy obejmowały zaledwie kilkanaście przypadków, w tym np. zamówienia na usługi arbitrażowe lub pojednawcze, usługi Narodowego Banku Polskiego czy zamówienia publiczne, których wartość nie przekraczała równowartości kwoty 6 000 euro. Znacznie szerszy zakres wyłączeń wskazywała ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych⁴⁰. Ujęte w trzech artykułach przypadki obejmowały zamówienia i konkursy udzielane na podstawie procedur międzynarodowych, niektóre zamówienia Narodowego Banku Polskiego czy Banku Gospodarstwa Krajowego, zamówienia na niektóre usługi badawcze i rozwojowe, usługi prawne, umowy z zakresu prawa pracy, zamówienia i konkursy, których wartość nie przekraczała wyrażonej w złotych równowartości kwoty 30 000 euro i wiele innych.

Zamówienia wyłączone ze stosowania ustawy Prawo zamówień publicznych z 2019 roku ujęte są w odrębnej jednostce redakcyjnej tj. Oddziale 2 zatytułowanym *Wyłączenia stosowania przepisów ustawy*. Wyłączenia obejmują zróżnicowane rodzaje zamówień, wyróżnionych ze względu na odmienne kryteria, wśród których wskazać można chociażby aspekty podmiotowe, przedmiotowe czy wartość zamówienia. Regulacje zawarte w Pzp pozwalają także wskazać w ramach zamówień wyłączonych te, których wyłączenie wynika z transpozycji postanowień dyrektyw zamówieniowych do polskiego porządku prawnego oraz te, których pozaustawowy charakter wynika wyłącznie z woli ustawodawcy krajowego.

Do pierwszej grupy można zaliczyć np.: zamówienia w dziedzinie łączności elektronicznej, zamówienia udzielane na podstawie obowiązkowych procedur międzynarodowych, nabywanie praw do budynków lub nieruchomości, nabywanie audycji oraz materiałów do audycji oraz zakup czasu antenowego, zamówienia na usługi arbitrażowe lub pojednawcze, zamówienia na usługi prawne,

³⁸ Art. 4b ust. 1 i 2.

³⁹ Art. 6.

⁴⁰ tj. z dnia 11 września 2019 r. (Dz.U. z 2019 r. poz. 1843).

zamówienia na usługi finansowe, w tym zamówienie usług banku centralnego, umowy pożyczki i kredyty, umowy z zakresu prawa pracy, zamówienia w dziedzinie obrony cywilnej i podobne, zamówienia na usługi w zakresie transportu pasażerskiego, zamówienia na usługi udzielane na podstawie prawa wyłącznego, zamówienia na usługi badawcze i rozwojowe oraz niektóre zamówienia udzielane przez zamawiających sektorowych. Z kolei przykładem zamówień pozaustawowych, których wyłączenie z obowiązku stosowania Pzp wynika wyłącznie z samej Pzp są zamówienia udzielane instytucjom gospodarki budżetowej, zamówienia udzielane przez NBP, zamówienia udzielane przez BGK, zamówienia udzielane przez instytucję pomostową lub podmiot zarządzający aktywami, zamówienia na dostawy uprawnień do emisji, umowy koncesji na roboty budowlane lub usługi, umowa uczelni ze spółką celową, zamówienia związane z procesem wypłaty środków gwarantowanych oraz zamówienia związane z wytwarzaniem dokumentów publicznych i innych dokumentów, dostawy lub usługi dla celów praw badawczych, dostawy lub usługi z zakresu działalności kulturalnej, zamówienia na potrzeby świadczenia audiowizualnych usług medialnych lub radiowych usług medialnych, zamówienia dostaw lub usług z zakresu działalności oświatowej, zamówienia na usługi lub roboty budowlane realizujące przedsięwzięcia rewitalizacyjne, zamówienia na usługi z zakresu leśnictwa, zamówienia udzielane w ramach realizacji współpracy rozwojowej przez jednostki wojskowe, zamówienia udzielane przywieziennym zakładom pracy lub zamówienia udzielane przez zarządzającego specjalną strefą ekonomiczną.

Szereg wyłączeń obowiązku stosowania Pzp przewidywanych jest również poza ustawą Pzp. Sama działalność prawodawcza, zgodnie z którą ograniczenia zakresu zastosowania zasady powszechności reżimu ustawy Prawo zamówień publicznych występują w ustawach odrębnych, nie jest wadliwa. Zasługuje jednak na krytyczną ocenę z punktu widzenia postulatów przyzwoitej legislacji – w szczególności, gdy skutkuje wieloma rozszanymi w systemie prawnym przepisami, przewidującymi w różnym zakresie zwolnienia z obowiązku stosowania Pzp⁴¹. Praktyka taka przeczy również – jak słusznie stwierdza R. Szostak – kompleksowej naturze regulacji noszącej miano „Prawo zamówień publicznych”⁴².

1.5. Uzasadnienie pozaustawowego charakteru zamówień

Brak obowiązku stosowania ustawy Pzp do określonej kategorii zamówień rodzi pytanie o powody, jakimi kieruje się ustawodawca dokonujący określonych

⁴¹ P. Zamelski, Społeczne aspekty prawa do dobrej legislacji, *Roczniki Nauk Społecznych* Tom 7(43) nr 4/2015, s. 113.

⁴² B. Nuzzo, E. Plebanek, R. Szostak, *Odpowiedzialność osobista urzędników...*; K. Horubski, *Administracyjnoprawne instrumenty...*

rozstrzygnięć legislacyjnych. Analiza obowiązujących regulacji pozwala zrekonstruować pewien wachlarz przesłanek wyłączeń Pzp. Niektóre z nich wyrażone są wprost w ramach motywów legislacyjnych, inne przejawiają się mniej lub bardziej czytelnie w treści regulacji prawnej. Dające się opisać powody wyodrębniania pozaustawowych zamówień reprezentują zazwyczaj gamę racji posiadających pewne umocowanie aksjologiczne lub prakseologiczne. W wielu przypadkach współwystępują one w ramach poszczególnych wyłączeń. Nie można również wykluczyć, że powody wprowadzenia niektórych wyłączeń stosowania Pzp wynikać mogą z doraźnych potrzeb.

Bez wątpienia naczelną i bezpośrednią racją pozaustawowego charakteru zamówień klasycznych o wartości mniejszej niż 130 000 złotych jest ich bagatelny charakter. Reguła, zgodnie z którą wzrost wartości zamówienia wiąże się ze wzrostem rygorów związanych z jego udzieleniem, uzasadnia w tym przypadku zwolnienie z konieczności stosowania procedur ustawowych. Z powodem tym bezpośrednio związane są inne cele, jak stworzenie możliwości stosowania przez zamawiających, przy udzielaniu takich zamówień, optymalnych instrumentów funkcjonujących na rynku, jak chociażby nabywanie gotowych produktów dostępnych w punktach sprzedaży czy zamawianie usług za pomocą środków komunikacji elektronicznej.

Powody braku obowiązku stosowania Pzp w zamówieniach o odpowiednio niewielkiej wartości należy łączyć z ogólnymi postulatami sprawności postępowania instytucji zamawiających oraz efektywności udzielania zamówień publicznych. Dziedzinę zamówień publicznych należy bowiem traktować jako płaszczyznę, w której również znajdują zastosowanie postulaty prakseologii. Oznacza to konieczność trafnego określania celów, którym służyć ma udzielanie zamówień, ale także dobór adekwatnych środków, niezbędnych do ich realizacji. Kwestia ta koresponduje również z potrzebą zapewnienia efektywnego gospodarowania środkami publicznymi, w szczególności w przypadku zamawiających publicznych będących jednostkami sektora finansów publicznych – co odnosi się do całego obszaru zamówień publicznych. Świadczą o tym chociażby postanowienia dyrektywy klasycznej. Zgodnie z nimi zamówienia publiczne traktowane są jako jeden z instrumentów rynkowych wykorzystywanych w celu osiągnięcia inteligentnego, trwałego wzrostu gospodarczego, sprzyjającego włączeniu społecznemu, przy jednoczesnym zagwarantowaniu najbardziej efektywnego wykorzystania środków publicznych⁴³.

Powody uzasadniające wyłączenie stosowania Pzp mogą również być związane z koniecznością stosowania innych procedur. Procedury takie mogą wynikać ze zobowiązań międzynarodowych, ale także z prawa krajowego – z ustaw

⁴³ Motyw 2.

innych niż Pzp, o których była mowa wyżej. W ramach pierwszej grupy aktualnie obowiązujące regulacje wskazują na procedury organizacji międzynarodowych, procedury wynikające z porozumień tworzących zobowiązania prawnomiędzynarodowe czy procedury międzynarodowych instytucji finansujących. Wyłączenie obowiązku stosowania Pzp może również wynikać z obowiązywania innych międzynarodowych procedur. Przykładem mogą być tu europejskie procedury dotyczące zamówień na usługi publiczne w zakresie transportu pasażerskiego kolejną lub metrem⁴⁴.

W ramach *rationes legis* wyłączeń ustawowych wskazać można takie, które związane są z brakiem odpowiednio konkurencyjnego wymiaru pewnych rodzajów zamówień publicznych. Tego rodzaju powody obejmować mogą zarówno prawne uwarunkowania braku konkurencji (np. posiadanie przez określonych wykonawców praw do świadczenia określonych usług lub dostaw), jak i okoliczności faktyczne, świadczące o pewnej trwałej i dostrzegalnej specyfice rynku (np. monopole naturalne).

Wśród przesłanek wyodrębnienia pozaustawowych zamówień związanych z brakiem konkurencyjnego wymiaru udzielanych zamówień wskazać można okoliczności polegające na istnieniu wyłączności w wykonywaniu zamówienia przez zamawiającego publicznego. Przykładem może być tu kwestia tzw. praw wyłącznych. Pzp nie stosuje się w przypadku zamówień na usługi udzielane przez zamawiającego publicznego i zamawiającego sektorowego zamawiającemu publicznemu, któremu wyłączne prawo do świadczenia tych usług przyznano na podstawie ustawy lub innego aktu normatywnego podlegającego publikacji⁴⁵.

Inną ilustracją mogą być zamówienia, które wprawdzie nie są związane z istnieniem praw wyłącznych w przedstawionym wyżej znaczeniu, ale dotyczą usług świadczonych przez określone podmioty. Przykładem są tu wyłączenia dotyczące zamówień udzielanych określonym instytucjom finansowym. Jak wynika z Pzp, przepisów ustawy nie stosuje się do zamówień, których przedmiotem są operacje przeprowadzane z Europejskim Instrumentem Stabilności Finansowej i Europejskim Mechanizmem Stabilności. Ponadto przepisów ustawy nie stosuje się do zamówień na usługi Narodowego Banku Polskiego⁴⁶ oraz na usługi Banku Gospodarstwa Krajowego, w zakresie bankowej obsługi jednostek sektora finansów publicznych oraz innych państwowych jednostek organizacyjnych, nieposiadających osobowości prawnej, z wyłączeniem jednostek samorządu terytorialnego⁴⁷.

⁴⁴ Art. 11 ust. 1 pkt 10 Pzp; art. 10 lit. i) Dyrektywy klasycznej.

⁴⁵ Art. 10 ust. 1 pkt 4) Pzp.

⁴⁶ Tamże, ust. 2 pkt 1).

⁴⁷ Tamże, pkt 2).

Jako przesłankę uzasadniającą wyodrębnienie pozaustawowych zamówień wskazać można także przedmiotową specyfikę zamówienia, która wyklucza możliwość faktycznego konkutowania o jego udzielenie. Przykładem mogą być tu zamówienia, których przedmiotem jest nabycie praw do budynków lub nieruchomości. Należy przypuszczać, że potrzeba nabycia takiego prawa związana jest zazwyczaj z określoną lokalizacją nieruchomości oraz brakiem możliwości uzyskania porównywalnych propozycji.

Podobnym przykładem są zamówienia na usługi arbitrażowe i pojednawcze. W dyrektywie klasycznej wskazuje się jako motyw fakt, że usługi arbitrażowe i pojednawcze oraz inne podobne formy alternatywnego rozwiązywania sporów są zwykle świadczone przez podmioty lub osoby fizyczne zatwierdzone lub wybrane w sposób, który nie może być regulowany przepisami dotyczącymi zamówień⁴⁸.

Kolejnym przykładem są zamówienia na usługi prawne. W motywach dyrektywy klasycznej stwierdza się, że niektóre usługi prawne są świadczone przez usługodawców wyznaczonych przez sąd lub trybunał danego państwa członkowskiego, obejmują reprezentowanie klientów w postępowaniu sądowym przez prawników, muszą być świadczone przez notariuszy lub są związane z wykonywaniem czynności urzędowych⁴⁹. Oznacza to, że *ratio legis* wyłączenia sprawdza się do tego, że usługodawcy w takich przypadkach nie są wybierani, lecz wyznaczani przez sąd lub trybunał, lub usługodawcy posiadają wyłączność w świadczeniu usług (jak notariusze) albo usługa jest związana z wykonywaniem czynności urzędowych.

Motyw legislacyjny uzasadniający wskazanie pozaustawowych zamówień klasycznych może być też związany z potrzebą zwiększenia powszechnej dostępności korzyści wynikających z udzielanych zamówień. W tym celu uchylenie ustawowych rygorów udzielania takich zamówień usprawniać ma wybieranie wykonawców realizujących usługi, a w efekcie zapewnić dostępność określonych dóbr. W literaturze stwierdza się np., że wyłączenie w dziedzinie łączności elektronicznej ma na celu umożliwienie instytucji publicznej zamawiania usług związanych z łącznością elektroniczną w taki sposób, aby dostęp do komunikacji elektronicznej był możliwy dla szerokiego kręgu odbiorców⁵⁰.

Przesłanki wyodrębnienia zamówień pozaustawowych mogą być również związane z istotną rolą aspektów pozaekonomicznych, niekomercyjnych, w tym

⁴⁸ Motyw 23.

⁴⁹ Motyw 25.

⁵⁰ J. Pawelec, Komentarz do art. 8 [w:] Dyrektywa 2014/23/UE w sprawie udzielania koncesji. Dyrektywa 2014/24/UE w sprawie zamówień publicznych. Dyrektywa 2014/25/UE w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych. Komentarz, Warszawa 2017, Legalis.

aspektów społecznych czy kulturalnych związanych z udzieleniem zamówienia. Przykładem może być tu szereg pozaustawowych zamówień o wartości mniejszej niż progi unijne. Wśród nich wskazać można zamówienia na dostawy lub usługi służące wyłącznie do celów prac badawczych, eksperymentalnych, naukowych lub rozwojowych, które nie służą prowadzeniu przez zamawiającego produkcji masowej służącej osiągnięciu rentowności rynkowej lub pokryciu kosztów badań lub rozwoju⁵¹. Kolejnym przykładem są zamówienia, których przedmiotem są dostawy lub usługi z zakresu działalności kulturalnej związanej z organizacją wystaw, koncertów, konkursów, festiwali, widowisk, spektakli teatralnych, przedsięwzięć z zakresu edukacji kulturalnej lub z gromadzeniem materiałów bibliotecznych przez biblioteki lub muzealiów, a także z zakresu działalności archiwalnej związanej z gromadzeniem materiałów archiwalnych, jeżeli zamówienia te nie służą wyposażaniu zamawiającego w środki trwałe przeznaczone do bieżącej obsługi jego działalności⁵².

Nieekonomiczny charakter zamówień można dostrzec w zamówieniach na dostawy lub usługi z zakresu działalności oświatowej, związanej z gromadzeniem w bibliotekach szkolnych podręczników, materiałów edukacyjnych i materiałów ćwiczeniowych⁵³ albo w zamówieniach, których przedmiotem jest nabycie audycji i materiałów do audycji lub ich opracowanie, produkcja lub koprodukcja, jeżeli są przeznaczone na potrzeby świadczenia audiowizualnych usług medialnych lub radiowych usług medialnych – udzielanych przez dostawców audiowizualnych lub radiowych usług medialnych⁵⁴.

Zgodnie z motywem dyrektywy klasycznej wyłączenie stosowania procedur udzielania zamówień w odniesieniu do usług zamawianych przez samych dostawców usług medialnych, w zakresie zakupu, opracowania, produkcji lub koprodukcji programów gotowych do użycia oraz innych przygotowanych, takich jak usługi związane z pisaniem scenariuszy lub innymi rodzajami twórczości artystycznej niezbędnymi w produkcji programów, związane jest z aspektami o znaczeniu kulturalnym lub społecznym. Dyrektywa precyzuje,

⁵¹ Art. 11 ust. 5 pkt 1) Pzp.

⁵² Tamże, pkt 2).

⁵³ Tamże, pkt 4).

⁵⁴ Audycją, w rozumieniu ustawy z 29.12.1992 r. o radiofonii i telewizji jest ciąg ruchomych obrazów z dźwiękiem lub bez niego (audycja audiowizualna) albo ciąg dźwięków (audycja radiowa), stanowiący, ze względu na treść, formę, przeznaczenie lub autorstwo, odrębną całość w stworzonym przez dostawcę usługi medialnej programie lub katalogu audycji publicznie udostępnianych w ramach audiowizualnej usługi medialnej na żądanie (art. 4 pkt 2). Z kolei usługą medialną jest usługa w postaci programu albo audiowizualnej usługi medialnej na żądanie, za którą odpowiedzialność redakcyjną ponosi jej dostawca i której podstawowym celem jest dostarczanie poprzez sieci telekomunikacyjne ogółowi odbiorców audycji, w celach informacyjnych, rozrywkowych lub edukacyjnych; usługą medialną jest także przekaz handlowy (art. 4 pkt 1).

że wyłączenie powinno mieć również zastosowanie do nadawczych usług medialnych oraz usług na żądanie (tzw. usług nieciągłych; ang. *non-linear services*), ale już nie powinno mieć zastosowania do dostaw urządzeń technicznych niezbędnych do produkcji, koprodukcji oraz nadawania tych programów⁵⁵.

Niekomercyjny charakter jako przesłankę wyłączenia zastosowania Pzp dostrzec można również w przypadku zamówień na usługi badawcze lub rozwojowe. Związana jest ona z potrzebą popierania korzystnych zjawisk społeczno-gospodarczych, takich jak współpraca sektora publicznego z sektorem prywatnym, w tym współfinansowanie przez ten drugi programów badawczo-rozwojowych. Zgodnie z motywem 35. dyrektywy klasycznej celem wyłączenia zamówień na usługi badawcze lub rozwojowe jest popieranie współfinansowania programów badawczo-rozwojowych przez przemysł. Aspekty społeczne ujawniają się w sposób szczególny również w zamówieniach w dziedzinie obrony cywilnej⁵⁶. Specyficzna, niekomercyjna sfera aktywności stanowi także rację dla pozaustawowego charakteru zamówień udzielanych przez NBP oraz BGK. W pierwszym zakresie chodzi o realizację polityki pieniężnej; w drugim o wykonywanie zadań dotyczących obsługi funduszy oraz realizacji programów rządowych.

Brak obowiązku stosowania Pzp do udzielenia określonych zamówień może także wynikać z ich wewnętrznego charakteru. Ilustracją mogą być tu zamówienia udzielane instytucji gospodarki budżetowej przez organ władzy publicznej wykonujący funkcję organu założycielskiego tej instytucji. Wewnętrzny charakter można również przypisać zamówieniom udzielanym przywieziennym zakładom pracy, prowadzonym jako przedsiębiorstwa państwowe albo instytucje gospodarki budżetowej, związane z zatrudnianiem osób pozbawionych wolności – Prokuratora Generalnego albo przez jednostki organizacyjne mu podległe lub przez niego nadzorowane.

Wśród powodów zastosowanych w Pzp wyłączeń obowiązków stosowania ustawy wskazać można i takie, które odnoszą się do odmiennego charakteru umów objętych wyłączeniem. Wyrazem tej racji jest chociażby sposób ujęcia wyłączenia w Pzp, w którym ustawodawca posługuje się zwrotem „przepisów ustawy nie stosuje się do umów”, a nie stosowanym w innych miejscach zwrotem „przepisów ustawy nie stosuje się do zamówień”. Zgodnie z aktualnie obowiązującymi regulacjami należą do tej grupy np. umowy z zakresu prawa pracy, umowy koncesji na roboty budowlane oraz umowy koncesji na usługi, a także

⁵⁵ Motyw 23.

⁵⁶ Art. 10 lit. h); art. 11 ust. 1 pkt 9) Pzp.

umowy zawierane przez uczelnie publiczne z tworzonymi przez nie spółkami celowymi.

Wśród powodów uzasadniających pozaustawowy charakter zamówień wskazać można takie, które związane są z względami szeroko rozumianego bezpieczeństwa – niekoniecznie odnoszącego się do zagadnień obronności. Przykładem może być tu zwolnienie dotyczące wytwarzania określonych dokumentów (np. blankietów dokumentów publicznych) albo zamówień udzielanych w ramach realizacji współpracy rozwojowej przez określone jednostki wojskowe. Do grupy tej można także zaliczyć zwolnienia związane z przeciwdziałaniem rozprzestrzenianiu się chorób (np. COVID-19).

1.6. Zamówienia pozaustawowe jako prawna forma działania administracji

Zamówienia publiczne, pomimo ich pozaustawowego charakteru pozostają w przypadku części zamawiających prawną formą działania administracji publicznej. Fakt ten uzasadnia potrzebę stanowienia prawa w tym obszarze, w tym wyznaczania podstaw oraz sposobu kontroli działania administracji publicznej. Konstytucyjnym źródłem takich obowiązków jest przede wszystkim zasada legalności i praworządności, zgodnie z którą organy władzy publicznej działają na podstawie i w granicach prawa⁵⁷.

Przypomnieć należy, że pojęcie „prawnych form działania administracji” jest trwale wpisane w słownik nauki prawa administracyjnego. W ujęciu J. Starościana forma prawna działania administracji to określony przepisem prawa rodzaj konkretnej czynności organu administracyjnego⁵⁸, zaś Z. Leoński formy prawne działania administracji opisuje jako „sposoby realizacji zadań administracji publicznej”⁵⁹. Z kolei dla A. Wiktorowskiej forma działania administracji to typ konkretnej czynności organu administracji, odpowiadającej pojęciu czynności prawnej na gruncie prawa cywilnego⁶⁰. K. Ziemiński za formę prawną działania administracji uznaje prawem określony typ działania administracji o pewnych utrwalonych już cechach, pozwalających na wyodrębnienie go spośród pozostałych działań⁶¹. W ocenie Ziemińskiego, o formie prawnej działania administracji można by mówić dopiero z chwilą utrwalenia przez prawodawcę cech

⁵⁷ Art. 7 Konstytucji RP.

⁵⁸ J. Starościana, *Prawne formy działania administracji*, Warszawa 1957, s. 40.

⁵⁹ Z. Leoński, *Zarys prawa administracyjnego*, Warszawa 2004, s. 352.

⁶⁰ A. Wiktorowska, *Kierunki zmian w teorii prawnych form działania administracji*, [w:] *Koncepcja systemu prawa administracyjnego*, red. J. Zimmermann, Warszawa 2007, s. 359.

⁶¹ K. Ziemiński, *Formy prawne działania administracji publicznej*, [w:] *Aktualne problemy administracji i prawa administracyjnego*, red. J. Posuszny, Przemysł–Rzeszów 2003., s. 152.

konstytutywnych określonego działania. Może to dokonać się w sposób wyraźny albo w sposób wymagający interpretacji przepisów i analiz doktrynalnych, pozwalających na sformułowanie wniosku, że w określonych sytuacjach organy administracji mają obowiązek albo możliwość prawną podjęcia działań o określonych cechach⁶². W innym miejscu autor ten stwierdza, że formą prawną działania administracji jest prawem określony typ jej działań, nadający się do wielokrotnego stosowania celem rozwiązywania sytuacji czy spraw podobnych z punktu widzenia określonych cech⁶³.

Istotne jest to, że określenie „prawne formy działania administracji” nawiązuje do oparcia wszelkich działań administracji publicznej na podstawie prawnej. Wyrażona w art. 7 Konstytucji RP zasada praworządności wymaga, by wszelkie działania administracji znajdowały swoje umocowanie w obowiązujących przepisach. Oznacza to nie tylko umocowanie do wykonywania określonych przedmiotowo zadań, ale też do określonych sposobów ich realizacji⁶⁴. Prawodawca rozstrzyga nie tylko o tym, jakimi formami (urządzeniami prawnymi) posługiwać się może administracja, ale także o tym, do których sposobów ma obowiązek odwoływać się w konkretnych okolicznościach⁶⁵.

Warto dodać, że określenie „prawna forma” kwalifikuje te rodzaje aktywności podmiotu, które z punktu widzenia porządku prawnego posiadają określoną doniosłość prawną⁶⁶. Pozwala to odróżnić czynności prawne od czynności faktycznych. Czynności, które zmierzają do wywołania określonych skutków prawnych, i czynności, które do wywołania takich skutków nie zmierzają – co nie musi oznaczać, że ich dokonanie lub ich niedokonanie wbrew obowiązкови pozostaje całkowicie obojętne dla kształtowania sytuacji prawnej innych podmiotów⁶⁷. Czynności (działania) faktyczne, choć nie są nakierowane na wywołanie skutków prawnych, to jednak takie skutki mogą wywoływać. Przykładem mogą być tu takie czynności materialno-techniczne, jak udzielenie przez zamawiającego odpowiedzi na pytania wykonawców dotyczące warunków zamówienia albo czynności organizatorskie związane z powołaniem komisji konkursowej lub przetargowej⁶⁸.

⁶² Tamże, s. 153.

⁶³ K. Ziemiński, Alternatywy dla aktu administracyjnego [w:] *Koncepcja systemu prawa administracyjnego, Zjazd Katedr Prawa Administracyjnego i Postępowania administracyjnego*, Zakopane 24-27.09.2006 r., red. J. Zimmermann, Warszawa 2007 s. 415; K. Ziemiński, *Indywidualny akt administracyjny jako forma prawna działania administracji*, Poznań 2005, s. 138 i n.

⁶⁴ K. Ziemiński, *Formy prawne...*, s. 151.

⁶⁵ Tamże, s. 151.

⁶⁶ M. Ofiarska, *Formy publicznoprawne...*, s. 44.

⁶⁷ W. Chróścieleski, *Akt administracyjny...*, s. 62.

⁶⁸ K. Ziemiński, *Formy prawne...*, s. 240-251.

Dla przedstawienia znaczenia zamówień pozaustawowych odwołać się również należy do podziałów prawnych form działania administracji. W literaturze wskazuje się w tym zakresie różne typologie⁶⁹. Zauważa się jednak jednocześnie, że niektóre formy działania administracji różnią się tylko w szczegółach. Wyróżnienia typów form działania administracji dokonują się wprawdzie w oparciu o podobne kryteria, ale już rezultat końcowy podziałów niezmiennie wskazuje na zasadniczą zgodność co do katalogu tych form prawnych działania administracji⁷⁰. Dodatkowo, katalog form prawnych działań administracji jawi się jako otwarty i zmienny⁷¹.

W nauce wyróżnia się m. in. działania administracji dokonywane w formach właściwych dla prawa publicznego oraz prawa prywatnego. Rozróżnienie to związane jest z istnieniem odmiennych reżimów prawnych stosowanych przez administrację publiczną, a w szczególności drogi sądowej właściwej do rozstrzygania sporów ujawniających się w związku z wykonywanymi przez nią czynnościami⁷². Działania oparte na normach prywatnoprawnych, jak i publiczno-prawnych można z kolei podzielić na jednostronne, i wielostronne. Elementem rozstrzygającym w takim przypadku jest to czy czynności dochodzą do skutku w wyniku działania jednego podmiotu czy współdziałania dwóch lub więcej podmiotów⁷³. Jednostronność działania nie oznacza oczywiście, że skutki prawne jego dokonania dotyczyć mogą zawsze jednego tylko podmiotu. Przykładem może być chociażby upublicznienie ogłoszenia zawierającego zaproszenie do składania ofert.

Z punktu widzenia problematyki zamówień pozaustawowych istotna jest również systematyka prawnych form działania administracji, dokonywana w oparciu o kryterium władczości. Pozwala ona na wyodrębnienie władczych oraz niewładczych form⁷⁴. W przypadku form władczych organ działa

⁶⁹ Na temat wyróżnienia typów form prawnych działań administracji, zob. np.: W. Chróścielewski, *Akt administracyjny generalny*, Łódź 1994, s. 51 i n.; R. Michalska-Badziak, B. Jaworska-Dębska, E. Olejniczak-Szawłowska, M. Stahl, *Prawo administracyjne (pojęcie, instytucje, zasady w teorii i orzecznictwie)*, Warszawa 2000, s. 335-368 i literatura tam cytowana; M. Ofiarowska, *Formy publicznoprawne współdziałania jednostek samorządu terytorialnego*, Warszawa 2008, s. 46-47 i literatura tam cytowana; K. Ziemiński, *Precyzyjne określenie form prawnych działania administracji jako warunek konieczny dobrego administrowania*, [w:] red. Z. Niewiadomski, Z. Cieślak, *Prawo do dobrej administracji. Materiały ze Zjazdu Katedr Prawa i Postępowania Administracyjnego*, Warszawa–Dębe 23–25 września 2002, Warszawa 2003, s. 679.

⁷⁰ K. Ziemiński, *Precyzyjne określenie form prawnych...*, s. 679

⁷¹ A. Wiktorowska, *Kierunki...*, s. 380.

⁷² J. Zimmermann, *Prawo administracyjne*, Warszawa 2008 r., s. 338.

⁷³ K. Ziemiński, *Formy prawne...*, s. 157.

⁷⁴ A. Habuda, *Prawo administracyjne, Zagadnienia podstawowe*, Wrocław 2006, s. 40-45. T. Kuta, *Zagadnienia prawne niewładczych działań administracji*, ZNUWr, seria A, nr 34, Nauki

jednostronnie i mocą swych kompetencji rozstrzyga o pozycji prawnej adresata jego czynności. Wśród nich wskazuje się przede wszystkim akty administracyjne. Władznością charakteryzują się najczęściej publicznoprawne formy działania administracji. Występują jednak formy publicznoprawne, gdzie element władzności nie występuje⁷⁵.

Należy zgodzić się z M. Bitnerem oraz M. Kuleszą, że niewładcze formy działalności administracji nie były tradycyjnym przedmiotem zainteresowania nauki prawa, która wychodziła z założenia, że administracja jest związana przepisem ustawy jedynie wtedy, gdy działa władczo w sferze wolności czy własności obywateli, w pozostałych przypadkach działa *motu proprio*⁷⁶. Aktualnie w literaturze przedmiotu wskazuje się jednak liczne przykłady wielostronnych, niewładczych form działań administracji, a wśród nich umowy cywilnoprawne, umowy administracyjnoprawne publicznoprawne, porozumienia administracyjne, czy ugody administracyjne⁷⁷.

Umowę jako formę działania administracji charakteryzuje to, że jedną ze stron jest zawsze organ administracji, a jej przedmiot dotyczy spraw z zakresu administracji państwowej⁷⁸. Należy w związku z tym zwrócić uwagę na pogląd, zgodnie z którym zawieranie umów cywilnoprawnych – a w tym umów o zamówienia pozaustawowe – przez organy administracji, musi wynikać z wyraźnej podstawy prawnej⁷⁹. Zauważa się przy tym, że art. 7 Konstytucji określający zasadę legalizmu wymaga, by działanie organu władzy publicznej miało podstawę prawną (ustawową – „zasada zastrzeżenia ustawowego”) oraz mieściło się w granicach prawa. W myśl tego stanowiska przyjęcie generalnej, nieskrępowanej dopuszczalności zawierania przez podmioty administracji publicznej umów oznaczałoby więc faktycznie zanegowanie zasady legalizmu⁸⁰.

Zgodnie z nieco odmiennym podejściem, zawieranie przez organy administracji publicznej umów może mieć miejsce nie tylko wtedy, gdy istnieje do tego wyraźne umocowanie ustawowe, ale również wówczas, gdy przepisy prawa nie

Spoleczne 1961, Prawo VIII., s. 149 i in. T. Kuta, Pojęcie działań niewładczych w administracji na przykładzie administracji rolnictwa, Wrocław 1963, s. 5 in.

⁷⁵ K. Ziemiński, *Formy prawne...*, s. 157; A. Wiktorowska, *Kierunki...* s. 377.

⁷⁶ M. Bitner, M. Kulesza, *Zasada legalizmu a zdolność kontraktowa jednostek samorządu terytorialnego*, *Samorząd Terytorialny* T 6/2009, s. 7; O. Mayer, *Deutsches Verwaltungsrecht*, T. II, München 1924, s. 69.

⁷⁷ W. Chróścielewski, *Imperium a gestia w działaniach administracji publicznej (w świetle doktryny i zmian ustawodawczych lat 90-tych)*, *Państwo i Prawo* nr 6/1995, s. 52-53.

⁷⁸ A. Błaś, T. Kuta, *Prawo administracyjne. Podstawowe zagadnienia terminologiczno-pojęciowe*, Poznań-Wrocław 1998, s. 99.

⁷⁹ A. Wiktorowska, *Prawne determinanty samodzielności gminy. Zagadnienia administracyjnoprawne*, Warszawa 2002, s. 318.

⁸⁰ M. Bitner, M. Kulesza, *Zasada legalizmu...*, s. 14.

zabraniają korzystania z tej formy działania administracji⁸¹. Tym samym, jeśli norma ustawowa nie wprowadza przymusu stosowania określonej formy działania, organ administracji może wykorzystać formę umowy, w tym umowy o zamówienie publiczne czy inne rodzaje umów typu *contracting out*⁸². W takim przypadku zasada legalności powinna być ściśle przestrzegana w obrębie administracji władczej, natomiast w obrębie administracji kształtującej administracja dysponuje stosowną dozą swobody poruszania się. M. Bitner, M. Kulesza stwierdzają nawet, że „zasada zastrzeżenia ustawowego” nie dotyczy działań administracji poza sferą władczą (np. w ramach administracji świadczącej)⁸³.

Wydaje się jednak, że w celu rozwiązania przedstawionego problemu należy odróżnić kwestie podstawy materialnoprawnej zawierania umów oraz kwestie podstawy prawnej do zastosowania formy prawnej umowy, jako sposobu działania administracji. Kompetencje danego podmiotu administracji publicznej do zawarcia umowy należałoby łączyć z zakresem jego zadań. Oznacza to postrzeganie kompetencji przede wszystkim jako „powiązanie” podmiotu administracji z określonymi zadaniami⁸⁴. Powiązanie takie musi oczywiście wynikać wyraźnie z obowiązującego prawa. Natomiast możliwość prawa stosowania określonej formy działania powinna być oceniana poprzez uwzględnienie jej publiczności bądź prywatnoprawnego charakteru. Wyraźne określenie w normach prawnych możliwości zastosowania określonej formy realizacji zadania należałoby wiązać jedynie z koniecznością wykonywania przed podmioty administracji działań o charakterze władczym⁸⁵. Z kolei – jak trafnie konstatuje D. Kijowski – „stosowanie umów cywilnoprawnych przez organy administracji publicznej może mieć miejsce nie tylko wtedy, gdy znajdują ku temu wyraźną podstawę prawną, ale zawsze, gdy brak jest ustawowych zakazów (ograniczeń) zawierania umów i o ile odbywa się to w granicach ich ustawowych zadań”. Domaganie się wskazania podstaw prawnych do zawierania umów przez administrację publiczną jest przejawem niezrozumienia istoty prawa cywilnego, w którym pojęcie „podstawy prawnej” jest zjawiskiem obcym⁸⁶.

⁸¹ H. Knysiak-Molczyk, Umowa cywilnoprawna jako forma działania organów administracji publicznej, [w:] Koncepcja systemu prawa administracyjnego. Zjazd Katedr Prawa Administracyjnego..., s. 494.

⁸² S. Biernat, Prywatyzacja zadań publicznych. Problematyka prawna, Warszawa-Kraków 1994, s. 121-122.

⁸³ M. Bitner, M. Kulesza, Zasada legalizmu..., s. 11.

⁸⁴ M. Bitner, M. Kulesza, Zasada legalizmu..., s. 16 – powołują się na J. Łętowski, Prawo administracyjne..., s. 161.

⁸⁵ M. Bitner, M. Kulesza, Zasada legalizmu..., s. 16.

⁸⁶ D. Kijowski, Umowy w administracji publicznej, [w:] Podmioty administracji publicznej i prawne formy ich działania: studia i materiały z Konferencji Naukowej poświęconej Jubileuszowi 80. urodzin Profesora Eugeniusza Ochendowskiego, (praca zbiorowa), Toruń 2005, s. 200, s. 283.

Dodać należy, że stopień w jakim prawo determinuje sposób dokonywania czynności przez podmioty administracji może być różny, czego przykładem są właśnie zamówienia ustawowe i pozaustawowe. Dodatkowo, podmioty administracji korzystają ze swobody organizatorskiej, co oznacza to, że mają zazwyczaj do dyspozycji pewien wachlarz form działania⁸⁷.

Umowy jako formy działania administracji mają oczywiście zastosowanie w wielu obszarach. Rola umów o zamówienia publiczne w działalności administracji ujawnia się głównie w związku z tzw. „funkcją bezpośredniego organizowania”⁸⁸, w tym pozyskiwaniem dóbr niezbędnych do funkcjonowania administracji czy zlecaniem usług⁸⁹. Wskazać można tu sferę wykonywania zadań administracji świadczącej, w tym tworzenia i utrzymywania urządzeń użyteczności publicznej bądź urządzeń i przedmiotów niezbędnych do funkcjonowania urzędów i instytucji administrujących, czy nawet sferę działalności fiskalnej, nastawionej na dostarczanie państwu dochodu⁹⁰. Umowy o zamówienia publiczne znajdują zastosowanie także we współpracy administracji publicznej z organizacjami społecznymi⁹¹.

Podkreślić wreszcie należy, że podmioty administracji publicznej wykorzystując umowy, w tym umowy o zamówienie pozaustawowe nadal związane są koniecznością realizacji interesu publicznego. Fakt ten determinuje cechę umów jako formy prawnej działania administracji, jaką jest często występująca niesamodzielność. Wyraża się ona w możliwie różnych powiązaniach umowy z aktem administracyjnym lub innymi czynnościami administracyjnymi, których wykonanie może być źródłem obowiązku albo warunkiem zawarcia umowy⁹². Przykładem może być tu czynność kontrasygnaty umowy o zamówienie publiczne przez skarbnika gminy.

Podjmując zagadnienie zawierania umów jako prawnych form działania administracji nie sposób nie wspomnieć również o zjawisku tradycyjnie już określanym jako „prywatyzacja”. Termin ten znajduje najczęstsze zastosowanie w naukach prawnych, w ramach problematyki przekształceń własnościowych (np. prywatyzacja przedsiębiorstw publicznych)⁹³, ale także w analizach

⁸⁷ M. Bitner, M. Kulesza, *Zasada legalizmu...*, s. 12, s. 16.

⁸⁸ J. Starościek, *Prawne formy...*, s. 251.

⁸⁹ Lemańska J., *Umowa administracyjna a umowa cywilnoprawna*, [w:] *Instytucje współczesnego prawa administracyjnego. Księga jubileuszowa Profesora zw. dra hab. Józefa Filipka*, red. Skrzydło-Niżnik, P. Dobosz, D. Dąbek, M. Smaga, Kraków 2001, s. 421-427; s. 432.

⁹⁰ H. Knysiak-Moleczyk, *Umowa...*, s. 495; D. Kijowski, *Umowy w administracji...*, s. 283-294.

⁹¹ D. Kijowski, *Umowy w administracji...*, s. 284-285, 289.

⁹² J. Starościek, *Prawne formy...*, s. 255., s. 269-272.

⁹³ R. Padrak, *Prywatyzacja spółek komunalnych w trybie przetargu publicznego*, *Finanse Komunalne* nr 7-8/2008; R. Sowiński, *Byt organizacyjnyprawy i prywatyzacja spółek komunalnych (zagadnienia wybrane)*, Rejent nr 10(150)2003.

dotyczących realizacji zadań publicznych⁹⁴. W drugim przypadku prywatyzacja stanowi „zbiorcze określenie dla zróżnicowanej grupy rozwiązań prawnych, które odzwierciedlają ogólną tendencję przemian występujących w administracji publicznej”⁹⁵. Zmiany te wyrażają się w odpowiednio większej obecności elementów prywatnych w realizacji zadań publicznych. Obecność ta może ujawniać się nie tylko w przekształceniu podmiotów wykonujących zadania publiczne z podmiotów publicznych w podmioty prawa prywatnego, ale także w zwiększeniu zastosowania prywatnoprawnych form realizacji zadań publicznych. Zjawisko prywatyzacji można więc pojmować jako odstępstwo od stanu, w którym wyłącznym wykonawcą zadań publicznych jest podmiot administracji publicznej oraz stanu, w którym realizacja zadań publicznych odbywa się wyłącznie poprzez stosowanie władczych form działania administracji⁹⁶.

Jednym z przykładów realizacji przez administrację publiczną przypisanych jej zadań, przy wykorzystaniu instrumentarium prywatnoprawnego, są zamówienia publiczne. W tym obszarze prywatyzacja nie jest oczywiście związana ze zmianą podmiotu odpowiedzialnego za wykonanie zadania publicznego. Jednak poprzez udzielanie zamówień publicznych administracja publiczna staje się stroną stosunków cywilnoprawnych nawiązywanych w celu realizacji zadań publicznych. W ramach tych stosunków wykonawcy zamówień publicznych mogą być dostawcami określonych dóbr i zasobów niezbędnych dla wykonywania zadań publicznych, a także podmiotami realizującymi wspólnie z zamawiającymi określone przedsięwzięcia służące zaspokajaniu potrzeb określonych grup społecznych. Tym samym prywatyzacja realizacji zadań publicznych w zamówieniach publicznych dokonuje się poprzez przyjęcie sposobu ich wykonania polegającego na współpracy z podmiotami prywatnymi.

⁹⁴ Z. Kubot, *Prywatyzacja gospodarki komunalnej*, Zielona Góra 1992; ; S. Biernat, *Prywatyzacja...*; K. Bandarzewski, *Prywatyzacja zadań publicznych*, [w:] *Koncepcja systemu prawa administracyjnego*, red. J. Zimmermann, Warszawa 2007, s. 331-345; Z. Góral, E. Staszewska, *W kierunku prywatyzacji usług rynku pracy (wybrane zagadnienia prawne)*, [w:] *Krytyka Prawa: niezależne studia nad prawem*, Tom IV. *Prywatyzacja władzy publicznej, publicyzacja sfery prywatnej*, red. J. Jabłońska-Bonca, Warszawa 2012, s. 130-145; W. Hoff, *Granice prywatyzacji zadań i kompetencji władz publicznych*, [w:] *Krytyka Prawa: niezależne studia nad prawem*, Tom IV. *Prywatyzacja władzy publicznej, publicyzacja sfery prywatnej*, red. J. Jabłońska-Bonca, Warszawa 2012, s. 85-102; L. Zacharko, *Prywatyzacja zadań publicznych gminy. Studium administracyjnoprawne*, Katowice 2000.

⁹⁵ S. Biernat, *Prywatyzacja...*, s. 25.

⁹⁶ K. Bandarzewski, *Prywatyzacja zadań publicznych*, [w:] *Koncepcja systemu prawa administracyjnego*, red. J. Zimmermann..., s. 338.

W odniesieniu do zagadnień prywatyzacyjnych, w zamówieniach publicznych niebagatelne są również względy ekonomiczne i prakseologiczne⁹⁷. Udzielanie zamówień publicznych może bowiem stwarzać szansę na efektywniejsze osiągnięcie założonych przez administrację publiczną celów, a także daje możliwość wprowadzenia do sfery publicznej pewnych pozytywnych „elementów” właściwych obrotowi gospodarczemu czy działalności społecznej, jak: konkurencyjność, efektywność, optymalizacja kosztów czy – szerzej – ekonomizacji działalności organów administracji publicznej.

1.7. Zamówienia pozaustawowe jako forma działania podmiotów prywatnych

Udzielanie zamówień publicznych nie jest wyłącznie domeną administracji publicznej. Umowy o zamówienia publiczne mogą zawierać również inne podmioty, w tym zamawiający subsydiowani. Okoliczność ta związana jest z jednej strony z treścią obowiązujących regulacji prawnych określających kategorie zamawiających, z drugiej ze zjawiskiem, w którym podmioty niepubliczne w coraz większym stopniu uczestniczą w wykonywaniu zadań publicznych spoczywających na administracji publicznej. Jak wspomniano wyżej, podmioty prywatne występują nie tylko jako dostawcy określonych dóbr, ale także jako partnerzy w realizacji określonych przedsięwzięć, czy podmioty, którym powierzono do realizacji określone zadania publiczne.

W literaturze wskazuje się różne typy obecności podmiotów niepublicznych w sferze administracji publicznej⁹⁸. Jeden z nich to współobecność czy też współdomena, czyli stan, w którym podmiot niepubliczny działa w sferze celów, które można określać jako publiczne czy społecznie użyteczne, choć nie wykonuje zadań publicznych jako powierzonych przez administrację publiczną⁹⁹. Szczególnym przykładem może być tu działalność w sferze użyteczności publicznej, podejmowana przez podmiot niepubliczny z własnej inicjatywy, ale na podstawie uzyskanych praw wyłącznych. Innym typem obecności podmiotów niepublicznych w sferze administracji publicznej jest współuczestniczenie w realizacji zadań administracji publicznej, czyli stan, w którym podmiotowi niepublicznemu powierzone zostało wykonywanie zadań administracji – zazwyczaj związane z finansowaniem lub dofinansowaniem kosztów realizacji takiego zadania. Wreszcie, jako przejaw obecności podmiotów prywatnych w sferze publicznej

⁹⁷ A. Błaś, *Formy działania administracji w warunkach prywatyzacji zadań publicznych*, [w:] *Administracja i prawo administracyjne u progu trzeciego tysiąclecia. Materiały Konferencji Naukowej Katedr Prawa i Postępowania Administracyjnego*, Łódź 2000, s. 24.

⁹⁸ Wilczyński P., *Podmioty niepubliczne w sferze administracji publicznej*, *Państwo i Prawo* nr 2/2002 s. 2, s. 51 i in.

⁹⁹ S. Biernat, *Prywatyzacja...*, s. 55.

wskazać można świadczenie usług czy wykonywanie dostaw przez podmioty niepubliczne na rzecz administracji publicznej lub adresatów działań administracji publicznej)¹⁰⁰.

Obecność podmiotów prywatnych w sferze publicznej zacierą niekiedy wyraźny podział na publiczny lub prywatny charakter prowadzonej działalności, a nawet publiczno- czy prywatnoprawny status podmiotów ją wykonujących. W literaturze dostrzega się już od dłuższego czasu istnienie tzw. „podmiotów administrujących”¹⁰¹. Ich obecność wiąże się głównie z funkcjonalnym aspektem wykonywania administracji. Do tej kategorii zalicza się nie tylko organy administracji publicznej, czy urzędy administracyjne, ale także zakłady administracyjne oraz inne jednostki organizacyjne, jak np. agencje rządowe, czy podmioty wykonujące funkcje zlecone administracji. W ramach tej kategorii wyróżnić można jeszcze bardziej specyficzną grupę tzw. „nietypowych podmiotów administrujących”¹⁰². Podmioty przynależące do tej grupy wymykają się tradycyjnym kwalifikacjom, mając często postać instytucji o mieszanych cechach, nierzadko wynikających z przeprowadzonych przekształceń formalno-organizacyjnych lub akcydentalnych zabiegów legislacyjnych¹⁰³. Niebagatelną rolę odgrywa tu również dostrzegalna potrzeba kontroli realizacji zadań przez takie podmioty, w tym dokonywanych przez nie zakupów czy sposobów gospodarowania przekazanymi im środkami publicznymi¹⁰⁴. Przykładem mogą być tu zamawiający publiczni będący tzw. podmiotami prawa publicznego, zamawiający sektorowi czy subsydiowani (np. bank centralny, przedsiębiorstwa użyteczności publicznej, fundacje prawa publicznego, fundusze lub fundacje tworzone na podstawie ustaw, agencje państwowe, państwowe spółki prawa handlowego itp.).

Podjmując kwestie zamówień pozaustawowych jako prawnych form działania podmiotów prywatnych warto także nawiązać do pojęcia „publicyzacji”. Termin ten można odnosić do coraz szerszego zakresu zastosowania norm publicznoprawnych w działalności podmiotów prywatnych¹⁰⁵. Jednym z tego

¹⁰⁰ M. Stahl, *Cele publiczne i zadania publiczne*, [w:] *Koncepcja systemu prawa administracyjnego*, red. J. Zimmermann..., s. 13.

¹⁰¹ Jagielski J., Wierzbowski M., Wiktorowska A., *Nietypowe podmioty administrujące – kilka refleksji na tle organizacyjnych form wykonywania zadań publicznych*, [w:] *Podmioty administracji publicznej i prawne formy ich działania. Studia i materiały z konferencji jubileuszowej Profesora Eugeniusza Ochendowskiego*, (praca zbiorowa) Toruń 2005, s. 208-216.

¹⁰² Tamże, s. 207.

¹⁰³ P. Wilczyński proponuje nawet, by mianem podmiotu niepublicznego określać każdy podmiot, którego byt w sferze stosunków publicznoprawnych nie jest w sposób immanentny związany z realizacją zadań administracji publicznej. Wilczyński P., *Podmioty niepubliczne...* s. 57.

¹⁰⁴ Tamże, s. 56.

¹⁰⁵ A. Rymśza, *Zagubiona tożsamość. Analiza porównawcza sektora pozarządowego w Polsce i w Stanach Zjednoczonych*, Ministerstwo Pracy i Polityki Społecznej, Warszawa 2013; M. Rymśza, *Standaryzacja współpracy administracji publicznej z organizacjami pozarządowymi*

przejawów jest właśnie wzrost znaczenia obowiązków oraz odpowiedzialności publicznoprawnej, a także regulacji dotyczących kontroli podmiotów prywatnych w tym zakresie. Czytelnym przykładem procesów publiczycacji działalności podmiotów prywatnych jest sfera kontroli zamówień publicznych w zakresie odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, w tym w zakresie dotyczącym zamówień pozaustawowych. Zagadnienie dyscypliny finansów publicznych jest przedmiotem rozważań w Rozdziale 3, natomiast kwestie kontroli zamówień poruszane są w Rozdziale 4. W tym miejscu warto jedynie przypomnieć, że zasadnicza zmiana w obszarze odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, w zakresie dotyczącym odpowiedzialności osób reprezentujących podmioty prywatne, nastąpiła wraz z wejściem w życie ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych¹⁰⁶. Ustawa wprowadziła odpowiedzialność osób reprezentujących jednostki spoza sektora finansów publicznych w szerszym zakresie niż dotychczasowe regulacje. Do grona osób podlegających odpowiedzialności w tej grupie – oprócz osób gospodarujących środkami publicznymi przekazanymi jednostkom niezaliczanym do sektora finansów publicznych – włączono osoby wchodzące w skład organu wykonującego budżet lub plan finansowy jednostki nie zaliczanej do sektora finansów publicznych otrzymującej środki publiczne oraz osoby wykonujące w imieniu podmiotu niezaliczanego do sektora finansów publicznych, któremu przekazano do wykorzystania lub dysponowania środki publiczne, czynności związane z wykorzystaniem tych środków lub dysponowaniem tymi środkami¹⁰⁷. Ponadto nowelizacją, która weszła w życie 11 lutego 2012 r.¹⁰⁸ do grona osób podlegających odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny, włączono osoby zobowiązane do realizacji projektów finansowanych z udziałem środków lub zagranicznych, którym przekazano środki publiczne przeznaczone na realizację tego projektu lub które wykorzystują takie środki, oraz osoby zobowiązane lub upoważnione do działania w imieniu podmiotu zobowiązanego do realizacji projektu finansowanego z udziałem środków lub zagranicznych, któremu przekazano środki publiczne przeznaczone na realizację tego projektu lub który wykorzystuje takie środki¹⁰⁹.

Rozwój odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych osób reprezentujących jednostki spoza sektora finansów publicznych należy wiązać z postępującym udziałem tych jednostek w realizacji zadań finansowanych

jako element polityki państwa wobec trzeciego sektora, [w:] Standardy współpracy administracji publicznej z sektorem pozarządowym, red. M. Rymsza, P. Frączak, R. Skrzypiec, Z. Wejcman, Warszawa 2007, s. 7-12.

¹⁰⁶ Dz.U. z 2021 r. poz. 289. Dalej: *DyscFinPubU*.

¹⁰⁷ Art. 4 ust. 1 pkt 1) i 4).

¹⁰⁸ Dz.U. zm. 2012 r., nr 240, poz. 1429.

¹⁰⁹ Art 4a pkt 2) i 3).

ze środków publicznych, a tym samym, z koniecznością ochrony dobra jakim jest ład finansów publicznych.

1.8. Przykłady zamówień wyłączonych ze stosowania przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych

1.8.1. Zamówienia wyłączone na podstawie ustawy Prawo zamówień publicznych

Zamówienia udzielane na podstawie obowiązkowych procedur międzynarodowych

Przykładem zamówień pozaustawowych są zamówienia wyłączone z Pzp ze względu na obowiązek stosowania procedur wynikających ze zobowiązań międzynarodowych. Przepisów ustawy nie stosuje się bowiem do zamówień klasycznych oraz zamówień sektorowych lub konkursów, których zamawiający jest obowiązany udzielić lub które ma obowiązek przeprowadzić na podstawie innej, niż określona ustawą, procedury organizacji międzynarodowej. Wyłączenie dotyczy również zamówień udzielanych na podstawie procedury wynikającej z porozumienia tworzącego zobowiązanie prawnomiędzynarodowe, jak umowa międzynarodowa zawarta między Rzeczpospolitą Polską a jednym lub wieloma państwami niebędącymi członkami Unii Europejskiej, w celu pozyskania dostaw, usług lub robót budowlanych na potrzeby zrealizowania lub prowadzenia wspólnego przedsięwzięcia. Przykładami organizacji międzynarodowych posiadających procedury udzielania zamówień publicznych są: Organizacja Narodów Zjednoczonych, Światowa Organizacja Handlu, Europejski Bank Odbudowy i Rozwoju (EBOR) lub Międzynarodowy Bank Odbudowy i Rozwoju oraz Międzynarodowe Stowarzyszenie dla Rozwoju (IDA) – Bank Światowy. Jeżeli finansowanie występuje w całości, warunkiem niestosowania ustawy Prawo zamówień publicznych jest zastosowanie innej procedury. Z reguły jest to automatycznie procedura organizacji międzynarodowej lub międzynarodowej instytucji finansującej. Natomiast, jeżeli finansowanie jest niższe, ale przekracza 50%, może zostać uzgodnione, z organizacją międzynarodową lub międzynarodową instytucją finansującą, zastosowanie innej niż ustawowa procedura.

Podobnie przedstawia się kwestia omawianego wyłączenia na gruncie dyrektywy, gdzie przewiduje się możliwość jej niestosowania nie tylko w związku z obowiązkiem zastosowania procedury zobowiązań międzynarodowych, ale także w wyniku dwustronnych porozumień czy innych uzgodnień zawieranych między zamawiającym a finansującą zamówienie organizacją międzynarodową lub instytucją finansową.

Zamówienia w dziedzinie łączności elektronicznej

Pzp przewiduje, że nie stosuje się ustawy do zamówień udzielanych przez zamawiających publicznych oraz zamawiających subsydiowanych, w celu prowadzenia działalności w zakresie udostępniania publicznej sieci telekomunikacyjnej lub obsługi publicznej sieci telekomunikacyjnej, lub świadczenia publicznie dostępnych usług telekomunikacyjnych za pomocą publicznej sieci telekomunikacyjnej.

W rozumieniu ustawy z 16.07.2004 r. Prawo telekomunikacyjne, publiczna sieć telekomunikacyjna to sieć telekomunikacyjna wykorzystywana głównie do świadczenia publicznie dostępnych usług telekomunikacyjnych¹¹⁰. Natomiast publicznie dostępna usługa telekomunikacyjna to usługa telekomunikacyjna dostępna dla ogółu użytkowników¹¹¹.

Podobne postanowienia zawiera dyrektywa klasyczna. Dyrektywa nie ma bowiem zastosowania do zamówień publicznych i konkursów, których głównym celem jest umożliwienie instytucjom zamawiającym udostępnienia lub eksploatacji publicznych sieci łączności lub świadczenia ogółowi społeczeństwa usługi lub usług łączności elektronicznej. Kluczowymi, dla ustalenia zakresu zastosowania wskazanego w dyrektywie wyłączenia, są pojęcia: „publiczna sieć łączności” oraz „usługa łączności elektronicznej”. Dyrektywa nie definiuje jednak tych pojęć, lecz odsyła do dyrektywy nr 2002/12/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 07.03.2002 r. w sprawie wspólnych ram regulacyjnych sieci i usług łączności elektronicznej (dyrektywa ramowa)¹¹². Zgodnie z art. 2 lit. c tej dyrektywy „usługa łączności elektronicznej” oznacza usługi zazwyczaj świadczone za wynagrodzeniem, polegające całkowicie lub częściowo na przekazywaniu sygnałów w sieciach łączności elektronicznej, w tym usługi telekomunikacyjne i usługi transmisyjne świadczone poprzez sieci nadawcze. Nie obejmuje ona jednak usług związanych z zapewnianiem albo wykonywaniem kontroli treści przekazywanych przy wykorzystaniu sieci lub usług łączności elektronicznej. Z kolei „publiczna sieć łączności” oznacza sieć łączności elektronicznej wykorzystywaną całkowicie lub częściowo do świadczenia publicznie dostępnych usług łączności elektronicznej¹¹³.

Węzłowe elementy regulacji unijnej i polskiej sprowadzają się do celu udzielanych zamówień. Cel ten polega na „udostępnianiu” lub „eksploatacji/obsługi” sieci oraz „świadczeniu usług”. Istotną rolę odgrywa tu jednak aspekt publicznego charakteru sieci oraz publicznej dostępności świadczonych usług.

¹¹⁰ Art. 2 pkt 29).

¹¹¹ Tamże, pkt 31).

¹¹² Dz.Urz. UE L nr 108, s. 33 ze zm.

¹¹³ Art. 2 pkt c).

Spod zakresu niniejszej definicji wyłączone są usługi społeczeństwa informacyjnego w rozumieniu art. 1 dyrektywy 98/34/WE, jeżeli nie polegają one całkowicie lub częściowo na przekazywaniu sygnałów w sieciach łączności elektronicznej¹¹⁴. J. Pawelec zauważa, że zgodnie z literalnym brzmieniem art. 8, wyłączeniem nie powinny być objęte zamówienia polegające na dostawach sieci łączności i związanych z tym narzędzi. Oznacza to, że zamówienie polegające np. na organizowaniu szerokopasmowego Internetu w miejscu publicznie dostępnym bądź na terenie budynków użyteczności publicznej wymagałoby realizacji w oparciu o przepisy dyrektywy¹¹⁵. Natomiast w podjętej na gruncie wcześniejszych regulacji Uchwale Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 listopada 2017 r. (KIO/KD 61/17) stwierdzono, że rodzaje działalności, wyznaczające zakres zastosowania wyłączenia ustawy odnoszą się do określonej działalności w zakresie telekomunikacji, a usługa dostępu do Internetu odpowiada pojęciu usługi telekomunikacyjnej. Jednocześnie uznano, że treść wskazanego przepisu nie daje podstaw do rozszerzenia jego interpretowania i objęcia jego zakresem innych typów usług, czy też działalności, w szczególności usług w postaci serwisu i helpdesku sprzętu komputerowego i oprogramowania.

Nabycie praw do budynków lub nieruchomości

Pzp nie stosuje się do zamówień, których przedmiotem jest nabycie własności lub innych praw do istniejących budynków lub nieruchomości. Podobnie wyłączenie to ujęte jest w prawie europejskim. Dyrektywa klasyczna przewiduje, że nie ma zastosowania do zamówień publicznych na usługi w zakresie nabycia lub najmu, bez względu na sposób finansowania gruntów, istniejących budynków lub innych nieruchomości lub praw do nich¹¹⁶. Z punktu widzenia regulacji unijnej na uwagę zasługuje fakt, że omawiane wyłączenie określane jest jako „usługa w zakresie nabycia lub najmu” (ang. *service contracts for the acquisition or rental*).

Pojęcie „praw [do istniejących budynków lub nieruchomości]” należy rozumieć tu szeroko i obejmować nimi nie tylko własność, ale inne prawa rzeczowe ograniczone, jak np. użytkowanie, służebność, zastaw, czy hipoteka. Oczywiście, dla nabycia ograniczonego prawa rzeczowego na nieruchomości potrzebna jest umowa między uprawnionym a nabywcą oraz – jeżeli prawo jest ujawnione w księdze wieczystej – wpis do tej księgi, chyba że przepis szczególny stanowi inaczej¹¹⁷.

¹¹⁴ Tamże.

¹¹⁵ J. Pawelec, Komentarz do art. 8...

¹¹⁶ Art. 10 pkt a) dyrektywy klasycznej.

¹¹⁷ Art. 245¹ kc.

Wyłączeniem tym objęte jest również nabywanie uprawnień do korzystania z nieruchomości tylko w ramach stosunku obligacyjnego, bez nabywania prawa rzeczowego ograniczonego. Podmioty udzielające zamówień publicznych mają w tym zakresie do dyspozycji cały katalog umów nazwanych, regulowanych w kodeksie cywilnym oraz swobodę zawierania umów nienazwanych w zakresie służącym odpłatnemu nabywaniu praw do korzystania z nieruchomości, takich jak umowa najmu, dzierżawy lub podobne. Użytkowanie będąc prawem rzeczowym ograniczonym stanowi w swej naturze obciążenie rzeczy właściciela na rzecz uprawnionego, w zakresie uprawnienia do używania, skuteczne *erga omnes*¹¹⁸. Natomiast uprawnienie do używania rzeczy wynikające z umów najmu, dzierżawy lub leasingu jest skuteczne jedynie w stosunkach między zamawiającym a wykonawcą¹¹⁹. Z kolei podobieństwo sytuacji prawnej zamawiającego, kształtowanej wskazanymi tytułami, dotyczy uprawnienia do używania nieruchomości, a w przypadku użytkowania, dzierżawy i niekiedy leasingu także uprawnienia do pobierania pożytków z rzeczy. Przy czym pojęcie „używania” należy rozumieć szeroko i adekwatnie, jako obejmujące różne postaci korzystania z rzeczy odpowiadające treści zobowiązania umownego, na które składa się przynajmniej posiadanie i korzystanie z rzeczy zgodnie z jej społeczno-gospodarczym przeznaczeniem.

Z polskiej regulacji wyraźnie wynika, że zwolnienie odnosi się wyłącznie do istniejących budynków lub nieruchomości. Okoliczność ta znalazła swój wyraz w orzeczeniu Sądu Najwyższego wydanym jeszcze pod rządami ustawy Prawo zamówień publicznych z 2004 roku. Zgodnie z nim wyłączenie zastosowania ustawy Prawo zamówień publicznych nie obejmuje zamówień, których przedmiotem jest nabycie własności nieruchomości oraz innych praw do nieruchomości, jeżeli nieruchomość ta, w szczególności budynek, jeszcze nie powstanie albo wymaga przeprowadzenia znacznych robót budowlanych (przebudowy, rozbudowy itp.) w rozumieniu prawa zamówień publicznych¹²⁰.

Nabycie audycji i materiałów do audycji oraz zakup czasu antenowego

Zgodnie z przepisami Pzp, ustawy nie stosuje się do zamówień, których przedmiotem jest nabycie audycji i materiałów do audycji lub ich opracowanie, produkcja lub koprodukcja, jeżeli są przeznaczone na potrzeby świadczenia audiowizualnych usług medialnych lub radiowych usług medialnych – udzielanych przez dostawców audiowizualnych lub radiowych usług medialnych. Wyłączenie

¹¹⁸ Art. 252 kc.

¹¹⁹ Art. 659; art. 693; art. 709¹ kc. Niezależnie od ochrony praw przysługujących zamawiającemu, może on korzystać w trakcie realizacji umowy z ochrony jako posiadacz rzeczy ruchomej przekazanej mu przez wykonawcę (art. 344 kc).

¹²⁰ Wyrok Sądu Najwyższego – Izba Cywilna z dnia 16 września 2009 r. II CSK 104/09.

dotyczy również zakupu czasu antenowego lub audycji od dostawców audiowizualnych lub radiowych usług medialnych.

Audycją, w rozumieniu ustawy z 29.12.1992 r. o radiofonii i telewizji jest ciąg ruchomych obrazów z dźwiękiem lub bez niego (audycja audiowizualna) albo ciąg dźwięków (audycja radiowa), stanowiący, ze względu na treść, formę, przeznaczenie lub autorstwo, odrębną całość w stworzonym przez dostawcę usługi medialnej programie lub katalogu audycji publicznie udostępnianych w ramach audiowizualnej usługi medialnej na żądanie¹²¹. Z kolei usługą medialną jest usługa w postaci programu albo audiowizualnej usługi medialnej na żądanie, za którą odpowiedzialność redakcyjną ponosi jej dostawca i której podstawowym celem jest dostarczanie poprzez sieci telekomunikacyjne ogółowi odbiorców audycji, w celach informacyjnych, rozrywkowych lub edukacyjnych; usługą medialną jest także przekaz handlowy¹²².

Wyłączenie związane jest tylko z zamówieniami udzielanymi przez dostawców audiowizualnych lub radiowych usług medialnych i tylko na potrzeby świadczenia audiowizualnych usług medialnych lub radiowych usług.

Wyłączenie stosowania Prawa zamówień publicznych w zakresie nabywania materiałów do audycji, audycji i czasu antenowego odpowiada identycznemu wyłączeniu przewidzianemu w Dyrektywie. Przy czym Dyrektywa odsyła w zakresie znaczenia terminów „audiowizualne usługi medialne” i „dostawca usług medialnych” do postanowień dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2010/13/UE. „Audiowizualna usługa medialna” oznacza usługę w rozumieniu art. 56 i 57 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej¹²³, gdy podstawowym celem usługi lub jej dającej się oddzielić części jest dostarczanie ogółowi odbiorców audycji, za które odpowiedzialność redakcyjną ponosi dostawca usług medialnych, w celach informacyjnych, rozrywkowych lub edukacyjnych. „Audiowizualna usługa medialna” to także handlowy przekaz audiowizualny¹²⁴. Z kolei „dostawca usług medialnych” oznacza osobę fizyczną lub prawną, która ponosi odpowiedzialność redakcyjną za wybór audiowizualnej treści audiowizualnej usługi medialnej i decyduje o sposobie zestawienia tej treści¹²⁵. Natomiast termin „audycja” oraz „materiały do audycji” oznaczają ciąg ruchomych obrazów z dźwiękiem lub bez niego, stanowiący odrębną całość w układzie lub katalogu audycji przygotowanym przez dostawcę usług medialnych i mający formę i treść porównywalną z formą i treścią rozpowszechniania telewizyjnego. Przykładami audycji są filmy pełnometrażowe, transmisje wydarzeń sportowych, seriale

¹²¹ Art. 4 pkt 2) ustawy o radiofonii i telewizji.

¹²² Tamże, pkt 1).

¹²³ Dz. Urz. UE C 321E z 29.12.2006.

¹²⁴ Art. 1 ust. 1 lit. a) dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2010/13/UE.

¹²⁵ Tamże, lit. d).

komediove, filmy dokumentalne, audycje dla dzieci oraz filmy i seriale telewizyjne¹²⁶.

Zamówienia na usługi arbitrażowe lub pojednawcze

Przepisów ustawy, a także dyrektywy klasycznej nie stosuje się do zamówień lub konkursów, których przedmiotem są usługi arbitrażowe lub pojednawcze¹²⁷. Brak regulacji proceduralnych w tym zakresie stał się powodem pytania prejudycjalnego z dnia 6 czerwca 2019 r. w sprawie P.M. i in. C-264/18. Belgijski Trybunał Konstytucyjny zwrócił się do Trybunału z kwestią, czy wyłączenie z zastosowania dyrektyw zamówieniowych, m.in. usług arbitrażowych i pojednawczych, i niektórych usług prawnych jest zgodne z zasadą równego traktowania (a także zasadą pomocniczości oraz swobodami traktatowymi), skoro zawarte w dyrektywach zasady udzielania zamówień publicznych gwarantują właśnie pełną konkurencyjność i swobodny przepływ towarów i usług przy udzielaniu zamówień publicznych na usługi. Rozstrzygając to zagadnienie, Trybunał przypomniał jednak, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem zasada równego traktowania jako ogólna zasada prawa Unii wymaga, aby podobne sytuacje nie były traktowane w odmienny sposób, a odmiennie sytuacje nie były traktowane jednakowo, chyba że takie traktowanie jest obiektywnie uzasadnione. Natomiast porównywalność odmiennych sytuacji należy oceniać w świetle ogółu cechujących je elementów. Elementy te winny być między innymi ustalone i ocenione w świetle przedmiotu i celu aktu Unii, który wprowadza sporne rozróżnienie. Ponadto należy uwzględnić zasady i cele dziedziny prawa, do której należy sporny akt¹²⁸. W odniesieniu do usług arbitrażowych i pojednawczych Trybunał stwierdził, że okolicznością przesądzającą zwolnienie przedmiotowe jest fakt, że arbitrzy i rozjemcy muszą być w każdym przypadku zaakceptowani przez wszystkie strony sporu i są wyznaczani w drodze obopólnego porozumienia stron, co przesądza, że usługi takie nie są zatem porównywalne z innymi usługami objętymi zakresem stosowania dyrektywy klasycznej¹²⁹. Natomiast specyfika niektórych usług prawniczych uzasadniająca ich wyłączenie z obowiązku stosowania procedur udzielania zamówień publicznych związana jest z tym, że zlecane są *intuitu personae* oparte na zaufaniu i swobodzie wyboru pełnomocnika¹³⁰.

¹²⁶ Tamże, lit. b).

¹²⁷ Pkt 34.

¹²⁸ Pkt 28-29.

¹²⁹ Pkt 30-33.

¹³⁰ Pkt 34.

Zamówienia na usługi prawne

Dyrektywy nie stosuje się do usług prawnych w zakresie zastępstwa prawnego klienta, wykonywanego przez prawnika w rozumieniu art. 1 dyrektywy Rady 77/249/EWG (25) w postępowaniu arbitrażowym lub pojednawczym albo w postępowaniu sądowym. Przy czym postępowanie, z którym związane jest wyłączenie stosowania dyrektywy może się toczyć zarówno w państwie członkowskim UE, jak i w państwie trzecim lub przed międzynarodową instancją arbitrażową lub pojednawczą, lub międzynarodowymi sądami, trybunałami lub instytucjami. Ponadto dyrektywy nie stosuje się do porad prawnych udzielanych w ramach przygotowywania dowolnego z powyższych postępowań lub w przypadku gdy istnieją konkretne przesłanki i duże prawdopodobieństwo, że sprawa, której dotyczą porady, stanie się przedmiotem takich postępowań. Porad musi jedna udzielać prawnik w rozumieniu art. 1 dyrektywy 77/249/EWG. Dyrektywy nie stosuje się też do usług poświadczania i uwierzytelniania dokumentów przez notariuszy oraz usług prawnych świadczonych przez powierników lub wyznaczonych opiekunów, lub innych usług prawnych, których wykonawcy są wyznaczeni przez sąd lub trybunał danego państwa członkowskiego, lub wyznaczeni z mocy prawa w celu wykonania konkretnych zadań pod nadzorem takich trybunałów lub sądów. Ponadto Dyrektywa nie ma zastosowania do usług prawnych, które w danym państwie członkowskim są powiązane, nawet sporadycznie, ze sprawowaniem władzy publicznej¹³¹.

Przenoszące postanowienia dyrektyw przepisy Pzp przewidują, że ustawy nie stosuje się do zamówień lub konkursów, których przedmiotem są usługi prawne zastępstwa procesowego wykonywanego przez adwokata, radcę prawnego lub prawnika zagranicznego – w rozumieniu ustawy z dnia 5 lipca 2002 r. o świadczeniu przez prawników zagranicznych pomocy prawnej w Rzeczypospolitej Polskiej¹³² – w postępowaniu arbitrażowym lub pojednawczym, lub przed sądami, trybunałami lub innymi organami publicznymi państwa członkowskiego Unii Europejskiej, państw trzecich lub przed międzynarodowymi sądami, trybunałami, instancjami arbitrażowymi lub pojednawczymi. Podobnie jak w przypadku dyrektywy, Pzp nie stosuje się również w zakresie zamówień na usługi doradztwa prawnego, wykonywanego przez adwokata, radcę prawnego lub prawnika zagranicznego¹³³, w zakresie przygotowania postępowań lub gdy zachodzi wysokie prawdopodobieństwo, że sprawa, której dotyczy to doradztwo, stanie się przedmiotem tych postępowań. Pzp nie podlegają również usługi notarialnego poświadczania i uwierzytelniania dokumentów, a także usługi, do świadczenia których wykonawcy są wyznaczeni przez sąd lub trybunał danego

¹³¹ Art. 10 pkt c).

¹³² Dz.U. z 2020 r. poz. 823.

¹³³ W rozumieniu ustawy z dnia 5 lipca 2002 r. o świadczeniu przez prawników zagranicznych pomocy prawnej w Rzeczypospolitej Polskiej.

państwa członkowskiego Unii Europejskiej, lub wyznaczani z mocy prawa, w celu wykonania konkretnych zadań pod nadzorem takich trybunałów lub sądów oraz usługi prawne związane z wykonywaniem władzy publicznej.

Zamówienia na usługi finansowe, w tym usługi NBP i BGK

Pzp nie stosuje się do zamówień, których przedmiotem są usługi finansowe związane z emisją, sprzedażą, kupnem lub zbyciem papierów wartościowych lub innych instrumentów finansowych, w rozumieniu ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o obrocie instrumentami finansowymi oraz operacje przeprowadzane z Europejskim Instrumentem Stabilności Finansowej i Europejskim Mechanizmem Stabilności. Ponadto przepisów ustawy nie stosuje się do zamówień na usługi Narodowego Banku Polskiego oraz na usługi Banku Gospodarstwa Krajowego, w zakresie bankowej obsługi jednostek sektora finansów publicznych oraz państwowych jednostek organizacyjnych nieposiadających osobowości prawnej, z wyłączeniem jednostek samorządu terytorialnego.

Odpowiedni przepis dyrektywy klasycznej mówi tu o instrumentach finansowych w rozumieniu dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2004/39/WE (26), usługach banku centralnego oraz operacjach przeprowadzanych z Europejskim Instrumentem Stabilności Finansowej i Europejskim Mechanizmem Stabilności¹³⁴. Instrumentami finansowymi w rozumieniu ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o obrocie instrumentami finansowymi są m. in. papiery wartościowe oraz niebędące papierami wartościowymi tytuły uczestnictwa w instytucjach wspólnego inwestowania, instrumenty rynku pieniężnego, instrumenty pochodne dotyczące przenoszenia ryzyka kredytowego czy uprawnienia do emisji¹³⁵. Papiery wartościowe to np. akcje, prawa do akcji, warranty subskrypcyjne, kwity depozytowe, obligacje, listy zastawne, certyfikaty inwestycyjne i inne zbywalne papiery wartościowe¹³⁶.

Pożyczki i kredyty

Zwolnieniu ze stosowania Pzp podlegają również usługi pożyczki lub kredyty, bez względu na to, czy wiążą się one z emisją, sprzedażą, kupnem lub zbyciem papierów wartościowych lub innych instrumentów finansowych. Na gruncie polskich regulacji wyłączenie to nie dotyczy jednak kredytów zaciąganych przez jednostki samorządu terytorialnego w ramach limitów zobowiązań określonych w uchwale budżetowej.

¹³⁴ Art. 10 pkt e).

¹³⁵ Art. 2 ust. 1).

¹³⁶ Art. 3 pkt 1).

Umowy z zakresu prawa pracy

Dyrektywa klasyczna nie ma zastosowania do umów o pracę¹³⁷. Podobnie Pzp, które przewiduje wyłączenie w odniesieniu do umów z zakresu prawa pracy¹³⁸. Pojęcie „umów z zakresu prawa pracy” należy wiązać z takim rodzajem umów, w wyniku których powstaje stosunek pracy. Przez nawiązanie stosunku pracy pracownik zobowiązuje się do wykonywania pracy określonego rodzaju na rzecz pracodawcy i pod jego kierownictwem oraz w miejscu i czasie wyznaczonym przez pracodawcę, a pracodawca – do zatrudniania pracownika za wynagrodzeniem. Zatrudnienie w takich warunkach jest zatrudnieniem na podstawie stosunku pracy, bez względu na nazwę zawartej przez strony umowy¹³⁹. Jednocześnie, pomimo zbliżonego charakteru, zwolnieniu na tej podstawie nie podlegają umowy zlecenia, umowy o dzieło lub inne umowy o charakterze cywilnoprawnym, zawierane z osobami fizycznymi.

Zamówienia w dziedzinie obrony cywilnej i podobne

Dyrektywa klasyczna oraz Pzp przewiduje wyłączenie w przypadku zamówień na usługi w dziedzinie obrony cywilnej, ochrony ludności i zapobiegania niebezpieczeństwom, świadczone przez organizacje lub stowarzyszenia o charakterze niekomercyjnym i objęte wskazanymi w przepisach kodami CPV¹⁴⁰. Należą do nich usługi straży pożarnej oraz ratownicze, usługi straży pożarnej, usługi służb pożarniczych, usługi ochrony przeciwpożarowej, usługi ochrony przeciwpożarowej lasów, służby ratownicze, usługi obrony cywilnej, usługi w zakresie bezpieczeństwa jądrowego, usługi transportu sanitarnego (z wyłączeniem transportu sanitarnego pacjentów).

W orzeczeniu z dnia 21 marca 2019 r. w sprawie Falck Rettungsdienste GmbH i Falck A/S przeciwko Stadt Solingen (C-465/17) Trybunał Sprawiedliwości odniósł się m. in. do pojęcia „organizacje lub stowarzyszenia o charakterze niekomercyjnym”. Przyjął on, że kategoria ta nie obejmuje stowarzyszeń pożytku publicznego, które wprawdzie uznawane są przez prawo krajowe za organizacje obrony cywilnej i ochrony ludności, ale wobec których prawo krajowe nie wymaga realizacji celów niekomercyjnych. Z drugiej strony Trybunał stwierdził, że organizacjami lub stowarzyszeniami o charakterze niekomercyjnym są podmioty reinwestujące ewentualne zyski w celu realizacji ich społecznych celów statutowych.

¹³⁷ Art. 10 lit. g).

¹³⁸ Art. 11 ust. 2 pkt 1).

¹³⁹ Art. 22 § 1 § 2 Kodeksu pracy z dnia 26 czerwca 1974 r. (tj. z dnia 18 czerwca 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 1320).

¹⁴⁰ Art. 10 lit. h); art. 11 ust. 1 pkt 9) Pzp.

Trybunał dostrzegł również, że pojęcia „ochrony ludności” i „obrony cywilnej” odnoszą się do sytuacji, w których należy stawić czoła szkodzie zbiorowej, takiej jak na przykład trzęsienie ziemi, tsunami lub wojna. Ale już pojęcie „zapobiegania niebezpieczeństwom” nie musi mieć takiego wymiaru zbiorowego. Zarówno z wykładni literalnej, jak i kontekstualnej art. 10 lit. h) dyrektywy 2014/24 wynika bowiem, że „zapobieganie niebezpieczeństwom” dotyczy zarówno niebezpieczeństw zbiorowych, jak również niebezpieczeństw indywidualnych. Dodatkowo samo brzmienie tego przepisu odwołuje się do różnych kodów CPV odnoszących się do niebezpieczeństw, które mogą być grupowe lub indywidualne. Ponadto wymaganie, aby zapobieganie niebezpieczeństwom miało wymiar zbiorowy, pozbawiałoby ten termin całkowicie samodzielnego znaczenia, ponieważ pojęcie to pokrywałoby się w sposób systematyczny z ochroną ludności względnie obroną cywilną. Trybunał podkreślił przy tym, że w przypadku gdy przepis prawa Unii można interpretować w różny sposób, pierwszeństwo należy dać wykładni, która zagwarantuje jego skuteczność (franc. *effet utile*)¹⁴¹.

Zamówienia na usługi zakresie transportu pasażerskiego

Z obowiązku stosowania Pzp wyłączone są usługi publiczne w zakresie transportu pasażerskiego koleją lub metrem¹⁴². Wyłączenie to powiązane jest z obowiązywaniem odrębnej regulacji dotyczącej transportu pasażerskiego zawartej w rozporządzeniu nr 1370/2007 Parlamentu Europejskiego i Rady z 23.10.2007 r. dotyczącym usług publicznych w zakresie kolejowego i drogowego transportu pasażerskiego oraz uchylającym rozporządzenia Rady (EWG) nr 1107/70 i (EWG) nr 1107/70¹⁴³. Celem rozporządzenia jest określenie, w jaki sposób, przy zachowaniu zasad prawa wspólnotowego, właściwe organy mogą podejmować działania w sektorze pasażerskiego transportu publicznego w celu zapewnienia świadczenia usług użyteczności publicznej, które miałyby m.in. bardziej masowy charakter, byłyby bezpieczniejsze, odznaczałyby się wyższą jakością lub niższą ceną niż usługi świadczone tylko na zasadzie swobodnej gry sił rynkowych. Rozporządzenie określa warunki, na podstawie których właściwe organy, nakładając zobowiązania do świadczenia usług publicznych lub zawierając umowy dotyczące wykonywania tych zobowiązań, rekompensują podmiotom świadczącym usługi publiczne poniesione koszty lub przyznają wyłączne prawa w zamian za realizację zobowiązań z tytułu świadczenia wspomnianych usług. Rozporządzenie ma zastosowanie do usług publicznych świadczonych w kraju lub na skalę międzynarodową w sektorze transportu pasażerskiego koleją oraz innymi środkami transportu szynowego i drogowego, z wyjątkiem usług

¹⁴¹ Pkt 29-32.

¹⁴² Art. 11 ust. 1 pkt 10 Pzp; art. 10 lit. i) Dyrektywy klasycznej.

¹⁴³ Dz.Urz. UE L nr 315, s. 1.

świadczonych przede wszystkim ze względu na ich znaczenie historyczne lub atrakcyjność turystyczną¹⁴⁴.

Rozporządzenie określa również zasady udzielania zamówień prowadzących do zawarcia umów o świadczenie usług publicznych. Zlecenie świadczenia usług podmiotowi trzeciemu odbywa się zasadniczo w drodze przetargu. Procedura przetargowa ma być otwarta dla każdego podmiotu, sprawiedliwa i zgodna z zasadami przejrzystości i niedyskryminacji. Jednocześnie, po złożeniu ofert i ewentualnej preselekcji, procedura może dopuszczać rokowania w celu określenia elementów najbardziej dostosowanych do specyfiki lub złożoności potrzeb¹⁴⁵.

Zamówienia na usługi udzielane na podstawie prawa wyłącznego

Pzp nie stosuje się w przypadku zamówień na usługi udzielane przez zamawiającego publicznego i zamawiającego sektorowego zamawiającemu publicznemu, któremu wyłączne prawo do świadczenia tych usług przyznano na podstawie ustawy lub innego aktu normatywnego podlegającego publikacji¹⁴⁶. Wyłączenie to stanowi transpozycję postanowień dyrektywy, zgodnie z którymi nie ma ona zastosowania do zamówień publicznych na usługi, udzielanych przez instytucję zamawiającą innej instytucji zamawiającej lub związkowi instytucji zamawiających, na podstawie prawa wyłącznego przyznanego im zgodnie z przepisem ustawowym, wykonawczym lub opublikowanym przepisem administracyjnym, zgodnym z TFUE¹⁴⁷.

Dyrektywa klasyczna, ani Pzp nie definiują pojęcia „prawa wyłączne”¹⁴⁸. W literaturze stwierdza się, że jest to pojęcie wywodzące się z prawa unijnego, które należy interpretować na potrzeby wykładni dyrektywy w sposób samodzielny, autonomiczny, bez związku z podobnymi terminami występującymi w krajowych porządkach prawnych¹⁴⁹.

¹⁴⁴ Art. 1.

¹⁴⁵ Art. 5.

¹⁴⁶ Art. 10 ust. 1 pkt 4) Pzp.

¹⁴⁷ Art. 11 dyrektywy.

¹⁴⁸ Definicję praw wyłącznych zawiera natomiast art. 4 ust. 3 dyrektywy 2014/25/UE, wskazując, iż „do celów niniejszego artykułu” prawa specjalne lub wyłączne „oznaczają prawa przyznane przez właściwy organ państwa członkowskiego w drodze dowolnych przepisów ustawowych, wykonawczych lub administracyjnych, które skutkują zastrzeżeniem wykonywania rodzajów działalności określonych w art. 8–14 dla jednego lub kilku podmiotów oraz które wywierają istotny wpływ na możliwość wykonywania takiej działalności przez inne podmioty”.

¹⁴⁹ J. Pawelec, Komentarz do art. 4 [w:] Dyrektywa 2014/23/UE w sprawie udzielania koncesji. Dyrektywa 2014/24/UE w sprawie zamówień publicznych. Dyrektywa 2014/25/UE w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych. Komentarz, Warszawa 2017 Legalis.

Celem wprowadzonego wyłączenia jest zapobieganie prowadzeniu postępowań o udzielenie zamówienia w przypadkach, gdy zamówienie może zostać udzielone ostatecznie tylko jednemu podmiotowi ze względu na posiadanie przez niego prawa wyłącznego.

Należy podkreślić, że nie każde prawo wyłączne stanowi podstawę zastosowania zwolnienia, lecz tylko takie, które przyznano na podstawie ustawy lub innego aktu normatywnego podlegającego publikacji, w stosunku do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na usługi. Ponadto zwolnienie dotyczy jedynie praw przyznanych zamawiającemu publicznemu. J. Pawelec stwierdza, że pojęcie „prawa wyłączne” obejmuje nie tylko prawa przyznane w formach publicznoprawnych (np. ustawy, koncesje, umowy prawa publicznego), lecz również formy cywilnoprawne¹⁵⁰. Dopuszczając taką możliwość zastrzec jednak trzeba, że wyłączenie stosowania Pzp dotyczy zamówień związanych z prawami wyłącznymi przyznanymi tylko na podstawie ustawy lub innego aktu normatywnego podlegającego publikacji.

Zamówienia na usługi badawcze i rozwojowe

Pzp nie stosuje się do zamówień, których przedmiotem są usługi badawcze lub rozwojowe, chyba że są one objęte kodami CPV od 73000000-2 do 73120000-9, 73300000-5, 73420000-2 i 73430000-5, określonymi we Wspólnym Słowniku Zamówień, oraz spełnione są łącznie następujące warunki: a) korzyści z tych usług przypadają wyłącznie zamawiającemu na potrzeby jego własnej działalności, b) całość wynagrodzenia za świadczoną usługę wypłaca zamawiający. Wskazane wyłączenie odpowiada jednej z tzw. sytuacji szczególnych (ang. *specific situations*), o których mowa w dyrektywie. Dyrektywa stanowi, że ma zastosowanie jedynie do zamówień publicznych na usługi badawcze i rozwojowe objęte ww. kodami CPV, pod warunkiem że spełnione są oba powyższe warunki: korzyści z tych usług przypadają wyłącznie instytucji zamawiającej na potrzeby jej własnej działalności oraz całość wynagrodzenia za świadczoną usługę wypłaca instytucja zamawiająca. Jak wynika z powyższego, polskie przepisy zawierają generalną podstawę wyłączenia obowiązku stosowania Pzp. Przewidują jedynie wyjątek od tego wyłączenia w razie łącznego wystąpienia wskazanych w nim okoliczności. Zakres zastosowania obu regulacji jest jednak identyczny.

Pokreślić należy, że przedmiotowe wyłączenie dotyczy tylko udzielania zamówień na usługi – co wyklucza możliwość jego zastosowania do dostaw. Pojęcie „usług badawczych” oraz pojęcie „usług rozwojowych” nie zostało zdefiniowane w Pzp ani w dyrektywach zamówieniowych. Ustawa z dnia

¹⁵⁰ Tamże.

20 lipca 2018 r. Prawo o szkolnictwie wyższym i nauce¹⁵¹ posługuje się pojęciem „prac rozwojowych” oraz pojęciem pokrewnym tj. „badania naukowe”. Zgodnie z nią prace rozwojowe są działalnością obejmującą nabywanie, łączenie, kształtowanie i wykorzystywanie dostępnej aktualnie wiedzy i umiejętności, w tym w zakresie narzędzi informatycznych lub oprogramowania, do planowania produkcji oraz projektowania i tworzenia zmienionych, ulepszonych lub nowych produktów, procesów lub usług, z wyłączeniem działalności obejmującej rutynowe i okresowe zmiany wprowadzane do nich, nawet jeżeli takie zmiany mają charakter ulepszeń¹⁵². Natomiast badania naukowe są działalnością obejmującą: badania podstawowe – rozumiane jako prace empiryczne lub teoretyczne mające przede wszystkim na celu zdobywanie nowej wiedzy o podstawach zjawisk i obserwowalnych faktów, bez nastawienia na bezpośrednie zastosowanie komercyjne oraz badania aplikacyjne – rozumiane jako prace mające na celu zdobycie nowej wiedzy oraz umiejętności, nastawione na opracowywanie nowych produktów, procesów lub usług, lub wprowadzanie do nich znaczących ulepszeń¹⁵³.

Należy w tym miejscu dodać, że Sąd Apelacyjny w Katowicach w wyroku z dnia 9 października 2014 r. (I ACa 727/14) stwierdził, że przy braku ustawowej definicji usług badawczych sięgnąć należy do potocznego rozumienia tego terminu, który „semantycznie oznacza pracę zmierzającą do uzyskania wiedzy o jakimś zdarzeniu czy zjawisku, niekoniecznie mającą walor naukowy i niekoniecznie wiążącą się z przetwarzaniem uzyskanych danych”.

Jak wspomniano wyżej, analizowane wyłączenie obowiązku stosowania Pzp nie dotyczy jednak zamówień, których przedmiotem są usługi badawcze oraz rozwojowe, objęte wskazanymi w przepisie kodami CPV, gdzie korzyści z tych usług przypadają wyłącznie zamawiającemu na potrzeby jego własnej działalności oraz całość wynagrodzenia za świadczoną usługę wypłaca zamawiający. W motywach dyrektywy stwierdza się, że należy popierać współfinansowanie programów badawczo-rozwojowych przez przemysł i w związku z tym zastosowanie dyrektywy dotyczy wyłącznie przypadków braku takiego współfinansowania i gdy wynik działań badawczo-rozwojowych przeznaczony jest dla danej instytucji zamawiającej. Jednocześnie zastrzega się, że nie powinno to jednak oznaczać, że usługodawca nie może po wykonaniu usług opublikować sprawozdania na ich temat, o ile instytucja zamawiająca zachowa wyłączne prawo do wykorzystania wyniku działań badawczo-rozwojowych w swojej własnej działalności. Niemniej jednak fikcyjne udostępnienie wyników działań

¹⁵¹ Dz.U. z 2021 r. poz. 478.

¹⁵² Art. 4 ust. 3.

¹⁵³ Tamże, ust. 2.

badawczo-rozwojowych lub symboliczny udział w wynagrodzeniu usługodawcy nie powinny uniemożliwiać zastosowania dyrektywy¹⁵⁴.

Niektóre zamówienia udzielane przez zamawiających sektorowych będących zamawiającymi publicznymi

Pzp nie stosuje się do zamówień udzielanych i konkursów organizowanych przez zamawiających sektorowych, będących zamawiającymi publicznymi, wykonujących działalność sektorową w zakresie usług pocztowych (w tym przyjmowania, sortowania, przemieszczania lub doręczania przesyłek pocztowych, zarządzania tymi usługami, oraz świadczenia usług dotyczących innych przesyłek, takich jak druki bezadresowe). Zwolnienie dotyczy zamówień w celu świadczenia usług o wartości dodanej związanych z systemami teleinformatycznymi (w tym bezpiecznego przesyłania kodowanych dokumentów za pomocą systemów teleinformatycznych, usług zarządzania adresami i przesyłania pocztą elektroniczną), niektórych usług finansowych (w szczególności przekazów pocztowych i pocztowych przelewów na konto) oraz usług filatelistycznych lub logistycznych.

Zwolnienie jest częściowo transpozycją zapisów art. 7 dyrektywy klasycznej, który przewiduje, że dyrektywa nie ma zastosowania m. in. do zamówień publicznych i konkursów udzielania ich przez instytucję zamawiającą, która świadczy usługi pocztowe w celu prowadzenia wskazanych w przepisie rodzajów działalności.

Zamówienia udzielane instytucjom gospodarki budżetowej

Pzp nie ma zastosowania do zamówień udzielanych instytucji gospodarki budżetowej przez organ władzy publicznej, wykonujący funkcje organu założycielskiego tej instytucji, jeżeli łącznie są spełnione następujące warunki: a) ponad 80% działalności instytucji gospodarki budżetowej dotyczy wykonywania zadań publicznych na rzecz tego organu władzy publicznej, b) organ władzy publicznej sprawuje nad instytucją gospodarki budżetowej kontrolę odpowiadającą kontroli sprawowanej nad własnymi jednostkami organizacyjnymi nieposiadającymi osobowości prawnej, polegającą na wpływie na cele strategiczne oraz istotne decyzje dotyczące zarządzania sprawami instytucji, c) przedmiot zamówienia należy do zakresu podstawowej działalności statutowej instytucji gospodarki budżetowej¹⁵⁵.

Pzp określa, że przy obliczaniu wskazanego procentu działalności, uwzględnia się średni całkowity obrót osiągnięty przez instytucję gospodarki budżetowej

¹⁵⁴ Motyw 35.

¹⁵⁵ Art. 10 ust. 2 pkt 3 Pzp.

lub inną alternatywną miarę opartą na działalności, w szczególności koszty poniesione przez instytucję gospodarki budżetowej – w odniesieniu do usług, dostaw lub robót budowlanych za 3 lata poprzedzające udzielenie zamówienia. Jeżeli ze względu na dzień utworzenia lub rozpoczęcia działalności przez instytucję gospodarki budżetowej lub reorganizację jej działalności, dane za 3 lata poprzedzające udzielenie zamówienia są niedostępne lub nieadekwatne, przy obliczaniu procentu działalności uwzględnia się wiarygodną miarę, w szczególności prognozy dotyczące obrotu, kosztów lub innej alternatywnej miary.

Należy przypomnieć, że jednostki budżetowe są to jednostki organizacyjne niemające osobowości prawnej, a zatem pozbawione możliwości dysponowania we własnym imieniu prawami i obowiązkami w stosunkach cywilnoprawnych¹⁵⁶. Okoliczność braku tej zdolności w przypadku jednostek budżetowych determinuje ich funkcję, która wyraża się w ścisłym związku z budżetem i polega na jego bezpośredniej reprezentacji w cywilnoprawnym obrocie. Jednostki budżetowe działają bowiem w imieniu Skarbu Państwa lub j.s.t. jako ich agendy, określane w literaturze prawniczej jako *stationes fisci* lub *stationes municipii*¹⁵⁷. Jednostki budżetowe pokrywają swoje wydatki bezpośrednio z budżetu, a pobrane dochody odprowadzają na rachunek budżetu. Ujęcie w ramach budżetu wszystkich dochodów i wydatków jednostek budżetowych jest przejawem tzw. budżetowania brutto realizującego zasadę zupełności budżetu¹⁵⁸. Oznacza to, że dochody, do których poboru uprawnione i zobowiązane są jednostki budżetowe są dochodami odpowiednio budżetu państwa lub j.s.t., a nie dochodami własnymi tych jednostek. Natomiast wydatki jednostek budżetowych są wydatkami budżetu państwa lub budżetu j.s.t. przekazanymi do dyspozycji jednostki budżetowej, przez odprowadzenie z rachunku bankowego budżetu na rachunek bankowy danej jednostki budżetowej¹⁵⁹. W literaturze fakt braku dysponowania osobowością prawną przez jednostki budżetowe oraz sposób powiązania z budżetem wyjaśnia się ich niekomercyjnym charakterem¹⁶⁰. Należy jednak dostrzec, że prawne pojęcie jednostki budżetowej nawiązuje do jej statusu prawno-finansowego, a nie ekonomicznego. Cechą wyróżniającą jednostki budżetowe jest brak osobowości prawnej, a przez to sposób powiązania z budżetem, a nie rodzaj działalności, które jednostki budżetowe miałyby wykonywać¹⁶¹. Oczywiście, urządzenie prawne jednostek budżetowych wyznacza w praktyce określone sposoby ich

¹⁵⁶ Art. 11 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz.U. z 2021 r. poz. 305). Dalej: FinPublU.

¹⁵⁷ E. Chojna-Duch, *Podstawy finansów publicznych i prawa finansowego*, Warszawa 2010, s. 176.

¹⁵⁸ L. Lipiec-Warzecha, *Ustawa o finansach publicznych. Komentarz*, Warszawa 2011, s. 95.

¹⁵⁹ A. Borodo, *Polskie prawo finansowe. Zarys ogólny*, Toruń 2003, s. 49.

¹⁶⁰ A. Wemik, *Finanse publiczne: cele, struktury, uwarunkowania*, Warszawa 2014, s. 16.

¹⁶¹ E. Rutkowska-Tomaszewska, *Jednostki sektora finansów publicznych, [w:] Prawne aspekty prywatyzacji: [praca zbiorowa]*, Wrocław 2012, s. 106.

działania. Z punktu widzenia racjonalnego zarządzania finansami publicznymi nie jest np. uzasadnione tworzenie jednostek budżetowych do wykonywania zadań, które mogłyby być całkowicie finansowane z uzyskanych wpływów¹⁶².

Zamówienia udzielane przez NBP i BGK

Przepisów ustawy nie stosuje się do zamówień lub konkursów udzielanych przez Narodowy Bank Polski, związanych z wykonywaniem zadań dotyczących realizacji polityki pieniężnej (a w szczególności zamówień na usługi finansowe związane z emisją, sprzedażą, kupnem i transferem papierów wartościowych lub innych instrumentów finansowych), obrotem papierami wartościowymi emitowanymi przez Skarb Państwa, obsługą zarządzania długiem krajowym i zadłużeniem zagranicznym, emisją znaków pieniężnych i gospodarką tymi znakami, gromadzeniem rezerw dewizowych i zarządzaniem tymi rezerwami, gromadzeniem złota i metali szlachetnych oraz prowadzeniem rachunków bankowych i przeprowadzaniem bankowych rozliczeń pieniężnych.

Należy jednak zastrzec, że NBP nie jest wprawdzie jednostką sektora finansów publicznych, ale jest zamawiającym publicznym jako instytucja (podmiot) prawa publicznego. Tym samym pozostałe zamówienia udzielane przez NBP – o ile nie podlegają innemu wyłączeniu – muszą być realizowane na podstawie przepisów ustawy Pzp.

Pzp nie ma zastosowania do zamówień lub konkursów udzielanych przez Bank Gospodarstwa Krajowego, związanych z realizacją zadań dotyczących obsługi funduszy utworzonych, powierzonych lub przekazanych Bankowi Gospodarstwa Krajowego oraz realizacją programów rządowych, w części dotyczącej prowadzenia rachunków bankowych, przeprowadzania bankowych rozliczeń pieniężnych i działalności na rynku międzybankowym lub pozyskiwania środków finansowych dla zapewnienia płynności finansowej, finansowania działalności obsługiwanych funduszy i programów oraz refinansowania akcji kredytowej.

Zamówienia udzielane przez instytucję pomostową lub podmiot zarządzający aktywami

Pzp nie stosuje się do udzielenia zamówień przez instytucję pomostową lub podmiot zarządzający aktywami. Instytucją pomostową jest podmiot, którego jedynym akcjonariuszem lub podmiotem dominującym jest Fundusz, utworzony w celu przeniesienia na ten podmiot praw udziałowych podmiotu w restrukturyzacji, jego przedsiębiorstwa albo praw majątkowych lub zobowiązań podmiotu w restrukturyzacji w celu kontynuowania w całości lub części działalności

¹⁶² Tamże.

prowadzonej przez podmiot w restrukturyzacji¹⁶³. Natomiast podmiotem zarządzającym aktywami jest podmiot, którego jedynym akcjonariuszem lub podmiotem dominującym jest Fundusz, utworzony w celu przeniesienia praw majątkowych i powiązanych z nimi zobowiązań podmiotu w restrukturyzacji lub instytucji pomostowej, w celu zarządzania tymi prawami, w tym ich zbycia lub likwidacji¹⁶⁴.

Zamówienia na dostawy uprawnień do emisji

Wyłączone z obowiązku stosowania Pzp są umowy dostawy uprawnień do emisji do powietrza gazów cieplarnianych i innych substancji, jednostek poświadczonej redukcji emisji oraz jednostek redukcji emisji, w rozumieniu przepisów o handlu uprawnieniami do emisji do powietrza gazów cieplarnianych i innych substancji¹⁶⁵.

Umowy koncesji na roboty budowlane lub usługi

Pzp nie podlegają umowy koncesji na roboty budowlane oraz koncesji na usługi w rozumieniu ustawy z dnia 21 października 2016 r. o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi, chyba że ustawa stanowi inaczej¹⁶⁶. W tym miejscu warto przypomnieć, że na podstawie umowy koncesji zamawiający powierza koncesjonariuszowi wykonanie robót budowlanych lub świadczenie usług i zarządzanie tymi usługami za wynagrodzeniem. W przypadku umów koncesji na roboty budowlane zamawiający powierza koncesjonariuszowi wykonanie robót budowlanych za wynagrodzeniem, które stanowi wyłącznie prawo do eksploatacji obiektu budowlanego będącego przedmiotem umowy albo takie prawo wraz z płatnością. Natomiast na podstawie umów koncesji na usługi koncesjonariusz świadczy usługi i zarządza tymi usługami za wynagrodzeniem stanowiącym wyłączone prawo do wykonywania usług będących przedmiotem umowy albo takie prawo wraz z płatnością. Koncesjonariusz ponosi przy tym ryzyko ekonomiczne związane z eksploatacją obiektu budowlanego lub wykonywaniem usług i obejmujące ryzyko związane z popytem lub podażą. Przez ponoszenie ryzyka ekonomicznego należy rozumieć sytuację w której, w zwykłych warunkach funkcjonowania koncesjonariusz nie ma gwarancji odzyskania poniesionych nakładów inwestycyjnych lub kosztów związanych z eksploatacją obiektu budowlanego lub świadczeniem usług będących przedmiotem umowy koncesji oraz jest narażony na wahania rynku, a w szczególności jego szacowane

¹⁶³ Art. 2 pkt 26 ustawy z dnia 10 czerwca 2016 r. o Bankowym Funduszu Gwarancyjnym, systemie gwarantowania depozytów oraz przymusowej restrukturyzacji (Dz.U. z 2020 r. poz. 842).

¹⁶⁴ Tamże, art. 2 pkt 46.

¹⁶⁵ Art. 11 ust. 1 pkt 11) Pzp.

¹⁶⁶ Tamże, ust. 2 pkt 2).

potencjalne straty związane z wykonywaniem umowy koncesji nie mogą być jedynie nominalne lub nieistotne.¹⁶⁷

Umowa uczelni publicznej ze spółką celową

Pzp nie dotyczy zawierania umów, na podstawie których uczelnia publiczna powierza spółce celowej zarządzanie prawami do wyników lub do know-how w zakresie komercjalizacji bezpośredniej albo zarządzanie infrastrukturą badawczą¹⁶⁸. Prawo do tworzenia takich spółek przez uczelnie, w formie jednoosobowych spółek kapitałowych przewiduje ustawa z dnia 20 lipca 2018 r. – Prawo o szkolnictwie wyższym i nauce.

Zamówienia związane z procesem wypłaty środków gwarantowanych

Przepisów ustawy Pzp nie stosuje się do zamówień związanych z przygotowaniem i przeprowadzeniem procesu wypłat tzw. środków gwarantowanych¹⁶⁹, w szczególności usług świadczonych przez podmiot, z którym zostanie zawarta umowa o dokonanie wypłat środków gwarantowanych lub przygotowaniem, lub przeprowadzeniem przymusowej restrukturyzacji albo umorzenia lub konwersji instrumentów kapitałowych w określonym zakresie¹⁷⁰.

Wyłączenie związane z wytwarzaniem dokumentów publicznych i innych dokumentów

Przepisów ustawy nie stosuje się do zamówień dotyczących wytwarzania blankietów dokumentów publicznych, oraz ich personalizacji lub indywidualizacji; wytwarzania znaków akcyzy, znaków legalizacyjnych i nalepek kontrolnych¹⁷¹, kart do głosowania i nakładek na karty do głosowania¹⁷², znaków holograficznych umieszczanych na zaświadczeniach o prawie do głosowania¹⁷³ czy układu mikroprocesorowego z oprogramowaniem służącym do zarządzania dokumentami publicznymi, systemów i baz informatycznych niezbędnych do zastosowania dokumentów publicznych zawierających warstwę elektroniczną,

¹⁶⁷ Art. 3 ustawy z dnia 21 października 2016 r. o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi.

¹⁶⁸ Art. 11 ust. 2 pkt 3) Pzp; art. 149 ust. 2 ustawy z dnia 20 lipca 2018 r. – Prawo o szkolnictwie wyższym i nauce.

¹⁶⁹ Art. 2 pkt 65 ustawy z dnia 10 czerwca 2016 r. o Bankowym Funduszu Gwarancyjnym, systemie gwarantowania depozytów oraz przymusowej restrukturyzacji.

¹⁷⁰ Art. 11 ust. 3 Pzp.

¹⁷¹ Ustawa z dnia 20 czerwca 1997 r. – Prawo o ruchu drogowym (Dz.U. z 2020 r. poz. 110).

¹⁷² Art. 40 § 1 i art. 40a § 1 ustawy z dnia 5 stycznia 2011 r. – Kodeks wyborczy (Dz.U. z 2020 r. poz. 1319) oraz art. 20 ustawy z dnia 14 marca 2003 r. o referendum ogólnokrajowym (Dz.U. z 2020 r. poz. 851).

¹⁷³ Art. 32 § 1 ustawy z dnia 5 stycznia 2011 r. – Kodeks wyborczy.

zgodnie z ich przeznaczeniem. Zwolnienie dotyczy dokumentów publicznych kategorii pierwszej, którymi są dokumenty najistotniejsze z punktu widzenia bezpieczeństwa państwa, których wytwarzanie odbywa się w sposób uwzględniający szczególnie środki bezpieczeństwa. Jest to stosunkowo pojemna kategoria dokumentów obejmująca np. dowody osobiste, dokumenty paszportowe, tytuły wykonawcze wydawane przez sądy lub referendarzy sądowych, prawa jazdy czy legitymacje służbowe pracowników służb mundurowych¹⁷⁴.

Dostawy lub usługi dla celów prac badawczych albo z zakresu działalności kulturalnej, albo z zakresu działalności oświatowej

Kolejne wyłączenie dotyczy zamówień, których przedmiotem są dostawy lub usługi służące wyłącznie do celów prac badawczych, eksperymentalnych, naukowych lub rozwojowych, które nie służą prowadzeniu przez zamawiającego produkcji masowej służącej osiągnięciu rentowności rynkowej lub pokryciu kosztów badań lub rozwoju.

Pzp nie stosuje się także do zamówień, których przedmiotem są dostawy lub usługi z zakresu działalności kulturalnej związanej z organizacją wystaw, koncertów, konkursów, festiwali, widowisk, spektakli teatralnych, przedsięwzięć z zakresu edukacji kulturalnej lub z gromadzeniem materiałów bibliotecznych przez biblioteki lub muzealiów, a także z zakresu działalności archiwalnej związanej z gromadzeniem materiałów archiwalnych, jeżeli zamówienia te nie służą wyposażaniu zamawiającego w środki trwałe przeznaczone do bieżącej obsługi jego działalności.

Pzp nie stosuje się również do zamówień, których przedmiotem są dostawy lub usługi z zakresu działalności oświatowej, związanej z gromadzeniem w bibliotekach szkolnych podręczników, materiałów edukacyjnych i materiałów ćwiczeniowych o których mowa w ustawie z dnia 7 września 1991 r. o systemie oświaty, jeżeli zamówienia te nie służą wyposażaniu zamawiającego w środki trwałe przeznaczone do bieżącej obsługi jego działalności.

Zamówienia na potrzeby świadczenia audiowizualnych usług medialnych lub radiowych usług medialnych

Ustawy nie stosuje się do zamówień udzielanych przez inne podmioty niż dostawców audiowizualnych lub radiowych usług medialnych, których przedmiotem działalności jest produkcja i koprodukcja audycji i materiałów do audycji

¹⁷⁴ Art. 5 ust. 2 ustawy z dnia 22 listopada 2018 r. o dokumentach publicznych (Dz.U. z 2020 r. poz. 851).

lub ich opracowanie, jeżeli zamówienia te są przeznaczone na potrzeby świadczenia audiowizualnych usług medialnych lub radiowych usług medialnych.

Usługi lub roboty budowlane realizujące przedsięwzięcia rewitalizacyjne

Pzp nie ma również zastosowania do zamówień, których przedmiotem są usługi lub roboty budowlane realizujące przedsięwzięcia rewitalizacyjne zawarte w gminnym programie rewitalizacji oraz wykonywane na obszarze Specjalnej Strefy Rewitalizacji. Gminny program rewitalizacji przyjmuje – w drodze uchwały – rada gminy¹⁷⁵. Zawiera on m. in. szczegółową diagnozę obszaru rewitalizacji, opis wizji stanu obszaru po przeprowadzeniu rewitalizacji; cele rewitalizacji czy szacunkowe ramy finansowe gminnego programu rewitalizacji wraz z szacunkowym wskazaniem środków finansowych ze źródeł publicznych i prywatnych. Istotnym elementem programu jest opis przedsięwzięć rewitalizacyjnych, w szczególności o charakterze społecznym oraz gospodarczym, środowiskowym, przestrzenno-funkcyjnym lub technicznym, w tym lista planowanych, podstawowych przedsięwzięć rewitalizacyjnych, wraz z ich opisami zawierającymi w odniesieniu do każdego przedsięwzięcia¹⁷⁶.

Warunkiem zastosowania zwolnienia jest okoliczność, że takie zamówienia te udzielane są przez gminę lub gminne jednostki organizacyjne organizacjom pozarządowym lub spółdzielniom socjalnym, a przedmiot zamówienia należy do działalności statutowej wykonawcy lub w celu aktywizacji osób mających miejsce zamieszkania na obszarze Specjalnej Strefy Rewitalizacji. Strefa ustanawiana jest w celu zapewnienia sprawnej realizacji przedsięwzięć rewitalizacyjnych na wniosek wójta, burmistrza albo prezydenta miasta przez radę gmin¹⁷⁷.

Usługi z zakresu leśnictwa

Pzp nie stosuje się do zamówień, których przedmiotem są określone usługi z zakresu leśnictwa¹⁷⁸. Obejmują one np. usługi pozyskiwania drewna, usługi uboczne związane z pozyskiwaniem drewna, usługi cięcia drewna czy transport dłużyć na terenie lasu.

¹⁷⁵ Art. 14 ustawy z dnia 9 października 2015 r. o rewitalizacji (Dz.U. z 2021 r. poz. 485).

¹⁷⁶ Tamże.

¹⁷⁷ Tamże, art. 25.

¹⁷⁸ Tj. objęte kodami CPV 77200000-2, 77210000-5, 77211000-2, 77211100-3, 77211200-4, 77211300-5, 77211400-6, 77211500-7, 77211600-8, 77220000-8, 77230000-1, 77231000-8, 77231200-0, 77231600-4 oraz 77231700-5 określonymi we Wspólnym Słowniku Zamówień.

Zamówienia udzielane w ramach realizacji współpracy rozwojowej przez jednostki wojskowe

Pzp nie ma zastosowania do zamówień udzielanych w ramach realizacji współpracy rozwojowej przez jednostki wojskowe określone w postanowieniach o użyciu jednostek wojskowych poza granicami państwa, wydawanych na podstawie art. 5 ustawy z dnia 17 grudnia 1998 r. o zasadach użycia lub pobytu Sił Zbrojnych Rzeczypospolitej Polskiej poza granicami państwa (tzw. „postanowienia o użyciu polskiego kontyngentu wojskowego”).

Zamówienia udzielane przywieziennym zakładom pracy

Wyłączenie Pzp dotyczy również zamówień udzielanych przez Ministra Sprawiedliwości – Prokuratora Generalnego, albo jednostki organizacyjne mu podległe lub przez niego nadzorowane, przywieziennym zakładem pracy, prowadzonym jako przedsiębiorstwa państwowe albo instytucje gospodarki budżetowej, związanych z zatrudnieniem osób pozbawionych wolności, jeżeli zasadniczą część działalności przywieziennego zakładu pracy dotyczy wykonywania zadań powierzonych mu przez Ministra Sprawiedliwości – Prokuratora Generalnego lub jednostki organizacyjne mu podległe lub przez niego nadzorowane. Do zasadniczej części działalności przywieziennego zakładu pracy wlicza się działalność związaną z realizacją zamówień w związku ze społeczną i zawodową integracją osób pozbawionych wolności lub zwalnianych z zakładów karnych, mających trudności w integracji ze środowiskiem.

Zamówienia udzielane przez zarządzającego specjalną strefą ekonomiczną

Pzp nie stosuje się do zamówień udzielanych przez podmiot prawa publicznego jako zarządzającego specjalną strefą ekonomiczną, czyli wyodrębnioną, niezamieszkałą część terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, na której terenie może być prowadzona działalność gospodarcza na zasadach określonych ustawą o specjalnych strefach ekonomicznych¹⁷⁹.

Niektóre zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa

Ustawa nie ma zastosowania także do niektórych zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa. Część nich związana jest z przywołanymi wcześniej wyłączeniami (jak np. zamówienia na usługi arbitrażowe lub pojednawcze, usługi badawcze lub rozwojowe, nabycie własności lub innych praw do istniejących budynków lub nieruchomości czy zawieranie umów z zakresu prawa pracy).

¹⁷⁹ Art. 2 ustawy z dnia 20 października 1994 r. o specjalnych strefach ekonomicznych (Dz.U. z 2020 r. poz. 1670).

Inne związane są z obowiązkiem stosowania szczególnych procedur (np. wynikających z umowy międzynarodowej czy procedur organizacji międzynarodowych). Jeszcze inne wyłączenia Pzp dotyczące zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa związane są z faktem, że zamówienie udzielane jest do celów działalności wywiadowczej lub kontrwywiadowczej albo w ramach programu współpracy Unii Europejskiej opartego na badaniach i rozwoju – prowadzonych wspólnie przez Rzeczpospolitą Polską i co najmniej jedno państwo członkowskie Unii Europejskiej – nad opracowaniem nowego produktu oraz tam, gdzie ma to zastosowanie, do późniejszych etapów całości lub części cyklu życia tego produktu. Pzp nie podlegają także zamówienia udzielane w państwie niebędącym członkiem Unii Europejskiej, w tym zamówienia na dostawy sprzętu innego niż wojskowy, roboty budowlane lub usługi do celów logistycznych, realizowanych podczas rozmieszczenia sił zbrojnych, oraz sił, do których podstawowych zadań należy ochrona bezpieczeństwa, w przypadku gdy względy operacyjne wymagają ich udzielenia wykonawcom usytuowanym w strefie prowadzenia działań albo zamówienia udzielane przez władze państwowe, regionalne lub lokalne władzom państwowym, regionalnym lub lokalnym innego państwa związanych np. z dostawami sprzętu wojskowego¹⁸⁰.

Postanowienia w tym zakresie odpowiadają zapisom zawartym w dyrektywie klasycznej. Przewiduje ona m. in. wyłączenie jej zastosowania do zamówień publicznych i konkursów w stopniu, w jakim ochrona podstawowych interesów danego państwa członkowskiego w zakresie bezpieczeństwa nie może zostać zagwarantowana przez mniej inwazyjne środki, a przykład przez nałożenie wymogów mających na celu ochronę poufnego charakteru informacji udostępnianych przez instytucję zamawiającą¹⁸¹.

Przepisów ustawy nie stosuje się również do zamówień lub konkursów, których przedmiot zamówienia zawiera aspekty obronności i bezpieczeństwa, a których udzielenie podlega szczególnej procedurze wynikającej z umowy międzynarodowej albo stosowanej przez organizację międzynarodową, jeżeli zamówienia muszą być udzielane przez Rzeczpospolitą Polską zgodnie z tą procedurą. Ponadto, Pzp nie ma zastosowania do zamówień lub konkursów, których przedmiot zamówienia zawiera aspekty obronności i bezpieczeństwa, finansowanych w całości przez organizację międzynarodową lub międzynarodową instytucję finansującą, jeżeli zamawiający stosuje do nich inną, niż określona ustawą, procedurę organizacji międzynarodowej lub międzynarodowej instytucji finansującej albo finansowanych w ponad 50% przez organizację międzynarodową lub międzynarodową instytucję finansującą, jeżeli uzgodniono z nimi zastosowanie do tych zamówień lub konkursów innej, niż określona

¹⁸⁰ Art. 13 Pzp.

¹⁸¹ Art. 15 ust. 2 Dyrektywy klasycznej.

ustawą, procedury organizacji międzynarodowej lub międzynarodowej instytucji finansującej¹⁸².

Niektóre zamówienia sektorowe

Ustawa Pzp przewiduje też szczególne wyłączenia jej stosowania związane z zamówieniami sektorowymi. Tytułem przykładu wskazać można zamówienia sektorowe udzielane w celu odsprzedaży, najmu lub dzierżawy przedmiotu zamówienia osobom trzecim, pod warunkiem, że zamawiający nie posiada szczególnego lub wyłącznego prawa do sprzedaży, najmu lub dzierżawy przedmiotu zamówienia, a inne podmioty mogą go bez ograniczeń sprzedawać, wynajmować lub dzierżawić na tych samych warunkach co zamawiający¹⁸³. W opinii A. Panasiuka warunkiem zastosowania przywołanego wyłączenia jest więc istnienie konkurencyjnego, niczym nieskrępowanego rynku sprzedaży i najmu tych samych przedmiotów przez inne podmioty działające na rynku¹⁸⁴.

Pzp nie ma także zastosowania do zamówień sektorowych i konkursów udzielanych w celu wykonywania określonej działalności sektorowej, poza obszarem Unii Europejskiej, jeżeli do jej wykonywania nie jest wykorzystywana sieć znajdująca się na obszarze Unii Europejskiej lub obszar Unii Europejskiej¹⁸⁵. Ten rodzaj wyłączenia określany jest niekiedy w literaturze jako wyłączenie obszarowe¹⁸⁶.

Ponadto, zamawiający prowadzący określoną działalność sektorową nie mają obowiązku stosowania Pzp do udzielania zamówień na dostawy energii oraz paliw do wytwarzania energii, dostawy wody czy usługi przesyłania, magazynowania, dystrybucji paliw gazowych, skraplania gazu ziemnego i regazyfikacji skroplonego gazu ziemnego¹⁸⁷.

Szczególne przypadki wyłączeń zastosowania Pzp przewidziane są dla zamówień udzielanych pomiędzy podmiotami powiązanymi. Pzp nie stosuje się bowiem do zamówień sektorowych na dostawy, usługi lub roboty budowlane udzielanych podmiotom których dane, wraz z danymi zamawiającego, objęte są rocznym skonsolidowanym sprawozdaniem finansowym¹⁸⁸, albo w których

¹⁸² Art. 14 Pzp.

¹⁸³ Art. 363 ust. 1 Pzp.

¹⁸⁴ P. Granecki, A. Panasiuk *Zamówienia sektorowe...*, s. 26.

¹⁸⁵ Art. 363 ust. 2 Pzp.

¹⁸⁶ P. Granecki, A. Panasiuk *Zamówienia sektorowe...*, s. 29.

¹⁸⁷ Art. 364 Pzp.

¹⁸⁸ Zgodnie z art. 55 ustawy z dnia 29 września 1994 r. o rachunkowości (Dz.U. z 2021 r. poz. 217) jednostka dominująca, mająca siedzibę lub miejsce sprawowania zarządu na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, sporządza roczne skonsolidowane sprawozdanie finansowe grupy kapitałowej, obejmujące dane jednostki dominującej i jednostek od niej zależnych wszystkich

zamawiający posiadają ponad połowę udziałów albo akcji, posiadają ponad połowę głosów wynikających z udziałów albo akcji, sprawują nadzór nad organem zarządzającym lub posiadają prawo mianowania ponad połowy składu organu nadzorczego lub zarządzającego. Powiązania są również powodem wyłączenia Pzp np. w przypadku zamówień udzielanych podmiotom, które posiadają ponad połowę udziałów albo akcji zamawiającego, posiadają ponad połowę głosów wynikających z udziałów albo akcji zamawiającego, sprawują nadzór nad jego organem zarządzającym lub posiadają prawo mianowania ponad połowy składu jego organu nadzorczego lub zarządzającego. Powiązania uzasadniające zastosowanie wskazanych wyłączeń Pzp muszą również wyrażać się w tym, że w okresie poprzednich 3 lat co najmniej 80% przeciętnych przychodów tych podmiotów pochodziło z wykonywania zamówień na rzecz zamawiającego lub podmiotów z nim powiązanych¹⁸⁹.

Przepisów ustawy nie stosuje się także – w określonych przepisami warunkach – do zamówień sektorowych udzielanych przez podmiot utworzony przez zamawiających w celu wspólnego wykonywania działalności sektorowej jednemu z tych zamawiających lub podmiotowi z nim powiązanemu¹⁹⁰.

1.8.2. Zamówienia wyłączone ze stosowania ustawy Prawo zamówień publicznych na postawie ustaw odrębnych

Zamówienia na wydrukowanie i doręczenie zestawów pytań testowych i zadań egzaminacyjnych na potrzeby aplikacji prawniczych

Na mocy ustawy z dnia 26 maja 1982 r. – Prawo o adwokaturze, ustawy z dnia 6 lipca 1982 r. o radcach, ustawy z dnia 14 lutego 1991 r. – Prawo o notariacie oraz ustawy z dnia 22 marca 2018 r. o komornikach sądowych, Pzp nie ma zastosowania do zamówień na wydrukowanie i doręczenie zestawów pytań testowych lub zadań egzaminacyjnych komisjom kwalifikacyjnym do spraw aplikacji adwokackiej, radcowskiej, notarialnej albo komorniczej, albo komisjom egzaminacyjnym do przeprowadzenia egzaminu adwokackiego, radcowskiego, notarialnego albo komorniczego. Wyłączenie to związane jest z zamówieniami, których wartość jest mniejsza niż progi unijne¹⁹¹.

szczebli, bez względu na ich siedzibę, zestawione w taki sposób, jakby grupa kapitałowa stanowiła jedną jednostkę; sprawozdaniem tym obejmuje się również dane pozostałych jednostek podporządkowanych.

¹⁸⁹ Art. 365 Pzp.

¹⁹⁰ Art. 366 Pzp.

¹⁹¹ Art. 75b ust. 11 ustawy z dnia 26 maja 1982 r. – Prawo o adwokaturze (Dz.U. z 2020 r. poz. 1651); art. 36 ust. 11 ustawy z dnia 6 lipca 1982 r. o radcach prawnych (Dz.U. z 2020 r. poz.

Zamówienia udzielane w celu wyboru biegłego rewidenta

Pzp nie ma zastosowania do zamówień udzielanych w celu wyboru biegłego rewidenta do badania sprawozdania finansowego banku, w którym stwierdzono nieprawidłowości, wynikających ze zobowiązania nałożonego na bank przez Komisję Nadzoru Finansowego¹⁹². Komisja, w przypadku stwierdzenia nieprawidłowości w przeprowadzonym badaniu wykonanym na zlecenie banku, może zobowiązać bank do zlecenia zbadania prawidłowości i rzetelności wszystkich sprawozdań finansowych sporządzanych przez bank, kontroli ksiąg rachunkowych, analizy portfela kredytowego oraz dokonania innych czynności wskazanemu biegłemu rewidentowi. Jeżeli w wyniku przeprowadzonych badań stwierdzono nieprawidłowości, koszty badania ponosi bank. Zlecenie badania może zostać udzielone także bezpośrednio przez Komisję Nadzoru Finansowego. W takim przypadku koszty badania ponosi wówczas Komisja, chyba, że w wyniku badania zleconego przez Komisję Nadzoru Finansowego stwierdzono nieprawidłowości, koszty badania ponosi wówczas bank¹⁹³.

Niektóre zamówienia udzielane przez ZUS

Przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych nie stosuje się do udzielania przez ZUS zamówień na dodatkowe opinie lekarza konsultanta lub psychologa oraz wyniki czasowej obserwacji szpitalnej dla potrzeb ustalania uprawnień do świadczeń innych niż z ubezpieczeń społecznych¹⁹⁴. Pzp nie ma również zastosowania do zamówień na usługi rehabilitacyjne w ramach prewencji rentowej, wykonywanych w ośrodkach rehabilitacyjnych nieutworzonych przez ZUS¹⁹⁵.

Ustawy Pzp nie stosuje się też do zamówień na usługi lub dostawy udzielane przez Zakład Ubezpieczeń Społecznych w związku z zapewnieniem udostępnienia danych zgromadzonych na koncie ubezpieczonego i na koncie płatnika składek, Prezesowi Rady Ministrów, Szefowi Kancelarii Prezesa Rady Ministrów lub pełnomocnikowi Prezesa Rady Ministrów właściwemu do spraw analiz i studiów z zakresu kluczowych polityk publicznych, Agencji Rozwoju Przemysłu

75); art. 71 § 11 ustawy z dnia 14 lutego 1991 r. – Prawo o notariacie (Dz.U. z 2020 r. poz. 1192); art. 76 ust. 1 i art. 106 ust. 1 ustawy z dnia 22 marca 2018 r. o komornikach sądowych (Dz.U. z 2021 r. poz. 850).

¹⁹² Art. 135 ust. 4 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Prawo bankowe (Dz.U. z 2020 r. poz. 1896).

¹⁹³ Tamże, art. 135 ust. 1-3.

¹⁹⁴ Art. 68 ust. 2 ustawy z dnia 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych (Dz.U. z 2021 r. poz. 423).

¹⁹⁵ Tamże, art. 69 ust. 3.

Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie lub Polskiemu Funduszowi Rozwoju Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie¹⁹⁶.

Zawieranie umów z biurami rachunkowymi sporządzającymi sprawozdania gospodarstw rolnych

Przepisów ustawy Pzp nie stosuje się do zawierania umów dotyczących zadań określonych w przepisach rozporządzenia nr 79/65/EWG z dnia 15 czerwca 1965 r. ustanawiającego sieć zbierania danych rachunkowych o dochodach z działalności gospodarczej gospodarstw rolnych w Europejskiej Wspólnocie Gospodarczej¹⁹⁷. Wskazane rozporządzenie określa zasady tworzenia sieci danych rachunkowych gospodarstw rolnych dla Europejskiej Wspólnoty Gospodarczej oraz zbierania danych rachunkowych do celów sporządzenia rocznej oceny dochodów gospodarstw rolnych. W ramach obowiązków sprawozdawczych określone gospodarstwa rolne składają indywidualne i anonimowe sprawozdania. Rolnik, którego gospodarstwo zostało wybrane jako gospodarstwo składające sprawozdania, wybiera z listy sporządzonej dla tego celu przez Instytut Ekonomiki Rolnictwa i Gospodarki Żywnościowej z siedzibą w Warszawie biuro rachunkowe, które będzie sporządzać sprawozdania dla jego gospodarstwa. Instytut zawiera corocznie z każdym wybranym biurem rachunkowym umowę, na podstawie której biuro rachunkowe podejmuje się sporządzać sprawozdania gospodarstw za standardową opłatę. Umowa określa m. in. dane rachunkowe podlegające zbieraniu, liczbę gospodarstw rolnych, z których zbierane będą dane rachunkowe, warunki płatności dla biur rachunkowych oraz kary umowne z tytułu niedotrzymania warunków umowy.

Zawieranie umów ze świadczeniodawcą świadczeń gwarantowanych

W celu zaspokajania potrzeb wspólnoty samorządowej w zakresie ochrony zdrowia, jednostka samorządu terytorialnego może finansować dla mieszkańców wspólnoty świadczenia gwarantowane. Świadczenia gwarantowane są finansowane na podstawie umowy zawartej pomiędzy jednostką samorządu terytorialnego a świadczeniodawcą wyłonionym w drodze konkursu ofert. Umowa określa m. in. rodzaj, zakres i liczbę udzielanych świadczeń gwarantowanych, kwotę zobowiązania oraz zasady rozliczeń, z uwzględnieniem taryfy świadczeń,

¹⁹⁶ Tamże, art. 50 ust. 3f.

¹⁹⁷ Dz.Urz. EWG P 109 z 23.06.1965; art. 5 w ust. 4 ustawy z dnia 29 listopada 2000 r. o zbieraniu i wykorzystywaniu danych rachunkowych z gospodarstw rolnych (Dz.U. z 2021 r. poz. 1215).

w przypadku jej ustalenia oraz sposób i tryb kontroli wykonania umowy. Do zawarcia tej umowy nie stosuje się przepisów ustawy Pzp¹⁹⁸.

Ustawie Pzp nie podlega również zawieranie umów – między Ministrem Obrony Narodowej albo ministrem właściwym do spraw wewnętrznych a świadczeniodawcą, dla którego są oni podmiotami tworzącymi, albo między odpowiednio Szefem Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego, albo Szefem Agencji Wywiadu a świadczeniodawcą, dla którego podmiotem tworzącym jest Minister Obrony Narodowej lub minister właściwy do spraw wewnętrznych – o świadczenia gwarantowane tj. świadczenia dokonywane w celu zaspokajania dodatkowych potrzeb zdrowotnych żołnierzy, funkcjonariuszy Policji, Straży Granicznej, Biura Ochrony Rządu, Służby Ochrony Państwa, strażaków Państwowej Straży Pożarnej, a także pracowników tych służb, a także funkcjonariuszy Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego i Agencji Wywiadu¹⁹⁹.

Wybór realizatorów programów polityki zdrowotnej

Pzp nie stosuje się do wyboru realizatorów programów polityki zdrowotnej²⁰⁰. Ustawa z dnia 27 sierpnia 2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych definiuje programy polityki zdrowotnej jako zespoły zaplanowanych i zamierzonych działań z zakresu opieki zdrowotnej, ocenianych jako skuteczne, bezpieczne i uzasadnione. Programy mają umożliwić osiągnięcie w określonym terminie założonych celów, polegających na wykrywaniu i zrealizowaniu określonych potrzeb zdrowotnych oraz poprawy stanu zdrowia określonej grupy świadczeniobiorców. Programy są opracowywane, wdrażane, realizowane i finansowane przez ministra albo jednostkę samorządu terytorialnego²⁰¹. Wyboru realizatora programu dokonuje się zasadniczo w drodze konkursu ofert. Natomiast w przypadku programów polityki zdrowotnej opracowanych przez ministra właściwego do spraw zdrowia wybór realizatora programu może nastąpić bez przeprowadzania konkursu ofert, jeśli np. program polityki zdrowotnej może być realizowany tylko przez ograniczoną liczbę realizatorów z przyczyn o obiektywnym charakterze i nie jest to wynikiem celowego zawężenia kryteriów lub warunków realizacji programu oraz nie istnieje rozsądne rozwiązanie alternatywne lub rozwiązanie zastępcze. Odstąpienie od konkursu może również mieć miejsce, gdy konieczna jest natychmiastowa realizacja programu polityki zdrowotnej ze względu na wyjątkową sytuację niewynikającą z przyczyn leżących po stronie ministra właściwego do spraw

¹⁹⁸ Art. 9a – 9b ustawy z dnia 27 sierpnia 2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych (Dz.U. z 2021 r. poz. 1285).

¹⁹⁹ Tamże, art. 11a.

²⁰⁰ Tamże, art. 48b ust. 6.

²⁰¹ Tamże, art. 5 pkt 29a).

zdrowia, której nie mógł on przewidzieć, a nie można zachować terminów określonych dla przeprowadzenia konkursu ofert²⁰².

Zawieranie umów o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej

Nie wymaga stosowania Pzp zawieranie umów o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej²⁰³. Umowy o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej zawierane są pomiędzy świadczeniodawcą a Narodowym Funduszem Zdrowia. Są one podstawą do udzielania świadczeń opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych. Umowa o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej może być zawarta wyłącznie ze świadczeniodawcą, który został wybrany do udzielania świadczeń opieki zdrowotnej na zasadach określonych w ustawie z dnia 27 sierpnia 2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych. Ustawa zobowiązuje Fundusz do zapewnienia równego traktowania wszystkich świadczeniodawców ubiegających się o zawarcie umowy o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej oraz prowadzenie postępowania w celu zawarcia umowy w sposób gwarantujący zachowanie uczciwej konkurencji²⁰⁴. Umowa o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej musi być zgodna z ogólnymi warunkami umów o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej, określonymi przez ministra właściwego do spraw zdrowia w drodze rozporządzenia i wskazywać m. in. rodzaj i zakres udzielanych świadczeń opieki zdrowotnej, warunki udzielania świadczeń opieki zdrowotnej i zasady rozliczeń pomiędzy Funduszem a świadczeniodawcami²⁰⁵.

Zamówienie na realizację czynności technicznych związanych z obsługą zadań instytucji zarządzającej, instytucji pośredniczącej lub instytucji wdrażającej

Zgodnie z postanowieniami ustawy z dnia 6 grudnia 2006 r. o zasadach prowadzenia polityki rozwoju instytucja zarządzająca lub, za jej zgodą instytucja pośrednicząca lub instytucja wdrażająca może powierzyć realizację czynności technicznych związanych z obsługą swoich zadań innym podmiotom na podstawie odpowiednio: porozumienia lub umowy²⁰⁶. Powierzenie takich zadań nie wymaga stosowania Pzp w przypadku, gdy ich wykonawcą ma być jednostka sektora finansów publicznych lub fundacja, której jedynym fundatorem jest Skarb Państwa. W takim przypadku jednak instytucja zarządzająca lub instytucja

²⁰² Tamże, art. 48b ust. 1-2.

²⁰³ Tamże, art. 138.

²⁰⁴ Tamże, art. 133-134.

²⁰⁵ Tamże, art. 136.

²⁰⁶ Art. 27 ust. 4 ustawy z dnia 6 grudnia 2006 r. o zasadach prowadzenia polityki rozwoju (Dz.U. z 2021 r. poz. 1057).

pośrednicząca pokrywa poniesione przez te jednostki lub fundacje niezbędne koszty wykonania tych czynności.²⁰⁷

Zamówienia w celu wyboru wykładowców Krajowej Szkoły Administracji.

Ustawy Prawo zamówień publicznych nie stosuje się w celu wyboru wykładowców Krajowej Szkoły Administracji²⁰⁸. Jak stanowi ustawa z dnia 23 stycznia 2009 r. o Krajowej Szkole Sądownictwa i Prokuratury wykładowcami Krajowej Szkoły mogą być sędziowie, prokuratorzy i nauczyciele akademicki oraz inne osoby posiadające specjalistyczną wiedzę z określonej dziedziny, a także sędziowie i prokuratorzy w stanie spoczynku, których wiedza oraz doświadczenie zawodowe i dydaktyczne dają gwarancję należytego wykonywania powierzonych im funkcji²⁰⁹.

Zamówienia na przeprowadzenie określonych badań żołnierza

Przepisów Pzp nie stosuje się do zamówień udzielanych przez wojskowy organ porządkowy lub Żandarmerię Wojskową na przeprowadzanie badań żołnierza, które konieczne są do ustalenia zawartości alkoholu lub narkotyku w jego organizmie, w tym do wykonania zabiegu pobrania krwi przed zastosowaniem dyscyplinarnego środka zapobiegawczego w postaci niedopuszczenia do wykonywania czynności służbowych lub osadzenia w izbie zatrzymań²¹⁰.

Zlecenie przez Komisję Nadzoru Finansowego biegłemu rewidentowi badania prawidłowości i rzetelności sprawozdania finansowego

Ustawy Pzp nie stosuje się do zlecenia przez Komisję Nadzoru Finansowego biegłemu rewidentowi badania prawidłowości i rzetelności sprawozdania finansowego spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej albo Kasy Krajowej w przypadku stwierdzenia nieprawidłowości w przeprowadzonym wcześniej badaniu sprawozdania finansowego, które było wykonywane na zlecenie kasy oszczędnościowo-kredytowej lub Kasy Krajowej²¹¹.

²⁰⁷ Tamże, art. 27 ust. 5.

²⁰⁸ Art. 53 w ust. 1 ustawy z dnia 23 stycznia 2009 r. o Krajowej Szkole Sądownictwa i Prokuratury (Dz.U. z 2020 r. poz. 1366).

²⁰⁹ Tamże.

²¹⁰ Art. 40 w ust. 9 ustawa z dnia 9 października 2009 r. o dyscyplinie wojskowej (Dz.U. z 2021 r. poz. 1489).

²¹¹ Art. 62d w ust. 3 ustawy z dnia 5 listopada 2009 r. o spółdzielczych kasach oszczędnościowo-kredytowych (Dz.U. z 2021 r. poz. 1844).

Zawieranie umów określających warunki i tryb przekazywania środków publicznych na finansowanie zadań leczniczych

Przepisom Pzp nie podlega zawieranie przez Skarb Państwa, jednostkę samorządu terytorialnego, uczelnię medyczną albo z inny podmiot uprawniony z podmiotem wykonującym działalność leczniczą umów określających warunki i tryb przekazywania środków publicznych na finansowanie zadań w zakresie programów polityki zdrowotnej, programów zdrowotnych i promocji zdrowia, w tym na zakup aparatury i sprzętu medycznego oraz wykonanie innych inwestycji koniecznych do realizacji tych zadań. Zwolnienie z Pzp dotyczy również zawierania umów na finansowanie realizacji projektów finansowanych z udziałem środków pochodzących z budżetu Unii Europejskiej lub niepodlegających zwrotowi środków z pomocy udzielanej przez państwa członkowskie Europejskiego Porozumienia o Wolnym Handlu (EFTA), lub innych niż wymienione środków pochodzących ze źródeł zagranicznych niepodlegających zwrotowi, na realizację programów wieloletnich, na pokrycie kosztów kształcenia i podnoszenia kwalifikacji osób wykonujących zawody medyczne, a nawet na inne cele określone w odrębnych przepisach oraz umowach międzynarodowych²¹².

Niektóre zamówienia na czynności zarządu i administrowania nieruchomościami Agencji Mienia Wojskowego

Pzp nie stosuje się do zamawiania czynności zarządu i administrowania nieruchomościami, przygotowania, prowadzenia i rozliczania zadań inwestycyjnych, w tym przebudowy i remontów, przygotowania, prowadzenia i rozliczania usług wypoczynkowych, konferencyjnych i szkoleniowych, ochrony obiektów oraz robót budowlanych i remontowych dokonywanych przez jednoosobową spółkę Skarbu Państwa reprezentowanego przez Agencję, jeżeli ponad 80% działalności takiej spółki jest wykonywane na rzecz Agencji Mienia Wojskowego²¹³

Zamówienia na dostawy mięsa pochodzącego z obszaru wystąpienia afrykańskiego pomoru świń

Ustawy Pzp nie stosuje się do zamówień na dostawy mięsa – pochodzącego od świń z gospodarstw rolnych położonych na obszarach objętych nakazami, zakazami lub ograniczeniami oraz innymi środkami kontroli lub ochronnymi,

²¹² Art. 115 ust. 5 ustawy z dnia 15 kwietnia 2011 r. o działalności leczniczej (Dz.U. z 2021 r. poz. 711).

²¹³ Art. 63 w ust. 1a ustawy z dnia 10 lipca 2015 r. o Agencji Mienia Wojskowego (Dz.U. z 2021 r. poz. 303).

ustanowionymi w związku z wystąpieniem afrykańskiego pomoru świń – oraz produktów mięsnych z takiego mięsa²¹⁴.

Ustanowienie pełnomocnika procesowego przez Prokuratorię Generalną

Pzp nie stosuje się do ustanawiania pełnomocnika procesowego przez Prokuratorię Generalną, jeżeli zachodzi konieczność wykonywania zastępstwa Skarbu Państwa lub Rzeczypospolitej Polskiej przed sądem, trybunałem lub innym organem orzekającym, w sprawach wymagających znajomości prawa obcego albo procedur lub instytucji międzynarodowych²¹⁵.

Wybór zarządzającego wirtualnym instytutem badawczym

Ustawy Pzp nie stosuje się do wyboru przez ministra właściwego do spraw szkolnictwa wyższego i nauki podmiotu prowadzącego działalność naukową jako podmiotu zarządzającego wirtualnym instytutem badawczym²¹⁶. Wirtualny instytut badawczy stanowi formę organizacji pracy wyselekcjonowanych, konkurencyjnych na poziomie międzynarodowym zespołów badawczych, prowadzących działalność naukową o wysokim potencjale zastosowań społeczno-gospodarczych, pod kierunkiem lidera o uznanym dorobku naukowym, której celem jest komercjalizacja jej wyników²¹⁷. Wirtualnym instytutem badawczym zarządza podmiot wybrany przez ministra właściwego do spraw szkolnictwa wyższego i nauki. Podmiotem zarządzającym wybranym przez ministra może być Sieć Badawcza Łukasiewicz – PORT Polski Ośrodek Rozwoju Technologii albo – wybrany w trybie otwartego konkursu ofert – inny podmiot prowadzący głównie działalność naukową w sposób samodzielny i ciągły²¹⁸.

Zawieranie umów o zarządzanie pracowniczymi planami kapitałowymi oraz umów o prowadzenie pracowniczych planów kapitałowych

Pzp nie ma zastosowania do zawierania umów o zarządzanie pracowniczymi planami kapitałowymi oraz umów o prowadzenie pracowniczych planów

²¹⁴ Art. 1 ust. 1 ustawy z dnia 5 września 2016 r. o szczególnych rozwiązaniach związanych z wystąpieniem afrykańskiego pomoru świń na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej (Dz.U. z 2021 r. poz. 1573).

²¹⁵ Art. 34 ust. 4 ustawy z dnia 15 grudnia 2016 r. o Prokuratorii Generalnej Rzeczypospolitej Polskiej (Dz.U. z 2020 r. poz. 762).

²¹⁶ Art. 7 ust. 6 ustawy z dnia 4 kwietnia 2019 r. o wspieraniu działalności naukowej z Funduszu Polskiej Nauki (Dz.U. z 2021 r. poz. 1060).

²¹⁷ Tamże, art. 5 ust. 2.

²¹⁸ Tamże, art. 7 ust. 1.

kapitałowych (PPK), jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż progi unijne²¹⁹.

Obowiązek zawierania umów o zarządzanie PPK spoczywa na określonych podmiotach zatrudniających²²⁰. W przypadku jednostek samorządu terytorialnego wyboru instytucji finansowej, z którą podmioty zatrudniające będące jednostkami organizacyjnymi danej jednostki samorządu terytorialnego zawrą umowy o zarządzanie PPK może dokonać wójt, burmistrz, prezydent miasta, zarząd powiatu albo zarząd województwa²²¹. Podmiot zatrudniający zawiera również w imieniu i na rzecz osób w nim zatrudnionych umowę o prowadzenie PPK²²². Umowy o zarządzanie PPK oraz umowy o prowadzenie PPK określają m. in. warunki gromadzenia środków, zarządzania nimi i dokonywania wpłat oraz maksymalne wysokości: wynagrodzenia za zarządzanie funduszem zdefiniowanej daty, kosztów obciążających ten fundusz i opłat obciążających uczestnika PPK, a także warunki – o ile są przewidziane – na jakich mogą one zostać obniżone bez konieczności zmiany umowy²²³.

Zamówienia na usługi i dostawy udzielane w związku z COVID-19

Ustawy Pzp nie stosuje się do zamówień na usługi lub dostawy niezbędne do przeciwdziałania COVID-19, jeżeli zachodzi wysokie prawdopodobieństwo szybkiego i niekontrolowanego rozprzestrzeniania się choroby lub jeżeli wymaga tego ochrona zdrowia publicznego²²⁴. W odniesieniu do skutków wywołanych przez COVID 19, przepisów o zamówieniach publicznych nie stosuje się również do zamówień na usługi lub dostawy udzielane przez Zakład Ubezpieczeń Społecznych w związku z realizacją zadań związanych ze zwolnieniem z tytułu nieopłaconych składek na ubezpieczenia społeczne, na ubezpieczenie zdrowotne, na Fundusz Pracy, Fundusz Solidarnościowy, Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych lub Fundusz Emerytur Pomostowych²²⁵ oraz w związku z realizacją zadań związanych z odstąpieniem od pobierania odsetek za zwłokę od należności z tytułu składek²²⁶.

²¹⁹ Art. 7a ustawy z dnia 4 października 2018 r. o pracowniczych planach kapitałowych (Dz.U. z 2020 r. poz. 1342).

²²⁰ Tamże, art. 7 ust. 1.

²²¹ Tamże, art. 7 ust. 4a

²²² Tamże, art. 14 ust. 1

²²³ Tamże, art. 10 ust. 1, art. 20 ust. 1

²²⁴ Art. 6a ust. 1 Ustawy z dnia 2 marca 2020 r. o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych (Dz.U. z 2020 r. poz. 374).

²²⁵ Tamże, art. 31zv.

²²⁶ Tamże, art. 31zy¹⁰ ust. 9.

1.9. Wnioski

Rozważania zawarte w niniejszym rozdziale prowadzą do konkluzji, że zamówienia pozaustawowe pojmowane jako odrębna kategoria zamówień publicznych są już stosunkowo trwałym i doniosłym konstruktem prawnym. Stanowią stały fragment regulacji zawieranych w kolejnych ustawach dotyczących zamówień publicznych, począwszy od 1994 roku. Obecnie obowiązująca ustawa Prawo zamówień publicznych wyraźnie wskazuje już w art. 1, że określa m. in. zakres wyłączeń stosowania jej przepisów.

Jednocześnie zamówienia pozaustawowe są materią złożoną i zmienną. Z jednej strony zakres wyłączeń stosowania przepisów ustawy zawarty jest w ustawie Prawo zamówień publicznych, ale z drugiej liczne wyłączenia stosowania Pzp znajdują się także w przepisach rozszaniach w całym systemie prawnym. Stwierdzić również można bez wątpliwości, że liczba poszczególnych rodzajów zamówień pozaustawowych zwiększa się wraz z kolejnymi inicjatywami legislacyjnymi.

Ponadto, ustawa Prawo zamówień publicznych w ramach odrębnych jednostek redakcyjnych wskazuje zamówienia, do których udzielania stosuje się Pzp (określając tym samym grupę zamówień, do udzielania których nie stosuje się Pzp) oraz zamówienia, w przypadkach których wyłączone jest stosowanie Pzp. Językowe ujęcie wskazanych grup zamówień pozaustawowych wskazuje *prima facie*, że w pierwszej grupie są zamówienia, do których nie stosuje się Pzp jedynie w zakresie ich udzielania, a w drugiej zamówienia, do których w ogóle nie stosuje się Pzp. Bliższa analiza regulacji zawartych w Pzp rodzi jednak konieczność korekty takiego stanowiska. Zamówienia, których pozaustawowy charakter miałby polegać na całkowitym wyłączeniu stosowania Pzp podlegają chociażby przepisom dotyczącym sprawozdawczości w ramach zamówień publicznych. Trudno też sobie wyobrazić, by w przypadku zamówień wyłączonych, w których jedna z przesłanek wyłączenia odnosi się do wartości zamówienia, nie miały zastosowania przepisy Pzp dotyczące szacowania wartości zamówień. Wydaje się więc, że zwrot „ustawy nie stosuje się do udzielenia zamówień” oraz zwrot „zamówienia, do których nie stosuje się ustawy” należy odnosić zasadniczo do takiej samej sytuacji, w której ustawodawca uchyła zastosowanie zasady powszechności reżimu ustawowego zamówień publicznych oraz norm szczególnych związanych z uchyleną zasadą. Przy czym o uchyleniu zastosowania w przypadku zamówień pozaustawowych określonych norm należy rozstrzygać odrębnie, biorąc pod uwagę treść tych norm, a także cel regulacji zawierającej wyłączenia oraz wyjątkowy charakter pozaustawowych zamówień. W przypadku zamówień pozaustawowych nie będą miały zastosowania chociażby zawarte w Pzp przepisy dotyczące trybów udzielania zamówień, umów czy środków ochrony prawnej.

Istnienie zamówień niepodlegających ustawie na mocy art. 2 ust. 1 Pzp oraz zamówień wyłączonych na podstawie przepisów Rozdział 1 Oddziału 2. Pzp (art. 9 do art. 14) wyznacza jednak porządek działań zamawiającego, dokonującego kwalifikacji zamówień jako pozaustawowych. Otóż, w pierwszej kolejności jest on zobowiązany do uwzględnienia zakresu zastosowania ustawy Prawo zamówień publicznych, a w dalszej kolejności – w tym także w odniesieniu do zamówień wskazanych w art. 2 ust. 1 Pzp – do stwierdzenia istnienia ewentualnego wyłączenia wynikającego z art. 9 lub następnych.

Naczelnym celem wyodrębniania poszczególnych zamówień pozaustawowych jest naturalnie zwolnienie zamawiających z obowiązku stosowania w określonych sytuacjach szczególnych procedur udzielenia zamówień określonych w Pzp. Jednak powody, dla których ustawodawca decyduje się realizować ten cel są różnorodne. Dające się odkodować powody, dla których prawodawca wyodrębnił poszczególne przykłady zamówień pozaustawowych przedstawiają się jako wachlarz wielu, często odmiennych racji. Wśród nich wskazać można motywy odwołujące się np. do szeroko rozumianych aspektów społecznych, normatywnych tj. związanych z istotnymi prawnymi odrębnościami niektórych umów, ale także do względów praktycznych, odnoszących się do faktu braku konkurencji na rynku czy istnienia ścisłej zależności między zamawiającym a wykonawcą wykluczającej konkurencję. Powodami prawnego ukształtowania poszczególnych zamówień pozaustawowych są też okoliczności nadzwyczajne, związane z wystąpieniem zdarzeń zagrażających życiu lub zdrowiu ludzi, uzasadniające zwolnienie z rygorystycznych procedur ustawowych.

2. Rozdział – Prawne aspekty udzielania zamówień pozaustawowych

2.1. Obowiązki kierunkowe związane z udzielaniem zamówień pozaustawowych

W przypadku obowiązków kierunkowych normodawca obliguje adresata normy do realizacji wzorcowego stanu rzeczy bez podawania szczegółowych środków realizacji, czyli pozostawiając pewną swobodę ich wyboru²²⁷. Oznacza to, że obowiązek kierunkowy może być spełniany w różnym stopniu, przy czym istotą obowiązku kierunkowego jest to, że powinien być spełniony przez zobowiązanego w możliwie najwyższym stopniu przy uwzględnieniu panujących faktycznych i prawnych możliwości²²⁸.

Kierunkowy – lub inaczej celowościowy – charakter obowiązków należy utożsamiać z powinnością stałej realizacji określonego stanu rzeczy²²⁹. Specyfika obowiązków kierunkowych wynika bowiem z charakteru norm je wyznaczających²³⁰. Wyznaczone przez prawodawcę, w normie o charakterze kierunkowym, cel ma zazwyczaj określoną doniosłość. Jednocześnie cel wyznaczany do realizacji przez normy kierunkowe przedstawia więc pewien rodzaj dobra, istotnego dla prawodawcy, stanowiącego daną normę²³¹.

Kierunkowe obowiązki, związane z udzieleniem zamówień publicznych, należy łączyć z normami określającymi zasady udzielania zamówień publicznych. Nie musi to jednak oznaczać, że źródłem takich obowiązków muszą być normy zawarte w aktach prawnych czy w przepisach posługujących się zwrotem „zasady udzielenia zamówień publicznych”. Rekonstrukcja zasady udzielania

²²⁷ L. Grzonka, Normy programowe w prawie pracy, *Studenckie Zeszyty Naukowe – Koło Naukowe Prawników UMCS* nr 21/2011, s. 59; A. Kubiak, o interpretacji przepisów..., s. 26.

²²⁸ P. Sarnecki, op. cit., s.253; T. Gizbert-Studnicki, A. Grabowski, Normy programowe w konstytucji, [w:] *Charakter i struktura norm Konstytucji*, red. J. Trzcziński, Warszawa 1997, s. 102.

²²⁹ A. Kubiak, o interpretacji przepisów programowych w Konstytucji, *Państwo i Prawo* nr 4/1987, s. 25; C. Kosikowski, *Finanse publiczne i prawo finansowe. Zagadnienia egzaminacyjne i seminaryjne*, Warszawa 2013, s. 52; K. Complak, *Konstytucyjne postanowienia programowe czy normy o celach państwa*, [w:] *Sześć lat Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej. Doświadczenia i inspiracje*, red. L. Garlicki, A. Szmyt, Warszawa 2003, s. 60; L. Grzonka, *Koncepcja norm programowych z perspektywy teorii prawa*, Poznań 2012, s. 49; *Prawo konstytucyjne RP*, red. P. Sarnecki, Warszawa 2002, s. 11.

²³⁰ T. Gizbert-Studnicki, A. Grabowski, op. cit., s. 97; A. Kubiak, op. cit., s. 24; A. Bator, *Norma programowa*, [w:] *Wprowadzenie do nauk prawnych. Leksykon tematyczny*, red. A. Bator, Warszawa 2008, s. 117-119; M. Florczak-Wątor, *Horyzontalny wymiar praw konstytucyjnych*, Kraków 2014, s. 214-215; M. Kordela, *Możliwość konstruowania ogólnej teorii zasad prawa. Uwagi do koncepcji Roberta Alexy'ego*, *Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny* nr 2/2007, s. 12; L. Grzonka, *Koncepcja norm...*, s. 45.

²³¹ T. Gizbert-Studnicki, A. Grabowski, op. cit., s. 100.

zamówień, a dalej wynikających z nich obowiązków kierunkowych może dokonywać się w oparciu o całokształt pewnych regulacji prawnych.

Istnienie zasady w prawie wymaga ustalania obowiązywania norm, które są nadrzędne względem innych norm²³². To, co z kolei stanowić może o nadrzędności norm to odpowiednia doniosłość wynikająca z zakresu ich zastosowania i normowania²³³. Nadrzędność określonej normy jako źródła zasady może być zdeterminowana przesłankami o formalnym charakterze. Przykładem będzie tu uznanie przez ustawodawcę określonej normy wprost za zasadę albo nie wprost, poprzez odpowiednie usytuowanie w hierarchii aktów prawnych, tj. poprzez zawarcie jej w akcie prawnym o wyższej pozycji hierarchicznej lub wyróżnienie redakcyjne przepisu zawierającego daną normę (*argumentum a rubrica*)²³⁴. O zasadniczym charakterze normy mogą przesądzać też przesłanki materialne. Przesłanki materialne wyrażają się w tym, że z dana norma znajduje uzasadnienie aksjologiczne w wartościach uznawanych za najwyższe w przyjmowanym systemie preferencji²³⁵. Zasadniczy charakter norm w określonym systemie prawnym może wynikać zatem z tego, że reguły postępowania z nich wynikające posiadają większą doniosłość społeczną czy aksjologiczną niż normy zwykle²³⁶.

Regulacje dotyczące zasad udzielenia zamówień publicznych zawarte są przede wszystkim w ustawie Prawo zamówień publicznych. Pzp określając zasady udzielania zamówień nakłada na zamawiającego obowiązek przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób gwarantujący zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, a także w sposób przejrzysty i proporcjonalny²³⁷. Dodatkowo ustawa wskazuje, że zamawiający ma udzielać zamówień w sposób zapewniający najlepszą jakość dostaw, usług, oraz robót budowlanych, uzasadnioną charakterem zamówienia, w ramach środków, które zamawiający może przeznaczyć na jego realizację, oraz uzyskanie najlepszych efektów zamówienia, w tym efektów społecznych, środowiskowych oraz gospodarczych, o ile którykolwiek z tych efektów jest możliwy

²³² J. Wróblewski, Prawo obowiązujące a „ogólne zasady prawa”, Zeszyty Naukowe UŁ Prawo nr 42/1965, s. 18; S. Wronkowska, M. Zieliński i Z. Ziemiński, Zasady prawa. Zagadnienia podstawowe, Warszawa 1974, s. 28, s. 64 i n.; A. Szpor, Państwo a subsydiarność jako zasada prawa w UF, i w Polsce, Samorząd Terytorialny nr 1-2/2001, s. 5, przyp. 14.

²³³ M. Kordela, *Możliwość...*, s. 14.

²³⁴ Ziemiński, *Zasady ogólne prawa administracyjnego*, Poznań 1989, s. 76; M. Korycka-Zirk, *Teoria zasad prawnych Roberta Alexy'ego*, Archiwum Filozofii Prawa i Filozofii społecznej 2010/1, s. 20.

²³⁵ Ziemiński, *Zasady ogólne...*, s. 76-77.

²³⁶ M. Korycka-Zirk, *Teorie zasad prawa...*, s. 25; G. Maroń, *Legitymizacja zasad prawa*, [w:] *Teoria prawa między nowoczesnością a ponowoczesnością*, red. A. Samonek, Kraków 2012, s. 245.

²³⁷ Art. 16 Pzp.

do uzyskania w danym zamówieniu, w stosunku do poniesionych nakładów²³⁸. Nie ulega kwestii, że wskazane zasady udzielania zamówień publicznych dotyczą zamówień ustawowych. Rozstrzygnięcia wymaga to, czy i ewentualnie w jakim zakresie zasady te mogą dotyczyć zamówień pozaustawowych. Ponadto należy zwrócić uwagę, że materia zasad udzielania zamówień publicznych nie przynależy wyłącznie do ustawy Prawo zamówień publicznych. Konieczność spełnienia określonych obowiązków przez instytucje zamawiające, które swą treścią odpowiadają obowiązkowi wyznaczonemu przez ustawowe zasady udzielania zamówień publicznych może wynikać z innych źródeł. Wśród nich wskazać można zasady prawa europejskiego, czy zasady konstytucyjne, oraz zasady gospodarowania środkami publicznymi.

2.2. Obowiązek równego traktowania wykonawców

Obowiązki równego traktowania wykonawców w zamówieniach publicznych znajdują swoje zakorzenienie w ogólnych zasadach prawa europejskiego, w tym w zasadzie równości oraz w traktatowym zakazie dyskryminacji ze względu na przynależność państwową²³⁹. Konieczność poszanowania w zamówieniach publicznych zasady równego traktowania oraz zasady niedyskryminacji ze względu na przynależność państwową znajduje silne uzasadnienie w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości. Przyjmuje się, że zasady te mają bezpośrednie zastosowanie do postępowań w przedmiocie udzielenia zamówienia publicznego, i to niezależnie od wartości zamówienia, w tym także do zamówień nieobjętych dyrektywami. Warunkiem jest tu obecność tzw. elementu wspólnotowego czy też istotnego interesu transgranicznego²⁴⁰. Trybunał stoi bowiem na stanowisku, że chociaż niektóre zamówienia są wyłączone z zakresu dyrektyw wspólnotowych w sprawie zamówień publicznych, to jednak instytucje zamawiające, które zawierają takie umowy, są zobowiązane do przestrzegania podstawowych postanowień zawartych w Traktacie²⁴¹.

Istotny interes transgraniczny należy utożsamiać z występowaniem odpowiedniego znaczenia gospodarczego w ramach rynku wewnętrznego

²³⁸ Art. 17 Pzp.

²³⁹ A. Wróbel, *Niedyskryminacja i obywatelstwo Unii*, [w:] *Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej*, T. 1 (art. 1-89), red. A. Wróbel, Warszawa 2012, s. 357.

²⁴⁰ A. Sołtysińska, *Europejskie prawo zamówień publicznych*. Komentarz, Kraków 2006, s. 107.

²⁴¹ Postanowienie TSUE z dnia 3 grudnia 2001 w sprawie Vestergaard, C-59/00, pkt 20; wyrok TSUE z dnia 18 listopada 1999 r. w sprawie Unitron Scandinavia, C-275/98, pkt 31; wyrok TSUE z dnia 20 października 2005 r. w sprawie Komisja przeciwko Francji, C-264/03, pkt 20, podobnie wyroki TSUE z dnia 7 grudnia 2000 r. w sprawie Telaustria i Telefonadress, C-324/98, pkt 60 i z dnia 18 czerwca 2002 r. w sprawie HI, C-92/00, pkt 47, pkt 60-62; wyrok TSUE z dnia 21 lipca 2005 w sprawie Coname, C-231/03, pkt 16-19; wyrok TSUE z dnia 13 października 2005 w sprawie Parking Brixen, C-458/03, pkt 49.

i powodowaniem potencjalnego zainteresowania udziałem w postępowaniu podmiotów pochodzących z innych państw członkowskich niż instytucja zamawiająca²⁴². Jednakże ocena transgranicznego charakteru zamówienia musi być dokonywana w odniesieniu do konkretnych aspektów zamówienia, takich jak np. miejsce wykonania czy specyfika przedmiotu zamówienia oraz oparta na jednoznacznych, obiektywnych i spójnych okolicznościach²⁴³.

Podstaw obowiązków równego traktowania wykonawców w zamówieniach, w tym zamówieniach pozaustawowych należy doszukiwać się również w konstytucyjnej zasadzie równości. Obejmuje ona z jednej strony zakaz dyskryminacji przewidujący, że nikt nie może być dyskryminowany w życiu politycznym, społecznym lub gospodarczym z jakiegokolwiek przyczyny (art. 32 ust. 2 Konstytucji RP), z drugiej zasadę równości wobec prawa oraz prawo do równego traktowania przez władze publiczne (art. 32 ust. 1 Konstytucji RP). Zakaz dyskryminacji dotyczy zarówno nierównego traktowania osób fizycznych, jak i osób prawnych czy jednostek organizacyjnych nieposiadających osobowości prawnej. Uzasadnieniem dla tak rozległego zastosowania zakazu dyskryminacji jest bardzo szerokie jego ujęcie w polskiej konstytucji („nikt”, „jakakolwiek przyczyna”), oraz fakt, że dyskryminacja podmiotów organizacyjnych siłą rzeczy przekłada się na osoby fizyczne je tworzące lub wchodzące w ich skład²⁴⁴. Należałoby też przyjąć, że obowiązek niedyskryminacji spoczywa na wszystkich podmiotach, w tym instytucjach zamawiających. Z kolei zdanie: „wszyscy mają prawo do równego traktowania przez władze publiczne”, które zawarte jest w art. 32. ust. 1., wyróżnia się na tle innych fragmentów tego artykułu poprzez wyraźne wskazanie podmiotów zobowiązanych, jakimi są władze publiczne, czyli co najmniej organy władzy wykonawczej, a także organy samorządu terytorialnego²⁴⁵.

²⁴² L. Kieres, Prawo zamówień publicznych – dziedzina prawa europejskiego, odrębny system regulacji oraz swoiste ujęcie problemów regulowanych, Prace Naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego we Wrocławiu nr 270/2012, Zamówienia publiczne – stan obecny i perspektywy, s. 56; Z. Raczkiwicz, Prawo wspólnotowe a udzielanie zamówień publicznych o wartościach podprogowych, Prawo Zamówień Publicznych nr 1/2009, s. 23 i nast.; R. Szostak, Zamówienia wyłączone z reżimu Prawa zamówień publicznych, Prawo Zamówień Publicznych nr 3/2009, s. 28 i nast., wyrok TSUE z dnia 19 kwietnia 2018 r. w sprawie Oftalma Hospital, C-65/17, pkt 38; wyrok TSUE z dnia 10 listopada 2019 r. w sprawie Komisja przeciwko Austrii, C-29/04, pkt 38.

²⁴³ P. Bogdanowicz, Co ma znaczenie (unijne)? i jakie? Rozważania w świetle art. 5 rozporządzenia nr 1370/2007, Internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny nr 7(3)/2014, s. 59-61; wyrok TSUE z dnia 19 kwietnia 2018 r. w sprawie Oftalma Hospital, C-65/17, wyrok TSUE z dnia 10 listopada 2019 r. w sprawie, Komisja przeciwko Austrii, C-29/04, pkt 39-40; podobnie wyrok TSUE z dnia 6 października 2016 r. w sprawie Tecnoedi Construzioni, C-318/15, pkt 22.

²⁴⁴ A. Bieć, Freedom of Contract against the Constitutional Non-discrimination Principle, Studia Prawnicze nr 3(215)/2018, s. 60.

²⁴⁵ B. Banaszak, Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz, Warszawa 2012, s. 226; Idem, Zasada równości w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego, [w:] Sześć lat Konstytucji

Oznaczałoby to, że konstytucyjny obowiązek równego traktowania obejmuje swym zakresem zamawiających, ale tylko tych zamawiających, którzy są podmiotami władzy publicznej. Przy czym pod pojęciem podmiotów władzy publicznej należy rozumieć zarówno instytucje wchodzące w skład struktury organizacyjnej państwa lub samorządu terytorialnego (podmiotowe ujęcie władzy publicznej), ale także wykonujące władztwo publiczne poza tą strukturą (funkcjonalne ujęcie władzy publicznej)²⁴⁶.

2.3. Obowiązek zapewnienia uczciwej konkurencji

Zasadę uczciwej konkurencji w zamówieniach pozaustawowych wywieść można z samej zasady równego traktowania, a także z istnienia konstytucyjnej zasady wolności prowadzenia działalności gospodarczej oraz obowiązków instytucji zamawiających wynikających z klauzul generalnych.

W pierwszym rzędzie należy wspomnieć, że problematyka wolności działalności gospodarczej należy jednocześnie do dziedziny zasad ustrojowych RP, jak i obszaru wolności i praw konstytucyjnych. Świadczy o tym chociażby zastosowany w Konstytucji RP termin „wolność działalności gospodarczej”, oraz fakt, że Konstytucja posługuje się tym zwrotem w rozdziale, w którym znajdują się naczelnne zasady dotyczące ustroju i funkcjonowania państwa²⁴⁷. Pozwala to z kolei przyjąć, że wolność działalności gospodarczej posiada silne, konstytucyjne zakorzenienie aksjologiczne.

P. Kuczma stwierdza, że adresatem konstytucyjnej zasady wolności gospodarczej jest każdy podmiot prawa, który może – z uwagi na brak prawnych zakazów – prowadzić działalność gospodarczą na terytorium Polski. Zauważa on, że wraz z momentem przystąpienia Rzeczypospolitej do Unii Europejskiej adresatami tej zasady są również podmioty mające siedzibę w państwach UE

Rzeczypospolitej Polskiej. Doświadczenia i inspiracje, red. L. Garlicki, A. Szmyt, Warszawa 2003, s. 24; A. Kulig, Zasada równości, [w:] Prawo konstytucyjne Rzeczypospolitej Polskiej, red. P. Sarnecki, Warszawa 2011, s. 158; W. Borysiak, L. Bosek, Uwagi do art. 32 Konstytucji RP, [w:] Konstytucja RP, Tom I. Komentarz do art. 1-86, red. M. Safjan, L. Bosek, Warszawa 2016, s. 836; M. Masternak-Kubiak, op. cit., s. 136.

²⁴⁶ E. Kowalczyk, Konstytucyjne podstawy obowiązku równego traktowania i zakazu dyskryminacji podmiotów ubiegających się o realizację zadań finansowanych ze środków publicznych, [w:] Finanse publiczne a konstytucja, red. M. Bogucka-Felczak, Warszawa 2020, s. 438.

²⁴⁷ Zob. wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 31 stycznia 2001 r., P 4/99, OTK ZU nr 1/2001, poz. 5; wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 4 września 2007 r., P 19/07, OTK ZU nr 8/A/2007, poz. 94; P. Kuczma, Konstytucyjne ujęcie wolności działalności gospodarczej, Prace Naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego we Wrocławiu nr 372/2014, Przedsiębiorca w społecznej gospodarce rynkowej, s. 229; M. Szydło, Wolność działalności gospodarczej jako prawo podstawowe, Bydgoszcz 2011, s. 66-67.

i prowadzące działalność gospodarczą w RP, co jest kwestią niebagatelną z punktu widzenia problematyki transgraniczności zamówień publicznych²⁴⁸.

Zasadniczą treścią „wolności gospodarczej” jest prawo podjęcia decyzji oraz prowadzenia działalności gospodarczej²⁴⁹. W literaturze proponowane są również kolejne ujęcia szczegółowych aspektów wolności gospodarczej, czyli tzw. swobód cząstkowych²⁵⁰. Nie stanowią ona enumeratywnego wyliczenia. Przeciwnie, pozostają otwartym katalogiem swobód, które ponadto wywierają na siebie wpływ, wzajemnie się dopełniając, kształtując zakres swobody działalności gospodarczej²⁵¹.

W kontekście problematyki zasad udzielania zamówień na szczególną uwagę zasługuje aspekt wolności działalności gospodarczej określany w piśmiennictwie jako prawo do swobodnego konkurowania z innymi podmiotami, czy po prostu swoboda konkurencji²⁵². W literaturze stwierdza się, że wolna konkurencja jest swobodą „która buduje wolność gospodarczą”²⁵³. W ramach prawa do swobodnego konkurowania można z kolei wyodrębnić takie aspekty szczegółowe jak wolność wejścia na określony rynek oraz konkurowania na nim, w sposób wolny od zachowań antykonkurencyjnych innych uczestników rynku czy wolność od zakłócania przez państwo swobodnej konkurencji rynkowej. Przy czym z istoty praw konstytucyjnych wynika spoczywający na władzy publicznej obowiązek niepodejmowania działań naruszających wolność konkurowania, ale także obowiązek realizacji warunków, które chronią uprawnionych przed zachowaniami sprzecznymi z uczciwą konkurencją podejmowanymi przez inne podmioty²⁵⁴.

Nie ma przeszkód, by cząstkowa swoboda działalności gospodarczej, jaką jest wolność konkurowania, obejmowała również prawo do ubiegania się

²⁴⁸ P. Kuczma, *Konstytucyjne...*, s. 232.

²⁴⁹ A. Walaszek-Pyziół, *Swoboda działalności gospodarczej*, Kraków 1994, s. 107.

²⁵⁰ A. Walaszek-Pyziół, *Wolność działalności gospodarczej...*, s. 108; J. Reszczyński, o pojęciu wolności gospodarczej w ekonomii i naukach prawnych, *Studia Ekonomiczne. Gospodarka. Społeczeństwo. Środowisko* nr 1/2018 (2), s. 32; J. Kołacz, *Swobody cząstkowe a swoboda działalności gospodarczej*, *Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny*, Rok LXX, zeszyt 2, 2008, s. 80; P. Kuczma, *Konstytucyjne...*, s. 230; P. Soroka, *Zamówienia publiczne a wolność gospodarcza*, *Prace Naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego we Wrocławiu* nr 270/2012 *Zamówienia publiczne – stan obecny i perspektywy*, s. 135.

²⁵¹ J. Kołacz, *Swobody...*, s. 80.

²⁵² A. Walaszek-Pyziół, *Swoboda działalności gospodarczej*, Kraków 1994, s. 108; E. Kosiński, *Aspekt prawny wolności gospodarczej*, *Kwartalnik Prawa Publicznego* 3/4, 2003, s. 13.

²⁵³ P. Soroka, *Zamówienia publiczne...*, s. 141.

²⁵⁴ J. Reszczyński, o pojęciu wolności..., s. 15; A. Biernat, A. Wasilewski, *Wolność gospodarcza...*, s. 77; R. Stober, *Handbuch des Wirtschaftsverwaltungs- und Umweltrechts*, Kohlhammer, 1989, s. 468; L. Bielecki, *Zasada wolności gospodarczej w okresie transformacji ustrojowej w Polsce*, *Studia Iuridica Lublinensia* 1, 2003, s. 68.

o zamówienia pozaustawowe²⁵⁵. Udzielanie zamówień publicznych może otwierać określone obszary konkurencji, w których może realizować się wolność gospodarcza. Co więcej, sposób udzielania zamówień publicznych, w tym zamówień pozaustawowych może w znaczący sposób kształtować położenie faktyczne i prawne potencjalnych wykonawców. Kwestia ta może być szczególnie istotna dla ubiegania się o zamówienia pozaustawowe przez małych i średnich przedsiębiorców. Naturalnie, o istnieniu nieuczciwych ograniczeń wolności działalności gospodarczej nie przesądza fakt, że dostęp do zamówień publicznych wiąże się z koniecznością spełnienia przez wykonawców wyznaczonych przez zamawiającego warunków zamówienia. Ale już przejawem naruszenia uczciwej konkurencji w zamówieniach pozaustawowych mogą być działania prawodawcze polegające na nieuzasadnionym zawężaniu kręgu podmiotów zdolnych do ubiegania się o zamówienia publiczne.

Obowiązki kierunkowe służące urzeczywistnieniu stanu uczciwej konkurencji w zamówieniach pozaustawowych wywieść można również z zawartych w normach prawnych klauzul generalnych. Przykładem może być tu klauzula dobrych obyczajów będąca elementem konstrukcji czynu nieuczciwej konkurencji częściowo stypizowanym w ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji²⁵⁶. Czynem nieuczciwej konkurencji może być także działanie sprzeczne z prawem (bezprawność w sensie ścisłym), nawet jeśli nie jest związane z naruszeniem określonych obyczajów. Ale i odwrotnie: czynem nieuczciwej konkurencji może być działanie sprzeczne z dobrymi obyczajami, nawet jeżeli nie wiąże się z naruszeniem konkretnej normy prawnej (bezprawność w sensie szerokim). Oczywiście, sprzeczność działania wykonawcy z dobrymi obyczajami (lub prawem) nie jest przesłanką wystarczającą do uznania zaistnienia czynu nieuczciwej konkurencji. Działanie wykonawcy musi bowiem zagrażać lub naruszać interes innego wykonawcy²⁵⁷.

Klauzula dobrych obyczajów służy również w zamówieniach publicznych ocenie nieodpowiedniego wpływu na wynik przetargu lub aukcji. Należy tu

²⁵⁵ P. Soroka, *Zamówienia publiczne...*, s. 136. 2004; Zob. Uchwałę Senatu Federalnego Trybunału Konstytucyjnego z 13 czerwca 2006 r (1 BvR 1160/03), pkt 59.

²⁵⁶ Zgodnie z brzmieniem art. 3 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2020 r. poz. 1913) czynami nieuczciwej konkurencji są w szczególności: wprowadzające w błąd oznaczenie przedsiębiorstwa, fałszywe lub oszukańcze oznaczenie pochodzenia geograficznego towarów albo usług, wprowadzające w błąd oznaczenie towarów lub usług, naruszenie tajemnicy przedsiębiorstwa, nakłanianie do rozwiązania lub niewykonania umowy, naśladownictwo produktów, pomawianie lub nieuczciwe zachwalanie, utrudnianie dostępu do rynku, przekupstwo osoby pełniącej funkcję publiczną, a także nieuczciwa lub zakazana reklama, organizowanie systemu sprzedaży lawinowej oraz prowadzenie lub organizowanie działalności w systemie konsorcyjnym.

²⁵⁷ P. Sokal, *Czyn nieuczciwej konkurencji a dobre obyczaje*, *Monitor Prawniczy* 24/2011, s. 1319.

wspomnieć o zawartej w kodeksie cywilnym podstawie prawnej roszczenia o unieważnienie umowy zawartej w trybie przetargu lub aukcji. Zgodnie z brzmieniem art. 70⁵ § 1 kc organizator oraz uczestnik aukcji albo przetargu mogą żądać unieważnienia zawartej umowy, jeżeli strona tej umowy, inny uczestnik lub osoba działająca w porozumieniu z nimi wpłynęła na wynik aukcji albo przetargu w sposób sprzeczny z prawem lub dobrymi obyczajami.

Odnotować także należy zawarcie klauzuli generalnej w art. 72 § 2 kc. Zgodnie z nim „strona, która rozpoczęła lub prowadziła negocjacje z naruszeniem dobrych obyczajów, w szczególności bez zamiaru zawarcia umowy, jest obowiązana do naprawienia szkody, jaką druga strona poniosła przez to, że liczyła na zawarcie umowy”. Z kolei w orzecznictwie administracyjnym doprecyzowano m. in., że w „art. 72 § 2 kc ustawodawca nie piętnuje ani twardych negocjatorów, którzy konsekwentnie dążą do zabezpieczenia wszystkich swoich interesów, ani tych którzy na ostatnim etapie zrywają negocjacje ze względu na nagłą okazję zawarcia umowy korzystniejszej niż negocjowana. Nikt nie ma obowiązku poświęcenia swoich interesów na rzecz drugiej strony; w szczególności takiego obowiązku na pewno nie da się uzasadnić wymaganiami zachowania dobrych obyczajów w negocjowaniu. [...] w konsekwencji, deliktu z art. 72 § 2 kc nie można popełnić bez świadomości działania przeciwko interesom drugiej strony”²⁵⁸. Stwierdzono również, że naruszenie dobrych obyczajów oznacza „zachowanie sprzeczne z ideą negocjacji, których celem jest zawarcie umowy i jest zasadniczo równoznaczne z działaniem w złej wierze, które polega na rozbieżności rzeczywistych zamiarów z tymi, które są deklarowane wobec partnera negocjacji. W szczególności istotnym jest dążenie do wywołania u drugiej strony wrażenia, że chce się zawrzeć umowę i utrzymywanie jej w tym przekonaniu, gdyż istotą deliktu jest niespełnienie racjonalnie uzasadnionego oczekiwania na zawarcie umowy, zawiedzenie zaufania kontrahenta”²⁵⁹.

Pojęcie „dobrych obyczajów” obejmuje co najmniej dwa podstawowe elementy tego zwrotu: niejednostkowy charakter pewnych zachowań („obyczaje”), i ich wzorcowy, aprobowany charakter („dobre”)²⁶⁰. W ramach zamówień publicznych „obyczaje” wiązać należy ze sposobem postępowania uczestników postępowania o zamówienie publiczne. Wskazywać to może na istnienie praktyk postępowania, które są częścią akceptowanej obyczajowości wykonawców lub zamawiających albo, które są wspólne dla obu tych grup. Na gruncie rozważań podejmowanych w doktrynie prawa cywilnego czy handlowego, a także

²⁵⁸ Orzeczenie Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Gdańsku z dnia 23 lutego 2016 r., i ACa 911/05.

²⁵⁹ Orzeczenie Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Katowicach z dnia 28 listopada 2012 r., i ACa 689/12.

²⁶⁰ A. Żurawik, Klauzula generalna „dobrych obyczajów” – ujęcie teoretyczne, *Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny*, 2009, Rok LXXI, zeszyt 1, s. 46.

w orzecznictwie zaproponowano rozumienie „dobrych obyczajów” poprzez odniesienie do określonych wyobrażeń funkcjonujących w społeczeństwie, w tym tzw. poczucia prawnego, rzeczywiście panujących zwyczajów, formuł przyzwoitości, wartości moralnych, etycznych czy konstytucyjnych²⁶¹. Jednocześnie w literaturze zauważono, że pojęcie dobrych obyczajów nabiera szczególnego znaczenia w obszarze problematyki uczciwej konkurencji²⁶². A. Żurawik stwierdza m. in., że – w „odcięciu od tradycyjnych kryteriów moralnych i na potrzeby zwalczania nieuczciwej konkurencji wykształcił się mający swe źródło w nauce niemieckiej pogląd, zgodnie z którym ocena zachowania przedsiębiorcy winna odbywać się na zasadzie porównania go z pewnym ideałem konkurencji”²⁶³. J. Szwaja konstatuje z kolei, że kryterium dobrych obyczajów powinno odnosić się do ocen zorientowanych „na zapewnienie niezakłóconego funkcjonowania konkurencji, poprzez rzetelne i zafałszowane współzawodnictwo jakością, ceną i innymi pożądanymi przez klientów cechami oferowanych towarów lub usług”²⁶⁴. Podejście takie opiera się na postulacie zapewnienia niezakłóconego funkcjonowania konkurencji²⁶⁵. Stanowi ono przejaw szczególnego rozumienia dobrych obyczajów, odmiennego od np. obyczajowości zawodowej, sąsiedzkiej czy korporacyjnej. Istotą tej koncepcji jest przyjęcie wzorca pozytywnej konkurencji.

Dodatkowo, na gruncie zamówień publicznych, aksjomat uczciwej konkurencji doznaje kolejnej modyfikacji. Zapewnienie uczciwej konkurencji w tym obszarze nie może być bowiem rozumiane tożsamo z zapewnieniem uczciwej konkurencji w stosunkach pomiędzy przedsiębiorcami na rynkach prywatnych. Instytucje zamawiające „kierują się bowiem nie tylko chęcią maksymalizacji

²⁶¹ A. Żurawik, Obowiązek wykonywania działalności gospodarczej zgodnie z zasadami uczciwej konkurencji i poszanowania dobrych obyczajów [w:] *Prawo przedsiębiorców. Przepisy wprowadzające do Konstytucji Biznesu. Komentarz*, red. G. Kozieł, Warszawa 2019, s. 93 i n.; P. Sokal, op. cit., s. 1318; M. Biliński. A. Żurawik, *Klauzula generalna dobrych obyczajów. Uwagi ogólne* [w:] *Publiczne prawo gospodarcze. System Prawa Administracyjnego Tom 8A* red. R. Hauser, Z. Niewiadomski, A. Wróbel, Warszawa 2018, s. 519-524; A. Żurawik, *Klauzula generalna ...op. cit.*, s. 37-44; A. Żurawik, *Dobre obyczaje*, s. 199-201; orzeczenie Sądu Apelacyjnego w Łodzi z dnia 31 lipca 1995 r. (I ACr 308/95); orzeczenie Sądu Apelacyjnego w Lublinie z 30 września 1998 r. (I ACa 281/98).

²⁶² M. Biliński. A. Żurawik, *Klauzula generalna dobrych obyczajów...*, s. 524.

²⁶³ A. Żurawik, *Dobre obyczaje*, s. 200.

²⁶⁴ J. Szwaja (red.), *Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz*, Warszawa 2019, s. 125; M. Biliński. A. Żurawik, *Klauzula generalna dobrych obyczajów...*, s. 524.

²⁶⁵ A. Laszczyk, M. Gajdus, *Wedle dobrych obyczajów czy zgodnie z zasadami współżycia społecznego? Uwagi na tle funkcjonowania klauzuli generalnej z Ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji*, *Przegląd Prawniczy Uniwersytetu im. Adama Mickiewicza* nr 1/2012, s. 29; R. Skubisz, *Klauzule generalne w prawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji*, *Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska*, vol. LXIII, 2, sectio G., 2016, s. 10.

zysku, ale także potrzebą realizacji interesu publicznego²⁶⁶. W związku z tym należy przyjąć, że zachowania wzorcowe w ramach konkurencji mogą posiadać swoiste dla systemu zamówień publicznych znaczenie²⁶⁷. Przykładem może być tu zwyczajowe korzystanie z Biuletynu Informacji Publicznej jako miejsca upubliczniania informacji o zamówieniach pozaustawowych.

Dodać należy, że ustalenie treści zasady uczciwej konkurencji w obszarze zamówień pozaustawowych musi dokonywać się o oparciu o ogólne znaczenie etyki obrotu gospodarczego, ale powinno uwzględniać również znaczenie nadawane ustawowej zasadzie uczciwej konkurencji. Sposób kwalifikacji określonych zachowań jako zgodnych lub niezgodnych z uczciwą konkurencją w zamówieniach pozaustawowych powinien korespondować z oceną tychże zachowań dokonywaną przez pryzmat zasad udzielania zamówień publicznych w trybie Pzp. Tak uzyskiwany wynik rekonstrukcji wzorca idealizującego w zamówieniach publicznych powinien mieścić się w normatywnych ramach wyznaczanych przez podstawowe zasady zamówień publicznych, otwierając się nie tylko na obyczajowość funkcjonującą w praktyce zawierania umów, ale także na wewnętrzną aksjologię systemu zamówień publicznych²⁶⁸.

2.4. Ustawowe sposoby zawierania umów w zamówieniach pozaustawowych

Jak wskazano wyżej, procedury udzielania zamówień pozaustawowych mogą wynikać z innych niż Pzp ustaw oraz aktów wykonawczych, z aktów prawa międzynarodowego czy porozumień międzynarodowych, z umów dotyczących finansowania zamówień, a także z aktów prawa wewnętrznego. Jednak wyłącznie stosowania Pzp w zakresie określonych zamówień oznacza przede wszystkim zbliżenie zagadnień udzielania zamówień do jednej z generalnych zasad prawa zobowiązań, jaką jest zasada swobody zawierania umów. Oczywiście, swoboda zawierania umów nie oznacza zupełnej dowolności w kontraktowaniu. Poszczególne strony umowy zobowiązane są bowiem do przestrzegania chociażby reguł dokonywania czynności prawnych, w tym zasad składania oświadczeń woli.

²⁶⁶ P. Nowicki, *Aksjologia prawa zamówień publicznych. Pomiędzy efektywnością ekonomiczną a instrumentalizacją*, Toruń 2019, s. 189.

²⁶⁷ E. Kowalczyk, *Klauzula dobrych obyczajów w zamówieniach publicznych*, [w:] *Procedura zamówień publicznych*, red. M. Filipek, T. 2, Lublin 2020, s. 139-141.

²⁶⁸ A. Szot, *Klauzule generalne jako ponadgałęziowa konstrukcja systemu prawa*, *Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska*, vol. LXIII, 2, sectio G., 2016, s. 293; L. Leszczyński, G. Maroń, *Pojęcie i treść zasad prawa oraz generalnych klauzul odsyłających. Uwagi porównawcze*, *Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska*, vol. LX, 1, sectio G., 2013, s. 86.

Obowiązujące ustawodawstwo z zakresu prawa cywilnego nie narzuca zamkniętego katalogu sposobów zawierania umów²⁶⁹, jednak kodeks cywilny oraz praktyka prawna wskazują na istnienie w tym obszarze określonych modeli, do których można zaliczyć model ofertowy, model negocjacyjny czy przetarg. w ramach tych modeli można z kolei wyróżnić szczegółowsze sposoby udzielenia zamówień pozaustawowych. Obejmują one takie konstrukcje jak np.:

- a) otwarty konkurs ofert,
- b) zaproszenie do składania ofert
- c) wybór oferty spośród ofert dostępnych na rynku albo wybór oferty złożonej zamawiającemu z inicjatywy wykonawcy
- d) przetarg,
- e) negocjacje (rokowania).

2.4.1. Otwarty konkurs ofert

Zgodnie z definicją sformułowaną już w 1976 r. przez Witolda Piechockiego „przez konkurs w jak najszerszym pojęciu należy więc rozumieć publiczne przyzreczenie nagrody za najlepsze, a niekiedy i najszybsze wykonanie jakiegoś zadania, co stwarza obowiązek wypłacenia przyrzekającego oznaczonej nagrody osobie (lub grupie osób łącznie, bądź też gronu osób w pewnej ustalonej kolejności), której dzieło przedłożone w oznaczonym terminie zostanie uznane przez przyrzekającego za odpowiadające warunkom i wymaganiom konkursowym jako najlepsze i w związku z tym zasługujące na nagrodę”²⁷⁰. Z kolei Grzegorz Ćmikiewicz stwierdza że „zasadniczą treścią ogłoszenia konkursu jest wezwanie pewnego kręgu podmiotów do wykonania pewnego dobra lub też tylko podjęcia pewnego działania”²⁷¹.

Ogólne pojęcie konkursu ma zastosowanie również w zamówieniach publicznych. Przy czym w systemie zamówień publicznych konkurs występuje w przynajmniej trzech znaczeniach: jako opis jednego ze sposobów udzielenia zamówienia publicznego²⁷², jako opis czynności części postępowania prowadzącego do udzielenia zamówienia publicznego na usługi²⁷³ albo jako opis niebędącej udzieleniem zamówienia publicznego postaci publicznego przyrzeczenia

²⁶⁹ Por. 66¹ § 3 kc in fine.

²⁷⁰ W. Piechocki, *Prawne zasady realizacji konkursów*, Warszawa 1976, s. 23.

²⁷¹ G. Ćmikiewicz., *Konstrukcja prawna konkursów o stworzenie dzieła w rozumieniu prawa autorskiego*, *Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego. Prace z Prawa Własności Intelektualnej* nr 3/1978, s. 141

²⁷² Zob. np. motyw 61. Dyrektywy klasycznej.

²⁷³ Art. 78 Dyrektywy klasycznej.

nagrody za wykonanie i przeniesienie prawa do pracy konkursowej²⁷⁴. Z kolei sama ustawa Pzp opisuje na potrzeby jej stosowania pojęcie konkursu jako przyzreczenie publiczne, w którym zamawiający, przez publiczne ogłoszenie, przyrzeka nagrodę za wykonanie i przeniesienie prawa do pracy konkursowej wybranej przez sąd konkursowy²⁷⁵. Konkurs w Pzp stanowi więc specyficzny konstrukt prawny, a jego oryginalność wyraża się w istnieniu szeregu szczególnych rozwiązań i figur normatywnych, właściwych prawu zamówień publicznych, a w szczególności w jego obligatoryjnym dla zamawiających charakterze.

Konkurs ofert w zamówieniach pozaustawowych należy łączyć z procedurą udzielenia zamówienia, która oparta jest na przyrzeczeniu publicznym. Przy czym ścisły związek konkursu z przyrzeczeniem publicznym ujawnia się jedynie w przypadku tzw. otwartego konkursu ofert, gdzie zaproszenie do składania ofert zawarte jest co najmniej w ogłoszeniu. Z cywilnoprawnego punktu widzenia ogłoszenie stanowiące zaproszenie do składania ofert jest oświadczeniem woli zamawiającego, które jednak nie jest składane określonej osobie. Nieco inaczej przedstawiać się będzie sytuacja, w której zaproszenie do składania ofert kierowane będzie wyłącznie do imiennie wskazanych wykonawców (tzw. zamknięty konkurs ofert). W takim przypadku zaproszenie do składania ofert należy kwalifikować jako odrębną, nienazwaną czynność prawną do której przepisy o przyrzeczeniu publicznym znajdują jedynie odpowiednie zastosowanie.

2.4.2. Zaproszenie do składania ofert

Zaproszenie do składania ofert stanowi odrębną konstrukcyjnie procedurę udzielenia zamówienia pozaustawowego. Występuje wówczas, gdy zaproszenie do składania ofert nie ma charakteru publicznego, lecz kierowane jest imiennie. Jednocześnie nie wyklucza to możliwości kierowania zaproszenia do złożenia oferty przez jeden, wskazany podmiot, jak i kierowania zaproszenia do większej ilości podmiotów. W drugim przypadku zaproszenie do składania ofert inicjuje współzawodnictwo zainteresowanych podmiotów w ubieganiu się o zamówienie publiczne, co odpowiada sytuacji konkursowej, o której mowa wyżej. Jednak sytuacja ta nie jest – jak wskazano wyżej – otwartym konkursem ofert. Stanu konkurencji nie stwarza zaproszenie skierowane do jednego podmiotu.

Jak stwierdził Sąd Najwyższy już w wyroku z dnia 28 kwietnia 1969 r. przy tzw. konkursie zamkniętym, w którym bierze udział imiennie określona liczba zaproszonych uczestników i który nie został podany do wiadomości publicznej za pośrednictwem prasy, radia czy innych ogólnie dostępnych środków

²⁷⁴ Zob. np. art. 7 pkt 8) Pzp. M. Ziółkowska, Charakter prawny konkursu w zamówieniach publicznych, Prawo Zamówień Publicznych nr 4/2013, s. 62-63.

²⁷⁵ Art. 7 pkt 8). Pzp.

informacji, nie ma – *sensu stricto* – publicznego przyrzeczenia nagrody konkursowej, to jednak przepisy kodeksowe mają w tym wypadku zastosowanie. Przyrzeczenie nagrody ma bowiem charakter publiczny wówczas, gdy nie jest adresowane do określonej, z góry znanej osoby, lecz do grupy osób, spośród których zostanie w przyszłości wyłoniony autor dzieła najlepszego²⁷⁶.

To, co stanowi o istocie zaproszenia do składania ofert przejawia się w istnieniu indywidualnej propozycji zawarcia umowy na warunkach przedstawionych w ofercie. Oczywiście, propozycja zawarcia umowy zawarta w zaproszeniu nie ma definitywnego charakteru, ponieważ uwarunkowana jest oceną przez zamawiającego złożonej oferty pod kątem zgodności z warunkami określonymi w zaproszeniu oraz zdolności finansowej zamawiającego, a w przypadku złożenia więcej niż jednej oferty, klasyfikacją oferty najkorzystniejszej. Zaproszenia do składania ofert lub zapytania ofertowego nie należy też traktować jako oferty zamawiającego. Zamawiający, który zwraca się do potencjalnych wykonawców z prośbą o udzielenie wiążącej informacji o warunkach świadczonych przez nich usług, o cenie lub rodzaju dostawy, sam nie składa oferty, lecz jedynie zaprasza do jej złożenia.

Ofertowy model zawarcia umowy na skutek zaproszenia w każdym przypadku obejmuje zatem przynajmniej trzy czynności:

- 1) zaproszenie przez zamawiającego do złożenia oferty
- 2) czynność złożenia oferty przez wykonawcę;
- 3) oświadczenie zamawiającego o przyjęciu oferty .

Niezbędnym elementem realizacji modelu ofertowego jest istnienie oferty, którą należy rozumieć jako oświadczenie woli jednej ze stron, wyrażającej gotowość do zawarcia umowy o określonej treści. Złożenie oferty powoduje szereg konsekwencji, wśród których najistotniejszą jest stan związania oferenta ofertą i – co za tym idzie – istnienie uprawnienia do przyjęcia oferty przez jej adresata (oblata). Związanie ofertą można określić jako pozostawanie w oczekiwaniu na zawarcie umowy. Jeśli w tym czasie oferent otrzyma od oblata oświadczenie o przyjęciu oferty, to umowa dochodzi do skutku. Związanie ofertą pozwala więc oblatowi na podjęcie decyzji o udzieleniu zamówienia²⁷⁷. Stan związania ofertą może jednak stanowić pewną uciążliwość dla oferenta. Oczekiwanie na ewentualne przyjęcie oferty może być ograniczone czasowo. Składający ofertę może wskazać termin, w jakim będzie oczekiwał odpowiedzi od oblata²⁷⁸. Wskazanie terminu nie jest jednak obowiązkowe, a niewskazanie go nie prowadzi do

²⁷⁶ II CR 72/69.

²⁷⁷ M. Jasiakiewicz, *Ofertowy system zawierania umów w polskim prawie cywilnym*, Toruń 1993, s. 12.

²⁷⁸ Art. 66 § 2 kc.

unieważnienia oferty. W przypadku nieoznaczenia w ofercie terminu na udzielenie odpowiedzi przez oblatę termin związania ofertą określa się na podstawie kodeksu cywilnego, biorąc pod uwagę sposób złożenia oferty.

Konsekwencją związania ofertą jest też jej nieodwołalność. Oznacza to, że oferent nie może przez kolejne swoje oświadczenia znieść obowiązku zawarcia umowy w razie przyjęcia oferty przez oblatę²⁷⁹. Jednak w stosunkach między przedsiębiorcami (w rozumieniu art. 43¹ kc) oferta może być odwołana przed zawarciem umowy, jeżeli oświadczenie o odwołaniu zostało złożone drugiej stronie jeszcze przed wysłaniem przez nią oświadczenia o przyjęciu oferty. Oferty nie można odwołać, jeśli wynika to z jej treści lub gdy określono w niej termin przyjęcia²⁸⁰.

Cechą czynności jaką jest złożenie oferty jest również jednoznaczność i stanowczość oświadczenia woli. Oznacza to, że korzystanie z systemu przedstawienia oferty i jej przyjęcia, jako sposobu zawarcia umowy, możliwe jest dopiero wówczas, gdy oferent na tyle precyzyjnie określi prawa i obowiązki wynikające z przyszłej umowy, że zamawiający może przyjąć ofertę przez prostą czynność akceptującą, np. poinformowanie o przyjęciu oferty²⁸¹. Zakres podstawowej treści oferty wyznaczają konieczne, istotne (lub również dodatkowe) postanowienia przyszłej umowy²⁸².

Przyjęcie oferty oznacza akceptację umowy na warunkach określonych w treści oferty (tzw. zasada lustrzanego odbicia)²⁸³. Model ofertowy, choć daje zamawiającemu istotne korzyści, rodzi jednocześnie ważne konsekwencje dla zamawiającego przyjmującego ofertę. Udzielający zamówienia musi być świadomy tego, że samo przyjęcie oferty skutkuje zobowiązaniem do przyjęcia świadczenia zgodnego z umową i do zapłaty wynagrodzenia wykonawcy za należyte wykonanie umowy.

Przyjęcie oferty dokonane z zastrzeżeniem zmiany lub uzupełnienia jej treści traktuje się – co do zasady – jako nową ofertę²⁸⁴. Jednak jeśli zastrzeżenie zmian lub uzupełnień nie wpłynie w sposób znaczący na treść oferty, to oświadczenie oblaty należy traktować jako przyjęcie oferty, skutkujące zawarciem umowy z zastrzeżeniami zawartymi w odpowiedzi na ofertę. Regułę tę określa art. 68¹ § 1 kc,

²⁷⁹ Reguła ta ma jednak ograniczenia w przypadkach szczególnych, dotyczących np. wystąpienia wady oświadczenia woli na skutek błędu lub groźby (art. 88 kc).

²⁸⁰ Art. 66¹ kc.

²⁸¹ Art. 66 § 1 kc.

²⁸² M. Jasiakiewicz, *Ofertowy system zawierania umów ...*, s. 12.

²⁸³ Jak trafnie zauważa M. Jasiakiewicz (dz. cyt., s. 25), przyjęcie oferty, oprócz cech właściwych każdemu oświadczeniu woli, powinno spełniać wymóg więzy czasowej z ofertą oraz wymóg zgodności z treścią oferty.

²⁸⁴ Art. 68 kc.

który ma zastosowanie tylko w stosunkach między przedsiębiorcami. Reguły tej nie stosuje się w przypadku, gdy w treści oferty wskazano, że może ona być przyjęta jedynie bez zastrzeżeń lub gdy oferent niezwłocznie sprzeciwił się włączeniu zastrzeżeń do umowy albo gdy druga strona uzależniła przyjęcie oferty od zgody oferenta na włączenie zastrzeżeń do umowy, a zgody tej niezwłocznie nie otrzymała²⁸⁵.

2.4.3. Wybór oferty spośród ofert dostępnych na rynku albo wybór oferty złożonej zamawiającemu z inicjatywy wykonawcy. Transakcje bezpośrednie

W ramach modelu ofertowego wskazać można również inne, szczególne sposoby udzielenia zamówienia pozaustawowego. Obejmują one wybór oferty najkorzystniejszej spośród ofert dostępnych na rynku oraz wybór oferty złożonej z inicjatywy konkretnego wykonawcy konkretnemu zamawiającemu. Sposoby te określa się niekiedy w literaturze jako „transakcje bezpośrednie” charakteryzujące się pewną swobodą, wynikającą z braku wymogu zebrania i porównania ofert²⁸⁶. Wspólną cechą tych sposobów pozostaje to, że udzielenie zamówienia następuje poprzez wybór oferty. Z kolei o ich odmiennosci wobec pozostałych sposobów udzielenia zamówień świadczy okoliczność, że wybierane oferty nie są wywoływane przez zamawiającego zaproszeniem.

Pozyskanie przez zamawiającego informacji o ofertach dostępnych na rynku następuje zazwyczaj poprzez tzw. sondaż rynkowy czy rozeznanie rynku dokonujące się bez zaangażowania wykonawców. W takim wypadku pracownicy zamawiającego korzystają np. z Internetu, katalogów producentów czy udają się do siedziby sprzedawcy, do sklepu czy hurtowni. Natomiast w przypadku inicjatywy wykonawcy zamawiający otrzymuje zazwyczaj drogą elektroniczną ofertę wykonania określonej usługi czy sprzedaży konkretnych produktów.

Zgodnie z przepisem art. 71 kodeksu cywilnego ogłoszenia, reklamy, cenniki i inne informacje, skierowane do ogółu lub do poszczególnych osób, poczytuje się w razie wątpliwości nie za ofertę, lecz za zaproszenie do zawarcia umowy. Natomiast w myśl przepisu art. 543 kodeksu cywilnego wystawienie rzeczy w miejscu sprzedaży na widok publiczny z oznaczeniem ceny uważa się za ofertę sprzedaży. z kolei oświadczenie oblata o przyjęciu oferty nie wymaga zachowania szczególnej formy. Może być złożone w dowolny sposób, który umożliwiłby oferentowi zapoznanie się z jego treścią. W praktyce handlowej przyjęcie oferty dokonuje się często przez tzw. czynności konkludentne (*per facta concludentia*).

²⁸⁵ Art. 68¹ § 2 kc

²⁸⁶ R. Szostak (red.), Informatyzacja procedur udzielania zamówień publicznych, Warszawa 2018, Legalis.

Przykładem takiego zachowania może być przyjęcie towaru dostarczonego przez oferenta²⁸⁷. Wybór oferty może też następować poprzez zastosowanie automatów (np. biletowych czy parkingowych).

Akceptacja oferty na podstawie określonego zachowania przyjmującego nie wymaga wykazania właściwej reprezentacji oblata. Stąd, jeśli przyjęcie towaru nastąpi przez pracownika instytucji zamawiającej, umowa dochodzi – co do zasady – do skutku, nawet wówczas, gdyby osoba przyjmująca towar w siedzibie zamawiającego nie miała upoważnienia do składania oświadczeń woli w jego imieniu²⁸⁸. Wymagana forma wyrażenia woli przyjęcia oferty może jednak być wskazana w samej ofercie.

Określając chwilę zawarcia umowy w formie ustnej należy uwzględnić przepisy art. 70 § 1 i art. 61 § 1 kodeksu cywilnego. Zgodnie z przepisem art. 70 § 1 kodeksu cywilnego w razie wątpliwości umowę poczytuje się za zawartą w chwili otrzymania przez składającego ofertę oświadczenia o jej przyjęciu. Jeżeli dojdzie do składającego ofertę oświadczenia o jej przyjęciu nie jest wymagane, umowę uznaje się za zawartą w chwili przystąpienia przez drugą stronę do wykonania umowy. Zgodnie z przepisem art. 61 § 1 kodeksu cywilnego oświadczenie woli, które ma być złożone innej osobie, jest złożone z chwilą, gdy doszło do niej w taki sposób, że mogła zapoznać się z jego treścią.

2.4.4. Przetarg i aukcja

Kolejnym sposobem zawarcia umowy o zamówienie publiczne pozaustawowe jest przetarg (aukcja)²⁸⁹. Przetarg jest nazwaną konstrukcją cywilistyczną, a podstawowe regulacje prawne dotyczące przetargu znajdują się w kodeksie cywilnym, w art. 70¹–70⁵²⁹⁰.

Przetarg można określić jako ciąg uporządkowanych czynności (technicznych i prawnych), których celem jest wybór właściwego kontrahenta przyszłej umowy przez publiczne zaproszenie do składania ofert w czasie i miejscu

²⁸⁷ M. Jasiakiewicz, *Ofertowy system zawierania umów ...*, s. 32.

²⁸⁸ Por. orzeczenie Sądu Najwyższego z 30 listopada 1984 r., OSNCAP nr 10/1985, poz. 156, s. 65.

²⁸⁹ Zawarcie w Pzp regulacji dotyczących przetargu nieograniczonego oraz przetargu ograniczonego stanowi rozwinięcie cywilistycznej konstrukcji przetargu, dokonane na użytek szczególnego rodzaju kontraktów, jakim są umowy o zamówienie publiczne.

²⁹⁰ Wskazane w kc regulacje dotyczące przetargu mają zasadniczo dyspozytywny charakter, co oznacza, że organizator postępowania przetargowego ma dużą swobodę w dokonywaniu modyfikacji procedur względem tych określonych w przepisach. Zob. J. Gęsia, *Zawarcie umowy w drodze przetargu*, Rejent nr 9/1999, s. 83 oraz R. Szostak, *Zagadnienia konstrukcyjne przetargu w świetle znowelizowanych przepisów kodeksu cywilnego*, *Kwartalnik Prawa Prywatnego* nr 1/2004, s. 73.

wskazany przez zamawiającego²⁹¹. Cechą przetargu, choć nie jego wyróżnikiem jest to, że zakłada on uczestnictwo więcej niż jednego podmiotu po stronie oferentów (tzw. reflektantów). Jednocześnie przetarg jest przykładem postępowania, w którym uczestnictwo zaproszonych podmiotów odbywa się w ramach wspólnych faz postępowania. Oznacza to m. in., że wpływ terminu na dokonanie czynności w ramach poszczególnych faz dotyczy wszystkich uczestników. Istotnym celem przetargu jest wywołanie świadomości prawdopodobnego współuczestnictwa innych podmiotów w postępowaniu. Jednocześnie, dla ubiegających się o zamówienie publiczne, fakt istnienia innych konkurentów może w pierwszej fazie postępowania pozostawać nieznany. Dopiero po upływie terminu składania ofert ujawniane są informacje o ilości współuczestników postępowania i treści złożonych przez nich ofert. Od tego momentu wzmocnieniu ulega kontrola wszystkich uczestników przetargu nad jego przebiegiem. Złożoność relacji, jakie występują w przetargu, wymaga odpowiedniego sformalizowania jego przebiegu. Stąd reguły dotyczące przetargu obejmują kwestie jego upublicznienia, trybu składania i oceny ofert, wyboru kontrahenta, a nawet nieważności umowy zawartej w drodze przetargu.

Istota przetargu sprowadza się więc do zaaranżowania sytuacji „targu”, czyli rywalizacji między oferentami. Celowi temu służy przede wszystkim otwarty charakter procedury przetargowej, wynikający z publicznego zaproszenia do składania ofert, a w tym upublicznienia warunków, na których ma być zawarta planowana umowa. Przetarg (podobnie jak aukcja) umożliwi zamawiającemu wybór wykonawcy proponującego najkorzystniejsze według przyjętych kryteriów warunki wykonania zamówienia. W trybie przetargowym możliwość współuczestnictwa reflektantów (wykonawców) wywołuje rywalizację o zawarcie umowy. Rywalizacja ta ma zapewnić optymalizację treści przyszłej umowy, a także najkorzystniejszą cenę za świadczenie²⁹². Chodzi tu, rzecz jasna, o konkurencję między ubiegającymi się o zawarcie umowy, a nie o konkurowanie z organizatorem przetargu. Konkurowanie pretendentów do umowy ma charakter jawny w tym znaczeniu, że jest wywołane celowo i dokonuje się w trybie postępowania eliminacyjnego zorganizowanego przez zamawiającego²⁹³.

Najistotniejsza jednak z punktu widzenia zamówień publicznych jest funkcja gwarancyjna przetargu. Jego celem jest bowiem uzyskanie przez kupującego jak największych korzyści, przy jednoczesnym zapewnieniu sprzedawcom jednakowych warunków sprzedaży²⁹⁴. Otóż czynności przetargowe umożliwiają zobiektywizowanie działań prowadzących do zawarcia umowy oraz uniezależnienie

²⁹¹ J. Jacyszyn, Przetarg i jego oblicza, Rzeczpospolita nr 127/1995 z 2.06.1995 r.

²⁹² A. Wójcik, Zawarcie umowy w drodze przetargu, Kraków 2000, s. 30.

²⁹³ R. Szostak, Zagadnienia konstrukcyjne przetargu..., s. 73.

²⁹⁴ E. Przeszło, Przetarg jako forma rozporządzania mieniem publicznym, Przegląd Prawa Handlowego nr 6/1996, s. 7.

wyboru kontrahenta od arbitralnej decyzji zamawiającego²⁹⁵. Dzięki funkcji gwarancyjnej przetargu mogą więc realizować się podstawowe zasady zamówień publicznych, w tym zasada równego traktowania wykonawców oraz zasada uczciwej konkurencji.

Przetarg jest odpowiednio sformalizowaną procedurą. W związku z tym w postępowaniu przetargowym wyróżnić można określone etapy, w tym etap upublicznienia zamiaru zawarcia umowy w trybie przetargowym, etap składania ofert, etap badania i oceny ofert oraz przyjęcie oferty.

Postępowanie przetargowe rozpoczyna się od ogłoszenia. Inicjatorem zawarcia umowy w formie przetargu będzie więc zawsze zamawiający jako organizator przetargu. Charakter prawny ogłoszenia o przetargu²⁹⁶ wskazuje na to, że – oprócz zaproszenia do składania ofert – stanowi ono propozycję określającą sposób zawarcia umowy (tzw. funkcja preskryptywna ogłoszenia)²⁹⁷. Zaproszenia do składania ofert nie należy jednak traktować jako oferty zawarcia umowy. W literaturze wyrażono pogląd, że zaproszenie do uczestnictwa w przetargu jest szczególną ofertą zawarcia porozumienia co do trybu, w którym ma nastąpić zawarcie umowy²⁹⁸.

Zaproszenie do składania ofert w przetargu, zawarte w ogłoszeniu, powinno jednoznacznie wskazywać przedmiot umowy, jaką zamierza zawrzeć zamawiający. Dodatkowo w ogłoszeniu należy wskazać kryteria oceny ofert. Zamawiający może również przewidzieć konieczność wniesienia przez wykonawców wadium.

Ogłoszenie o przetargu powinno zawierać informacje o terminie, w którym wykonawcy będą mogli składać oferty, okresie związania ofertą oraz terminie (dacie) otwarcia ofert. Wskazanie terminu do składania ofert jest konieczne dla podjęcia kolejnych czynności przetargowych. W razie braku jego wskazania oferenci mogliby składać ciągle nowe oferty, a organizator mógłby zwlekać z rozstrzygnięciem przetargu. Co się zaś tyczy terminu związania ofertą, jego wskazanie nie jest bezwzględnym obowiązkiem wynikającym z przepisów. W razie braku takiego określenia, zgodnie z art. 70³ § 1 kc, oferta złożona w toku przetargu przestaje wiązać, gdy została wybrana inna oferta albo gdy przetarg został zamknięty bez wybrania którejkolwiek z ofert. W praktyce zwykle

²⁹⁵ A. Wójcik, *Zawarcie umowy...*, s. 31.

²⁹⁶ Na temat sposobów interpretacji charakteru prawnego ogłoszenia w przetargu zob. M. Borańska, *Przetarg w prawie polskim. Zagadnienia cywilistyczne*, Warszawa 2001, s. 64–105.

²⁹⁷ M. Jasiakiewicz, *Ofertowy system zawierania umów ...*, s. 86; E. Przeszło, *Przetarg...*, s. 10; J. Gęsiak, *Zawarcie umowy w drodze przetargu*, Rejent nr 9/1999, s. 85.

²⁹⁸ I. Rajski, *Przetarg w ujęciu nowych przepisów kodeksu cywilnego*, *Przegląd Prawa Handlowego* nr 1/1997, s. 4; G. Cmikiewicz, *Postępowanie przetargowe jako konstrukcja szczególnego trybu zawarcia umowy*, *Problemy Prawne Handlu Zagranicznego* 1983, z. 7, s. 31.

wskazuje się jednak maksymalny termin związania ofertą. Pozwala to na efektywny wybór oferenta na warunkach określonych w ofercie, z zachowaniem równego statusu i zasad uczciwej konkurencji.

W praktyce opis warunków przetargu przyjmuje postać specyfikacji warunków zamówienia lub regulaminu przetargu. W takim przypadku ogłoszenie musi zawierać wskazanie sposobu udostępnienia dokumentów opisujących takie warunki. Organizator od chwili udostępnienia warunków przetargu, a oferent od chwili złożenia oferty zgodnie z ogłoszeniem przetargu, zobowiązani są postępować w myśl postanowień ogłoszenia i warunków przetargu.

Ogłoszenie, a także warunki przetargu mogą być zmienione lub odwołane tylko wtedy, gdy zastrzeżono to w ich treści²⁹⁹. Nie może to jednak nastąpić po upływie terminu do składania ofert. Modyfikacja warunków przetargu przed upływem terminu składania ofert powinna natomiast nastąpić na tyle wcześnie, by wykonawcy mieli możliwość dostosowania swoich ofert do zmienionych wymagań organizatora przetargu. Należy również przyjąć, że zastrzeżenie przez zamawiającego możliwości zmiany lub odwołania warunków przetargu powinno uściślać okoliczności, w których będzie to możliwe. Bezwarunkowa modyfikacja podawałaby w wątpliwość wyrażoną w art. 70¹ § 3 kc zasadę niezmienności i nieodwołalności warunków przetargu, która może być uchylona tylko w wyjątkowych przypadkach.

Inną kwestią jest prawo organizatora do przedwczesnego zamknięcia przetargu bez wyboru najkorzystniejszej oferty. Zamawiający w ogłoszeniu o przetargu prowadzonym na podstawie kodeksu cywilnego może zastrzec sobie takie prawo – w razie zaistnienia określonych przesłanek (np. w przypadku braku wystarczającej liczby ofert) albo gdy wybór oferenta okaże się bezprzedmiotowy lub niemożliwy z innych powodów³⁰⁰. Niedopuszczalne jest natomiast zastrzeżenie w ogłoszeniu o przetargu prawa do odstąpienia od umowy zawartej w jego wyniku³⁰¹.

Istotna jest także kwestia związania ofertą ubiegających się o zamówienie publiczne. Z punktu widzenia zamawiającego jako organizatora przetargu związanie reflektantów ofertami pozwala przyjąć, że złożone przez nich propozycje w określonym terminie nie ulegną zmianie, dzięki czemu możliwe będzie

²⁹⁹ Zasadę niezmienności i nieodwołalności warunków przetargu należy tłumaczyć potrzebą ochrony zaufania uczestników przetargu oraz terminowym obwarowaniem warunków ogłoszenia. R. Szostak, *Zagadnienia konstrukcyjne przetargu...*, s. 81.

³⁰⁰ Inaczej niż w Pzp, gdzie unieważnienie postępowania może mieć miejsce tylko w razie zaistnienia określonych okoliczności przewidzianych w art. 93 tej ustawy.

³⁰¹ E. Gniewek w głosie do uchwały Sądu Najwyższego z 2 sierpnia 1994 r., III CZP 96/94, Rejent nr 4/1995, s. 153–155; Orzeczenie Sądu Najwyższego z 4 listopada 1982 r., II CR 407/82, OSN nr 7/1983, poz. 97.

porównanie ofert i definitywny wybór najkorzystniejszej z nich³⁰². Jeśli zamawiający nie określi inaczej, to zgodnie z art. 70³ § 1 kc oferta złożona w toku przetargu przestaje wiązać dopiero w momencie wyboru innej oferty albo zamknięcia przetargu (bez wybrania którejkolwiek z ofert).

W warunkach przetargowych zamawiający może dopuścić ograniczoną odwoływalność ofert³⁰³. Cofnięcie oferty będzie jednak możliwe, o ile nastąpi przed upływem terminu składania ofert. Po tym czasie zaistnieje między zamawiającym a oferentem więź prawna polegająca na zobowiązaniu do zawarcia umowy w razie wyboru wykonawcy³⁰⁴.

Istotnym elementem procedury przetargowej jest otwarcie ofert, które następuje po upływie terminu na ich składanie. Podczas otwarcia ofert organizator przetargu ujawnia liczbę i tożsamość oferentów oraz najważniejsze postanowienia każdej z propozycji umownych. Zapewnienie jawności może wiązać się z przeprowadzeniem komisyjnego otwarcia ofert w obecności zainteresowanych uczestników przetargu, a także z możliwością wglądu w oferty wszystkich reflektantów (funkcja kontrolno-informacyjna otwarcia ofert)³⁰⁵. W takim przypadku moment i miejsce otwarcia ofert powinny być określone w zaproszeniu do ich składania.

Kolejny etap jest niejawną częścią postępowania przetargowego i sprowadza się do badania i oceny ofert z punktu widzenia przyjętych w przetargu kryteriów lub interesów organizatora przetargu. Jego zwińczeniem jest wybór najatrakcyjniejszej oferty lub zamknięcie przetargu bez dokonania wyboru.

Procedura oceny ofert obejmuje zazwyczaj w pierwszym rzędzie ocenę spełnienia warunków dotyczących potencjału oferentów (ich doświadczenia, wiedzy, potencjału technicznego, kadrowego, finansowego etc.), o ile warunki takie były postawione. Następnie dokonuje się oceny merytorycznej i wartościującej ofert. Oferty niezgodne z warunkami przetargu odrzuca się lub pozostawia bez rozpoznania, czyli nie bierze się ich pod uwagę przy wyborze najkorzystniejszej oferty. Oferty niespełniające wymagań formalnych lub obarczone wadą oświadczenia woli, powodującą ich nieważność, uznaje się za bezskuteczne. Natomiast oferty złożone po terminie podlegają zwrotowi.

Kryteria oceny ofert umożliwiają wybranie oferty zgodnie z założeniami przetargu (czyli obiektywnie i z poszanowaniem zasad uczciwej konkurencji).

³⁰² Inaczej niż w licytacji (aukcji), którą cechuje dynamizm i stopniowalność ofert w odniesieniu do ceny.

³⁰³ R. Szostak, *Zagadnienia konstrukcyjne przetargu...*, s. 95.

³⁰⁴ Więcej na temat charakteru prawnego stosunku przetargowego: zob. R. Szostak, *Zagadnienia konstrukcyjne przetargu...*, s. 84–94.

³⁰⁵ Tamże, s. 76.

W praktyce kryteria mogą dotyczyć ceny albo bilansu innych istotnych właściwości przedmiotu umowy, takich jak parametry jakościowe, termin realizacji umowy, okres gwarancji. Treścią kryteriów oceny ofert mogą być również warunki podmiotowe dotyczące oferenta, np. jego doświadczenie.

Odróżniać należy charakter prawny czynności wyboru najkorzystniejszej oferty od charakteru czynności jej przyjęcia przez zamawiającego. Wybór oferty polega na podjęciu przez organizatora przetargu decyzji w ramach postępowania przetargowego, natomiast przyjęcie oferty jest złożeniem oświadczenia woli „na zewnątrz”, czyli zakomunikowaniem wyboru oferentowi. Dopiero łączne spełnienie tych dwóch przesłanek – czyli wybór oferty i zawiadomienie oferenta o jej przyjęciu – skutkuje zawarciem umowy w trybie przetargowym albo powstaniem obowiązku zawarcia umowy.

Zgodnie z art. 70³ § 2 kc organizator przetargu niezwłocznie powiadamia na piśmie reflektantów o jego wyniku (lub też o zamknięciu przetargu bez dokonania wyboru)³⁰⁶. Należy zwrócić uwagę, że przepisy wymagają, by powiadomienie to miało formę pisemną.

Do charakterystycznych elementów przetargu, odróżniających go od pozostałych sposobów zawarcia umowy, należy też zaliczyć dopuszczalność ustanowienia wadium, a także żądania unieważnienia przetargu przez organizatora lub uczestnika przetargu³⁰⁷. Organizator przetargu może zastrzec w ogłoszeniu, że przystępujący do przetargu powinien, pod rygorem niedopuszczenia, wpłacić organizatorowi wadium w postaci określonej sumy albo odpowiedniego zabezpieczenia jej zapłaty³⁰⁸. Po zakończonym przetargu wadium podlega zwrotowi, a ustanowione zabezpieczenia wygasają. Jeżeli jednak uczestnik przetargu, mimo wyboru jego oferty, będzie się uchylał od zawarcia umowy, to organizator przetargu będzie mógł zachować pobraną od niego sumę tytułem wadium albo dochodzić zaspokojenia z przedmiotu zabezpieczenia. Jeżeli natomiast to organizator przetargu będzie się uchylał od zawarcia umowy, to zwycięzca przetargu będzie mógł żądać zapłaty podwójnego wadium albo naprawienia szkody

³⁰⁶ W literaturze wyrażono pogląd, że zaniechanie przez organizatora przetargu powiadomienia uczestników o jego wynikach może powodować odpowiedzialność za powstałe z tego tytułu szkody, zgodnie z regułami następstw prawnych zwłoki dłużnika, określonymi w art. 471 kc. Odpowiedzialność organizatora przetargu może obejmować szkodę polegającą na tym, że oferent pozostawał nadmiernie długo w gotowości zawarcia umowy i jej wykonania. Zob. I. Rajski, *Przetarg...*, s. 6.

³⁰⁷ M. Jasiakiewicz, *Ofertowy system zawierania umów...*, s. 85. 70⁴–70⁵ kc.

³⁰⁸ Należy przyjąć, że w przypadku przetargu przeprowadzanego wyłącznie na podstawie kc forma wadium, polegająca na zabezpieczeniu zapłaty określonej sumy pieniężnej – inaczej niż w Pzp – określana jest przez organizatora przetargu. Tak więc wadium, obok wpłaty gotówki lub przelewu, może mieć postać zabezpieczenia wypłaty określonej sumy przez udzielenie poręczenia, gwarancji ubezpieczeniowej lub bankowej. Zob. M. Boratyńska, *Przetarg...*, s. 287.

(art. 70⁴ kc) .W praktyce wadium stanowi również swoisty cenzus umożliwiający wyłonienie z grona uczestników podmiotów o określonym potencjale finansowym.

Za moment zawarcia umowy z oferentem uznaje się – co do zasady – chwilę przyjęcia jego oferty. Wyjątki od tej zasady mogą być przewidziane w przepisach szczególnych, uzależniających zawarcie umowy od zachowania określonych warunków, np. formy pisemnej umowy.

Prawidłowość umowy zawartej w drodze przetargu podlega ochronie. Wyrazem tego jest reguła, zgodnie z którą zawarcie umowy po nieprawidłowo przeprowadzonym przetargu może powodować jej nieważność (zob. art. 70⁵ § 1 kc). Wzruszalność umowy z mocą wsteczną służy głównie ochronie wartości, jaką jest uczciwa konkurencja w trakcie postępowania przetargowego. Powodem unieważnienia zawartej umowy może być fakt, że organizator przetargu, jego zwycięzca lub inny reflektant (albo osoba działająca w porozumieniu z nimi) wpłynął na wynik przetargu przez naruszenie prawa lub dobrych obyczajów. Ustawodawca dość ogólnie zdefiniował powody uzasadniające żądanie unieważnienia umowy. Wynika to zapewne z różnorodności sytuacji, jakie mogą występować w ramach poszczególnych przetargów. Ich kazuistyczne ujęcie w przepisie nie byłoby właściwe z punktu widzenia funkcjonalności norm prawnych. Wyliczenie powodów unieważnienia umowy w art. 70⁵ § 1 kc nie byłoby zasadne również z tego powodu, że kc określa w tym miejscu tylko kompetencje do żądania unieważnienia umowy, a nie powody jej nieważności *ex lege*. Tytułem przykładu wskazać można jedynie takie okoliczności, jak ujawnienie uczestnikowi przetargu treści pozostałych ofert, niedopuszczenie oferty rzekomo spóźnionej lub odwrotnie – dopuszczenie oferty, którą należało odrzucić – lub zaistnienie tzw. zmowy przetargowej. Bez wątplenia naruszeniem przepisów, o których mowa, będzie popełnienie czynu zabronionego, w tym działanie polegające na udaremnianiu lub utrudnianiu przetargu publicznego, wchodzenie w porozumienie z inną osobą i działanie na szkodę organizatora przetargu. Czynem godzącym w prawidłowy przebieg przetargu jest również rozpowszechnianie informacji, w związku z przetargiem publicznym, lub przemilczanie istotnych okoliczności, mających znaczenie dla zawarcia umowy³⁰⁹. Działanie sprzeczne z dobrymi obyczajami polegać będzie na zachowaniu, które – choć zgodne z prawem – ze względów społecznych zasługuje na negatywną ocenę (np. zaproszenie członków rodziny kierownika zamawiającego do składania ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu opartego na kc)³¹⁰.

³⁰⁹ Zob. art. 305 § 1 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (Dz.U. z 2020 r. poz. 1444).

³¹⁰ Zob. Z. Radwański, Prawo zobowiązań, Warszawa 1986, s. 132; A. Wójcik, Zawarcie umowy..., s. 122.

Oprócz rozpoznania działań jako sprzecznych z prawem lub dobrymi obyczajami, przesłanka uzasadniająca żądanie unieważnienia umowy musi uwzględniać wpływ tych działań na wynik postępowania. Wpływ ten może polegać na zawarciu umowy w sytuacji, w której nie powinna zostać zawarta, zawarciu umowy z niewłaściwym uczestnikiem postępowania albo zawarciu umowy na niewłaściwych warunkach.

Żądanie unieważnienia zawartej umowy może zgłosić tylko ograniczony krąg podmiotów, tj. organizator przetargu oraz jego uczestnik³¹¹. Uprawnienie to wygasa z upływem miesiąca od dnia, w którym uprawniony dowiedział się o istnieniu przyczyny unieważnienia, nie później jednak niż po roku od dnia zawarcia umowy³¹². Po tym terminie powództwo o stwierdzenie nieważności umowy zostaje oddalone³¹³. O nieważności przetargu przeprowadzonego w trybie przepisów ogólnych kc decyduje sąd. Wydane przez sąd orzeczenie wywołuje skutki już od chwili zawarcia unieważnionej umowy (*ex tunc*), a nie od chwili wydania orzeczenia.

2.4.5. Przetarg ograniczony (zamknięty). Zamówienia zastrzeżone.

Aukcja oraz przetarg są trybami zawarcia umowy, w których co do zasady może wziąć udział każdy zainteresowany. W takich przypadkach aukcja czy przetarg ma charakter otwarty. Możliwe jest jednak ograniczenie dostępu do aukcji czy przetargu bądź to do pewnej kategorii zainteresowanych (np.: przedstawiciele określonego zawodu, czy przedsiębiorców prowadzących określony rodzaj działalności), bądź też do imiennie wskazanych podmiotów. W literaturze odnotowuje się w związku z tym możliwość prowadzenia tzw. przetargów ograniczonych lub przetargów zamkniętych. W tym zakresie należałby jednak wyróżnić co najmniej następujące rodzaje procedur:

- a) przetarg, który rozpoczyna się publicznym zaproszeniem do składania wniosków, po weryfikacji których zamawiający zaprasza określonych wykonawców do składania ofert,
- b) przetarg, który rozpoczyna się publicznym zaproszeniem do składania ofert przez wykonawców o określonym statusie lub należących do kategorii wykonawców określonej rodzajowo,

³¹¹ F. Zoll, Pytanie o celowość rozszerzenia grona osób uprawnionych do unieważnienia umowy zawartej w wyniku przeprowadzenia aukcji lub przetargu (w związku z nowelizacją kodeksu cywilnego), *Transformacje Prawa Prywatnego* nr 2/2003, s. 10.

³¹² Art. 70⁵ § 2 kc.

³¹³ Terminy wyznaczone w art. 70⁵ § 2 kc mają charakter terminów zawitych (prekluzyjnych).

- c) przetarg, który rozpoczyna się zaproszeniem do składania ofert indywidualnie określonych wykonawców.

Przetarg odbywający się w ten sposób, że w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu, wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu mogą składać wszyscy zainteresowani wykonawcy, a oferty mogą składać wyłącznie wykonawcy zaproszeni do składania ofert odpowiada konstrukcyjnie tzw. przetargowi ograniczonemu z Pzp. Jednakże w przypadku zamówień pozaustawowych, zamiast Pzp zastosowanie znajdują przepisy kodeksu cywilnego. Ograniczony charakter tej procedury wyraża się w istocie w tym, że jest dwuetapowa, a na drugim etapie zamknięta dla niezaproszonych podmiotów.

Procedurę przetargową, w której zamawiający publiczny zaprasza do składania ofert wykonawców o określonym statusie lub należących do określonej rodzajowo kategorii wykonawców, porównać można do tzw. zamówień zastrzeżonych, o których mowa w Pzp. Związane są one z ograniczeniem uprawnienia do ubiegania się o zamówienie publiczne, dokonywanym ze względu na uzasadnione, doniosłe społecznie przyczyny. Na gruncie Pzp zamawiający może mianowicie zastrzec w ogłoszeniu o zamówieniu, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wyłącznie wykonawcy mający status zakładu pracy chronionej, spółdzielnie socjalne oraz inni wykonawcy, których głównym celem lub głównym celem działalności ich wyodrębnionych organizacyjnie jednostek, które będą realizowały zamówienie, jest społeczna i zawodowa integracja osób społecznie marginalizowanych³¹⁴. Zamówienia zastrzeżone dla pewnego rodzaju wykonawców stanowią przede wszystkim instrument osiągania celów polityki społecznej³¹⁵. Nie ma przeszkód, by podobne zamierzenia realizowane były w ramach zamówień pozaustawowych, w tym przy pomocy procedury przetargowej.

Natomiast procedurę, która rozpoczyna się zaproszeniem do składania ofert indywidualnie określonych wykonawców, a nie zaproszeniem publicznym nieokreślonych indywidualnie podmiotów z trudem można klasyfikować jak przetarg – nawet określony jako zamknięty czy ograniczony. W takim przypadku występuje raczej wielość indywidualnych stosunków prawnych, a nie przetargowa sytuacja prawna wyrażająca się w wielostronnym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego³¹⁶.

³¹⁴ Art. 94 ust. 1 Pzp.

³¹⁵ M. Lubiszewski, *Zamówienia zastrzeżone w świetle nowych rozwiązań normatywnych, Prawo Zamówień Publicznych* nr 4/2020, s. 34.

³¹⁶ Z. Radwański, *System Prawa Prywatnego T. 2 Prawo cywilne – część ogólna*, Warszawa 2008, s. 360.

2.4.6. Negocjacje

Specyfika negocjacji jako sposobu zawarcia umowy ujawnia się przede wszystkim w charakterze prawnym składanych propozycji zawarcia umowy³¹⁷. W toku negocjacji, inaczej niż w modelu ofertowym, obowiązki stron nie są ostro wyróżnione. W trakcie negocjacji strony nie składają ostatecznie wiążących oświadczeń woli, lecz jedynie deklarują dyspozycje zawarcia umowy na określonych warunkach. Nawet jeśli treść pertraktacji albo stanowiska stron (lub jednej strony) zostaną spisane, to nie będą one stanowić oferty. W przypadku negocjacji, warunki realizacji zamówienia niejako „wykuwają się” w trakcie rokowań między zamawiającym a wykonawcą. Dlatego sytuację prawną mającą miejsce w trakcie negocjacji również przyrównać można do sytuacji targu tj. procesu wzajemnego oddziaływania podmiotów w celu zrealizowania ich indywidualnych interesów poprzez zawarcie i wykonanie umowy³¹⁸.

Ze względu na zamiar towarzyszący stronom wyróżnić można negocjacje mające zastosowanie w zamówieniach publicznych podejmowane w celu polepszenia warunków wykonania zamówienia określonych w złożonej ofercie lub negocjacje podejmowane w celu określenia warunków wykonania zamówienia, które dopiero mają być ujęte w składanej ofercie. Negocjacje mogą również służyć zawarciu umowy bez konieczności złożenia oferty, której treść będzie negocjowana lub oferty zawierającej wynegocjowane ustalenia.

W przypadku negocjacji ofert, złożone oferty mają charakter ofert wstępnych, a udzielenie zamówienia następuje dopiero po zakończeniu negocjacji i uzgodnieniu stanowisk stron albo po dokonaniu dodatkowej czynności po zakończonych negocjacjach – np. podpisaniu protokołu z negocjacji albo w chwili podpisania umowy o zamówienie publiczne. Zaproszenie do składania ofert powinno wskazywać na możliwość ich negocjacji. Przy czym negocjowanie złożonych ofert może być przewidziane jedynie jako uprawnienie przysługujące zamawiającemu albo jako konieczny etap procedury, obligujący zamawiającego do ich podjęcia. W pierwszym przypadku inicjatywa podjęcia negocjacji z oferentem leży po stronie zamawiającego. Jednocześnie, oferent nie może jednostronnie wycofać oświadczenia zawartego w ofercie³¹⁹. Jako związany ofertą pozostaje w oczekiwaniu na jej przyjęcie albo na propozycję podjęcia negocjacji. W drugim przypadku podjęcie negocjacji jest obowiązkowe.

³¹⁷ Por. M. Jasiakiewicz, *Ofertowy system zawierania umów ...*, s. 69.

³¹⁸ B. Gawlik, *Procedura zawierania umowy na tle ogólnych przepisów prawa cywilnego* (art. 66-72 k.c.), Kraków 1977, s. 18.

³¹⁹ M. Jasiakiewicz, *Ofertowy system zawierania umów .*, s. 71.

Zakończenie negocjacji następuje z chwilą, gdy strony dojdą do porozumienia co do wszystkich postanowień, które były przedmiotem negocjacji³²⁰.

Złożenie ofert może też stanowić zwieńczenie procesu negocjacji. W takim przypadku, po zakończonych negocjacjach, wykonawcy są zapraszani do złożenia tzw. ofert ostatecznych, czyli ofert o treści ustalonej w trakcie negocjacji³²¹. Wówczas oferta stanowi dokument potwierdzający treść poczynionych ustaleń i jako taka jest przyjmowana. Zaproszenie do składania ofert ostatecznych powinno wskazywać co najmniej termin na złożenie ofert, wymaganą formę ofert oraz wskazanie kryteriów, którymi będzie kierował się zamawiający przy wyborze oferty najkorzystniejszej. Zaproszenie do składania ofert może zawierać jeszcze inne wymagania, jak np. informacje o dodatkowych dokumentach jakie musi złożyć wykonawca.

W literaturze wskazuje się przykładowe zachowania niezgodne z dobrymi obyczajami w negocjacjach, jak np. działania sprzeczne z obowiązkiem dążenia do zawarcia negocjowanej umowy; nieinformowanie partnera negocjacyjnego o okolicznościach mogących mieć wpływ na jego decyzję o zawarciu negocjowanej umowy; niezachowywanie w tajemnicy informacji poufnych udostępnionych w toku negocjacji czy niespektowanie już poczynionych ustaleń³²². Bezpodstawne zaniechanie negocjacji albo prowadzenie ich bez zamiaru udzielenia zamówienia można uznać za naruszenie dobrych obyczajów handlowych, skutkujące ponadto obowiązkiem naprawienia szkody, jaką wykonawca poniósł licząc na zawarcie umowy³²³.

2.4.7. Procedury udzielania zamówień pozaustawowych określone odrębnymi ustawami

Problematykę udzielania zamówień pozaustawowych należy uzupełnić nawiązaniem do regulacji zawartych w ustawach odrębnych, innych niż Pzp, wyznaczających obowiązki związane z udzielaniem zamówień. W tym zakresie wyróżnić można sposoby regulacji, w których poprzestaje się na ogólnych wskazaniach udzielenia zamówień, w tym podstawowych obowiązkach publikacyjnych, albo sposoby, w których ustawodawca stosunkowo szczegółowo określa procedury udzielenia zamówienia niepodlegające Pzp.

³²⁰ Art. 72 § 1 kc.

³²¹ I. Rajski, *Przetarg...*, s. 4.

³²² S. Kubsik, *Przedkontraktowa odpowiedzialność odszkodowawcza z tytułu nieuczciwych negocjacji*, Warszawa 2016, s. 308-309, 334; W. Kocot, *Ofertowy i negocjacyjny tryb zawarcia umowy w ujęciu znowelizowanych przepisów kodeksu handlowego*, *Przegląd Prawa Handlowego* nr 5/2003, s. 23.

³²³ Art. 72 § 2 kc.

2.4.8. Przykłady procedur określających jedynie obowiązki kierunkowe oraz obowiązki publikacyjne

Jak wspomniano wyżej Pzp nie stosuje się do zamówień o wartości mniejszej niż progi unijne, których przedmiotem są dostawy lub usługi z zakresu działalności archiwalnej związanej z gromadzeniem materiałów archiwalnych, jeżeli zamówienia te nie służą wyposażaniu zamawiającego w środki trwałe przeznaczone do bieżącej obsługi jego działalności. Z kolei ustawa z dnia 14 lipca 1983 r. o narodowym zasobie archiwalnym i archiwach³²⁴ przewiduje, że zamówienie takie jest udzielane w sposób zapewniający przejrzystość, równe traktowanie podmiotów zainteresowanych wykonaniem zamówienia oraz z uwzględnieniem okoliczności mogących mieć wpływ na jego udzielenie³²⁵. W zakresie proceduralnym przepisy nakładają jedynie obowiązek zamieszczenia przez zamawiającego ogłoszenia o zamówieniu, informacji o udzieleniu zamówienia albo nieudzieleniu tego zamówienia na stronie podmiotowej w Biuletynie Informacji Publicznej, jeśli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwotę 130 000 zł³²⁶.

Analogicznie do zamówień z zakresu działalności archiwalnej została ujęta kwestia udzielania zamówień na dostawy lub usługi z zakresu działalności kulturalnej. W ustawie z dnia 25 października 1991 r. o organizowaniu i prowadzeniu działalności kulturalnej nałożono na podmiot prowadzący działalność kulturalną obowiązek udzielania zamówień w sposób zapewniający przejrzystość, równe traktowanie podmiotów zainteresowanych wykonaniem zamówienia oraz z uwzględnieniem okoliczności mogących mieć wpływ na jego udzielenie, a także obowiązek zamieszczenia ogłoszenia o udzielanym zamówieniu oraz o udzielonym już zamówieniu na stronie podmiotowej Biuletynu Informacji Publicznej. Obowiązki te dotyczą zamówień, których wartość jest równa lub przekracza kwotę 130 000 złotych³²⁷.

Podobnie uregulowano kwestie udzielania zamówień na określone usługi leśne. Ustawa z dnia 28 września 1991 r. o lasach wskazuje, że udzielanie takich zamówień odbywa się w sposób gwarantujący zachowanie uczciwej konkurencji oraz przestrzeganie zasad przejrzystości i równego traktowania. Ponadto podmiot prowadzący gospodarkę leśną, udzielając zamówienia zamieszcza informację o udzielanym zamówieniu oraz informację o udzieleniu zamówienia na swojej stronie podmiotowej Biuletynu Informacji Publicznej³²⁸. Na uwagę zasługuje jednak fakt, że w tym przypadku obowiązki informacyjne nie są związane tylko

³²⁴ Dz.U. z 220 r. poz. 164.

³²⁵ Art. 23b.

³²⁶ Art. 23a; art. 23d.

³²⁷ Art. 37a do 37d.

³²⁸ Art. 7 ust. 4-6.

z zamówieniami o wartości równej lub przekraczającej kwotę 130 000 zł, ale wszystkich wyłączonych z Pzp zamówień na usługi leśne.

Przywołać można również przykład zamówień udzielanych przez zarządzającego specjalną strefą ekonomiczną, będącego tzw. podmiotem prawa publicznego. Przepisy ustawy z dnia 20 października 1994 r. o specjalnych strefach ekonomicznych nakładają na takiego zamawiającego przede wszystkim obowiązki publikacyjne tj. zamieszczenia na stronie podmiotowej Biuletynu Informacji Publicznej ogłoszenia o udzielanym zamówieniu, informacji o udzieleniu zamówienia albo informacji o nieudzieleniu tego zamówienia. Dodatkowo przepisy wymagają, by udzielenie zamówienia odbywało się w sposób zapewniający zachowanie przejrzystości i równego traktowania podmiotów zainteresowanych wykonaniem zamówienia oraz z uwzględnieniem okoliczności mogących mieć wpływ na jego udzielenie³²⁹.

Wspomnieć można także o ustawie z dnia 5 września 2016 r. o szczególnych rozwiązaniach związanych z wystąpieniem afrykańskiego pomoru świń na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej. Ustawa wskazuje, że zamówień na dostawy mięsa wieprzowego pochodzącego z określonych obszarów udziela się poprzez wybór ofert. Przepisy nie regulują szczegółowo elementów procedury udzielenia zamówienia. Nakładają jedynie na zamawiającego obowiązki dotyczące: zamieszczenia ogłoszenia o udzielanym zamówieniu na stronie podmiotowej Biuletynu Informacji Publicznej, zapewnienia przejrzystości postępowania, równego traktowania podmiotów zainteresowanych wykonaniem zamówienia oraz uwzględniania okoliczności mogących mieć wpływ na jego udzielenie. Ustawa zobowiązuje również do zamieszczenia na stronie podmiotowej Biuletynu Informacji Publicznej informacji o udzieleniu zamówienia albo informacji o jego nieudzieleniu³³⁰.

2.4.9. Przykłady procedur określających konkursowy sposób udzielenia zamówienia

Wyboru podmiotu zarządzającego wirtualnym instytutem badawczym – zgodnie z postanowieniami ustawy z dnia 4 kwietnia 2019 r. o wspieraniu działalności naukowej z Funduszu Polskiej Nauki – dokonuje się w ramach tzw. otwartego konkursu ofert³³¹. Przepisy przewidują w tym zakresie obowiązek upublicznienia konkursu poprzez zamieszczenie ogłoszenia³³², określają niezbędne elementy składanych ofert oraz wskazania, które bierze się pod uwagę

³²⁹ Art. 8a.

³³⁰ Art. 2.

³³¹ Art. 7 ust. 1 pkt 2).

³³² Tamże, ust. 2.

przy ich rozpatrywaniu, jak potencjał organizacyjny i techniczny podmiotu składającego ofertę, doświadczenie podmiotu składającego ofertę w zakresie zarządzania projektami obejmującymi prowadzenie działalności naukowej oraz przewidywaną wysokość kosztów realizacji zadań podmiotu zarządzającego³³³.

Znacznie bardziej szczegółowe obowiązki udzielania zamówień wyłączonych z Pzp określa ustawa z dnia 27 sierpnia 2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych. Zgodnie z nią świadczeniodawca świadczeń gwarantowanych, finansowanych przez jednostkę samorządu terytorialnego, wyłania się w drodze konkursu ofert³³⁴. Zamawiający ogłasza konkurs ofert w swojej siedzibie i na swojej stronie internetowej co najmniej na 15 dni przed upływem wyznaczonego terminu składania ofert³³⁵. W ogłoszeniu zamawiający zawiera informacje niezbędne do prawidłowego przeprowadzenia konkursu, w szczególności wskazuje przedmiot konkursu ofert, wymagania stawiane oferentom, niezbędne do realizacji programu polityki zdrowotnej oraz termin i miejsce składania ofert³³⁶.

Przepisy nakładają również na instytucje zamawiające obowiązki informacyjne. O zawarciu umowy o świadczenia gwarantowane, jednostka samorządu terytorialnego jest obowiązana poinformować Prezesa Funduszu. Świadczeniodawca jest obowiązany przysłać do wiadomości Funduszu w terminie do 10. dnia każdego miesiąca, za miesiąc poprzedni, kopię dokumentów rozliczeniowych przedstawianych jednostce samorządu terytorialnego³³⁷.

Godne uwagi jest to, że zgodnie z przepisem ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych w zakresie nieuregulowanym w ustawie do trybu przeprowadzenia konkursu ofert i zawarcia umowy o realizację programu polityki zdrowotnej stosuje się odpowiednio przepisy kodeksu cywilnego dotyczące przetargu³³⁸.

Ustawa przewiduje również wyłączenia obowiązku przeprowadzania konkursu ofert, w przypadku gdy jednostka lub jednostki samorządu terytorialnego są w rozumieniu przepisów o działalności leczniczej podmiotami tworzącymi dla podmiotu leczniczego albo jedyne, albo większościowymi współnikami, albo akcjonariuszami w spółce kapitałowej będącej podmiotem leczniczym, który

³³³ Tamże, ust. 4-5.

³³⁴ Art. 9b ust. 1.

³³⁵ Art. 48b ust. 2.

³³⁶ Tamże, ust. 3.

³³⁷ Art. 9b ust. 7.

³³⁸ Art. 48b ust. 4.

udziela świadczeń gwarantowanych w zakresie odpowiadającym przedmiotowi umowy³³⁹.

Podobnie przedstawia się kwestia wyboru realizatorów programów polityki zdrowotnej. Wybór realizatora również dokonuje się w drodze konkursu ofert, rozpoczynanego ogłoszeniem, które określa przedmiot konkursu, wymagania stawiane oferentom, niezbędne do realizacji programu polityki zdrowotnej oraz termin i miejsce składania ofert³⁴⁰.

Przepisy przewidują również zwolnienie z obowiązku przeprowadzenia konkursu w sytuacji, gdy program polityki zdrowotnej może być realizowany tylko przez ograniczoną liczbę realizatorów z przyczyn o obiektywnym charakterze i nie jest to wynikiem celowego zawężenia kryteriów lub warunków realizacji programu oraz nie istnieje rozsądne rozwiązanie alternatywne lub rozwiązanie zastępcze. Nie ma także obowiązku organizacji konkursu, gdy konieczna jest natychmiastowa realizacja programu polityki zdrowotnej ze względu na wyjątkową sytuację niewynikającą z przyczyn leżących po stronie ministra właściwego do spraw zdrowia, której nie mógł on przewidzieć, a nie można zachować terminów określonych dla przeprowadzenia konkursu ofert. Rezygnacja z konkursu może również wystąpić w razie jego niepowodzenia tzn. gdy w przeprowadzonym uprzednio konkursie ofert nie wpłynęła żadna oferta lub wpłynęła oferta, która ze względu na braki lub niespełnienie wymagań określonych w ogłoszeniu o przeprowadzeniu konkursu ofert, nie podlegała ocenie, a nie można zachować terminów określonych dla przeprowadzenia kolejnego konkursu ofert³⁴¹.

W sytuacji, gdy konkurs nie musi być organizowany, powierzenie realizacji programu polityki zdrowotnej realizatorowi następuje na podstawie upoważnienia. W powierzeniu określa się zakres powierzonych zadań oraz okres ich realizacji. Niezależnie od upoważnienia minister właściwy do spraw zdrowia może zawrzeć z realizatorem programu polityki zdrowotnej umowę określającą warunki realizacji powierzonych zadań, jednak z wyłączeniem programów polityki zdrowotnej zleconych Funduszowi³⁴².

Ustawa przewiduje także i w tym przypadku, że w zakresie nieuregulowanym w ustawie do trybu przeprowadzenia konkursu ofert i zawarcia umów o realizację programu polityki zdrowotnej stosuje się odpowiednio przepisy kodeksu cywilnego dotyczące przetargu³⁴³.

³³⁹ Art. 9b ust. 3-4.

³⁴⁰ Art. 48b ust. 1-3.

³⁴¹ Tamże, ust. 1a.

³⁴² Tamże, ust. 1b.

³⁴³ Art. 48b ust. 4.

Szczegółowo ujmuje procedury udzielania zamówień również ustawa z dnia 27 sierpnia 2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych. Zgodnie z nią Narodowy Fundusz Zdrowia zawiera umowy o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej w trybie konkursu ofert albo rokowań³⁴⁴.

W celu przeprowadzenia postępowania w sprawie zawarcia umowy o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej w trybie konkursu ofert zamieszczane jest ogłoszenie o konkursie. Natomiast w celu przeprowadzenia rokowań po zamieszczeniu ogłoszenia Fundusz wysyła zaproszenia³⁴⁵. Przepisy określają konieczną treść ogłoszenia oraz nakładają na Prezesa Fundusz obowiązek powołania komisji konkursowej³⁴⁶.

Ustawa określa również szczegółowe wymagania związane z określaniem warunków zamówienia. Zgodnie z nią przedmiot zamówienia należy opisywać w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Przedmiotu zamówienia nie można jednak opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję oraz przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, chyba że jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia lub zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy „lub równoważne” lub inne równoznaczne wyrazy³⁴⁷. Przepisy określają również zasady stosowania Polskich Norm wprowadzających europejskie normy zharmonizowane przy opisywaniu cech technicznych i jakościowych³⁴⁸.

Podobnie jak w przypadku przetargu, konkurs ofert prowadzony na podstawie przepisów ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych składa się z części jawnej i niejawnej. W części jawnej konkursu komisja w obecności oferentów stwierdza prawidłowość ogłoszenia konkursu ofert oraz liczbę złożonych ofert, otwiera oferty oraz ustala m. in. które z ofert spełniają warunki umów o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej. W części jawnej konkursu komisja przyjmuje również do protokołu zgłoszone przez oferentów wyjaśnienia lub oświadczenia³⁴⁹.

Część niejawna konkursu związana jest z kolei z czynnościami wyboru ofert najkorzystniejszych albo z prowadzeniem negocjacji w celu ustalenia liczby

³⁴⁴ Art. 139 ust. 1.

³⁴⁵ Tamże, ust. 2-3.

³⁴⁶ Art. 139 ust. 3-4.

³⁴⁷ Art. 140.

³⁴⁸ Art. 141.

³⁴⁹ Art. 142 ust. 3-4.

planowanych do udzielenia świadczeń opieki zdrowotnej oraz ceny za udzielane świadczenia opieki zdrowotnej. Komisja ma obowiązek przeprowadzić negocjacje co najmniej z dwoma oferentami, o ile w konkursie bierze udział więcej niż jeden oferent. Procedura konkursowa przewiduje, że porównanie ofert w toku postępowania w sprawie zawarcia umowy o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej dokonuje się według jawnych i niezmiennych w trakcie postępowania kryteriów wyboru ofert, które dotyczą jakości, kompleksowości, dostępności, ciągłości oraz ceny udzielanych świadczeń opieki zdrowotnej³⁵⁰.

W części niejawnej konkursu może również nastąpić jego rozstrzygnięcie polegające na niewybraniu najkorzystniejszej oferty spośród ofert złożonych, jeżeli nie wynika z nich możliwość właściwego udzielania świadczeń opieki zdrowotnej³⁵¹. Informację o rozstrzygnięciu konkursu ofert ogłasza się w miejscu i terminie określonych w ogłoszeniu o konkursie ofert³⁵².

W przypadkach określonych w ustawie zawarcie umowy o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej może nastąpić w drodze rokowań. Tryb ten jest jednak wyjątkowy i może być przeprowadzony tylko wówczas, gdy uprzednio prowadzone postępowanie w trybie konkursu ofert zostało unieważnione, a szczególne warunki postępowania w sprawie zawarcia umowy o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej są takie same jak w konkursie ofert lub zachodzi pilna potrzeba zawarcia umowy o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej, której wcześniej nie można było przewidzieć. Rokowania zamiast konkursu mogą się także odbyć, gdy jest ograniczona liczba świadczeniodawców, nie większa niż pięciu, mogących udzielać świadczeń opieki zdrowotnej będących przedmiotem postępowania w sprawie zawarcia umów o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej³⁵³.

Jak wskazują przepisy ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych przez rokowania rozumie się tryb zawierania umów o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej, w którym prowadzi się postępowanie w sprawie ustalenia ceny i liczby świadczeń opieki zdrowotnej oraz warunków ich udzielania. Rokowania prowadzi się z taką liczbą świadczeniodawców, która zapewni wybór najkorzystniejszej oferty lub większej liczby ofert oraz sprawny przebieg postępowania, nie mniejszą jednak niż trzech, chyba że ze względu na specjalistyczny charakter świadczeń opieki zdrowotnej lub ograniczoną dostępność do świadczeń jest mniej świadczeniodawców mogących ich udzielać³⁵⁴.

³⁵⁰ Art. 147-148.

³⁵¹ Art. 142 ust. 5-7.

³⁵² Art. 151 ust. 2.

³⁵³ Art. 144.

³⁵⁴ Art. 143 ust. 2.

Podobnie jak w przypadku konkursu rokowania składają się z części jawnej i niejawnej³⁵⁵. Część jawną rokowań otwiera zaproszenie do udziału w rokowaniach. Przy czym, w przypadku unieważnienia uprzednio prowadzonego postępowania w trybie konkursu, do udziału w rokowaniach zaprasza się świadczeniodawców, których oferty nie zostały odrzucone w unieważnionym konkursie ofert. Natomiast w pozostałych przypadkach zaprasza się do udziału w rokowaniach świadczeniodawców mogących udzielać świadczeń zdrowotnych będących przedmiotem postępowania w sprawie zawarcia umów o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej³⁵⁶. Informację o rozstrzygnięciu rokowań ogłasza się na tablicy ogłoszeń oraz na stronie internetowej Funduszu³⁵⁷.

Ustawa określa także przesłanki odrzucenia oferty³⁵⁸, unieważnienia postępowania³⁵⁹, przesłanki nieważności umowy o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej³⁶⁰, jej formę czy czas, na jaki może zostać zawarta³⁶¹.

Ustawa o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych przewiduje też środki ochrony prawnej dla uczestników procedury prowadzonej w celu zawarcia umowy. Przepisy określają, że świadczeniodawcom, których interes prawny doznał uszczerbku w wyniku naruszenia przez Fundusz zasad przeprowadzania postępowania w sprawie zawarcia umowy o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej, przysługuje protest, odwołanie oraz skarga. Wskazane środki ochrony prawnej nie przysługują jednak na wybór trybu postępowania, niedokonanie wyboru świadczeniodawcy oraz unieważnienie postępowania w sprawie zawarcia umowy o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej³⁶².

Protest składany jest do komisji, a jego ewentualne uwzględnienie skutkuje koniecznością powtórzenia przez komisję zaskarżonej czynności³⁶³. Z kolei odwołanie dotyczy rozstrzygnięcia postępowania i wnoszone jest do Prezesa Funduszu. Wniesienie odwołania wstrzymuje zawarcie umowy o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej do czasu jego rozpatrzenia. Rozpatrzenie odwołania ma postać decyzji administracyjnej uwzględniającej lub oddalającej odwołanie. W przypadku uwzględnienia odwołania dotyczącego rozstrzygnięcia postępowania w sprawie zawarcia umowy o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej, przeprowadza się postępowanie w trybie rokowań ze świadczeniodawcą, który złożył wskazane odwołanie, chyba że z opisu przedmiotu zamówienia

³⁵⁵ Tamże, ust. 3.

³⁵⁶ Art. 145.

³⁵⁷ Art. 151 ust. 3.

³⁵⁸ Art. 149.

³⁵⁹ Art. 150.

³⁶⁰ Art. 155.

³⁶¹ Art. 155-156.

³⁶² Art. 152.

³⁶³ Art. 153.

wynika, że umowę o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej zawiera się z jednym świadczeniodawcą na danym obszarze. W takim przypadku Prezes Funduszu ponownie przeprowadza postępowanie w sprawie zawarcia umowy. Decyzja Prezesa Funduszu jest ostateczna, a świadczeniodawcy przysługuje od niej skarga do sądu administracyjnego³⁶⁴.

Sposób ogłaszania o postępowaniu w sprawie zawarcia umowy o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej, składania ofert, a także powoływania i odwoływania komisji konkursowej określa aktualnie Rozporządzenie Ministra Zdrowia z dnia 14 października 2020 r.³⁶⁵. Rozporządzenie reguluje m. in. zasady żądania przez komisję konkursową wyjaśnień od oferentów, dotyczących ich ofert, a także uprawnia komisję do przeprowadzania weryfikacji oferenta w celu potwierdzenia prawdziwości i prawidłowości danych zawartych w jego ofercie. Komisja ma w związku z tym prawo zażądania od oferenta przedstawiania dokumentów potwierdzających dane i informacje przekazane przez niego w toku postępowania³⁶⁶. Komisja konkursowa odwoływana jest przez Prezesa Funduszu albo dyrektora oddziału z chwilą ogłoszenia o rozstrzygnięciu postępowania albo wysłania informacji o unieważnieniu postępowania w sprawie zawarcia umowy o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej.

Konkurs ofert jest również trybem udzielania zamówień na udzielanie świadczeń zdrowotnych, do których odnoszą się zapisy ustawy z dnia 15 kwietnia 2011 r. o działalności leczniczej. W tym zakresie odpowiednie zastosowanie znajdują przedstawione wyżej regulacje zawarte w ustawie o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych, przy czym prawa i obowiązki Prezesa Funduszu i dyrektora oddziału wojewódzkiego Funduszu wykonuje kierownik podmiotu leczniczego udzielającego zamówienia³⁶⁷. Ustawa reguluje m. in. zasady szacowania wartości zamówień³⁶⁸ oraz określa wymagania dotyczące formy, niezbędnej treści umowy, czas, na jaki może być zawarta czy przesłanki jej nieważności lub rozwiązania³⁶⁹.

Na marginesie warto zwrócić uwagę na kwestie charakteru prawnego umów dotyczących udzielania świadczeń zdrowotnych. W literaturze formułowane są odmienne poglądy w tej materii. Np. Z. Kubot stwierdza, że umowa o udzielenie świadczeń zdrowotnych ma charakter cywilnoprawny i jest przykładem umowy

³⁶⁴ Art. 154.

³⁶⁵ Rozporządzenie Ministra Zdrowia z dnia 14 października 2020 r. w sprawie sposobu ogłaszania o postępowaniu w sprawie zawarcia umowy o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej, składania ofert, powoływania i odwoływania komisji konkursowej, jej zadań oraz trybu pracy (Dz.U. z 2020 r. poz. 1858).

³⁶⁶ § 17 ust. 2.

³⁶⁷ Art. 26 ust. 2.

³⁶⁸ Art. 26a.

³⁶⁹ Art. 27.

nazwanej, dwustronnie zobowiązującej, profesjonalnej, kwalifikowanej podmiotowo i wyróżnianej pod względem treści i sposobu zawarcia³⁷⁰. Podobny pogląd reprezentuje D. Kijowski³⁷¹. Z kolei K. Ziemiński zachowuje ostrożne stanowisko, stwierdzając jedynie potrzebę głębszej analizy istoty takich umów³⁷². Nie brakuje także poglądów, zgodnie z którymi umowy o udzielenie świadczeń zdrowotnych kwalifikuje się jako umowy publicznoprawne³⁷³.

2.5. Procedury udzielania zamówień pozaustawowych wynikające ze zobowiązań międzynarodowych

Jak wspomniano wyżej, przykładem zamówień pozaustawowych są również zamówienia wyłączone z Pzp ze względu na obowiązek stosowania procedur wynikających ze zobowiązań międzynarodowych. Przepisów ustawy nie stosuje się bowiem do zamówień klasycznych oraz zamówień sektorowych lub konkursów, których zamawiający jest obowiązany udzielić lub które ma obowiązek przeprowadzić na podstawie innej, niż określona ustawą, procedury organizacji międzynarodowej. Wyłączenie dotyczy również udzielania zamówień udzielanych na podstawie procedury wynikającej z porozumienia tworzącego zobowiązanie prawnomiędzynarodowe, jak umowa międzynarodowa zawarta między Rzeczpospolitą Polską a jednym lub wieloma państwami niebędącymi członkami Unii Europejskiej, w celu pozyskania dostaw, usług lub robót budowlanych na potrzeby zrealizowania lub prowadzenia wspólnego przedsięwzięcia.

Art. 9 dyrektywy klasycznej w ramach przywołanego wyłączenia wskazuje na „instrument prawny tworzący zobowiązanie prawnomiędzynarodowe” określający procedury udzielenia zamówień. Natomiast Pzp odnosi się do „porozumienia tworzącego zobowiązanie prawnomiędzynarodowe”. Różnica w ujęciu tej kwestii ma wymiar jedynie stylistyczny i nie przekłada się na odmienny zakres zastosowania omawianego wyłączenia. Zdaniem W. Hartunga do instrumentów takich należą wszelkie traktaty w rozumieniu Konwencji wiedeńskiej o prawie traktatów podpisanej w Wiedniu 22.05.1969 r, a także jakiegokolwiek instrumenty wiążące z prawnomiędzynarodowego punktu widzenia³⁷⁴.

³⁷⁰ Z. Kubot, Umowa o udzielenie zamówienia na świadczenia zdrowotne, Prawo i Medycyna nr 8/2000, s. 17, s. 28–29; Z. Kubot, Umowa o udzielenie zamówienia na świadczenie zdrowotne, Wrocław 2001, s. 161–163.

³⁷¹ D. Kijowski, Umowy w administracji..., s. 289.

³⁷² K. Ziemiński, Formy prawne realizacji..., s. 61.

³⁷³ Z. Leoński, Zarys prawa administracyjnego..., s. 307.

³⁷⁴ Dyrektywa 2014/24/UE w sprawie zamówień publicznych. Komentarz, W. Hartung, M. Bağaj, T. Michalczyk, M. Wojciechowski, J. Krysa, K. Kuźma, 2015, s. 190.

Należy także wspomnieć o wynikającym z dyrektywy zastrzeżeniu, zgodnie z którym instrumenty prawne tworzące zobowiązania prawnomiędzynarodowe, w tym umowy międzynarodowe muszą być zawarte zgodnie z Traktatami. Oznacza to zapewnienie zgodności procedur wynikających ze zobowiązań międzynarodowych z zasadami prawa europejskiego związanymi ze swobodami rynku wewnętrznego, w tym zasadą równego traktowania i niedyskryminacji wykonawców.

Tytułem przykładu przywołać można procedury udzielania zamówień określone przez Organizację Narodów Zjednoczonych. M. Lubiszewski wskazuje, że udzielanie zamówień publicznych przez podmioty należące do systemu Organizacji Narodów Zjednoczonych oparte są na następujących zasadach:

- 1) zasadzie najlepszego stosunku jakości do ceny (ang. *Best Value for Money Principle*),
- 2) zasadzie odpowiedzialności, uczciwości i przejrzystości (ang. *Accountability, Integrity and Transparency Principle*),
- 3) zasadzie uczciwej i skutecznej konkurencji (ang. *Fairness and Effective Competition Principle*),
- 4) zasadzie najlepszego interesu danej organizacji Narodów Zjednoczonych (ang. *Principle of the Best Interest of the UN Organization Concerned*)³⁷⁵.

Wewnętrzne przepisy finansowe funkcjonujące w ramach systemu ONZ pozwalają też wyróżnić różne procedury udzielania zamówień, w tym formalne metody zapraszania do składania ofert (tj. zaproszenia do składania ofert (ang. *Invitation to Bid – ITB*) oraz zapytania ofertowe (ang. *Request for Proposal – RFP*) oraz nieformalne metody zapraszania do składania ofert – zapytanie o cenę (ang. *Request for Quotation – RFQ*).³⁷⁶

Zamówienie udzielane jest wykonawcy, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza, a dowodem udzielenia zamówienie jest pisemny kontrakt. Jednak przepisy finansowe ONZ pozwalają również na zawieranie umów przy pomocy standardowych druków zamówienia (ang. *Purchase Order*)³⁷⁷.

2.6. Procedury udzielania zamówień pozaustawowych wynikające z czynności dwustronnych oraz z decyzji administracyjnych

Obowiązki związane z udzielaniem zamówień pozaustawowych mogą również wynikać ze szczególnego źródła, jakim są dwustronne zobowiązania

³⁷⁵ M. Lubiszewski, *Zamówienia Publiczne Organizacji Narodów Zjednoczonych – Praktyczny Przewodnik*, Warszawa 2019, s. 53.

³⁷⁶ Tamże, s. 62-63.

³⁷⁷ Tamże, s. 105.

albo decyzja administracyjna. Przykładem mogą być tu procedury wynikające z umów o dofinansowanie projektów albo z decyzji o dofinansowaniu projektu realizowanych w ramach programów operacyjnych³⁷⁸.

Zarówno umowa o dofinansowanie projektu zawierana przez instytucję zamawiającą jako beneficjenta z instytucją zarządzającą lub działającą w jej imieniu instytucją pośredniczącą albo instytucją wdrażającą, jak i decyzja podejmowana przez instytucję zarządzającą lub instytucję pośredniczącą stanowią podstawę dofinansowania projektu³⁷⁹. Dodatkowo, zgodnie z brzmieniem art. 206 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych umowy o dofinansowanie określają szczegółowe warunki dofinansowania określonego projektu, w tym harmonogram dokonywania wydatków oraz zobowiązanie do stosowania odpowiednich wytycznych³⁸⁰.

Umowa o dofinansowanie jest instrumentem konsensualnej formy dystrybucji środków unijnych³⁸¹. Należy jednak zasygnalizować kwestie charakteru prawnego umów o dofinansowanie. W literaturze oraz orzecznictwie przeświadczeniu o cywilnoprawnej istocie umów o dofinansowanie towarzyszą spostrzeżenia dotyczące wpływu unormowań publicznych na ich konstrukcję³⁸². Naczelny Sąd Administracyjny w uchwale z 27.10.2014 r. stwierdził, że nie wszystkie elementy tej relacji wyznaczonej umową o dofinansowanie mają charakter cywilnoprawny. Ustawodawca wprowadził do tych stosunków prawnych, łączących strony umowy o dofinansowanie, elementy publicznoprawne, stanowiące dodatkowe gwarancje, zapewniające prawidłową realizację umowy. Wyposażył instytucję zarządzającą w atrybut władzy administracyjnej w postaci orzekania o zwrocie dofinansowania w drodze decyzji administracyjnej³⁸³. W opinii R. Talagi termin „umowa o dofinansowanie” świadczy o istnieniu

³⁷⁸ Zob. np. mowa w art. 5 pkt 9 ustawy o zasadach prowadzenia polityki rozwoju, w art. 17 ust. 1 oraz w art. 19 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 10 lipca 2015 r. o wspieraniu zrównoważonego rozwoju sektora rybackiego z udziałem Europejskiego Funduszu Morskiego i Rybackiego albo w art. 9 pkt 4 lit. b ustawy z dnia 3 kwietnia 2009 r. o wspieraniu zrównoważonego rozwoju sektora rybackiego z udziałem Europejskiego Funduszu Rybackiego.

³⁷⁹ Art. 28 ust. 2; art. 30 ust. 1 ustawy o zasadach prowadzenia polityki rozwoju.

³⁸⁰ Zob. np. art. 2 pkt 32 ustawy z dnia 11 lipca 2014 r. o zasadach realizacji programów w zakresie polityki spójności finansowanych w perspektywie finansowej 2014–2020 (Dz.U. z 2020 r. poz. 818) albo art. 134a pkt 6 ustawy z dnia 12 marca 2004 r. o pomocy społecznej (Dz.U. z 2020 r. poz. 1876).

³⁸¹ R. Talaga, Ewolucja umowy o dofinansowanie projektu ze środków europejskich w polskim systemie prawnym, IUSNOVUM nr 1/2019, s. 182.

³⁸² A. Piwowarczyk, Rola zamówień publicznych w realizacji polityki spójności w perspektywie 2014–2020, Prawo Zamówień Publicznych nr 1/2020, s. 87–88; A. Piwowarczyk, Procedury zamówień publicznych w projektach współfinansowanych ze środków funduszy strukturalnych, Katowice 2017, s. 49.

³⁸³ Uchwała Składu Siedmiu Sędziów Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 27 października 2014 r. II GPS 2/14.

odrębnego rodzaju umowy, z wyznaczonymi ustawowo *essentialia negotii*, kształtującymi jej swoisty charakter³⁸⁴. Z kolei A. Piwowarczyk stwierdza, że w polskiej nauce dominuje pogląd o adhezyjnym charakterze umów o dofinansowanie, wynikający m. in. z obowiązujących wzorców takich umów³⁸⁵.

Jednakże umowa o dofinansowanie może być rozważana jako przykład umowy o publicznoprawnym charakterze (umowy publicznoprawnej czy administracyjnej) w rozumieniu przedstawianym przez niektórych przedstawicieli doktryny. Np. dla M. Kotulskiego „Umowa administracyjno-prawna jest niewładczą formą działania administracji realizowaną poprzez wielostronną czynność z zakresu prawa administracyjnego, dokonaną przez podmioty, z których przynajmniej jeden wykonuje zadania z zakresu administracji publicznej, a dochodzącą do skutku na podstawie zgodnych oświadczeń woli tych podmiotów niepowiązanych ze sobą węzłami podległości organizacyjnej lub służbowej”³⁸⁶. Podobnie A. Panasiuk, który stwierdza, że „umowa publicznoprawna to dwustronny, elastyczny stosunek prawny nawiązany między podmiotami publicznymi lub podmiotem publicznym i podmiotem prywatnym; stosunek którego celem jest realizacja zadań publicznych zaspokajających interes publiczny”³⁸⁷. Umowy administracyjne jawią się więc jako dwustronne działanie administracji, które służy wykonywaniu norm prawa publicznego i wymaga zgodnych oświadczeń woli stron. Z kolei w opinii D. Kijowskiego o administracyjnoprawnym charakterze umów przesądza „bezpośrednie wywoływanie skutków w sferze prawa administracyjnego, np. poprzez określenie uprawnień lub obowiązków jednostki wobec organu wykonującego zadania z zakresu administracji publicznej”³⁸⁸. Biorąc pod uwagę konstrukcję prawną umowy o dofinansowanie projektu, powiązane z nią aspekty administracyjnoprawne, a także fakt, że jej realizacja służy wykonywaniu określonych zadań publicznych można uznać ją za publicznoprawną, konsensualną, dwustronną formę działania administracji publicznej. Nie bez znaczenia jest również fakt, że umowa o dofinansowanie funkcjonuje w polskim systemie prawnym obok decyzji administracyjnej o dofinansowaniu projektu, jako jedna z dwóch form działania administracji w tym obszarze. Oznacza to, że dla ustawodawcy analogiczna sytuacja beneficjenta dofinansowania może być niekiedy kształtowana za pomocą czynności dwustronnej, a w innych przypadkach za pomocą aktu administracyjnego. Można rzec, że umowa o dofinansowanie stanowi na gruncie

³⁸⁴ R. Talaga, *Ewolucja umowy ...*, s. 186.

³⁸⁵ A. Piwowarczyk, *Rola zamówień publicznych w realizacji polityki spójności w perspektywie 2014–2020*, *Prawo Zamówień Publicznych* nr 1/2020, s. 87.

³⁸⁶ M. Kotulski, *Normy kontraktowe jako przejaw tworzenia i stosowania prawa administracyjnego*, [w:] *Źródła prawa administracyjnego*. Konferencja z okazji 100 rocznicy urodzin Profesora Jerzego Stefana Langroda, red. J. Zimmermann, P. Dobosz, Kraków 2005, s. 142.

³⁸⁷ A. Panasiuk, *Umowa publicznoprawna (próba definicji)*, *Państwo i Prawo* nr 2/2008 s. 30.

³⁸⁸ D. Kijowski, *Umowy w administracji...*, s. 296.

obowiązujących regulacji alternatywę dla decyzji administracyjnej czy też jej surogatem³⁸⁹.

Zarówno umowa o dofinansowanie, jaki i decyzja administracyjna są źródłem obowiązku stosowania określonych procedur udzielania zamówień pozaustawowych. W tym zakresie wskazane akty prawne odsyłają do źródeł zewnętrznych, w tym m. in., wytycznych w zakresie kwalifikowalności wydatków realizowanych w ramach projektów czy programów unijnych. Wytyczne można opisać jako instrument prawny określający ujednoczone warunki i procedury realizacji określonych programów. Kierowane są do instytucji uczestniczących w realizacji programów, ale stosowane nie tylko przez te instytucje na podstawie właściwego porozumienia, kontraktu terytorialnego albo umowy, ale także przez beneficjentów właśnie na podstawie umowy o dofinansowanie projektu albo decyzji o dofinansowaniu projektu. Na przykład, zgodnie z Wytycznymi Ministra Finansów w zakresie kwalifikowalności wydatków w ramach Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego oraz Funduszu Spójności na lata 2014-2020, instytucja będąca stroną umowy o dofinansowanie projektu zobowiązuje w umowie beneficjenta do przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia o wartości szacunkowej przekraczającej 50 tys. PLN netto w sposób zapewniający przejrzystość oraz zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców³⁹⁰. Spełnienie powyższych wymogów następuje w drodze zastosowania Pzp albo tzw. zasady konkurencyjności.

Obowiązki wynikające z tzw. zasady konkurencyjności spoczywają na beneficjentach niebędących zamawiającymi w rozumieniu Pzp w przypadku zamówień przekraczających wartość 50 tys. PLN netto, oraz beneficjentach będących zamawiającymi w rozumieniu Pzp w przypadku zamówień o wartości niższej niż kwoty określone w art. 2 ust. 1 Pzp, a jednocześnie przekraczającej 50 tys. PLN netto³⁹¹. Przy czym, w przypadku beneficjenta, który jest zamawiającym w rozumieniu Pzp, zasadę konkurencyjności uznaje się za spełnioną także wówczas, jeżeli postępowanie o udzielenie zamówienia przeprowadzone jest na zasadach i w trybach określonych w Pzp³⁹².

W celu spełnienia zasady konkurencyjności zamawiający jest zobowiązany m. in. upublicznić odpowiednie zapytanie ofertowe oraz wybrać najkorzystniejszą ofertę zgodną z opisem przedmiotu zamówienia złożoną przez wykonawcę spełniającego warunki udziału w postępowaniu, w oparciu o ustalone w zapytaniu ofertowym kryteria oceny. Upublicznienie zapytania ofertowego polega na

³⁸⁹ E. Ochendowski, *Prawo administracyjne*. Część ogólna, Toruń 2009, s. 110.

³⁹⁰ <https://www.funduszeuropejskie.gov.pl>, dostęp: 01.05.2021.

³⁹¹ Pkt 6.5.2.1).

³⁹² Pkt 6.5.2.4).

jego umieszczeniu w tzw. bazie konkurencyjności, a w przypadku zawieszenia działalności bazy, na skierowaniu zapytania ofertowego do co najmniej trzech potencjalnych wykonawców, o ile na rynku istnieje trzech potencjalnych wykonawców danego zamówienia oraz upublicznieniu tego zapytania co najmniej na stronie internetowej beneficjenta, o ile posiada taką stronę. Upublicznienie zapytania ofertowego oznacza wszczęcie postępowania o udzielenie zamówienia w ramach projektu³⁹³. Beneficjent jest zobowiązany udokumentować wybór oferty protokołem postępowania o udzielenie zamówienia³⁹⁴. Po przeprowadzeniu procedury następuje zawarcie umowy z wykonawcą w formie pisemnej lub elektronicznej (wraz z kwalifikowanym podpisem elektronicznym)³⁹⁵.

Z kolei tzw. rozeznanie rynku przeprowadza się w przypadku zamówień o wartości od 20 tys. PLN netto do 50 tys. PLN netto łącznie, a jego celem jest potwierdzenie, że usługa, dostawa lub robota budowlana, która będzie wykonana po udzieleniu zamówienia zostanie wykonana po cenie rynkowej³⁹⁶. W związku z tym beneficjent jest zobowiązany udokumentować dokonanie analizy cen oferowanych na rynku produktów³⁹⁷.

2.7. Procedury udzielania zamówień pozaustawowych wynikające z wewnętrznych procedur zamawiającego

W udzielaniu zamówień pozaustawowych niebagatelną rolę odgrywają wewnętrzne procedury funkcjonujące w instytucjach zamawiających. Przybierają one najczęściej postać instrukcji czy regulaminów udzielania zamówień, do których nie stosuje się ustawy Prawo zamówień publicznych. Procedury takie należy traktować jako zbiór istniejących w danej jednostce aktów wewnętrznych, których celem jest organizacja procesów zachodzących w jednostce, a w szczególności procesów gospodarczych. W obszarze działalności zamawiających będących zakładami administracyjnymi procedura jest aktem kierownictwa wewnętrznego czy inaczej aktem prawa zakładowego. W związku z tym jego wprowadzanie powinno odbywać się w trybie właściwym do wydawania zarządzeń. Zarządzenia w sprawie nadania procedury lub regulaminu nie stanowią źródła prawa miejscowego, nie jest zatem wymagane ogłaszanie takich zarządzeń³⁹⁸.

³⁹³ Pkt 6.5.2. 12).

³⁹⁴ Pkt 6.5.2. 18).

³⁹⁵ Pkt 6.5.2. 19).

³⁹⁶ Pkt 6.5.1.1).

³⁹⁷ Pkt 6.5.1.2).

³⁹⁸ Zgodnie z ustawą z dnia 20 lipca 2000 r. o ogłaszaniu aktów normatywnych i niektórych innych aktów prawnych (Dz.U. z 2019 r. poz. 1461).

W ramach regulacji wewnętrznych wyróżnić można wszelkie akty wewnętrzne o charakterze organizacyjnym, czyli takie w których dominują postanowienia określające strukturę jednostki, więzi organizacyjne, kompetencje, obowiązki itp. (czyli akty o charakterze ogólnym jak regulaminy organizacyjne, oraz indywidualnym jak zakresy obowiązków, upoważnienia etc.) i proceduralnym, w których znaczącą część stanowią reguły postępowania w ramach określonych procesów. Z kolei w ramach wewnętrznych aktów o charakterze proceduralnym wyróżnić można procedury określające prawidłowy przebieg procesów gospodarczych (np. instrukcja kasowa, instrukcja inwentaryzacyjna, regulamin udzielania zamówień publicznych, procedura kontroli zaciągania zobowiązań w jednostce, instrukcja obiegu dokumentów), oraz procedury wewnętrznej kontroli instytucjonalnej (np. regulamin kontroli wewnętrznej w urzędzie).

W praktyce przedmiot regulacji regulaminów i procedur zamówień pozaustawowych dotyczy głównie organizacji czynności związanych w istocie z dokonywaniem zakupów. Z kolei procedury określające sam proces zaciągania zobowiązań i dokonywania wydatków ze środków publicznych w ramach zamówień publicznych uszczegóławiają i konkretyzują zazwyczaj odrębne procedury w jednostce.

Model wprowadzania procedur wewnętrznych w jednostkach zamawiających nie jest jednolity i z góry narzucony. Praktyka dopuszcza szereg sposobów ustalania procedur zamówień publicznych. Niekiedy procedury wewnętrzne stanowią dokument o takiej właśnie nazwie, w innych przypadkach na procedury wewnętrzne składają się rozsiane w dokumentacji jednostki reguły postępowania dotyczące środków publicznych.

Obowiązki związane z udzielaniem zamówień publicznych mogą więc być zawarte w różnych dokumentach, które określają działania podejmowane przez osoby sprawujące funkcje kierownicze w instytucji zamawiającej albo przez innych pracowników. Przykładem będzie tu powierzenie obowiązków. Sposób dokumentowania skutecznego powierzenia obowiązków w jednostkach sektora finansów publicznych został określony w FinPublU³⁹⁹, gdzie wskazano, że przyjęcie przez pracownika powierzonych przez kierownika obowiązków w zakresie gospodarki finansowej powinno być potwierdzone dokumentem w formie odrębnego imiennego upoważnienia albo wskazania w regulaminie organizacyjnym jednostki⁴⁰⁰. Pojęcie „odrębne imienne upoważnienie” oznacza

³⁹⁹ Art. 53 ust. 2 FinPublU.

⁴⁰⁰ „Kierownik jednostki może powierzyć określone obowiązki w zakresie gospodarki finansowej pracownikom jednostki, ale przyjęcie tych obowiązków musi być przez te osoby stwierdzone dokumentem” (orzeczenie Głównej Komisji Orzekającej z 31 marca 2003 r., DF/GKO/Odw.-155/200-201/2002).

każdy dokument, który indywidualnie określa kompetencje danego pracownika (przez wskazanie jego imienia i nazwiska), jak np. w zakresach czynności lub obowiązków, towarzyszących umowom o pracę. Powierzenie obowiązków pracownikowi może również odbyć się w drodze odpowiedniego wskazania w regulaminie organizacyjnym jednostki.

Określone w procedurach i indywidualnych zakresach obowiązków zadania dotyczące zamówień pozaustawowych obejmują najczęściej opis czynności przygotowawczych, opis sposobu zakupu (zawarcia umowy) oraz opis sposobu udokumentowania zamówienia. Czynności związane z przygotowaniem postępowania o udzielenie zamówienia opisywane w regulaminach i procedurach dotyczą zazwyczaj kwestii szacowania wartości i opisu przedmiotu zamówienia, rozeznania rynku czy określenia wewnętrznych procesów uzgodnień i zatwierdzeń. Z kolei opis sposobu udzielania zamówień powinien stanowić najczęściej uszczegółowienie kodeksowych sposobów zawierania umów.

Zawarte w regulaminach wymogi dokumentacji czynności, podejmowanych w zamówieniach, mogą natomiast obejmować etap przygotowawczy, etap związany z samym udzieleniem zamówienia i wreszcie samą umowę. Sposób dokumentowania czynności dokonywanych w ramach zakupów zależy jednak od przyjętych w jednostce rozwiązań organizacyjnych i celów, dla jakich utrwała się podejmowane działania. Nierzadko też dokumentowanie czynności pozwala na identyfikację osób uczestniczących w procesie zakupu, a w konsekwencji na wskazanie odpowiedzialnych za określone nieprawidłowości. Przykładem są notatki służbowe czy protokoły czynności. Jednym z często wykorzystywanych w praktyce zamówień publicznych dokumentów jest też tzw. wniosek o zakup. Zawiera on zazwyczaj podstawowe informacje dotyczące udzielanego zamówienia, takie jak opis przedmiotu zamówienia, szacunkowa wartość zamówienia, podstawa prawna jego dokonywania etc. Szczególnym powodem sporządzania wniosków o zakup jest wskazanie osób odpowiedzialnych za dokonanie najważniejszych czynności, takich jak zgłoszenie potrzeby zakupu, wstępna kontrola zgodności operacji z planem finansowym, zatwierdzenie zamówienia i dokonanie zakupu.

2.8. Problematyka informatyzacji procesu udzielenia zamówienia pozaustawowego

W ramach problematyki prawnych aspektów udzielania zamówień pozaustawowych na wzmiankę zasługuje problematyka informatyzacji. Informatyzację można opisać jako proces wdrażania metod i technik przetwarzania informacji za pomocą systemów informatycznych⁴⁰¹, obejmujących urządzenia wraz z oprogramowaniem komputerowym, w tym urządzenia służące komunikacji (systemy teleinformatyczne). Jej przejawem na gruncie zamówień pozaustawowych jest np. możliwość stosowania elektronicznych aukcji albo możliwość posługiwania się środkami komunikacji elektronicznej⁴⁰². Informatyzacja zamówień pozaustawowych, w tym stosowanie przez zamawiających zaawansowanych technologicznie rozwiązań pozwala wpisać praktykę udzielania takich zamówień w obszar tzw. „inteligentnego kontraktowania” (ang. *smart contracts*)⁴⁰³.

W zamówieniach pozaustawowych sposób komunikacji między zamawiającym a wykonawcami może odbywać się przy użyciu środków wskazanych przez zamawiającego, w tym za pomocą środków komunikacji elektronicznej. Pojęcie „środków komunikacji elektronicznej” należy utożsamiać z rozwiązaniami technicznymi, w tym urządzeniami teleinformatycznymi i współpracującymi z nimi narzędziami programowymi, umożliwiającymi indywidualne porozumiewanie się na odległość przy wykorzystaniu transmisji danych między systemami teleinformatycznymi, a w szczególności pocztą elektroniczną⁴⁰⁴.

W zamówieniach pozaustawowych zamawiający może również określać warunki formalne, jakie muszą spełniać składane przez wykonawców oferty i inne oświadczenia. Zamawiający może zastrzec, że wykonawcy mogą składać oświadczenia woli w formie pisemnej, dokumentowej lub elektronicznej. Zgodnie z brzmieniem art. 77² kodeksu cywilnego do zachowania dokumentowej formy czynności prawnej wystarcza złożenie oświadczenia woli w postaci

⁴⁰¹ A. Brzozowska, A. Grabińska, J. Imińczuk, Informatyzacja jako element zrównoważonego rozwoju kraju, *Zeszyty Naukowe Politechniki Częstochowskiej: Zarządzanie* nr 23(t.1)/2016, s. 57; G. Sibiga, Stosowanie technik informatycznych w postępowaniu administracyjnym ogólnym, Warszawa 2019, s. 9; M. Grabowski, A. Zając, Dane, informacja, wiedza – próba definicji, *Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego w Krakowie* nr 798/2009, s. 99–116; J. Ferrier, O naukowym administrowaniu, Warszawa 1974, s. 100; D. Fleszer, Funkcjonowanie elektronicznej administracji na przykładzie ePUAP, *Roczniki Administracji i Prawa* nr 12/2012, s. 120.

⁴⁰² E. Kowalczyk, Automatyzacja uczestnictwa wykonawców w procedurach udzielania zamówień publicznych – uwagi wprowadzające, *Prawo Zamówień Publicznych* nr 3/2019, s. 38

⁴⁰³ D. Szostek, Regulacje prawne drugiej dekady XXI wieku. Dokąd zmierzamy? Czy zastąpi nas inżynieria prawa? *Monitor Prawniczy* nr 2/2019, op. cit., s. 119.

⁴⁰⁴ Art. 2 pkt 5) Ustawa z dnia 18 lipca 2002 r. o świadczeniu usług drogą elektroniczną (tj. Dz.U. z 2020 r. poz. 344).

dokumentu, w sposób umożliwiający ustalenie osoby składającej oświadczenie. Natomiast do zachowania elektronicznej formy czynności prawnej wystarcza złożenie oświadczenia woli w postaci elektronicznej i opatrzenie go kwalifikowanym podpisem elektronicznym (art. 78¹ kc). Zamawiający może dopuszczać, że oświadczenia woli wykonawcy mogą być składane w postaci elektronicznej opatrzonej podpisem zaufanym lub podpisem osobistym albo bez takiego podpisu.

Przy okazji problematyki informatyzacji zamówień pozaustawowych na komentarz zasługuje też kwestia możliwej automatyzacji procesu zawierania umów. Zjawisko to można odnosić do zastępowania udziału człowieka w dokonywaniu określonych czynności w procesie udzielenia zamówienia (a także jego realizacji) pracą systemów informatycznych działających bez jego bezpośredniego kierownictwa⁴⁰⁵. Z technicznego punktu widzenia automatyzacja w procesie zawierania umów polega na zastosowaniu systemu informatycznego, który przekształca przekazywane bezpośrednio lub pośrednio przez człowieka informacje (dane) wejściowe w czynności mające prawne znaczenie, które można określić z kolei jako informacje czy rozstrzygnięcia wyjściowe⁴⁰⁶. Mechanizm automatyzacji opiera się zazwyczaj na oprogramowaniu rozwiązującym zadania dające się ująć w formule matematycznej. W przypadku aukcji elektronicznej automatyzm wyraża się przede wszystkim w automatycznej klasyfikacji ofert składanych w sposób sukcesywny, z zachowaniem jedności miejsca i czasu⁴⁰⁷. W ramach zamówień pozaustawowych mogą znaleźć również zastosowanie tzw. katalogi elektroniczne czyli sporządzone przez wykonawców wykazy produktów, robót budowlanych lub usług w formacie nadającym się do zautomatyzowanego przetwarzania danych. Jednym z powszechnie stosowanych formatów umożliwiających automatyczne przetwarzanie danych są arkusze kalkulacyjne (np. stosowane w programie Microsoft Excel).

Należy także dostrzec specyficzne zagrożenia związane ze stosowaniem w zamówieniach pozaustawowych informatycznych rozwiązań automatyzujących dokonywanie określonych czynności. Mogą one dotyczyć np. składania ofert pozornych przez podstawionych w tym celu licytantów lub za pomocą dodatkowych fikcyjnych tożsamości. Przejawem takiej praktyki jest forma uczestnictwa w aukcjach elektronicznych, którą określa się w literaturze

⁴⁰⁵ J. Byrski, Oprogramowanie zawierające elementy sztucznej inteligencji. Wybrane zagadnienia prawne [w:] *Experientia docet. Księga jubileuszowa ofiarowana Pani Profesor Elżbiecie Traple*, red. P. Kostański, P. Podrecki, T. Targosz, Warszawa 2017, s. 1332; A. Niederliński, *Systemy ekspertowe dla automatyzacji zarządzania*, Gliwice 2015.

⁴⁰⁶ G. Sibiga, M. Maciejewski, *Automatyzacja w nakładaniu administracyjnych kar pieniężnych* [w:] *Administracyjne kary pieniężne w demokratycznym państwie prawa*, red. M. Błachucki, Warszawa 2015, s. 73.

⁴⁰⁷ Art. 76 ust. 1. Pzp.

angielskojęzycznej jako *shill bidding*, *phantom bidding* albo *puffing*⁴⁰⁸. Innym przykładem zagrożeń wynikających z zastosowania elektronicznych procedur udzielania zamówień publicznych jest działanie określane jako *sniper bidding*⁴⁰⁹. Polega ono na użyciu tzw. snajperskiego agenta programowego czy snajperskiego oprogramowania⁴¹⁰, którego zadaniem jest złożenie oferty w ostatniej możliwej chwili przed zamknięciem licytacji lub aukcji⁴¹¹. Ma on zastosowanie wyłącznie w procedurach kończących się wraz z upływem określonego czasu czy w określonym momencie i polega w istocie na wykorzystaniu przewagi technologicznej, którą dysponuje dany wykonawca.

2.9. Wnioski

Specyfika zamówień pozaustawowych wyraża się w szczególności w położeniu prawnym instytucji zamawiających w zakresie udzielania zamówień. Podmioty te nie będąc zobowiązane do stosowania ustawy Prawo zamówień publicznych, znajdują się w sytuacji prawnej, na którą składa się szereg obowiązków i uprawnień, częściowo tylko zbieżnych z obowiązkami zamawiających w trybie Pzp.

O podobieństwie zamówień pozaustawowych do zamówień podlegających Pzp świadczy fakt, że sytuacja prawna udzielających zamówień pozaustawowych związana jest z wartościami wyrażonymi w ogólnych zasadach udzielania zamówień publicznych, wspólnych dla zamówień publicznych. Zasady te wyznaczają zamawiającym obowiązki kierunkowe, które związane są przede wszystkim z koniecznością urzeczywistnienia stanu, w którym ma miejsce równe traktowanie wykonawców oraz uczciwa konkurencja w trakcie udzielania zamówień.

Sytuacja prawna udzielających zamówień pozaustawowych wykazuje jednak istotne odrębności wobec położenia zobowiązanych do stosowania Pzp. O odrębności zamówień pozaustawowych świadczą bowiem specyficzne i bardzo zróżnicowane konkretne obowiązki związane z udzielaniem zamówień. Konkretnie obowiązki i uprawnienia dotyczące udzielania zamówień

⁴⁰⁸ M. Giaro, *Zawarcie umowy w trybie aukcji internetowej*, Warszawa 2014, s. 166; I. Chakraborty, G. Kosmopoulou, *Auctions with shill bidding*, *Economic Theory*, 2004, Vol. 24, Issue 2, s. 271–287; P.K. Bag, E. Dinlersoz, R. Wang, *More on phantom bidding*, *Economic Theory*, 2000, Vol. 15, Issue 3, s. 701–707; E. Kowalczyk, *Automatyzacja uczestnictwa wykonawców w procedurach udzielania zamówień publicznych – uwagi wprowadzające*, *Prawo Zamówień Publicznych* nr 3/2019, s. 43–44.

⁴⁰⁹ A.M. Marcoux, *Snipers, Stalkers and Nibblers*. *Online Auction Business Ethics*, *Journal of Business Ethics* 36, 2003, s. 163–173.

⁴¹⁰ T. Kulisiewicz, M. Średniawa, *Kierunki rozwoju technologii informacyjnych oraz ich zastosowań w sektorze MSP*, Warszawa 2012, s. 28–29.

⁴¹¹ M. Giaro, *Zawarcie umowy...*, s. 170.

pozaustawowych wynikają głównie z kodeksu cywilnego, ale niekiedy również z innych ustaw, zobowiązań, aktów administracyjnych czy wreszcie z procedur wewnętrznych. Całokształt regulacji w tym zakresie oraz praktyka udzielania zamówień pozaustawowych nie wskazują na istnienie jakichś ściśle określonych trybów postępowania. Pozwalają jednak opisać pewne modele sposobów udzielania zamówień pozaustawowych i ich przykładowe zastosowania.

3. Rozdział – Prawne aspekty gospodarowania środkami publicznymi w ramach zamówień pozaustawowych

3.1. Gospodarowanie środkami publicznymi w zamówieniach pozaustawowych

W literaturze stwierdza się niekiedy, że publiczny charakter zamówień – odróżniający je do innych umów cywilnoprawnych – wyraża się w tym, że zamówienia, oprócz tego, że realizowane są w interesie publicznym, to dodatkowo finansowane są ze środków publicznych⁴¹². Należy jednak dostrzec, że kurydyczne pojęcie zamówienia publicznego nie odnosi się do konieczności jego finansowania ze środków publicznych. Co więcej, zakres zastosowania Pzp wskazuje, że obowiązki związane z udzielaniem zamówień publicznych mogą spoczywać na podmiotach, które nie gospodarują środkami publicznymi, jak np. zamawiający sektorowi niebędący zamawiającymi publicznymi.

Udzielanie zamówień publicznych często jednak jest związane z wydatkowaniem środków publicznych⁴¹³. Fakt związany jest z jednej strony z tym, że jednym z rodzajów zamawiających są jednostki sektora finansów publicznych; z drugiej, że zamówienia publiczne mogą być również udzielane przez podmioty niezaliczane do sektora finansów publicznych, ale którym przekazano do wykozystania lub dysponowania środki publiczne.

Obecność środków publicznych w zamówieniach publicznych skutkuje koniecznością uwzględniania rygorów dyscypliny finansów publicznych. Pojęcie dyscypliny finansów publicznych należy przy tym rozumieć szeroko tj. jako całokształt wymagań dotyczących gospodarowania środkami publicznymi, jak i wąsko. B. Dolnicki definiuje dyscyplinę finansów publicznych jako legalne, gospodarne i celowe wydatkowanie środków publicznych⁴¹⁴. Z kolei L. Lipiec-Warzecha pod tym pojęciem rozumie system gospodarowania środkami publicznymi, który zgodny jest pod względem formalnym i materialnym z ustawą o finansach publicznych oraz przepisami szczegółowymi. Dyscyplina finansów publicznych polega na przestrzeganiu zasad prawidłowej gospodarki finansowej

⁴¹² W. Miemiec, Zagadnienia finansowopravne zamówień publicznych w działalności jednostek samorządu terytorialnego, Wrocław 2013, s. 28.

⁴¹³ Na temat pojęcia „finansowanie” patrz: E. Kowalczyk, Pojęcie finansowania zadań jednostek samorządu terytorialnego – aspekty prawne, [w:] Prawo i administracja dla regionu: zagadnienia prawnofinansowe, red. J.M. Salachna, K. Stelmaszczyk, P. Borszowski, Wałbrzych 2016, s. 102; A. Komar, Finansowanie, [w:] System instytucji prawno-finansowych PRL, red. M. Weralski, t. 1, Instytucje ogólne, Wrocław 1982, s. 277; A. Gorgol, Prawne aspekty publicznego finansowania partii politycznych w Polsce i na poziomie europejskim, Lublin 2011, s. 131-132; R. Ciałkowski, Pojęcie finansowania, Zeszyty Naukowe UŁ nr 95/1973, s. 2-3.

⁴¹⁴ B. Dolnicki, Dyscyplina finansów publicznych, [w:] Administracja publiczna pod rządami prawa. Księga pamiątkowa z okazji 70-lecia urodzin prof. zw. dra hab. Adama Błasia, red. J. Korczak, Wrocław 2016, s. 83.

związanej z gromadzeniem i wydatkowaniem środków publicznych⁴¹⁵. Z kolei wąsko pojmowane pojęcie dyscypliny finansów publicznych związane jest ze szczególnym rodzajem odpowiedzialności prawnej, o czym niżej.

Kluczowym dla dyscypliny finansów publicznych jest z kolei pojęcie „środków publicznych”, funkcjonujące zarówno w ujęciu normatywnym, jak i teoretycznym⁴¹⁶. Normatywne ujęcie środków publicznych wynikające z FinPubLU oparte jest na wyliczeniu rodzajów środków składających się na tę kategorię. Zgodnie z art. 5 FinPubLU środkami publicznymi są: 1) dochody publiczne; 2) środki pochodzące z budżetu Unii Europejskiej oraz niepodlegające zwrotowi środki z pomocy udzielanej przez państwa członkowskie Europejskiego Porozumienia o Wolnym Handlu (EFTA); 3) środki pochodzące ze źródeł zagranicznych niepodlegające zwrotowi, inne niż wymienione wyżej; 4) przychody budżetu państwa i budżetów jednostek samorządu terytorialnego oraz innych jednostek sektora finansów publicznych pochodzące z określonych źródeł. Polski ustawodawca konstruując pojęcie środków publicznych posłużył się zatem definicją nieklasyczną zakresową⁴¹⁷. Nie wskazał cech środków pieniężnych uznawanych na gruncie prawa za publiczne, ale pozostał na ich wyliczeniu. Ustawowa definicja środków publicznych oparta przede wszystkim na kryterium podmiotowym. Podmiotami, na które wskazuje przepis są jednostki sektora finansów publicznych. Pomocniczo – w odniesieniu do bezzwrotnych środków zagranicznych – stosuje kryterium celowościowe wyodrębnienia środków publicznych. Dotyczy to wpływów z budżetu UE oraz w pewnym sensie środków pomocowych udzielanych przez państwa członkowskie EFTA.

Ustawowe pojęcie środków publicznych jest jednocześnie zupełne, jak i otwarte⁴¹⁸. Wyliczenie środków publicznych zawarte w FinPubLU nie pozwala jednak rozstrzygnąć, w jakich warunkach środki pieniężne uzyskują albo tracą charakter publicznych. W doktrynie prawa finansów publicznych zwraca się w związku z tym uwagę, że definicja ustawowa środków publicznych jest „zawikłana terminologicznie i niejasna”⁴¹⁹. W związku z powyższym w nauce

⁴¹⁵ L. Lipiec-Warzecha, Ustawa o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Komentarz, Warszawa 2008, s. 23, s. 26.

⁴¹⁶ S. Owsiak łączy pojawienie się koncepcji „środków publicznych” z potrzebą rozpoznania nie tylko zjawisk zachodzących wewnątrz systemu finansów publicznych, ale także w ramach stosunków jednostek sektora finansów publicznych z otoczeniem, w tym procesów prywatyzacyjnych. S. Owsiak, *Finanse publiczne. Teoria i praktyka*, Warszawa 2006, s. 418.

⁴¹⁷ Inaczej L. Lipiec-Warzecha, która stwierdza, że wyliczenie „środków publicznych” nie spełnia wymagań definicji. L. Lipiec-Warzecha, *Ustawa o finansach publicznych. Komentarz*, Warszawa 2011, s. 44.

⁴¹⁸ Ustawa o finansach publicznych. Komentarz, red. M. Kuczkowska, S. Lewandowska-Klauza, Wrocław 2010, s. 24.

⁴¹⁹ E. Misiąg-Malinowska, W. Misiąg, *Finanse publiczne w Polsce*, Warszawa 2007, s. 96.

odnotowywana jest też potrzeba teoretycznej definicji „środków publicznych”⁴²⁰. Wg J. M. Salachny „środkami publicznymi są te środki pieniężne, które zostały otrzymane z określonych tytułów i źródeł przez jednostki podmioty sektora finansów publicznych lub uiszczone na rzecz budżetu publicznego”⁴²¹. Natomiast T. Dębowska-Romanowska opisuje środki publiczne jako „publiczne zasoby finansowe”, czyli „wszelkie wpływy pieniężne, do jakich pobierania konstytucyjnie lub ustawowo upoważniony jest dany podmiot publiczny oraz te wpływy, które danemu podmiotowi przypadają jako dochody i pożytki z przysługujących mu praw majątkowych, ich sprzedaży czy zamiany, a także wpływy ze sprzedaży wyrobów i usług świadczonych przez jednostki sektora finansów publicznych”. W tym znaczeniu środki publiczne to wszelkie wpływy pieniężne Skarbu Państwa oraz jednostek samorządu terytorialnego i innych jednostek sektora finansów publicznych⁴²².

W problematyce definiowania pojęcia „środków publicznych” pojawia się zagadnienie cech tego pojęcia wyróżniających go spośród całości środków pieniężnych. Koncepcje wyodrębnienia z całości środków pieniężnych środków publicznych zaproponowane w literaturze opierają się najczęściej na dwóch kryteriach: kryterium podmiotowym, oraz kryterium celowościowym⁴²³. W przypadku kryterium podmiotowego o „publiczności” środków decyduje ich przynależność, tj. dysponowanie przez jednostki sektora finansów publicznych. Przesądzający jest tu zatem szczególnie, bo publicznoprawny status dysponenta środków publicznych. W przypadku drugiego kryterium o publicznym charakterze środków przesądza przeznaczenie, tj. cel na który mają być wydatkowane. Ujęcie celowościowe czerpie racje z brzmienia art. 216 ust. 1 Konstytucji RP. Odnotowuje się przy tym, że dysponentami środków finansowych przeznaczonych na cele publiczne są jednostki sektora finansów publicznych, ale także jednostki niezaliczane do tego sektora, realizujące przy użyciu tych środków powierzone im zadania służące celom publicznym⁴²⁴.

⁴²⁰ S. Owsiak dostrzega potrzebę definicji tego pojęcia z dwóch powodów: z potrzeby kontroli organów państwa nad wykorzystaniem środków publicznych, po drugie z powodu objęcia w 1994 r. regulami ustawy o zamówieniach publicznych gospodarki środkami publicznymi. S. Owsiak, *Finanse publiczne. Teoria i praktyka*, Warszawa 2006, s. 418.

⁴²¹ J.M. Salachna, *Środki publiczne, ich formy prawne oraz zasady realizacji w sektorze finansów publicznych*, [w:] *System prawa finansowego*, T. II, red. E. Ruśkowski, Warszawa 2010, s. 85.

⁴²² T. Dębowska-Romanowska, *Wydatki publiczne, ich formy prawne oraz zasady realizacji w sektorze finansów publicznych*, [w:] *System Prawa Finansowego*, T. II, red. E. Ruśkowski, Warszawa 2010, s. 123.

⁴²³ J.M. Salachna, *Środki publiczne...*, s. 81-82.

⁴²⁴ K. Nizioł, *Analiza pojęć „wydatków publicznych”, „wydatków budżetu państwa” oraz „rozchodów publicznych” na gruncie ustawy o finansach publicznych*, *Studia Lubuskie*, T. VII,

Odpowiednio do sposobu pojmowania środków publicznych identyfikuje się moment uzyskania i utraty przez środki pieniężne charakteru publicznych. W koncepcjach posługujących się podmiotowym kryterium wyodrębnienia środków publicznych, środki pieniężne uznaje się za publiczne w momencie ich alokacji w jednostce sektora finansów publicznych. Natomiast tracą status środków publicznych w momencie ich przekazania jednostce spoza sektora finansów publicznych⁴²⁵. Z kolei w koncepcjach posługujących się kryterium celowościowym zarówno uzyskanie, jak i utrata cechy publiczności przez środki pieniężne związane jest z ich przeznaczeniem. Środki uzyskują i zachowują charakter publicznych, o ile służą publicznemu celowi. Przykładem takiego stanowiska jest orzeczenie Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego z dnia 5 września 2009 r.⁴²⁶. Sąd uchylając orzeczenie Głównej Komisji Orzekającej⁴²⁷ stwierdził, że środki publiczne nie tracą publicznego charakteru, a więc nie stają się środkami prywatnymi, gdy podmiot spoza sektora finansów publicznych otrzyma je np. w formie dotacji celowej. Czytelne potwierdzenie takiego poglądu znajduje się w obowiązującej aktualnie ustawie o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Przewiduje ona, że odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych podlegają m. in. osoby wykonujące w imieniu podmiotu niezaliczanego do sektora finansów publicznych, któremu przekazano do wykorzystania lub dysponowania środki publiczne, czynności związane z wykorzystaniem tych środków lub dysponowaniem tymi środkami⁴²⁸.

Biorąc powyższe pod uwagę należy stwierdzić, że gospodarowanie środkami publicznymi w ramach zamówień pozaustawowych związane jest głównie z działalnością jednostek sektora finansów publicznych. Może jednakże dotyczyć

2011, s. 325-339; Z. Ofiarski, Komentarz do art. 216 [w:] Konstytucja RP. Tom II. Komentarz do art. 87-243, red. M. Safjan, L. Bosek, Warszawa 2016, Legalis

⁴²⁵ J. M. Salachna, Zakres odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych a legalne pojęcie środków publicznych – wybrane aspekty, *Finanse Komunalne* nr 6/2005, s. 35-36.; J.M. Salachna, *Środki publiczne...*, s. 85; E. Misiąg-Malinowska, W. Misiąg, *Finanse publiczne ...*, s. 99. Zdaniem J. M. Salachny jedyny przypadek, gdzie podmiot spoza sfp dysponuje środkami publicznymi to sytuacja zaliczki otrzymywanej przez pracownika jsfp z kasy na potrzeby określonych wydatków. Odmienne poglądy zostały wyrażone w orzeczeniu WSA w Warszawie z dnia 5 września 2009 r. (V SA/Wa 495/07). Wojewódzki Sąd Administracyjny uchylając orzeczenie Głównej Komisji Orzekającej (DF/GKO-4900-36/49/06/965) stwierdził, że środki publiczne nie tracą publicznego charakteru, a więc nie stają się środkami prywatnymi, gdy podmiot spoza sektora finansów publicznych otrzyma je w formie dotacji celowej. B. Woźniak, *Środki publiczne [w:] Współczesne finanse publiczne*, red. A. Alińska, B. Woźniak, autorzy rozdziałów: B. Woźniak, J. Marczakowska-Proczka, A. Alińska, M. Dworakowska, A. Gołębiowska, E. Kosycarz. Warszawa 2015, s. 42-43.

⁴²⁶ V SA/Wa 495/07.

⁴²⁷ Orzeczenie Głównej Komisji Orzekającej z dnia 14 września 2006 r., DF/GKO-4900-36/49/06/965.

⁴²⁸ Art. 4 ust. 1 pkt 4) *DyscFinPublU*.

podmiotów spoza sektora, o ile wydatkują one w ramach zamówień środków publiczne, które zostały im w tym celu przekazane. Z powyższych powodów na uwagę zasługują normatywne uwarunkowania wynikające z prawa finansów publicznych, w tym znaczenie zasad gospodarowania środkami publicznymi w zamówieniach pozaustawowych.

3.2. Zasady gospodarowania środkami publicznymi

Problematyka zasad gospodarowania środkami publicznymi należy do pierwszoplanowych zagadnień prawa finansów publicznych. Aktualnie zwrot „zasady gospodarowania środkami publicznymi” stanowi tytuł rozdziału 5. działu I. ustawy o finansach publicznych z 2009 r.⁴²⁹. Stosuje go również w innych przepisach tej ustawy, w tym w odniesieniu do zasad gospodarowania środkami publicznymi pochodzącymi z budżetu UE oraz innych źródeł zagranicznych⁴³⁰. Można rzec za E. Ruśkowskim, że zasady gospodarowania środkami publicznymi są „trwałym elementem” przepisów dotyczących finansów publicznych⁴³¹. Pojęcie „zasad gospodarowania środkami publicznymi” znajduje także zastosowanie w doktrynie. Odnosi się do niego także powszechnie praktyka prawna⁴³².

Katalog zasad gospodarowania środkami publicznymi jest stosunkowo szeroki. Obejmuje np. zasadę gromadzenia środków publicznych tylko w sposób określony w ustawie; zasadę równego dostępu do realizacji zadań finansowanych ze środków publicznych; zasadę dokonywania wydatków ze środków publicznych zgodnie z planami finansowymi; zasadę dokonywania wydatków zgodnie z przepisami dotyczącymi określonych rodzajów wydatków; zasadę celowości dokonywania wydatków; zasadę oszczędności dokonywania wydatków; zasadę uzyskiwania – przy dokonywaniu wydatków – najlepszych efektów z danych nakładów; zasadę dokonywania wydatków w sposób umożliwiający terminową realizację zadań; zasadę dokonywania wydatków w wysokościach i terminach wynikających z wcześniej zaciągniętych zobowiązań, zasadę udzielania zamówień publicznych; zasadę zlecenia realizacji zadań na podstawie ofert; zasadę niewywoływania skutków zobowiązaniowych zamieszczenia w planach

⁴²⁹ Tekst jednolity z dnia 13 października 2017 r. (Dz.U. z 2017 r. poz. 2077).

⁴³⁰ art. 1 pkt 11) FinPublU.

⁴³¹ E. Ruśkowski, *Zasady gospodarowania środkami publicznymi w Polsce – wybrane uwagi*, [w:] *Nauka prawa finansowego po I dekadzie XXI wieku. Księga Pamiątkowa dedykowana Profesorowi Apoloniuszowi Kosteckiemu*, red. I. Czaja–Hliniak, Kraków 2012, s. 360.

⁴³² Zob. np. Wyrok WSA w Opolu z dnia 4 października 2018 r., I SA/Op 163/18; Wyrok WSA w Szczecinie z dnia 13 września 2018 r., II SA/Sz 523/18; Wyrok WSA w Rzeszowie z dnia 22 czerwca 2018 r., II SA/Rz 572/18; Uchwała Regionalnej Izby Obrachunkowej we Wrocławiu z 2 marca 2011 r., nr 26/2011.

finansowych dochodów z określonych źródeł i wydatków na określone cele; zasadę odpowiedzialności kierownika jednostki sektora finansów publicznych za całość gospodarki finansowej; zasadę udzielania ulg w spłacie należności cywilnoprawnych i publicznoprawnych; zasadę ustalania i dochodzenia należności czy zasadę optymalnego doboru – przy dokonywaniu wydatków – metod i środków służących osiągnięciu założonych celów.

Treść rozdziału 5. FinPubU nie przesądza, że zawarte w nim regulacje dotyczą wyłącznie jednostek sektora finansów publicznych. Tym bardziej, że zgodnie z art. 4 FinPubU, przepisy ustawy o finansach publicznych stosuje się do jednostek sektora finansów publicznych, ale także do innych podmiotów, w zakresie, w jakim wykorzystują środki publiczne lub dysponują tymi środkami⁴³³. Biorąc pod uwagę brzmienie tytułu rozdziału 5. FinPubU („Zasady gospodarowania środkami publicznymi”) należy przyjąć, że zawarte w nim zasady dotyczą sytuacji dających się opisać zbiorczo jako gospodarowanie środkami publicznymi. Działalność tą należy pojmować jako obejmującą całokształt procesów finansowych oraz składających się na nie operacji finansowych podejmowanych dla realizacji celów publicznych⁴³⁴.

Katalog zasad gospodarowania środkami publicznymi prezentowany w literaturze jest zasadniczo zbieżny z katalogiem ustawowym. Ewentualne odmienności wynikają m. in. z faktu, że niektórzy autorzy ograniczają analizę zasad gospodarowania środkami publicznymi do tych wskazanych w regulacjach prawnych, inni zaś formułują dodatkowe zasady gospodarowania środkami publicznymi (np. zasada kontroli zarządczej i jej koordynacji w jednostkach sektora finansów publicznych, zasada audytu wewnętrznego i jego koordynacji w jednostkach sektora finansów publicznych⁴³⁵).

W opinii W. Ziółkowskiej istotą zasad gospodarowania finansami publicznymi jest to, że są regułami determinującymi tworzenie i wykorzystanie środków publicznych⁴³⁶. Z kolei W. Wójtowicz wskazuje, że pojęcie zasad może funkcjonować w dwóch znaczeniach: jako postulaty doktryny albo „podstawowe cechy, założenia, na których jest oparta gospodarka finansowa. Są one wówczas wprost uwzględniane w obowiązujących aktach prawnych. Mogą też być wprawdzie formalnie niesformułowane, ale wynikać z całokształtu przyjętych rozwiązań

⁴³³ E. Kowalczyk, Charakter prawny zasad gospodarowania środkami [w:] Teoretyczne i praktyczne aspekty prawa finansowego: problemy, koncepcje, wyzwania i rozwiązania, red. A. Gorgol, Warszawa 2020, s. 256.

⁴³⁴ E. Chojna-Duch, Polskie prawo finansowe. Finanse publiczne, Warszawa 2017, s. 129; A. Skoczylas-Tworek, Budżet zadaniowy jako wyzwanie dla audytorów wewnętrznych jednostek sektora finansów publicznych, Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Szczecińskiego nr 766, Finanse, Rynki Finansowe, Ubezpieczenia nr 62/2013, s. 196.

⁴³⁵ E. Ruśkowski, Zasady gospodarowania..., s. 360;

⁴³⁶ W. Ziółkowska, Finanse publiczne. Teoria i zastosowania, Poznań 2012, s. 78.

prawnych⁴³⁷. W literaturze dostrzega się również, że niektóre zasady gospodarowania środkami publicznymi mają szczególny walor prakseologiczny. Zasady takie postrzegane są jako przejaw ogólnej zasady efektywnego i skutecznego gromadzenia i wydatkowania środków publicznych⁴³⁸. Przy czym zauważa się też, że zasady racjonalnego i sprawnego zarządzania publicznymi środkami pieniężnymi wymagają odwoływania się nie tylko do dyrektyw efektywności czy ekonomizacji, ale również publicznego charakteru celów, którym służą⁴³⁹.

3.2.1. Zasada legalności dokonywania wydatków publicznych

Jedną z podstawowych zasad gospodarowania środkami publicznymi określana jest jako zasada legalności wydatków publicznych. Dotyczy ona obowiązku dokonywania przez jednostki sektora finansów publicznych wydatków zgodnie z przepisami dotyczącymi poszczególnych rodzajów wydatków. Na pojęcie legalności składa się przy tym szereg elementów, m.in. istnienie odpowiedniej podstawy merytorycznej, wskazanie osób upoważnionych do dokonania wydatku, przestrzeganie odpowiedniej procedury, w tym zachowanie formy prawnej wydatku, wskazanie adresata, a w niektórych przypadkach terminu dokonania wydatku⁴⁴⁰.

Zasada kontroli legalności wydatków publicznych stanowi jeden z wyrazów zasady legalizmu w działalności organów administracji publicznej (art. 7 Konstytucji RP; art. 7 KPA). Z tego powodu zasadę kontroli legalności należy jednak interpretować w kontekście szerszym, obejmującym różne podstawy prawne jednostek sektora finansów publicznych. Przy czym odrębnie należy określać podstawy prawne tzw. działań władczych oraz działań niewładczych, których przykładem jest chociażby udzielanie zamówień publicznych. W pierwszym przypadku stosunek prawny istniejący między jednostką sektora finansów publicznych, a podmiotem, na rzecz którego dokonywane są wydatki, ma charakter publicznoprawny. Podstawa prawna działania administracji wynikać musi w takim przypadku z ustawowej normy kompetencyjnej, określającej precyzyjnie sposób dokonania wydatku (np. dotacje celowe). Natomiast w przypadku działań niewładczych, dokonywanych w ramach stosunków cywilnoprawnych, podstawa

⁴³⁷ W. Wójtowicz, *Zarys finansów publicznych i prawa finansowego*, Warszawa 2017, s. 41.

⁴³⁸ M. Jastrzębska, *Zarządzanie finansami publicznymi i ich administracja [w:] Nauka finansów publicznych i prawa finansowego w Polsce. Dorobek i kierunki rozwoju. Księga jubileuszowa Profesor Alicji Pomorskiej*, red. J. Głuchowski, C. Kosikowski, J. Szołno-Koguc, Lublin, 2008, s. 106, J. Szołno-Koguc, *Funkcjonowanie funduszy celowych w Polsce w świetle zasad racjonalnego gospodarowania środkami publicznymi*, Lublin 2007, s. 26.

⁴³⁹ J. Szołno-Koguc, *Funkcjonowanie funduszy...*, s. 17.

⁴⁴⁰ M. Karlikowska, W. Miemieć, Z. Ofiarski, K. Sawicka, *Ustawa o finansach publicznych. Komentarz*, Warszawa 2010, s. 139–140.

prawna ma postać ogólnego upoważnienia do dokonania wydatku w zakresie wykonywanych przez jednostkę sektora finansów publicznych zadań publicznych.

W literaturze prawno-finansowej proponuje się np., by pod pojęciem „wydatków publicznych” rozumieć przeznaczanie przez władze publiczne środków finansowych w ramach przysługujących im kompetencji na utrzymanie władz organów państwa oraz ostateczne i bezzwrotne zaspokajanie potrzeb zbiorowych, zarówno za pomocą funkcji organizatorskich, jak i świadczenia usług publicznych na rzecz indywidualnych beneficjentów na podstawie demokratycznie podejmowanych i jawnych decyzji politycznych w imię dobra wspólnego⁴⁴¹. Sposoby pojmowania wydatków publicznych wymagają zatem identyfikacji aspektu podmiotowego (tj. wskazania podmiotu dokonującego wydatków), przedmiotowego (środków finansowych), funkcjonalnego, czyli wskazania przeznaczenia wydatków (cel publiczny).

Dokonywanie wydatków to również określony proces, obejmujący szereg czynności kontrolnych i techniczno-organizacyjnych, w tym ocenę celowości dokonania wydatku, kontrolę zgodności wydatku z planem finansowym, kontrolę legalności wydatku, kompletności i rzetelności dokumentów, zatwierdzenie wydatku do wypłaty, wykonanie dyspozycji środkami pieniężnymi i inne.

Uszczegółowieniem zasady legalności wydatków publicznych na gruncie zamówień jest obowiązek zawarty w zasadzie gospodarowania środkami publicznymi określonej w art. 44 ust. 4 FinPublU. Zgodnie z nią jednostki sektora finansów publicznych zawierają umowy, których przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane, na zasadach określonych w przepisach o zamówieniach publicznych, o ile odrębne przepisy nie stanowią inaczej. Oznacza to, że aspekt legalności wydatków, dokonywanych w ramach zamówień pozaustawowych, wyraża się również w konieczności kontroli w określonym przypadku, czy istotnie udzielenie konkretnego zamówienia nie podlega Pzp lub jest z Pzp wyłączone. Ochronie legalnego charakteru wydatków ponoszonych w ramach zamówień publicznych służą między innymi regulacje przewidujące delikty naruszenia dyscypliny finansów publicznych związane z błędną klasyfikacją zamówienia jako zamówienia pozaustawowego, o czym niżej.

⁴⁴¹ T. Dębowska-Romanowska, *Wydatki publiczne...*, s. 210; C. Kosikowski, *Nowa ustawa o finansach publicznych*, Warszawa 2010, s. 67; S. Owsiak, *Finanse publiczne. Teoria i praktyka*, Warszawa 2008, s. 233.

3.2.2. Zasada dokonywania wydatków ze środków publicznych w sposób zgodny z planami finansowymi

Na odrębną uwagę zasługuje zasada dokonywania wydatków ze środków publicznych w sposób zgodny z planami finansowymi. Zgodnie z brzmieniem art. 44 ust. 1 FinPublU wydatki publiczne mogą być ponoszone na cele i w wysokościach ustalonych w ustawie budżetowej, uchwale budżetowej jednostki samorządu terytorialnego lub planie finansowym jednostki sektora finansów publicznych. Treść art. 44 należy więc traktować jako ogólną zasadę gospodarki finansowej jednostek sektora finansów publicznych, wyrażającą konieczność kontroli zgodności celów i wysokości wydatków z odpowiednim planem finansowym (planowy charakter wydatków publicznych). Prawo finansów publicznych wskazuje przy tym trzy rodzaje podstawowych aktów planowania finansowego w jednostkach sektora finansów publicznych. Dodatkowo można wskazać ustawę o przewidywanym budżecie, uchwałę o przewidywanym budżecie oraz plan finansowy związku jednostek sektora finansów publicznych.

Zasada dokonywania wydatków w sposób zgodny z planami finansowymi mieści w sobie wymóg istnienia odpowiedniej podstawy prawnej wydatków w zakresie ich przeznaczenia oraz określonego limitu (aspekt dyrektywności wydatków). Z tego powodu dokonywanie wydatków w kontekście zasady ich planowego charakteru należy pojmować jako skorzystanie z określonej możliwości w ramach danego upoważnienia, a nie jako wykonanie obowiązku⁴⁴². Jak stwierdza się na gruncie orzecznictwa „dyrektywny charakter wydatków oznacza, że jednostka sektora finansów publicznych może dysponować tylko takimi środkami, jakie zostaną jej przyznane w planie finansowym i nie może dokonywać wydatków przekraczających wysokości zatwierdzonej w planie ani zaciągając przekraczających ten plan zobowiązań”⁴⁴³.

3.2.3. Zasada dokonywania wydatków ze środków publicznych w sposób celowy i oszczędny

Art. 44 ust. 3 FinPublU zawiera też katalog ogólnych dyrektyw dokonywania wydatków wyznaczających zasady prawidłowej gospodarki finansowej jednostek sektora finansów publicznych. Zawarte w nim zasady należy uwzględniać i stosować łącznie, ponieważ stanowią równoważące się reguły postępowania przy gospodarowaniu środkami publicznymi. Katalog ten składa się z trzech podstawowych zasad: zasady dokonywania wydatków w sposób celowy i oszczędny, zasady dokonywania wydatków w sposób umożliwiający terminową realizację

⁴⁴² T. Dębowska-Romanowska, Wydatki publiczne..., s. 114.

⁴⁴³ Orzeczenie Głównej Komisji Orzekającej z dnia 25 listopada 2010 r., BDF1/4900/91/102/10/2468.

zadań oraz zasady dokonywania wydatków w wysokościach i terminach wynikających z wcześniej zaciągniętych zobowiązań.

Celowość wydatków dotyczy zasadności, przydatności czy – innymi słowy – słuszności wydatku ocenianej przez pryzmat celu i zadania publicznego, któremu ma służyć. W przypadku udzielania zamówień publicznych zachowanie tej zasady wymaga oceny, czy nabycie określonej dostawy, usługi czy roboty budowlanej z pewnością służyć będzie zaspokojeniu prawidłowo zidentyfikowanej i uzasadnionej potrzeby. Z kolei oszczędność jako zasada gospodarki finansami publicznymi służyć ma minimalizacji kosztów związanych z realizacją określonych zadań jednostek sektora finansów publicznych. Wynika z niej potrzeba dokonywania wyborów pomiędzy różnymi sposobami realizacji założonych celów. Celowość i oszczędność reprezentują zatem dwie, uzupełniające się wartości.

3.2.4. Zasada efektywności dokonywania wydatków ze środków publicznych

Potrzeba dokonywania wydatków w sposób celowy i oszczędny równoważona jest zasadą uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów (zasada efektywności) oraz zasadą optymalnego doboru metod i środków służących osiągnięciu założonych celów (zasada proporcjonalności).

Zasada efektywności jest jednym z przejawów prakseologii w gospodarowaniu środkami publicznymi. Odwołuje się do oceny sprawności prowadzenia gospodarki finansowej przez pryzmat poniesionych nakładów. Zróżnicowane możliwości finansowe, którymi dysponują jednostki, rzutują na odmienną skalę ich działalności, stąd zasada efektywności domaga się prowadzenia gospodarki w sposób wydajny i ekonomiczny.

Przy okazji warto dodać, że na gruncie europejskich dokumentów strategicznych takich jak Komunikat Komisji Europejskiej „Europa 2020, Strategia na rzecz inteligentnego i zrównoważonego rozwoju sprzyjającego włączeniu społecznemu”⁴⁴⁴ oraz w dyrektywach zamówieniowych, zamówienia traktowane są właśnie jako instrument efektywności wydatków publicznych, w tym jako narzędzie umożliwiające realizację wspólnych celów społecznych, a także ułatwiające udział w rynku zamówień publicznych małych i średnich przedsiębiorstw (MŚP) – co w sposób kapitalny może dokonywać się także na gruncie zamówień pozaustawowych⁴⁴⁵. Problematyka efektywności w zamówieniach publicznych znalazła również swój wyraz w Pzp, w ramach zasad udzielania zamówień. Zgodnie z treścią art. 17 ust. 1 Pzp zamawiający ma obowiązek udzielać

⁴⁴⁴ <https://ec.europa.eu/eu2020>, dostęp: 01.05.2021.

⁴⁴⁵ Motyw 2. Dyrektywy klasycznej.

zamówienia w sposób zapewniający najlepszą jakość dostaw, usług oraz robót budowlanych, uzasadnioną charakterem zamówienia, w ramach środków, które zamawiający może przeznaczyć na jego realizację, oraz uzyskanie najlepszych efektów zamówienia, w tym efektów społecznych, środowiskowych oraz gospodarczych, o ile którykolwiek z tych efektów jest możliwy do uzyskania w danym zamówieniu, w stosunku do poniesionych nakładów.

3.2.5. Zasada proporcjonalności przy dokonywaniu wydatków publicznych

W związku z zasadą efektywności pozostaje dyrektywa proporcjonalności, zwana też niekiedy zasadą skuteczności dokonywania wydatków⁴⁴⁶. Zasada ta również odwołuje się do relacji pomiędzy dobieranymi instrumentami, a wagą celów, których realizacji mają służyć. Treścią zasady skuteczności jest przesłanka racjonalności podejmowanych działań, czyli optymalność doboru środków w stosunku do celów. W związku z tym zasadę proporcjonalności można opisać również jako zasadę współmierności środków i celów.

Dyrektywę proporcjonalności w ogólności pojmuje się nierzadko jako triadę nakazów szczegółowych⁴⁴⁷. Pierwszy z nich, ujmowany jako nakaz przydatności (ew. nakaz odpowiedniości), wymaga, by przewidziany środek władzy publicznej był zdalny dla realizacji zamierzonego celu. Kolejny, tzw. nakaz konieczności (ew. nakaz niezbędności), który domaga się ograniczenia ingerencji do niezbędnego minimum. Z kolei nakaz proporcjonalności *sensu stricto* wymaga, by zastosowany środek był adekwatny w stosunku do celu jego użycia⁴⁴⁸.

Zastosowanie zasady proporcjonalności w obszarze zamówień pozaustawowych oznacza rozstrzyganie przez zamawiających, czy określone przez nich warunki zamówienia są w stanie doprowadzić do zamierzonych skutków, tj. zaspokojenia interesów zamawiającego; czy sformułowane wymagania są niezbędne dla ochrony interesu zamawiającego; oraz czy projektowane efekty są istotniejsze niż skutki ograniczeń nakładanych na wykonawcę ubiegającego się o zawarcie umowy⁴⁴⁹. Jak słusznie zauważa A. Sołtysińska przeprowadzenie testu proporcjonalności w odniesieniu do

⁴⁴⁶ L. Lipiec-Warzecha, Ustawa o finansach publicznych. Komentarz, Warszawa 2011, s. 211.

⁴⁴⁷ E. Ura, Prawo administracyjne..., op. cit., s. 99.

⁴⁴⁸ Orzeczenie TSUE z 17 maja 1984 r., C-15/83; Orzeczenie TSUE z 13 maja 1986 r., C-170/84; Orzeczenie TSUE z 24 września 1985 r. C-181/84; J. Zimmermann, Prawo administracyjne, Warszawa 2008 r., s. 88.

⁴⁴⁹ W. Dzierżanowski, Ochrona konkurencji w prawie zamówień publicznych, Warszawa 2012, s. 9; A. Sołtysińska, Europejskie prawo zamówień publicznych. Komentarz, Kraków 2006, s. 242-243.

warunków stawianych wykonawcom wymaga w istocie uwzględnienia szeregu czynników i okoliczności decydujących o uznaniu danego wymogu za zasadny i niezbędny do wybrania kontrahenta zdolnego do realizacji zamówienia⁴⁵⁰.

3.2.6. Zasada terminowego dokonywania wydatków

W związku z postulatami racjonalnej gospodarki pozostaje konieczność wykonywania zadań w sposób terminowy. Terminowość wyraża się w konieczności wywiązywania się z wcześniej zaciągniętych zobowiązań, w odpowiednim czasie i w odpowiedniej wysokości. Wymóg ten odnosi się z jednej strony do standardów rzetelności funkcjonowania jednostek sektora finansów publicznych, z drugiej chroni gospodarkę finansową przed skutkami nieterminowości, jak odsetki, opłaty i kary.

3.2.7. Zasada jawności i przejrzystości finansów publicznych

Zasadę jawności finansów publicznych należy traktować jako źródło obowiązku zapewnienia swobodnego dostępu do informacji o działalności państwa w obszarze finansów publicznych. Źródłem zasady jawności finansów publicznych w polskim porządku prawnym należy poszukiwać w Konstytucji. Zgodnie z art. 61 Konstytucji obywatel ma prawo do uzyskiwania informacji o działalności organów władzy publicznej oraz osób pełniących funkcje publiczne. Prawo to obejmuje również uzyskiwanie informacji o działalności organów samorządu gospodarczego i zawodowego, a także innych osób oraz jednostek organizacyjnych w zakresie, w jakim wykonują one zadania władzy publicznej i gospodarują mieniem komunalnym lub majątkiem Skarbu Państwa. Prawo do uzyskiwania informacji obejmuje nie tylko prawo wstępu na posiedzenia kolegialnych organów władzy publicznej pochodzących z powszechnych wyborów, ale także prawo dostępu do dokumentów publicznych. Ograniczenie takich praw może nastąpić wyłącznie ze względu na określone w ustawach ochronę wolności i praw innych osób i podmiotów gospodarczych oraz ochronę porządku publicznego, bezpieczeństwa lub ważnego interesu gospodarczego państwa.

Konstytucja RP nie odnosi się w ramach problematyki jawności działalności władzy publicznej do zamówień publicznych. Nie budzi jednak wątpliwości, że obejmuje ona i ten obszar. Pogląd taki znajduje potwierdzenie w orzecznictwie. Np. w ocenie Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Poznaniu zawartej w orzeczeniu z dnia 15 stycznia 2020 roku regulacja art. 61 ust. 1 i 2 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej pozwala przyjąć szerokie rozumienie

⁴⁵⁰ A. Sołtysińska, Europejskie prawo..., s. 253.

pojęcia „informacja publiczna”⁴⁵¹. Za taką uznaje się każdą informację wytworzoną przez władze publiczne, przez osoby pełniące funkcje publiczne oraz inne podmioty, które gospodarują mieniem publicznym, jak również informację odnoszącą się do wspomnianych władz, osób i innych podmiotów, niezależnie od tego, przez kogo zostały wytworzone. Z kolei w orzeczeniu z 20 stycznia 2020 roku Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła wprost, że obowiązująca na gruncie zamówień publicznych zasada jawności wynika z zawartego w art. 61 Konstytucji prawa każdego obywatela do uzyskiwania informacji o działalności organów władzy publicznej, zwłaszcza w sytuacji, w której organy te dysponują środkami publicznymi. Ograniczenie zasady jawności możliwe jest wyłącznie w ściśle określonych sytuacjach, wskazanych przez ustawodawcę⁴⁵².

Obowiązujące regulacje ustawy o finansach publicznych wskazują czytelnie, że gospodarka środkami publicznymi jest jawna⁴⁵³. Zaś realizacja zasady jawności gospodarowania środkami publicznymi następuje m. in. przez udostępnianie przez jednostki sektora finansów publicznych wykazu podmiotów spoza sektora finansów publicznych, którym ze środków publicznych została udzielona dotacja, dofinansowanie realizacji zadania lub pożyczka, lub którym została umorzona należność wobec jednostki sektora finansów publicznych albo podawania do publicznej wiadomości treści planów działalności, sprawozdań z wykonania planów działalności oraz oświadczeń o stanie kontroli zarządczej⁴⁵⁴.

W ramach zasady jawności i przejrzystości finansów publicznych wskazać można aspekty formalne związane z możliwością pozyskiwania określonych informacji. Jednak kluczowe znaczenia dla problematyki gospodarowania środkami publicznymi w zamówieniach pozaustawowych mają również aspekty materialne jawności. Wyrażają się one bowiem w powinności zapewnienia czytelności i transparentności przy dokonywaniu operacji środkami publicznymi.

Ustawa o finansach publicznych nakłada również na ministra finansów obowiązek prowadzenia rejestru umów zawieranych przez jednostki sektora finansów publicznych. Rejestr obejmuje informacje o umowach zawartych w formie pisemnej, dokumentowej, elektronicznej albo innej formie szczególnej, których wartość przedmiotu przekracza 500 zł. Obejmuje m. in. takie dane, jak: datę i miejsce zawarcia umowy, oznaczenie stron umowy, jej przedmiotu oraz wartości, a także informacje o źródłach i wysokości współfinansowania przedmiotu umowy. W rejestrze zamieszcza się też informacje o uzupelnieniu lub zmianie umowy, rozwiązaniu za zgodą stron umowy, jak również informacje o odstąpieniu od umowy, jej wypowiedzeniu lub wygaśnięciu. Obowiązki dotyczące

⁴⁵¹ IV SAB/Po 227/19.

⁴⁵² KIO 13/20.

⁴⁵³ Art. 33 ust. 1 FinPublU.

⁴⁵⁴ Art. 34 ust. 1 FinPublU.

wprowadzania danych do rejestru spoczywają na kierownikach jednostek sektora finansów publicznych. Zaś zaniechanie lub niedopuszczenie do wykonania obowiązku prowadzenia, aktualizacji, udostępnienia lub wprowadzania danych do rejestru umów, albo podawanie w nim nieprawdziwych danych rodzi odpowiedzialność karną⁴⁵⁵.

W wyjątkowych przypadkach jawność finansów publicznych może być jednak w obszarze zamówień pozaustawowych wyłączona. Zgodnie z art. 35 FinPublU klauzule umowne dotyczące wyłączenia jawności ze względu na tajemnicę przedsiębiorstwa w umowach zawieranych przez jednostki sektora finansów publicznych lub inne podmioty, o ile wynikające z umowy zobowiązanie jest realizowane lub przeznaczone do realizacji ze środków publicznych, uważa się za niezastrzeżone, z wyłączeniem informacji technicznych, technologicznych, organizacyjnych przedsiębiorstwa lub innych posiadających wartość gospodarczą, w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich w tajemnicy, lub w przypadku gdy jednostka sektora finansów publicznych wykaże, że informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa z uwagi na to, że wymaga tego istotny interes publiczny lub ważny interes państwa.

3.2.8. Zasada powszechnego dostępu do realizacji zadań finansowanych ze środków publicznych

Zasada powszechnego dostępu do realizacji zadań finansowanych ze środków publicznych zawarta jest w art. 43 aktualnie obowiązującej ustawy o finansach publicznych. Jej postać wskazuje, że „prawo realizacji zadań finansowanych ze środków publicznych przysługuje ogółowi podmiotów, chyba, że odrębne ustawy stanowią inaczej”.

Na tle językowego ujęcia zasady powszechnego dostępu do realizacji zadań finansowanych ze środków publicznych powstaje pytanie, czy termin „zadanie” obejmuje również zamówienia publiczne. Należy w związku z tym zwrócić uwagę na fakt, że termin „zadania” w prawie sektora finansów publicznych stosowany jest w różnych znaczeniach. Część z nich odpowiada wprawdzie ogólnemu pojęciu „zdań publicznych”, ale inne mają nieco odmienne znaczenie. Na gruncie ustawy o finansach publicznych zastosowanie znajdują wprawdzie takie określenia jak „zadania budżetowe”⁴⁵⁶, „zadania na rzecz administracji rządowej”⁴⁵⁷, „zadania własne jednostki samorządu terytorialnego”⁴⁵⁸, zadania

⁴⁵⁵ Art. 34a FinPublU.

⁴⁵⁶ Np. art. 2 pkt 30 lit. a); art. 41 ust. 3 FinPublU.

⁴⁵⁷ Art. 13 ust. 1 FinPublU.

⁴⁵⁸ Art. 14 FinPublU.

państwa⁴⁵⁹ czy „zadania państwowe”⁴⁶⁰ „zadania ustawowe”⁴⁶¹, „zadania z zakresu administracji rządowej”⁴⁶², ale także „zadania zlecone”⁴⁶³, „zadania bieżące finansowane z udziałem środków [europejskich]”⁴⁶⁴, „zadania wyodrębnione”⁴⁶⁵, „zadania z zakresu wykonywania uprawnień przysługujących Skarbowi Państwa”⁴⁶⁶ i inne.

Również przegląd literatury prawa finansowego potwierdza wieloznaczność terminu „zadania”. Część analizowanych w piśmiennictwie zadań jednostek sektora finansów publicznych odnoszonych jest do zadań publicznych pojmowanych jako prawnie wyznaczone, stałe obowiązki jednostek sektora finansów publicznych. Bywa również i tak, że termin „zadania” dotyczy określonych przedsięwzięć realizowanych jedynie w danym czasie⁴⁶⁷.

Elementem pojęcia „zadań finansowanych ze środków publicznych” jest również proces finansowania. Na gruncie doktryny prawa finansowego – w tym finansów publicznych – termin „finansowanie” stosowany jest bardzo często i utożsamiany jest zazwyczaj z przekazywaniem środków publicznych, zaopatrzeniem w środki publiczne czy transferem środków pieniężnych⁴⁶⁸.

Należy więc przyjąć, że zakres zastosowania zasady powszechnego dostępu do realizacji zadań finansowanych ze środków publicznych obejmuje również obszar zamówień pozaustawowych udzielanych zarówno przez jednostki sektora finansów publicznych, jaki i – w określonych wyżej okolicznościach – pozostałych zamawiających.

3.3. Wewnętrzne procedury gospodarowania środkami publicznymi

Niebagatelne znaczenie w organizacji procesów gospodarowania środkami publicznymi w zamówieniach pozaustawowych mają – obok norm prawa powszechnie obowiązującego – procedury wewnętrzne. Procedurami kontroli gospodarowania środkami publicznymi w ramach zamówień pozaustawowych

⁴⁵⁹ Art. 18 FinPublU.

⁴⁶⁰ Art. 29 ust. 2 FinPublU.

⁴⁶¹ Art. 21 ust. 1 pkt 3) FinPublU.

⁴⁶² Art. 59 ust. 4 FinPublU.

⁴⁶³ Tamże.

⁴⁶⁴ Art. 15 ust. 3 pkt 2) FinPublU.

⁴⁶⁵ Art. 24 ust. 1 pkt 3) lit. b) FinPublU.

⁴⁶⁶ Art. 58 ust. 1 pkt 1a) FinPublU.

⁴⁶⁷ B. Woźniak, *Zasady funkcjonowania i zakres publicznego systemu finansowego*, [w:] B. Pietrzak, Z. Polański, B. Woźniak, *System finansowy w Polsce 2*, Warszawa 2015, s. 25.

⁴⁶⁸ T. Dębowska-Romanowska, *Wybrane zagadnienia klasyfikacji ekonomiczno-prawnej dotacji*, *Studia Prawno-Ekonomiczne* 1989, T. XLIII, Wrocław 1989, s. 22; A. Gorgol, *Prawne aspekty ...*, s. 131-132.

mogą być zawarte w różnych dokumentach postanowienia, które określają działania podejmowane w ramach kontroli kierownictwa i innych pracowników zobowiązanych do bieżącej kontroli operacji gospodarczych (np. głównego księgowego, kierownika komórki organizacyjnej, specjalisty ds. zamówień publicznych itp.).

W ramach regulacji wewnętrznych związanych z gospodarowaniem środkami publicznymi wyróżniać można wszelkie akty wewnętrzne o charakterze organizacyjnym, czyli takie w którym dominują postanowienia określające strukturę jednostki, więzi organizacyjne, kompetencje, obowiązki itp. (czyli akty o charakterze ogólnym jak regulaminy organizacyjne, oraz indywidualnym jak zakresy obowiązków, upoważnienia etc.) i proceduralnym, w których znaczącą część stanowią reguły postępowania w ramach określonych procesów. Postanowieniem o charakterze organizacyjnym będzie więc np. zakres obowiązków głównego księgowego, a postanowieniami o charakterze proceduralnym będą zapisy dotyczące sposobu dokonywania przez niego wstępnej kontroli zgodności zobowiązań finansowych wynikających z operacji gospodarczych z planem finansowym jednostki. W obrębie aktów o charakterze proceduralnym, czyli procedur wewnętrznych wyróżniać można z kolei procedury określające prawidłowy przebieg procesów gospodarczych (np. instrukcja kasowa, instrukcja inwentaryzacyjna, procedura kontroli zaciągania zobowiązań w jednostce, instrukcja obiegu dokumentów), oraz procedury wewnętrznej kontroli instytucjonalnej (np. regulamin kontroli wewnętrznej).

Katalog dokumentów składających się na procedury gospodarowania środkami publicznymi nie jest zamknięty. Praktyka tworzenia procedur dopuszcza istnienie szerokiej gamy regulacji wewnętrznych. Wprowadzanie części z nich wywodzić można wprost w przepisów (np. plany kont), pozostałych z przyjętych w jednostkach sektora finansów publicznych standardów i zwyczajów (np. instrukcja obiegu dokumentów), lub decyzji kierownictwa określonej jednostki. U zamawiających tworzy się w praktyce np. procedury wstępnej oceny celowości zaciągania zobowiązań finansowych i dokonywania wydatków, regulaminy udzielania zamówień publicznych, procedury gromadzenia i pobierania środków publicznych, procedury zaciągania zobowiązań i dokonywania wydatków, procedury dokonywania zwrotu środków publicznych, instrukcje gospodarowania mieniem, instrukcje w sprawie sposobu sporządzania, obiegu, kontroli i archiwizowania dowodów księgowych, instrukcje ochrony danych i ich zbiorów, dowodów księgowych, ksiąg rachunkowych i innych dokumentów, uchwały organu stanowiącego w sprawie umarzania, odraczania i rozkładania na raty należności cywilnoprawnych przypadających jednostce samorządu terytorialnego lub jej jednostkom podległym i inne.

3.4. Odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych w zamówieniach pozaustawowych

3.4.1. Charakter odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych

Na zamówienia pozaustawowe jako proces gospodarowania środkami publicznymi należy także spojrzeć przez pryzmat zasad odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Specyfikę reżimu odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych wyznacza z jednej strony przedmiot ochrony, którym jest szeroko rozumiana gospodarka finansami publicznymi, a z drugiej – określony krąg osób, których ten rodzaj odpowiedzialności dotyczy. O szczególnym charakterze odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych świadczy również istnienie specjalnego trybu dochodzenia odpowiedzialności, w tym postępowanie wyjaśniające, prowadzone przez rzecznika dyscypliny, postępowanie przed komisją orzekającą oraz postępowanie odwoławcze przed Główną Komisją Orzekającą⁴⁶⁹.

Odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny związana jest z naruszeniem norm prawa publicznego w zakresie gospodarowania środkami publicznymi.

⁴⁶⁹ Komisja wymierzająca karę jest zobowiązana uwzględnić m.in. skutki i stopień szkodliwości naruszenia dyscypliny finansów publicznych, stopień winy, cele kary, motywy i sposób działania, właściwości, warunki osobiste sprawcy, jego doświadczenie zawodowe, sposób wywiązywania się z obowiązków służbowych oraz zachowanie po naruszeniu dyscypliny finansów publicznych. Ukaranie karą nagany lub karą pieniężną wywołuje, określone w odrębnych przepisach, skutki wynikające z ujemnej lub negatywnej oceny kwalifikacyjnej (Art. 32 ust. 1 DyscFinPublU). Karę pieniężną wymierza się w wysokości od 0,25 do trzykrotności miesięcznego wynagrodzenia osoby odpowiedzialnej za naruszenie dyscypliny finansów publicznych – obliczonego jak wynagrodzenie za czas urlopu wypoczynkowego – należnego w roku, w którym doszło do tego naruszenia. Jeżeli nie jest możliwe ustalenie wysokości wynagrodzenia, o którym mowa, to karę pieniężną wymierza się w wysokości od 0,25 do pięciokrotności przeciętnego wynagrodzenia. Karę zakazu pełnienia funkcji kierowniczych związanych z dysponowaniem środkami publicznymi wymierza się na okres od roku do 5 lat. Komisja może wymierzyć ją wyłącznie w przypadku ponownego ukarania za naruszenie dyscypliny finansów publicznych i wyłącznie w sytuacji, gdy popełniony ponownie czyn narusza dyscyplinę w stopniu rażącym. Ukaranie karą zakazu pełnienia funkcji związanych z dysponowaniem środkami publicznymi wyklucza, przez czas określony w orzeczeniu o ukaraniu, możliwość: 1) pełnienia funkcji: kierownika, zastępcy kierownika lub dyrektora generalnego, członka zarządu, skarbnika, głównego księgowego lub zastępcy głównego księgowego, kierownika lub zastępcy kierownika komórki bezpośrednio odpowiedzialnej za wykonywanie budżetu lub planu finansowego jednostki sektora finansów publicznych; 2) reprezentowania interesów majątkowych Skarbu Państwa, jednostki samorządu terytorialnego lub innej jednostki sektora finansów publicznych; 3) członkostwa w organach stanowiących, nadzorczych i wykonawczych państwowych i samorządowych osób prawnych. Ukaranie karą zakazu pełnienia funkcji związanych z dysponowaniem środkami publicznymi nie ogranicza jednak prawa wybieralności (biernego prawa wyborczego) na wójta, burmistrza i prezydenta miasta (art. 32 ust. 1-2 DyscFinPublU).

Odpowiedzialność ta kwalifikowana jest w literaturze jako rodzaj odpowiedzialności administracyjnej⁴⁷⁰. Wynika to z szeregu przesłanek, odróżniających ten typ odpowiedzialności od konstrukcji odpowiedzialności właściwych prawu prywatnemu. Świadczy o tym szczególny przedmiot ochrony, jakim jest ład finansów publicznych, charakter organów oskarżycielskich i orzekających, poddanie prawomocnych rozstrzygnięć organu odwoławczego kontroli sądu administracyjnego, a także specyficzny katalog kar (tj. upomnienie, nagana, kara pieniężna oraz zakaz pełnienia funkcji związanych z dysponowaniem środkami publicznymi)⁴⁷¹. Z kolei samo postępowanie w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych ma charakter szczególnego postępowania administracyjnego a rozstrzygnięcia zapadające w tym postępowaniu – szczególnych decyzji administracyjnych⁴⁷².

Postępowanie o naruszenie dyscypliny finansów publicznych inicjowane jest zawiadomieniem składanym przez zobowiązane podmioty (w tym organy kontroli, nadzoru czy kierowników jednostek sektora finansów publicznych)⁴⁷³. Na podstawie wniesionego zawiadomienia rzecznik dyscypliny finansów publicznych podejmuje czynności sprawdzające, na podstawie których wydaje postanowienie o wszczęciu postępowania wyjaśniającego albo o odmowie wszczęcia takiego postępowania. Zakończenie postępowania wyjaśniającego następuje przez złożenie wniosku o ukaranie do właściwej komisji orzekającej. Rzecznik może także stwierdzić, że nie ma podstaw do postawienia zarzutu naruszenia dyscypliny finansów publicznych i umorzyć postępowanie. Po przeprowadzeniu rozprawy komisja orzekająca pierwszej instancji wydaje orzeczenie o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (wraz z wymiarem kary lub decyzją o odstąpieniu od jej wymierzenia), o niewinności albo o umorzeniu postępowania.

Od orzeczenia komisji orzekającej i stopnia służy odwołanie do Głównej Komisji Orzekającej. Wniesienie odwołania powoduje rozpoczęcie postępowania odwoławczego. Zasady rozprawy oraz jej przebieg są – co do zasady – analogiczne jak przed komisją pierwszej instancji. Po rozpoznaniu sprawy GKO może wydać orzeczenie o utrzymaniu zaskarżonego orzeczenia w mocy lub

⁴⁷⁰ L. Lipiec-Warzecha, Ustawa o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Komentarz, Warszawa 2008, s. 19-20.

⁴⁷¹ P. Kryczko, Charakter prawny odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych [w:] Sanacja finansów publicznych w Polsce. Aspekty prawne i ekonomiczne, red. K. Święch, A. Zalczewicz, Szczecin 2004, s. 413.

⁴⁷² Jednocześnie do kwestii spornych zaliczyć można opis specjalnego charakteru tej odpowiedzialności w zestawieniu z innymi rodzajami odpowiedzialności w sferze prawa publicznego. C. Kosikowski, Ustawa o finansach publicznych. Komentarz, Warszawa 2011, s. 3; Wyrok NSA z 21.01.2003 r., III SA 417/01.

⁴⁷³ Art. 93 DyscFinPublU.

o uchyleniu go w całości lub w części. Jeżeli GKO zdecyduje o uchyleniu orzeczenia, to wydaje nowe rozstrzygnięcie co do istoty sprawy albo przekazuje sprawę do ponownego rozpoznania przez komisję orzekającą.

Główna Komisja Orzekająca może ukarać obwinionego lub zaostrzyć mu karę tylko w przypadku, gdy odwołanie zostało wniesione na jego niekorzyść, czyli przez oskarżyciela. Jednak GKO może wydać orzeczenie na korzyść obwinionego nawet wówczas, gdy odwołanie wniósł rzecznik. Gdy zaskarżono orzeczenie wobec obwinionego, który został uniewinniony przez komisję orzekającą lub co do którego postępowanie umorzono, GKO nie może wymierzyć kary, lecz co najwyżej przekazać sprawę do ponownego rozpoznania. W razie przekazania sprawy do ponownego rozpoznania komisja pierwszej instancji jest związana wytycznymi wskazanymi w orzeczeniu Głównej Komisji Orzekającej.

W związku z toczącym się postępowaniem obwinionemu przysługuje szereg uprawnień, w tym prawo do korzystania z pomocy obrońcy, prawo zgłaszania wniosków dowodowych i przedstawiania dowodów na swoją obronę, prawo przeglądania akt sprawy oraz sporządzania z nich notatek i odpisów, czy prawo wnoszenia środków zaskarżenia na rozstrzygnięcia wydawane w pierwszej instancji.

Jak wspomniano wyżej, kontrola nad orzeczeniem w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych pod względem zgodności z prawem dokonuje się w ramach postępowania sądowoadministracyjnego. Na prawomocne orzeczenia i postanowienia GKO przysługuje skarga do Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie, którą wnosi się za pośrednictwem Głównej Komisji. Z kolei od wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego lub postanowienia kończącego postępowanie w sprawie przysługuje skarga kasacyjna do Naczelnego Sądu Administracyjnego.

Przepisy przewidują także nadzwyczajne środki wzruszania prawomocnych rozstrzygnięć tj. stwierdzenie przez GKO nieważności prawomocnego orzeczenia lub postanowienia (np. w przypadku, gdy orzekła komisja niewłaściwa w sprawie) oraz wznowienie postępowania zakończonego prawomocnym orzeczeniem (np. gdy po wydaniu rozstrzygnięcia wyszły na jaw istotne dla sprawy okoliczności lub dowody, nieznanne w momencie wydania orzeczenia).

Odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych oparta jest na zasadzie winy. Odpowiedzialność ponosi wyłącznie osoba, której można przypisać winę w czasie popełnienia naruszenia⁴⁷⁴. Zawinione naruszenie dyscypliny finansów publicznych oceniać należy przez odniesienie do określonego wzorca zachowania oczekiwanego od osoby gospodarującej środkami

⁴⁷⁴ Art. 19 ust. 2 DyscFinPublU.

publicznymi. Ów wzorzec staranności określa sposób postępowania, jaki w danej sytuacji należało podjąć. Porównanie faktycznego zachowania sprawcy ze wzorcem może być podstawą do ewentualnego zarzutu niezachowania należytej ostrożności. W stosunku do obwinionego stosuje się jednak domniemanie niewinności⁴⁷⁵. Sprowadza się ono m.in. do zakazu traktowania go jako osoby winnej, dopóki wina nie zostanie udowodniona i stwierdzona prawomocnym orzeczeniem. Ponadto ciężar udowodnienia winy spoczywa na skarżącym, czyli rzeczniku dyscypliny finansów publicznych, a – zgodnie z orzecznictwem GKO – wskazanie możliwości zgodnego z prawem zachowania się obwinionego jest niezbędnym warunkiem przypisania obwinionemu winy⁴⁷⁶. Wina jest także okolicznością wpływającą na wymiar kary za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Komisja orzekająca wymierza karę według swego uznania, w granicach określonych w ustawie, uwzględniając m.in. stopień winy obwinionego.

3.4.2. Zakres podmiotowy odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych

Jak wspomniano wyżej odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych jest szczególnym rodzajem odpowiedzialności, wyróżniającym się również tym, że dotyczy tylko określonej, wybranej grupy osób. W ramach osób podlegających odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych wyróżnić można osoby, których podleganie odpowiedzialności ustawodawca nie powiązał z określoną kategorią deliktów oraz takie, który podlegają dyscyplinie tylko w ramach określonych naruszeń dyscypliny finansów publicznych.

Do pierwszej grupy zaliczyć można osoby wchodzące w skład organu wykonującego budżet lub plan finansowy jednostki sektora finansów publicznych albo jednostki niezaliczanej do sektora finansów publicznych, ale otrzymującej środki publiczne, lub osoby wchodzące w skład organu zarządzającego mieniem tych jednostek, a także kierownicy jednostek sektora finansów publicznych oraz pracownicy jednostek sektora finansów publicznych lub inne osoby, którym odrębną ustawą lub na jej podstawie powierzono wykonywanie w takiej jednostce obowiązków, których niewykonanie lub nienależyte wykonanie stanowi czyn naruszający dyscyplinę finansów publicznych⁴⁷⁷. Należy także podkreślić, że odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych w ogólności podlegają również osoby wykonujące w imieniu podmiotu niezaliczanego do sektora finansów publicznych, któremu przekazano do wykorzystania lub

⁴⁷⁵ Art. 76 DyscFinPublU.

⁴⁷⁶ Zob. np. DF/GKO/Odw.-76/100/RN-26/2005.

⁴⁷⁷ Art. 4 ust. 1 pkt 1) do 3) DyscFinPublU.

dysponowania środki publiczne, czynności związane z wykorzystaniem tych środków lub dysponowaniem tymi środkami⁴⁷⁸.

Odrębnie należy rozważać odpowiedzialność innych osób, która może być związana tylko z określonymi deliktami dyscypliny finansów publicznych. Otóż, w zakresie zamówień publicznych odpowiedzialność ponosić może nie tylko osoba działająca w jednostce sektora finansów publicznych, ale także osoba obowiązana lub upoważniona do działania w imieniu podmiotu publicznego lub prywatnego, który oferuje pomocnicze działania zakupowe na rynku, któremu kierownik zamawiającego powierzył przygotowanie lub przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego lub przeprowadzenie konkursu. Podleganie takiej osoby odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny w zakresie zamówień publicznych uzależnione jest od tego, czy zamawiający jest jednostką sektora finansów publicznych lub udzielane zamówienie publiczne lub konkurs są finansowane ze środków publicznych.

Z kolei odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, z tytułu wykorzystania środków publicznych lub środków przekazanych ze środków publicznych, związanych z realizacją programów lub projektów finansowanych z udziałem środków unijnych lub zagranicznych, niezgodnie z przeznaczeniem lub z naruszeniem procedur określonych przepisami o zamówieniach publicznych, ale wyłącznie w zakresie określonym w art. 17 DyscFin-Publi⁴⁷⁹ podlegają:

a) osoby zobowiązane lub upoważnione do działania w imieniu podmiotu, któremu odrębną ustawą lub na jej podstawie albo na podstawie umowy lub w drodze porozumienia, powierzono określone zadania związane z realizacją programu finansowanego z udziałem środków pochodzących z budżetu Unii Europejskiej, niepodlegających zwrotowi środków z pomocy udzielanej przez państwa członkowskie Europejskiego Porozumienia o Wolnym Handlu (EFTA) lub innych środków pochodzących ze źródeł zagranicznych niepodlegających zwrotowi;

b) osoby zobowiązane do realizacji projektu finansowanego z udziałem środków unijnych lub zagranicznych, którym przekazano środki publiczne przeznaczone na realizację tego projektu lub które wykorzystują takie środki;

c) osoby zobowiązane lub upoważnione do działania w imieniu podmiotu zobowiązanego do realizacji projektu finansowanego z udziałem środków unijnych lub zagranicznych, któremu przekazano środki publiczne przeznaczone na realizację tego projektu lub który wykorzystuje takie środki.

⁴⁷⁸ Art. 4 ust. 1 pkt 1) do 4) DyscFinPubliU.

⁴⁷⁹ Art. 13 pkt 6) DyscFinPubliU.

Na marginesie należy wspomnieć, że kwestia odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych osób niebędących pracownikami instytucji publicznych zarówno w orzecznictwie komisji orzekających, jak i w nauce jest przedmiotem polemiki⁴⁸⁰. Według jednego z poglądów przeszkodą dla uznania odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych osób spoza sektora finansów publicznych jest fakt, że środki publiczne przestają być publicznymi w momencie przekazania ich poza sektor publiczny⁴⁸¹. Według drugiego stanowiska – reprezentowanego np. w orzecznictwie komisji orzekających – osoby działające w podmiotach niezaliczanych do sektora finansów publicznych odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, o ile gospodarują środkami publicznymi przekazanymi im przez jednostki sektora finansów publicznych⁴⁸². Możliwość podlegania odpowiedzialności osób spoza sektora finansów publicznych gospodarującymi środkami publicznymi dopuszcza również orzecznictwo sądów administracyjnych⁴⁸³.

Z oczywistych względów sama przynależność do kręgu osób, których dotyczy ustawa o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, nie stanowi wystarczającej podstawy odpowiedzialności – potrzebny jest jeszcze czyn. Odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, choć nie jest związana z popełnieniem wykroczenia czy przestępstwa w rozumieniu przepisów prawa karnego, ujmowana jest w systemie przepisów typu sankcyjnego⁴⁸⁴. W związku z tym przypisanie odpowiedzialności za jej naruszenie może nastąpić tylko w wypadku popełnienia czynu wyraźnie sformułowanego w przepisach⁴⁸⁵.

⁴⁸⁰ Orzeczenie GKO z dnia 14 września 2006 r., DF/GKO-4900-36/49/06/965.

⁴⁸¹ Np. J.M. Salachna: Zakres odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych a legalne pojęcie środków publicznych – wybrane aspekty, *Finanse Komunalne* nr 6/2005; P. Kryczko: Charakter prawny odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, [w:] (Sanacja finansów publicznych w Polsce. Aspekty prawne i ekonomiczne, materiały Ogólnopolskiej Konferencji Naukowej, red. K. Świąch, A. Zalcewicz, Szczecin 2005, s. 404 i n.; J.M. Salachna, A. Stryjewska: Glosa do orzeczenia GKO z dnia 19 stycznia 2006 r., *Finanse Komunalne* nr 9/2006; E. Ruśkowski, J.M. Salachna, Wpływ zmian regulacji zasad publicznej gospodarki finansowej na odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, *Finanse Komunalne* nr 10/2006, s. 6 i n.

⁴⁸² Np. orzeczenia GKO: z 6 listopada 2000 r., sygn. DF/GKO/Odw. – 116/177-178/RN-46-47/2000; z 9 maja 2005 r., sygn. DF/GKO/Odw. – 2/2-3 RN-1-2/2005; z 17 listopada 2005 r., sygn. DF/GKO/Odw. – 56/73-74/2005/501; z 19 stycznia 2006 r., sygn. DF/GKO/Odw. – 85/112/RN-27/2005/716.

⁴⁸³ Wyrok NSA z dnia 27 stycznia 2003 r., III SA 575/01; Wyrok WSA w Warszawie z dnia 5 września 2007 r., V SA/Wa 495/07.

⁴⁸⁴ Orzeczenie GKO z dnia 3 czerwca 2002 r., DF/GKO/Odw.-188/278/2001.

⁴⁸⁵ Orzeczenie GKO z dnia 21 kwietnia 2005 r., DF/GKO/Odw.-107/145/2004/1325.

3.4.3. Delikty naruszenia dyscypliny finansów publicznych w ramach zamówień publicznych, które nie mają zastosowania do zamówień pozaustawowych

Analizę naruszeń dyscypliny finansów publicznych w zamówieniach pozaustawowych należy poprzedzić wskazaniem deliktów, które wprawdzie dotyczą zamówień publicznych, ale nie mają zastosowania do zamówień pozaustawowych. W katalogu tych deliktów ujawnia się częściowo specyfika zamówień pozaustawowych, czyli zamówień do których nie tylko nie stosuje się w określonym zakresie Pzp, ale także w konsekwencji nie stosuje się niektórych przepisów ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych.

Zgodnie z DyscFinPubU naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest niezgodne z przepisami o zamówieniach publicznych opisanie przedmiotu zamówienia publicznego w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, określenie warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub wymaganych od wykonawców środków dowodowych w sposób niezwiązany z przedmiotem zamówienia lub nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz określenie kryteriów oceny ofert⁴⁸⁶. Wprawdzie opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję może mieć miejsce w zamówieniach pozaustawowych, to jednak naruszeniem dyscypliny może być w tym przypadku jedynie działanie niezgodne z Pzp. Tymczasem do opisu przedmiotu zamówienia, jak i określania warunków udziału w postępowaniu oraz określania kryteriów oceny ofert w zamówieniach pozaustawowych Pzp nie stosuje się. Z tego samego powodu w zamówieniach pozaustawowych nie może zaistnieć delikt dyscypliny finansów polegający na naruszeniu przepisów o zamówieniach publicznych w inny sposób, jeżeli naruszenie miało wpływ odpowiednio na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego lub zawarcie umowy ramowej⁴⁸⁷.

Nie mogą również wystąpić w zamówieniach pozaustawowych delikty naruszenia dyscypliny polegające na nieprzekazaniu do publikacji w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej lub niezamieszczeniu w Biuletynie Zamówień Publicznych ogłoszenia o zamówieniu, ogłoszenia o ustanowieniu systemu kwalifikowania wykonawców, ogłoszenia o sprostowaniu, zmianach lub dodatkowych informacjach odnośnie do takich ogłoszeń, ogłoszenia o udzieleniu zamówienia, ogłoszenia o wyniku postępowania lub ogłoszenia o wykonaniu umowy albo niezamieszczeniu specyfikacji warunków zamówienia lub opisu potrzeb i wymagań na stronie internetowej prowadzonego postępowania⁴⁸⁸.

⁴⁸⁶ Art. 17 ust. 1 pkt 1,3 i 4 DyscFinPubU.

⁴⁸⁷ Tamże, ust. 1c.

⁴⁸⁸ Tamże, ust. 1 pkt 5) i 5a).

Przepisy ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych nie mogą również mieć zastosowania do zamówień pozaustawowych w zakresie nieprawidłowości związanych z naruszeniem przepisów o zamówieniach publicznych dotyczących przesłanek stosowania trybu negocjacji bez ogłoszenia lub zamówienia z wolnej ręki⁴⁸⁹ oraz rozstrzygnięciem konkursu bez przeprowadzenia postępowania w trybie określonym w przepisach o zamówieniach publicznych⁴⁹⁰.

Do zamówień pozaustawowych nie odnosi się także szereg naruszeń dyscypliny finansów publicznych związanych z samym zawarciem umowy w trybie Pzp tj. zawarciem umowy na usługi społeczne i inne szczególne usługi bez przeprowadzenia postępowania w trybie określonym w przepisach o zamówieniach publicznych⁴⁹¹, zawarciem umowy ramowej w sposób, który mógłby zakłócać konkurencję⁴⁹², czy zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy ramowej bez zachowania formy określonej przepisami o zamówieniach publicznych albo na czas dłuższy niż określony w przepisach o zamówieniach publicznych lub na czas nieoznaczony, z wyłączeniem przypadków dopuszczonych w przepisach o zamówieniach publicznych albo przed ogłoszeniem orzeczenia przez Krajową Izbę Odwoławczą, z naruszeniem przepisów o zamówieniach publicznych⁴⁹³.

W zamówieniach pozaustawowych nie może także wystąpić delikt dyscypliny polegający na unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego lub konkursu z naruszeniem przepisów o zamówieniach publicznych, określających przesłanki upoważniające do unieważnienia tego postępowania lub konkursu⁴⁹⁴.

Regulacje dotyczące odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny dotyczą również kwestii bezstronności osób reprezentujących zamawiającego. Naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest bowiem niezłożenie przez kierownika zamawiającego, członka komisji przetargowej oraz inne osoby wykonujące czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub konkursie po stronie zamawiającego, lub mogące mieć wpływ na wynik tego postępowania lub konkursu, oświadczenia o braku lub istnieniu okoliczności powodujących wyłączenie z tego postępowania lub konkursu⁴⁹⁵. Ponadto, naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest niewyłączenie z postępowania

⁴⁸⁹ Art. 17 ust. 1b pkt 2).

⁴⁹⁰ Tamże, ust. 1bb.

⁴⁹¹ Tamże, ust. 1bc.

⁴⁹² Tamże, ust. 1d.

⁴⁹³ Tamże, ust. 2.

⁴⁹⁴ Tamże, ust. 3.

⁴⁹⁵ Tamże, ust. 4.

o udzielenie zamówienia publicznego lub konkursu osoby podlegającej wyłączeniu z takiego postępowania lub konkursu na podstawie przepisów o zamówieniach publicznych⁴⁹⁶. Jednak i w tym zakresie związane są wyłącznie z przestrzeganiem regulacji zawartych w Pzp.

Wreszcie, obszaru zamówień pozaustawowych nie będzie dotyczyć naruszenie dyscypliny finansów publicznych jakim jest zmiana umowy w sprawie zamówienia publicznego, umowy na usługi społeczne i inne szczególne usługi lub umowy ramowej z naruszeniem przepisów o zamówieniach publicznych⁴⁹⁷ oraz udzielenie zamówienia publicznego na podstawie umowy ramowej z istotną zmianą warunków udzielenia zamówienia publicznego określonych w umowie ramowej⁴⁹⁸.

3.4.4. Delikty naruszenia dyscypliny finansów publicznych w zamówieniach pozaustawowych

Obowiązujące obecnie regulacje prawne pozwalają wskazać określony katalog naruszeń dyscypliny finansów publicznych, które mogą dotyczyć działań podejmowanych w obszarze zamówień pozaustawowych. Należy również mieć na uwadze możliwość jego poszerzenia w przyszłości. W uchwale nr 207 z dnia 19 grudnia 2017 r. Rady Ministrów w sprawie rządowego programu przeciwdziałania korupcji na lata 2018-2020⁴⁹⁹ w ramach zadania „Wzmocnienie przejrzystości i obiektywności procesu udzielania zamówień publicznych” przewidziano działania polegające m. in. na wypracowaniu mechanizmów umożliwiających identyfikowanie oraz ograniczenie nieprawidłowości w zamówieniach wyłączonych ze stosowania ustawy Prawo zamówień publicznych, a także przygotowaniu i wdrożeniu przepisów umożliwiających pociągnięcie do odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych w przypadku udzielania zamówień publicznych wyłączonych spod przepisów Pzp. Przejawem tych zamierzeń jest np. rządowy projekt ustawy o zmianie ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych oraz niektórych innych ustaw⁵⁰⁰ przewidujący odpowiedzialność za niezamieszczenie w wymaganym terminie informacji o udzieleniu zamówienia o wartości przekraczającej 10 000 zł albo zamieszczenie informacji niespełniającej wymogów określonych w przepisach ustawy o finansach publicznych.

⁴⁹⁶ Art. 17 ust. 5 DyscFinPublU.

⁴⁹⁷ Tamże, ust. 6.

⁴⁹⁸ Tamże, ust. 6a.

⁴⁹⁹ M.P. z 2018 r. poz. 12.

⁵⁰⁰ Projekt z dnia 26 października 2020 r., <https://legislacja.rcl.gov.pl>, dostęp: 14.05.2021.

W ramach aktualnych deliktów dyscypliny finansów publicznych związanych z zamówieniami pozaustawowymi na uwagę zasługują nieprawidłowości związane z błędną klasyfikacją zamówienia jako pozaustawowego oraz wybrane nieprawidłowości związane z dokonaniem niezgodnych z prawem czynności w zakresie gospodarki środkami publicznymi.

3.4.4.1. Delikty związane z błędną klasyfikacją zamówienia jako zamówienia pozaustawowego

W zakresie deliktów, które mogą być związane z zamówieniami pozaustawowymi na pierwszym planie ujawniają się nieprawidłowości związane z błędnym uznaniem zamówienia jako pozaustawowego. Wśród nich wskazać można:

a) delikt niezgodnego z Pzp ustalenia wartości zamówienia publicznego lub jego części, jeżeli miało to wpływ na obowiązek stosowania przepisów o zamówieniach publicznych⁵⁰¹;

b) delikt udzielenia zamówienia wykonawcy, który nie został wybrany w trybie określonym w przepisach o zamówieniach publicznych⁵⁰²;

c) delikt łączenia zamówień albo dzielenia zamówienia na odrębne zamówienia publiczne skutkującego uniknięciem stosowania przepisów ustawy⁵⁰³.

Błędna kwalifikacja zamówienia jako pozaustawowego może wynikać z nieprawidłowego ustalenia jego szacunkowej wartości. Jak wskazano wyżej, niepodleganie niektórych zamówień Pzp albo zastosowanie niektórych wyłączeń Pzp uzależnione jest od wartości zamówienia, która w takich przypadkach nie może przekraczać określonego progu (np. musi być mniejsza od 130 000 złotych albo od tzw. progów unijnych). Należy jednak podkreślić, że nieprawidłowe ustalenie wartości zamówienie stanowić będzie naruszenie dyscypliny finansów publicznych, o ile będzie mieć wpływ na obowiązek stosowania przepisów Pzp. Innymi słowy – jeśli spowoduje, że zamawiający nie zastosuje odpowiednich regulacji ustawowych.

Prawidłowe ustalenie szacunkowej wartości zamówienia stanowi więc warunek właściwej kwalifikacji zamówienia jako podlegającego Pzp albo jako zamówienia pozaustawowego. W tym zakresie zastosowanie znajdują reguły ustalania szacunkowej wartości zamówienia określone w Pzp. Stanowi to potwierdzenie tezy, że pozaustawowy charakter zamówienia nie uchyla obowiązku stosowania całości regulacji zawartej w ustawie Prawo zamówień publicznych. Jak stwierdziła Krajowa Izba Odwoławcza w uchwale z dnia

⁵⁰¹ Art. 17 ust. 1 pkt 2 DyscFinPublU.

⁵⁰² Tamże, ust. 1b pkt 1.

⁵⁰³ Tamże, ust. 1b pkt 5b.

11 lutego 2016 r.⁵⁰⁴ nawet przy spodziewanym braku obowiązku stosowania ustawy Pzp, zamawiający musi wprawdzie zastosować zasady szacowania określone w ustawie, by prawidłowo ustalić wartość planowanego zamówienia.

Należy więc wskazać – zgodnie z Pzp – że zamawiający nie może m. in. zaniżać wartości zamówienia lub konkursu, lub wybierać sposobu obliczania wartości zamówienia w celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy. Zamawiający nie może też dzielić zamówienia na odrębne zamówienia, jeżeli prowadzi to do niestosowania przepisów ustawy, chyba że jest to uzasadnione obiektywnymi przyczynami⁵⁰⁵. Ustalana wartość zamówienia powinna cechować się też pewną aktualnością. Dlatego ustalenia wartości zamówienia dokonuje się nie wcześniej niż 3 miesiące przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, jeżeli przedmiotem zamówienia są dostawy lub usługi, oraz nie wcześniej niż 6 miesięcy przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, jeżeli przedmiotem zamówienia są roboty budowlane. Natomiast jeżeli po ustaleniu wartości zamówienia nastąpiła zmiana okoliczności mających wpływ na dokonane ustalenie, zamawiający przed wszczęciem postępowania dokonuje zmiany wartości zamówienia.⁵⁰⁶

DyscFinPublU przewiduje również w ramach jednego przepisu dwie inne postaci naruszenia dyscypliny finansów publicznych tj. łączenie zamówień skutkujące uniknięciem stosowania przepisów ustawy oraz dzielenie zamówienia na odrębne, skutkujące uniknięciem stosowania przepisów ustawy⁵⁰⁷. Nieprawidłowości takie mogą polegać m. in. na połączeniu zamówień podlegających Pzp z zamówieniami wyłączonymi ze stosowania Pzp. Jednak znacznie bardziej doniosłym w praktyce zamówień pozaustawowych jest problem dzielenia zamówienia. Nieprawidłowości tego rodzaju związane są najczęściej z błędnym przekonaniem zamawiającego, że udziela odrębnych, nietożsamyh rzeczowo zamówień, o wartości nieprzekraczającej progu stosowania Pzp, a tymczasem ma do czynienia z jednym zamówieniem o wartości równej lub większej niż próg 130 000 złotych albo próg unijny. Udzielenie zamówienia, czyli zawarcie umowy stanowić będzie naruszenie dyscypliny finansów publicznych, o ile dotyczy wykonawcy, który nie został wybrany zgodnie z Pzp.

⁵⁰⁴ KIO/KD 14/16.

⁵⁰⁵ Art. 29 Pzp.

⁵⁰⁶ Art. 36 Pzp.

⁵⁰⁷ Art. 17 ust. 1b pkt 5b DyscFinPublU.

3.4.4.2. Delikty związane z zaciąganiem oraz wykonywaniem zobowiązań oraz dokonywaniem wydatków w ramach zamówień pozaustawowych

Odrębną grupę deliktów naruszenia dyscypliny finansów publicznych, które dotyczą sfery zamówień pozaustawowych, stanowią nieprawidłowości dotyczące określonych operacji związanych z gospodarowaniem środkami publicznymi, takie jak: zaciąganie zobowiązań, niewykonywanie zobowiązań, dokonywanie wydatków oraz delikty związane z gospodarowaniem należnościami w jednostkach sektora finansów publicznych.

Udzielenie zamówienia publicznego powoduje powstanie między zamawiającym a wykonawcą stosunku zobowiązaniowego. Treścią tego stosunku są wzajemne obowiązki i uprawnienia stron: po stronie wykonawcy powstaje przede wszystkim obowiązek realizacji określonego świadczenia (tj. wykonanie zamówienia), a po stronie zamawiającego – obowiązek zapłaty. W związku z tym, udzielając zamówienia, zamawiający zaciąga zobowiązanie do zapłaty określonej sumy pieniężnej. Poprawność zaciągnięcia takiego zobowiązania podlega ocenie z punktu widzenia zasad finansów publicznych. Zgodnie z art. 15 DyscFinPubLU naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest zaciągnięcie lub zmiana zobowiązania bez upoważnienia określonego ustawą budżetową, uchwałą budżetową lub planem finansowym albo z przekroczeniem zakresu tego upoważnienia lub z naruszeniem przepisów dotyczących zaciągania lub zmiany zobowiązań przez jednostkę sektora finansów publicznych.

Zakres upoważnienia do zaciągania zobowiązań określony został przede wszystkim w FinPubLU, gdzie wskazano, że jednostki sektora finansów publicznych mogą w danym roku zaciągać zobowiązania do wysokości wynikającej z planu wydatków lub kosztów jednostki, pomniejszonej o wydatki na wynagrodzenia i uposażenia, składki na ubezpieczenie społeczne i fundusz pracy, inne składki i opłaty obligatoryjne oraz płatności wynikające ze zobowiązań zaciągniętych w latach poprzednich⁵⁰⁸. Wynika z tego, że zaciągnięcie zobowiązania przekraczającego w danym momencie plan finansowy rodzi – co do zasady – odpowiedzialność. Należy zauważyć, że nie ma znaczenia, czy zaciągnięte zobowiązanie jest wymagalne, czy też stanie się wymagalne w późniejszym terminie. Istotny jest sam fakt przekroczenia upoważnienia do jego zaciągnięcia. Oznacza to, że nawet jeżeli zobowiązanie przestanie istnieć przed upływem terminu jego wymagalności, to osoba odpowiedzialna narusza dyscyplinę finansów publicznych⁵⁰⁹.

⁵⁰⁸ Art. 46 ust. 1.

⁵⁰⁹ T. Robaczyński, P. Gryśka, *Dyscyplina finansów publicznych. Komentarz*, Warszawa 2006, s. 130; orzeczenie RKO z dnia 13.11.2013 (DFP-RKO-540-15/13/12).

Zaciągnięcie zobowiązania wobec wykonawcy skutkuje w konsekwencji koniecznością jego wykonania w przypadku wywiązania się wykonawcy ze swoich zobowiązań. Niezasadne zaniechanie wypłaty wynagrodzenia na rzecz wykonawcy może skutkować np. koniecznością zapłaty odsetek. Zgodnie z ustawą naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest niewykonanie w terminie zobowiązania jednostki sektora finansów publicznych, w tym obowiązku zwrotu należności celnej, podatku, nadpłaty albo nienależnie opłaconych składek na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne, którego skutkiem jest zapłata odsetek, kar lub opłat albo oprocentowanie tych należności⁵¹⁰. Należy zatem zauważyć, że niewykonanie zobowiązania o charakterze cywilnoprawnym, polegające na przykład na niewypłaceniu wynagrodzenia wykonawcy, nie stanowi jeszcze wystarczającej przesłanki zakwalifikowania czynu jako naruszenia dyscypliny finansów publicznych. Niezbędnym warunkiem jest dokonanie przez jednostkę sektora finansów publicznych wydatku w postaci zapłaty odsetek, kar lub opłat.

W przypadku, gdy instytucja zamawiająca jest jednostką sektora finansów publicznych zapłata za wykonanie zamówienia publicznego jest dokonaniem wydatku ze środków publicznych. W takim przypadku środki publiczne wydatkować można tylko na zadania określone w ustawie lub w przepisach wykonawczych i w granicach określonych w budżetach, planach finansowych, a także w innych dokumentach, statutach, decyzjach, pełnomocnictwach, określających granice, cel, harmonogram lub terminy wydatków⁵¹¹. Osoba dysponująca środkami publicznymi i dokonująca wydatku powinna każdorazowo upewnić się, czy dana jednostka ma środki na jego pokrycie. Musi też mieć pewność, że działa w granicach upoważnienia do dokonywania wydatków ze środków publicznych. W DyscFinPubIU przewidziano, że naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest dokonanie takiego wydatku bez upoważnienia określonego ustawą budżetową, uchwałą budżetową lub planem finansowym albo z przekroczeniem zakresu tego upoważnienia lub z naruszeniem przepisów dotyczących dokonywania poszczególnych rodzajów wydatków⁵¹².

3.4.4.3. Delikty związane z ustalaniem i dochodzeniem należności w ramach zamówień pozaustawowych

Naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest nieustalenie należności Skarbu Państwa, jednostki samorządu terytorialnego lub innej jednostki sektora finansów publicznych albo ustalenie takiej należności w wysokości niższej niż wynikająca z prawidłowego obliczenia⁵¹³. Naruszeniem dyscypliny jest również

⁵¹⁰ Art. 16 ust. 1 DyscFinPubIU.

⁵¹¹ Art. 164 ust. 1 FinPubIU.

⁵¹² Art. 11 DyscFinPubIU.

⁵¹³ Art. art. 5 ust. 1 pkt 1 DyscFinPubIU.

niepobranie lub niedochodzenie należności Skarbu Państwa, jednostki samorządu terytorialnego lub innej jednostki sektora finansów publicznych albo pobranie lub dochodzenie tej należności w wysokości niższej niż wynikająca z prawidłowego obliczenia⁵¹⁴.

Kwestia nieustalenia należności w obszarze zamówień pozaustawowych może być związana z karami umownymi z tytułu nienależytego wykonania przez wykonawcę zamówienia. Uprawnienia powstające z tego tytułu przysługują Skarbowi Państwa, jednostce samorządu terytorialnego lub innej jednostce sektora finansów publicznych. Jednocześnie, z uprawnieniem tym związany jest obowiązek ustalenia i dochodzenia należności wynikający z regulacji zawartych w ustawie o finansach publicznych. Zgodnie bowiem z art. 42 ust. 5 i 6 FinPublU jednostki sektora finansów publicznych są obowiązane do ustalania przypadających im należności pieniężnych, w tym mających charakter cywilnoprawny, oraz terminowego podejmowania w stosunku do zobowiązanych czynności zmierzających do wykonania zobowiązania. Jednostki mogą odstąpić od podejmowania w stosunku do zobowiązanego czynności zmierzających do wykonania zobowiązania, jeżeli zachodzą przesłanki odstąpienia przez te jednostki od czynności zmierzających do zastosowania środków egzekucyjnych zgodnie z przepisami o postępowaniu egzekucyjnym w administracji.

W orzecznictwie z zakresu odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych stwierdza się m. in., że „(...) należność z tytułu kary umownej jest należnością w rozumieniu art. 5 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych”⁵¹⁵, a nakaz jej egzekwowania opiera się nie tylko na zasadzie najwyższej staranności w gospodarowaniu publicznymi środkami finansowymi, lecz także na zasadzie legalności tego gospodarowania⁵¹⁶.

Naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest również niezgodne z przepisami umorzenie należności Skarbu Państwa, jednostki samorządu terytorialnego lub innej jednostki sektora finansów publicznych, a także odroczenie jej spłaty lub rozłożenie spłaty na raty albo dopuszczenie do przedawnienia tej należności⁵¹⁷. Zdaniem P. Majki przesłanka „niezgodnego z przepisami”

⁵¹⁴ Tamże, pkt 2.

⁵¹⁵ Orzeczenie Regionalnej Komisji Orzekającej z 27 listopada 2007 r., RKO-511/63/07.

⁵¹⁶ Orzeczenie Głównej Komisji Orzekającej z 21 kwietnia 2008 r., DF/GKO-4900-6/6/08/339.

⁵¹⁷ Art. 5 ust. 1 pkt 3 DyscFinPublU. Kwestię udzielania ulg w spłacie należności cywilnoprawnych reguluje ustawa o finansach publicznych. Zgodnie z nią należności pieniężne mające charakter cywilnoprawny, przypadające organom administracji rządowej, państwowym jednostkom budżetowym i państwowym funduszom celowym, mogą być umarzane w całości albo w części bądź ich spłata może być odraczana lub rozkładana na raty. Należności mogą być umarzane w całości tylko wtedy, gdy: 1) osoba fizyczna zmarła, nie pozostawiając żadnego majątku albo pozostawiła majątek niepodlegający egzekucji na podstawie odrębnych przepisów albo

zastosowania ulgi w spłacie należności budzi wątpliwości interpretacyjne. Zauważa on jednocześnie, że w orzecznictwie uznaje się, że udzielenie ulgi w spłacie należności uznawane jest za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, gdy nastąpiło bez zaistnienia przesłanek określonych w ustawie, zostało dokonane poza zakresem kompetencji przysługujących jednostce sektora finansów publicznych albo z naruszeniem norm proceduralnych⁵¹⁸.

Brak przesłanek udzielenia ulgi w spłacie należności od wykonawcy rodzi jednak po stronie zamawiającego obowiązek dochodzenia tej należności. Z tego powodu – jak wspomniano wyżej – naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest niepobranie lub niedochodzenie należności Skarbu Państwa, jednostki samorządu terytorialnego lub innej jednostki sektora finansów publicznych albo pobranie lub dochodzenie tej należności w wysokości niższej niż wynikająca z prawidłowego obliczenia⁵¹⁹. Ponadto działanie, wskutek którego dojdzie do przedawnienia należności przypadającej zamawiającemu, również jest naruszeniem dyscypliny finansów publicznych⁵²⁰.

pozostawiła przedmioty codziennego użytku domowego, których łączna wartość nie przekracza kwoty 6000 zł; 2) osoba prawna została wykreślona z właściwego rejestru osób prawnych przy jednoczesnym braku majątku, z którego można by egzekwować należność, a odpowiedzialność z tytułu należności nie przechodzi z mocy prawa na osoby trzecie; 3) zachodzi uzasadnione przypuszczenie, że w postępowaniu egzekucyjnym nie uzyska się kwoty wyższej od kosztów dochodzenia i egzekucji tej należności lub postępowanie egzekucyjne okazało się nieskuteczne; 4) jednostka organizacyjna nieposiadająca osobowości prawnej uległa likwidacji; 5) zachodzi interes publiczny. Z kolei na wniosek dłużnika należności mogą być umarzone w całości – w przypadkach uzasadnionych ważnym interesem publicznym albo mogą być umarzone w części, terminy spłaty całości albo części należności mogą zostać odroczone lub płatność całości albo części należności może zostać rozłożona na raty – w przypadkach uzasadnionych względami społecznymi lub gospodarczymi, w szczególności możliwościami płatniczymi dłużnika. Natomiast należności pieniężne mające charakter cywilnoprawny, przypadające jednostce samorządu terytorialnego lub jej jednostkom podległym, mogą być zatem umarzone albo ich spłata może być odraczana lub rozkładana na raty w przypadkach uzasadnionych ważnym interesem dłużnika lub interesem publicznym. Zasady, na podstawie których jednostka może udzielić ulgi, muszą zostać określone przez organ stanowiący jednostki samorządu terytorialnego. Zakres kompetencji organu stanowiącego jednostki samorządu terytorialnego obejmuje szczegółowe zasady, sposób i tryb udzielania ulg, warunki dopuszczalności pomocy publicznej w przypadkach, w których ulga stanowić będzie pomoc publiczną. Organ stanowiący wskazuje też organy lub osoby uprawnione do udzielania tych ulg. Może on również, w drodze uchwały, zdecydować o stosowaniu ulg z urzędu. (art. 55–59a FinPublU).

⁵¹⁸ P. Majka, Naruszenie dyscypliny finansów publicznych a udzielanie ulg w spłacie należności jednostek sektora finansów publicznych [w:] Aktualne problemy odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, red. J.M. Salachna, K. Stelmaszczyk, A. Babczuk, Warszawa 2020, s.133; orzeczenie GKO z 30.01.2017 r., BDF1.4800.70.2016, GKO z 1.12.2016 r., BDF1.4800.63.2016.

⁵¹⁹ Art 5 ust. 1 pkt 2 DyscFinPublU.

⁵²⁰ Tamże, pkt 3 *in fine*.

Podkreślenia wymaga również fakt, że nie stanowi naruszenia nieustalenie, niedochodzenie albo niepobranie należności albo niezgodne z przepisami udzielenie ulgi w jej spłacie, jeśli jest wynikiem ugody. Zgodnie z ustawą o finansach publicznych⁵²¹ jednostka sektora finansów publicznych może zawrzeć ugodę w sprawie spornej należności cywilnoprawnej w przypadku dokonania oceny, że skutki ugody są dla tej jednostki lub odpowiednio Skarbu Państwa albo budżetu jednostki samorządu terytorialnego korzystniejsze niż prawdopodobny wynik postępowania sądowego albo arbitrażowego. Ugoda, o której tu mowa nie jest więc czynnością, którą zamawiający i wykonawca wykonują przed sądem, w trakcie procesu, lecz porozumieniem, do którego dochodzi właśnie po to, by postępowanie sądowe nie zostało wszczęte. Możliwość zawarcia tzw. ugody przedsądowej zależy jednak od poprawnego dokonania oceny jej skutków. Ocena skutków ugody musi bowiem być sporządzona w formie pisemnej, z uwzględnieniem okoliczności sprawy, w szczególności zasadności spornych żądań, możliwości ich zaspokojenia i przewidywanego czasu trwania oraz kosztów postępowania sądowego albo arbitrażowego⁵²². J. M. Salachna odnotowuje, że przepisy nie definiują określenia „spornej należności”, podobnie jak i „należności bezspornej”. Przyjmuje się jednak, że sporny charakter należności oznacza sytuację, w której kwestionowaniu podlega sama zasadność należności lub jej wysokość⁵²³.

W nawiązaniu do wcześniej omówionych deliktów dyscypliny finansów publicznych uzupełnić również należy, że nie stanowi również naruszenia dyscypliny finansów publicznych dokonanie wydatku ze środków publicznych albo zaciągnięcie lub zmiana zobowiązania na podstawie ugody w sprawie spornej należności cywilnoprawnej zawartej zgodnie z przepisami prawa⁵²⁴. Z powyższego wynika, że ugoda może być zawierana przez zamawiającego będącego jednostką sektora finansów publicznych zarówno wtedy, gdy jest on zobowiązany do świadczenia pieniężnego wobec wykonawcy, jaki i wówczas, gdy wykonawca posiada zobowiązanie pieniężne wobec zamawiającego, oraz gdy strony umowy o zamówienie publiczne posiadają jednocześnie wobec siebie takie należności.

⁵²¹ Art. 54a ust. 1 FinPublU.

⁵²² Art. 54a ust. 2 FinPublU.

⁵²³ J. M. Salachna, Prawidłowość ugody w przedmiocie należności cywilnoprawnej jako warunek wyłączający bezprawność gospodarowania środkami publicznymi, [w:] Aktualne problemy odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, red. J.M. Salachna, K. Stelmaszczyk, A. Babczuk, s. 108.

⁵²⁴ Art. 11 ust. 1; art. 15 ust. 2 DyscFinPublU.

3.4.4.4. Delikty związane ze wstępną kontrolą finansową oraz kontrolą zarządczą w zamówieniach pozaustawowych

Przepisy DyscFinPublU przewidują, że naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest niedokonanie lub nienależyte dokonanie wstępnej kontroli zgodności operacji gospodarczej lub finansowej z planem finansowym lub kompletności i rzetelności dokumentów dotyczących takiej operacji, jeżeli miało ono wpływ na dokonanie wydatku powodującego przekroczenie kwoty wydatków ustalonej w planie finansowym jednostki sektora finansów publicznych albo zaciągnięcie zobowiązania niemieszczącego się w planie finansowym jednostki sektora finansów publicznych⁵²⁵.

Nieprawidłowości dotyczące wstępnej kontroli ściśle związane są z osobą głównego księgowego jednostki sektora finansów publicznych, ale mogą dotyczyć też innych pracowników, którym powierzono takie obowiązki. Obowiązki głównego księgowego, zgodnie z FinPublU, związane są z prowadzeniem rachunkowości jednostki, wykonywaniem dyspozycji środkami pieniężnymi oraz właśnie dokonywaniem wstępnej kontroli zgodności operacji gospodarczych i finansowych z planem finansowym oraz dokonywaniem wstępnej kontroli kompletności i rzetelności dokumentów dotyczących operacji gospodarczych i finansowych. Złożenie podpisu przez głównego księgowego na dokumencie, obok podpisu pracownika właściwego rzeczowo, oznacza, że nie zgłasza zastrzeżeń do przedstawionej przez właściwych rzeczowo pracowników oceny prawidłowości merytorycznej tej operacji i jej zgodności z prawem, nie zgłasza zastrzeżeń do kompletności oraz formalno-rachunkowej rzetelności i prawidłowości dokumentów dotyczących tej operacji oraz, że zobowiązania wynikające z operacji mieszczą się w planie finansowym oraz harmonogramie dochodów i wydatków, a jednostka posiada środki finansowe na ich pokrycie⁵²⁶.

Ustawa o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych przewiduje także odpowiedzialność za dopuszczenie do nieprawidłowości dotyczących finansów publicznych przez zaniedbanie kontroli zarządczej. Odpowiedzialność taka może zachodzić wówczas, gdy kierownik jednostki sektora finansów publicznych nie wykonał obowiązków w zakresie kontroli zarządczej w tej jednostce lub wykonał je nienależyte, jeżeli skutkiem tego było m. in:

- uszczuplenie wpływów należnych tej jednostce, Skarbowi Państwa lub jednostce samorządu terytorialnego;
- dokonanie wydatku powodującego przekroczenie kwoty wydatków ustalonej w planie finansowym jednostki;

⁵²⁵ Art. 18b DyscFunPublU.

⁵²⁶ Art. 54 FinPublU.

- zaciągnięcie zobowiązania bez upoważnienia określonego ustawą budżetową, uchwałą budżetową lub planem finansowym albo z przekroczeniem zakresu tego upoważnienia lub z naruszeniem przepisów dotyczących zaciągania zobowiązań przez jednostkę sektora finansów publicznych;
- niewykonanie w terminie zobowiązania jednostki, w tym obowiązku zwrotu należności celnej, podatku, nadpłaty lub nienależnie opłaconych składek na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne;
- udzielenie zamówienia publicznego wykonawcy, który nie został wybrany w trybie określonym w przepisach o zamówieniach publicznych⁵²⁷.

Problematyka kontroli zarządczej zostanie szczegółowo omówiona w kolejnym rozdziale.

3.4.5. Aspekty proceduralne związane z dochodzeniem odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych w zamówieniach pozaustawowych

Z punktu widzenia zamówień pozaustawowych na szczególną uwagę zasługuje tzw. kwota minimalna, nazywana też kwotą bagatelną, z którą związane jest kwalifikowanie czynu jako deliktu dyscypliny finansów publicznych. Otóż zgodnie z brzmieniem art. 26 DyscFinPublU nie stanowi naruszenia dyscypliny finansów publicznych określone działanie lub zaniechanie, którego przedmiotem są środki finansowe w wysokości nieprzekraczającej jednorazowo, a w przypadku więcej niż jednego działania lub zaniechania – łącznie w roku budżetowym, kwoty minimalnej⁵²⁸. Kwotą minimalną jest kwota przeciętnego wynagrodzenia miesięcznego w gospodarce narodowej w roku poprzednim, ogłoszonego przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego w Dzienniku Urzędowym Rzeczypospolitej Polskiej Monitor Polski⁵²⁹.

Określenie kwoty minimalnej jako przesłanki wyłączającej bezprawność określonych czynów lub zaniechań jest w istocie wyznaczeniem kontratypów deliktów dyscypliny finansów publicznych. Np. nieustalenie należności z tytułu kary umownej przypadającej zamawiającemu będącemu jednostką sektora finansów publicznych stanowić będzie zaniechanie obowiązku, o którym mowa

⁵²⁷ Art. 18c DyscFinPublU.

⁵²⁸ Chodzi o działania lub zaniechania określone w art. 5-16 DyscFinPublU. Ponadto, wyłączenie bezprawności ze względu na kwotę minimalną ma odpowiednie zastosowanie w przypadku działań lub zaniechań określonych w art. 18 pkt 2 oraz art. 18b i 18c DyscFinPublU. (art. 26 ust. 1 i 2 DyscFinPublU).

⁵²⁹ Kwota przeciętnego wynagrodzenia ogłaszana jest zgodnie z art. 5 ust. 7 ustawy z dnia 4 marca 1994 r. o zakładowym funduszu świadczeń socjalnych (Dz.U. z 2020 r. poz. 1070 i 2400).

w art. 42 ust. 5 FinPublU, ale w razie przekroczenia kwoty minimalnej nie będzie deliktem dyscypliny finansów publicznych.

W szczególny sposób przedstawia się kwestia ustalania przesłanek wyłączających bezprawność w przypadku niewykonania zobowiązania, którego skutkiem jest np. zapłata odsetek. Z literalnego brzmienia art. 26 DyscFinPublU wynika, że próg kwoty minimalnej odnosi się do środków finansowych, które są „przedmiotem” działania lub zaniechania. Sam czyn polegający na niewykonaniu zobowiązania jest zaniechaniem, a zatem jego przedmiotem kwota niewykonanego zobowiązania. Tymczasem na gruncie orzecznictwa stwierdza się, że pojęcie kwoty minimalnej (kwoty bagatelnej) środków należy odnosić do kwoty odsetek, kar lub opłat (albo oprocentowania należności), których obowiązek zapłaty pozostaje w związku przyczynowo – skutkowym z niewykonaniem w terminie zobowiązania jednostki sektora finansów publicznych (wyrok NSA z dnia 14 czerwca 2017 r.)⁵³⁰. Przyjmuje się przy tym, że skoro czyn polegający na niewykonaniu zobowiązania, którego skutkiem jest zapłata odsetek, kar lub opłat (albo oprocentowanie należności) ma charakter deliktu skutkowego, to w rozumieniu tego przepisu naruszeniem dyscypliny finansów publicznych nie jest samo tylko niewykonanie zobowiązania jednostki sektora finansów publicznych, lecz stanowi je odpowiednio zapłata odsetek, kar lub opłat (albo oprocentowanie należności) pozostająca w związku przyczynowo – skutkowym z niewykonaniem tego zobowiązania w terminie.

W przypadku zamówień pozaustawowych zastosowanie omawianej przesłanki wyłączającej bezprawność działań ma zatem istotne znaczenie praktyczne. Zamówienia pozaustawowe posiadają dość często odpowiednio niewielką wartość, co powoduje, że ewentualne nieprawidłowości związane z gospodarowaniem środkami publicznymi dotyczą często niewielkich kwot. Należy jednak zwrócić uwagę, że wyłączeniem tym nie jest objęty art. 17 DyscFinPublU, co oznacza, że w przypadku błędnej kwalifikacji zamówienia ustawowego jako zamówienie pozaustawowe, wielkość środków finansowanych objętych taką nieprawidłowością nie ma znaczenia.

Z punktu widzenia bagatelnego charakteru wielu zamówień pozaustawowych na uwagę zasługuje również przesłanka niedochodzenia odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych określona w art. 28 DyscFinPublU. Zgodnie z nim nie dochodzi się odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, którego stopień szkodliwości dla finansów publicznych jest znikomy. Przy czym, przy ocenie stopnia szkodliwości naruszenia dyscypliny finansów publicznych – dla finansów publicznych – uwzględnia się wagę naruszonych obowiązków, sposób i okoliczności ich naruszenia, a także skutki

⁵³⁰ II GSK 2596/15.

naruszenia, biorąc pod uwagę w szczególności: wysokość uszczuplonych środków publicznych; kwotę środków publicznych niewpłaconych lub niezwróconych na właściwy rachunek budżetu państwa, jednostki samorządu terytorialnego lub innej jednostki sektora finansów publicznych; kwotę środków publicznych wydatkowanych bez upoważnienia lub z jego przekroczeniem albo niezgodnie z przeznaczeniem; wysokość zobowiązań zaciągniętych bez upoważnienia lub z jego przekroczeniem oraz kwotę odsetek, kar i opłat zapłaconych wskutek zwłoki w opłaceniu należności.

Cecha bezprawnego czynu, jaką jest znikomy stopień jego szkodliwości jest ujemną przesłanką procesową skutkującą koniecznością prowadzenia dalszych czynności procesowych wobec sprawcy naruszenia dyscypliny finansów publicznych. Zaniechanie czynności procesowych wyraża się w niewszczynaniu postępowania o naruszenie dyscypliny finansów publicznych albo w umorzeniu wszczętego⁵³¹. Okoliczność znikomej szkodliwości uwzględnia się z urzędu w każdej fazie postępowania i wydaje postanowienie o umorzeniu postępowania⁵³².

Konstrukcja znikomej szkodliwości czynu znana jest w różnych przepisach o charakterze karnym. Jednakże specyfiką tej przesłanki na gruncie dyscypliny finansów publicznych jest znikomość negatywnych skutków nieprawidłowości na gruncie finansów publicznych. Przy czym „finanse publiczne” jawią się tu jako dobro chronione obejmujące szereg aspektów. Przy ocenie stopnia szkodliwości czynu dla finansów publicznych bierze się pod uwagę wysokość skutku finansowego, w tym np. wysokość uszczuplonych środków publicznych, wysokość zobowiązań zaciągniętych bez upoważnienia lub z jego przekroczeniem czy kwotę zapłaconych odsetek, kar lub opłat albo wypłaconego oprocentowania. Ocenie podlega jednak również waga naruszonych obowiązków oraz sposób i okoliczności ich naruszenia, a także sposób naruszenia zasady uczciwej konkurencji lub zasady równego traktowania wykonawców⁵³³.

3.5. Obowiązek zwrotu środków przeznaczonych na realizację programów finansowanych z udziałem środków europejskich

Niezależnie od sankcji z tytułu naruszenia dyscypliny finansów publicznych ustawa o finansach określa podstawowe zasady odpowiedzialności spoczywające na beneficjentach dofinansowania z tytułu nieprawidłowego gospodarowania otrzymanymi środkami publicznymi. W przypadku, gdy środki przeznaczone na realizację programów finansowanych z udziałem środków europejskich są

⁵³¹ Art. 78 ust. 1 pkt 7) DyscFinPublU.

⁵³² Tamże, ust. 2.

⁵³³ Art. 28 ust. 2 i 3 DyscFinPublU.

wykorzystane niezgodnie z przeznaczeniem, wykorzystane z naruszeniem procedur obowiązujących przy ich wydatkowaniu, albo pobrane nienależnie lub w nadmiernej wysokości podlegają zwrotowi⁵³⁴.

Ustawa wyraźnie wskazuje, że jednym z przejawów nieprawidłowości w gospodarowaniu środkami europejskimi jest wykorzystanie ich z naruszeniem procedur. Procedury te związane są z „procedurami określonymi w umowie międzynarodowej lub innymi procedurami obowiązującymi przy ich wykorzystaniu”⁵³⁵. R. Cieślak i J. Zdanukiewicz zauważają, że termin „procedura” nie posiada definicji legalnej, jego zakres zaś jest bardzo pojemny i dlatego ustawodawca, posługując się nieostrym pojęciem odniósł się do wszelkich umów, regulacji i przepisów, do których stosowania zobowiązane będą organy państwa oraz inne instytucje uczestniczące w systemie wydatkowania środków europejskich, zarówno mających charakter proceduralny, materialny, a nawet ustrojowy⁵³⁶. Na gruncie orzecznictwa stwierdza się, że interpretacja pojęcia „inne procedury obowiązujące przy wykorzystaniu środków” musi uwzględniać zarówno potoczne rozumienie wyrazu „procedura”, jak i sposób uregulowania w prawie krajowym wdrażania programów operacyjnych. Słowem „procedura” określa się zazwyczaj normowany przepisami lub zwyczajami sposób prowadzenia lub załatwienia jakiejś sprawy. Pod pojęciem „inne procedury” obowiązujące przy wykorzystaniu środków należy w związku z tym rozumieć wszelkie reguły postępowania obowiązujące przy wykorzystywaniu środków pomocowych⁵³⁷. W orzeczeniu z dnia 22 stycznia 2015 NSA uznał za trafny i przyjęty w orzecznictwie pogląd, że procedury te mogą wynikać nie tylko z aktu prawa powszechnie obowiązującego, ale także z łączącej strony umowy o dofinansowanie, w której zostaje określony uzgodniony sposób działania Beneficjenta⁵³⁸.

Powyższe oznacza, że nieprawidłowe wykorzystanie środków publicznych może również polegać na naruszeniu procedur dotyczących zamówień pozaustawowych, w tym wynikających z umów o dofinansowanie czy decyzji administracyjnych, a także wytycznych i innych dokumentów do których umowy lub decyzje odsyłają. Jak trafnie zauważa A. Piwowarczyk konsekwencją w postaci zwrotu otrzymanych środków jest czynnikiem odróżniającym wydatkowanie środków własnych beneficjenta od tych pochodzących z funduszy unijnych, a skutki wynikające z nieprawidłowości związanych z naruszeniem zasad

⁵³⁴ Art. 207 ust. 1 FinPublU.

⁵³⁵ Art. 184 FinPublU.

⁵³⁶ R. Cieślak i J. Zdanukiewicz, Komentarz do art. 184 [w:] Ustawa o finansach publicznych. Ustawa o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Komentarz. red. W. Misiąg, Warszawa 2019, Legalis.

⁵³⁷ Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 9 stycznia 2014 r. II GSK 1546/12, Legalis.

⁵³⁸ Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 22 stycznia 2015 r. II GSK 2004/13.

zamówień publicznych mają bardzo specyficzny i bezpośredni związek z realizacją wdrażanego projektu⁵³⁹. Dlatego sposób realizacji projektu określony w różnych dokumentach obowiązujących beneficjenta stanowi jednocześnie podstawę oceny podejmowanych przez niego działań oraz wskazanie ewentualnych nieprawidłowości.

Źródłem obowiązku zwrotu jest ostateczna decyzja administracyjna określająca kwotę podlegającą zwrotowi⁵⁴⁰. Decyzje określającą kwotę zwrotu dofinansowania wydaje organ pełniący funkcję instytucji zarządzającej lub instytucji pośredniczącej⁵⁴¹. Wydanie decyzji określającej kwotę przypadającą do zwrotu i termin, od którego nalicza się odsetki, oraz sposób zwrotu środków następuje jednak po bezskutecznym wezwaniu beneficjenta do zwrotu środków lub do wyrażenia zgody na pomniejszenie kolejnych płatności⁵⁴².

W przypadku wykorzystania środków niezgodnie z przeznaczeniem, z naruszeniem procedur obowiązujących przy ich wydatkowaniu, albo pobrania nienależnego lub w nadmiernej wysokości, beneficjent zostaje dodatkowo wykluczony z możliwości otrzymania środków, jeżeli otrzymał płatność na podstawie przedstawionych jako autentyczne dokumentów podrobionych lub przerobionych lub dokumentów potwierdzających nieprawdę lub nie zwrócił środków wraz z odsetkami w terminie. Nieprawidłowe wykorzystania środków skutkuje wykluczeniem z możliwości otrzymania finansowania w przyszłości również wówczas, gdy nastąpiło wskutek popełnienia przestępstwa przez beneficjenta, partnera, podmiot upoważniony do dokonywania wydatków, a w przypadku gdy podmioty te nie są osobami fizycznymi – osobą uprawnioną do wykonywania w ramach projektu czynności w imieniu beneficjenta, przy czym fakt popełnienia przestępstwa przez wyżej wymienione podmioty został potwierdzony prawomocnym wyrokiem sądowym⁵⁴³.

Wykluczenia z możliwości otrzymania środków nie stosuje się do podmiotów, które na podstawie odrębnych przepisów realizują zadania interesu publicznego, jeżeli spowodowałyby to niemożność wdrożenia działania

⁵³⁹ A. Piwowarczyk, Rola zamówień publicznych w realizacji polityki spójności w perspektywie 2014–2020, Prawo Zamówień Publicznych nr 1/2020, s. 91.

⁵⁴⁰ Zwrotowi podlega wskazana w ostatecznej decyzji kwota wraz z odsetkami w wysokości określonej jak dla zaległości podatkowych, liczonymi od dnia przekazania środków, na wskazany w tej decyzji rachunek bankowy, w terminie 14 dni od dnia doręczenia decyzji. Zwrot środków może zostać dokonany przez pomniejszenie kolejnej płatności na rzecz beneficjenta o kwotę podlegającą zwrotowi. Natomiast odsetki nalicza się do dnia zwrotu środków lub do dnia wpływu do właściwej instytucji pisemnej zgody na pomniejszenie kolejnych płatności, jeżeli taka zgoda została wyrażona. (art. 207 ust. 1-3 FinPublU).

⁵⁴¹ Art. 207 ust. 9 FinPublU.

⁵⁴² Tamże, ust. 8.

⁵⁴³ Tamże, ust. 4.

w ramach programu lub znacznej jego części. Wykluczenie nie dotyczy również jednostek samorządu terytorialnego i samorządowych osób prawnych, instytucji badawczych prowadzących działalność leczniczą, podmiotów leczniczych utworzonych przez organy administracji rządowej oraz podmiotów leczniczych utworzonych lub prowadzonych przez uczelnie medyczne, a także do beneficjentów będących tzw. organizacjami partnerskimi w rozumieniu przepisów ustawy o pomocy społecznej⁵⁴⁴.

3.6. Wnioski

Udzielanie zamówień publicznych związane jest zazwyczaj z gospodarowaniem środkami publicznymi. Sytuacja taka ma miejsce wówczas, gdy zamawiającymi są jednostki sektora finansów publicznych albo inne podmioty, które dysponując przekazanymi im środkami publicznymi wydają je w celu udzielania zamówień. Okoliczności takie rodzą konieczność przestrzegania zasad gospodarowania środkami publicznymi określonych w ustawie o finansach publicznych. Jednocześnie, w ramach zamówień pozaustawowych, w przypadku nieprawidłowości w gospodarowaniu środkami publicznymi, występować może odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych albo konieczność zwrotu środków otrzymanych w ramach dofinansowania.

W ramach rozważań prowadzonych w niniejszym rozdziale ustalono, że reżim prawnofinansowy zamówień pozaustawowych jest zasadniczo zbieżny z sytuacją prawną występującą w tym obszarze w zamówieniach ustawowych. Do wszystkich zamówień, w których występują procesy związane z gromadzeniem czy wydatkowaniem środków publicznych zastosowanie znajduje np. zasada dokonywania wydatków ze środków publicznych w sposób celowy i oszczędny czy zasada efektywności dokonywania wydatków ze środków publicznych. Niektóre z zasad gospodarowania środkami publicznymi związane są wprawdzie tylko z działalnością zamawiających – jednostek sektora finansów publicznych – ale dotyczą zarówno udzielania zamówień ustawowych, jak i pozaustawowych.

Pewne odrębności pomiędzy zamówieniami pozaustawowymi a ustawowymi zarysowują się w obszarze odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. W tym przypadku wskazać można delikty dyscypliny finansów publicznych, które dotyczą przestrzegania przepisów Pzp, a więc nie odnoszą się do zamówień pozaustawowych. Wyjątkiem w tym zakresie są jednak takie przypadki naruszenia Pzp, które związane są z prawidłową klasyfikacją zamówienia jako pozaustawowego, czyli delikty dotyczące ustalania wartości

⁵⁴⁴ Art. 207 ust. 7 FinPublU.

zamówienia, łączenia albo dzielenia zamówień oraz udzielanie zamówienia wykonawcy niewybranemu w trybie Pzp. W pozostałym zakresie dyscyplinę finansów publicznych w tym samym stopniu stosuje się do zamówień pozaustawowych i ustawowych. W praktyce orzeczniczej znaczenie może mieć jednak bagatelny charakter konkretnego zamówienia pozaustawowego, jako przesłanka wyłączająca bezprawność czynu albo jako ujemna przesłanka procesowa.

W przypadku zamówień publicznych, w których wykorzystywane są środki przeznaczone na realizację programów finansowanych z udziałem środków europejskich wystąpić może również konieczność zwrotu otrzymanego dofinansowania. Konsekwencje prawne dla beneficjentów są w tym zakresie takie same w sytuacji naruszenia procedur dotyczących zamówień ustawowych, jak i pozaustawowych. Odmienne oczywiście pozostają kryteria oceny prawidłowości działań beneficjentów. W przypadku zamówień pozaustawowych kontroli podlega przestrzeganie procedur wynikających z dokumentów określających sposoby udzielania zamówień inne niż regulowane w Prawie zamówień publicznych.

4. Rozdział – Prawne aspekty kontroli inspekcyjnej oraz kontroli zarządczej w zamówieniach pozaustawowych

4.1. Kontrola inspekcyjna w zamówieniach pozaustawowych

4.1.1. Zamówienia pozaustawowe jako przedmiot kontroli

Problematyka kontroli w zamówieniach pozaustawowych obejmuje całe spektrum zagadnień. Większość z nich przynależy do ogólnych kwestii związanych z kontrolą rozumianą jako pewien typ działalności o charakterze sprawdzającym, weryfikacyjnym, oceniającym czy lustracyjnym prowadzonej przez podmioty wyposażone na podstawie obowiązującego prawa w określone uprawnienia. Z tego powodu o zamówieniach pozaustawowych można mówić jako o jednym z wielu obszarów objętych kontrolą odbywającą się w ramach struktury organizacyjnej administracji publicznej, w ramach uprawnień właścicielskich Skarbu Państwa lub jednostek samorządu terytorialnego, ale także w ramach kontroli sądowej związanej z działalnością orzeczniczą sądów powszechnych czy sądów administracyjnych. Problematyka zamówień pozaustawowych może być również objęta zakresem kontroli społecznej realizującej się chociażby przy pomocy instytucji skarg czy wniosków, w tym wniosków o udostępnienie informacji publicznej.

Specyfika zamówień publicznych jako przedmiotu kontroli wyraża się jednak w istnieniu dodatkowej, szczególnej racji przemawiającej za potrzebą stanowienia i stosowania prawa dotyczącego kontroli tej sfery życia społecznego. Otóż udzielanie zamówień publicznych, w tym zamówień pozaustawowych wiąże się z potrzebą ochrony interesu publicznego w sferze, w której państwo lub inne podmioty występują w roli nabywców określonych dóbr. Racja ta stanowi uzasadnienie dla ukształtowania się w obowiązującym prawie wyspecjalizowanej kontroli inspekcyjnej zamówień publicznych, która w ramach niniejszego opracowania pojmowana będzie jako kontrola ukonstytuowana na potrzeby oceny zamówień publicznych, prowadzona przez upoważnione w tym zakresie podmioty, posługujące się wyznaczonymi wzorcami postępowania właściwymi zamówieniom publicznym.

4.1.2. Charakter kontroli inspekcyjnej w zamówieniach pozaustawowych

W tradycyjnym rozumieniu kontrola związana jest działalnością polegającą na sprawdzaniu wykonanych czynności pod kątem stawianych im wymogów. Zasadniczą metodą działania takiej kontroli jest porównywanie stanu faktycznego ze stanem wymaganym. W takim ujęciu, kontrola składa się z: ujmowania stanu rzeczywistego (wykonań), ustalaniu stanu obowiązującego

(wyznaczeń), porównywaniu wykonań z wyznaczeniami w celu ustalenia ich zgodności lub niezgodności i wreszcie wyjaśnieniu przyczyn stwierdzonej niezgodności⁵⁴⁵. Biorąc pod uwagę metodykę tej kontroli można określić ją jako kontrolę inspekcyjną⁵⁴⁶. Przykładem takiego ujęcia kontroli w ustawie o finansach publicznych są np. przepisy dotyczące sprawowania kontroli przez dysponenta części budżetowej lub dysponenta środków przeznaczonych na dotacje celowe wykonania zadania przez beneficjenta dotacji⁵⁴⁷.

Należy jednak podkreślić, że inspekcyjny charakter wielu działań kontrolnych wykracza poza wąsko rozumianą ocenę zaistniałych zdarzeń przez pryzmat przyjmowanego wzorca postępowania, dokonywaną przez podmiot inny niż kontrolowany. Kontrola to także oddziaływanie na podmioty kontrolowane – głównie przez kierowanie do nich wniosków pokontrolnych w celu usprawnienia działalności. Kontrola to działalność celowa, w której w sposób szczególnie ujawnia się potrzeba podejmowania działań efektywnych, adekwatnych, niezbędnych i proporcjonalnych. Jak słusznie podkreśla L. Zacharko kontrola jest funkcją złożoną, która obejmuje ciąg działań, a wykonywanie kontroli stanowi swego rodzaju „proces realizacyjny”, którego należyte zorganizowanie i właściwy przebieg determinują osiągnięcie oczekiwanych efektów kontrolnych⁵⁴⁸.

Osiągnięcie celów kontroli uzależnione jest od przestrzegania określonych reguł jej funkcjonowania, czyli zasad kontroli. Katalog zasad kontroli określany jest w nauce w formie postulatów sprawnej kontroli. Wśród przywoływanych zasad kontroli można wskazać zasadę legalności postępowania – rozumianą jako reguła, zgodnie z którą sama kontrola, jak i zakres przedmiotowy i podmiotowy muszą być umocowane w przepisach prawa powszechnie obowiązującego, a także w przepisach wewnętrznych jednostki. Niebagatelną rolą w sprawnej kontroli pełni też zasada obiektywizmu (określana też zasadą prawdy obiektywnej). Zobowiązuje ona kontrolujących do dokonywania wszelkich ustaleń w pełnej zgodności ze stanem faktycznym oraz do ujmowania wyników kontroli w zgodności z rzeczywistym przebiegiem i charakterem badanych zdarzeń i zjawisk. Z kolei zasada kontrydiktoryjności zakłada możliwość przedstawienia

⁵⁴⁵ J. Zimmermann, *Prawo administracyjne...*, s. 137.

⁵⁴⁶ B.R. Kuc, *Kontrola jako funkcja zarządzania*, Warszawa 2009, s. 32. Przykładem takiego ujęcia kontroli w ustawie o finansach publicznych z 2009 r. są np. przepisy dotyczące zapewniania radnym danej jednostki samorządu terytorialnego dostępu do wyników przeprowadzonych kontroli gospodarki finansowej w jednostce (Art. 34 ust. 1 pkt 6 FinPublU), czy przepisy dotyczące sprawowania kontroli przez dysponenta części budżetowej lub dysponenta środków przeznaczonych na dotacje celowe wykonania zadania przez beneficjenta dotacji (art. 150 pkt 6 FinPublU).

⁵⁴⁷ Art. 150 pkt 6 FinPublU.

⁵⁴⁸ L. Zacharko, *Tradycyjne a współczesne pojęcie kontroli i jej zasięg*, [w:] *Administracyjne procedury kontrolne: wybrane zagadnienia*, red. A. Gronkiewicz, A. Ziółkowska, Katowice 2016, s. 11.

przez kontrolowanego dowodów, wyjaśnień i argumentacji w badanej sprawie, obowiązku przyjęcia ich przez kontrolującego i ustosunkowania się do nich. Warto również przywołać zasadę służebnego charakteru kontroli, zgodnie z którą zorganizowanie systemu kontroli jest uzasadnione o tyle, o ile rzeczywiście umożliwi podjęcie właściwych działań. Pamiętać także należy o zasadzie planowania i programowania kontroli służącej skuteczności kontroli przy jednoczesnym zmniejszeniu jej kosztów (poprzez identyfikowanie obszarów występowania nieprawidłowości, koncentrowanie się na obszarach newralgicznych etc.). Bardziej szczegółowy katalog zasad prawidłowej kontroli obejmuje także zasadę ścisłego ujmowania zaleceń pokontrolnych; zasadę współpracy kontrolującego i kontrolowanego; zasadę pisemnego utrwalenia wyników kontroli, zasadę niezwłocznego przekazywania wyników kontroli, zasadę racjonalnego wykorzystywania wyników kontroli; zasadę niezależności kontroli, zasadę koordynowania kontroli i inne.

Wspomnieć też trzeba o wielu różnych rodzajach kontroli, w ramach których przenikają się aspekty lustracyjne i zarządcze. Na przykład, w ramach kontroli inspekcyjnej tradycyjnie wyróżnia się kontrolę wewnętrzną oraz kontrolę zewnętrzną. Pojęcia „kontroli wewnętrznej” i „kontroli zewnętrznej” wyodrębniane są ze względu na podmiot kontrolujący, a dokładniej mówiąc jego usytuowanie wobec podmiotu kontrolowanego. Kontrola wewnętrzna o charakterze inspekcyjnym przeprowadzana jest przez pracowników, organ, kontrolerów czy inspektorów pozostających w strukturze organizacyjnej podmiotu kontrolowanego. W związku z tym kontrolę wewnętrzną można też opisać jako system form i mechanizmów funkcjonujących w ramach zarządzania daną jednostką⁵⁴⁹. Natomiast inspekcyjna kontrola zewnętrzna dokonywana jest już przez podmiot niepowiązany organizacyjnie z podmiotem kontrolowanym. Typowym przykładem takiej instytucji jest Najwyższa Izba Kontroli. Jednostka kontrolująca w takim przypadku nie pozostaje w stosunku zwierzchnictwa z jednostką kontrolowaną. W literaturze przyjmuje się również niekiedy, iż kontrolę zewnętrzną stanowią działania inspekcyjne organu założycielskiego w stosunku do powołanego podmiotu⁵⁵⁰.

W ramach kontroli wewnętrznej wyróżnić można kolejne podziały. Ze względu na „charakter podmiotu czynnego” kontrola może polegać na tzw. samokontroli, wewnętrznej kontroli instytucjonalnej oraz kontroli funkcjonalnej. Samokontrola to kontrola, do której zobowiązany jest każdy pracownik bez względu na zajmowane stanowisko i rodzaj wykonywanej pracy. Polega na bieżącym kontrolowaniu prawidłowości wykonywania własnej pracy,

⁵⁴⁹ C. Paczuła, *Kontrola wewnętrzna w zarządzaniu jednostką gospodarczą*, Warszawa 1998, s. 37, s. 40.

⁵⁵⁰ B.R. Kuc, *Kontrola...*, s. 32.

z uwzględnieniem postanowień zawartych w procedurach istniejących w jednostce oraz obowiązków wynikających z posiadanego zakresu czynności. Kontrola instytucjonalna sprawowana jest przez samodzielne stanowisko do spraw kontroli wewnętrznej (kontrolera, inspektora) lub organ kontroli. Istota wewnętrznej kontroli instytucjonalnej wynika z jej służebnej roli wobec kierownictwa jednostki. Pracownicy komórki kontroli wewnętrznej działają w ramach uprawnień i nie posiadają samodzielnych uprawnień do wydawania wiążących decyzji i zaleceń. Ich rola sprowadza się w istocie do sporządzenia informacji kontrolnej oraz przygotowania materiału dla kierownictwa jednostki⁵⁵¹. Natomiast kontrola funkcjonalna wykonywana jest przez pracowników na stanowiskach kierowniczych. Funkcjonalny charakter kontroli również obejmuje w znacznym zakresie elementy zarządcze. Jak stwierdza B. R. Kuc kontrola funkcjonalna „działa na bieżąco i operatywnie może więc reagować natychmiast na wszelkie nieprawidłowości i zjawiska niepożądane, a nawet może stwierdzić potencjalną możliwość powstania strat i szkód oraz przeciwdziałać im zanim jeszcze fakty negatywne zaistnieją”⁵⁵².

W literaturze przedmiotu oraz w praktyce różni się jeszcze wiele rodzajów kontroli. Kryteriami dokonywanych podziałów bywają: przedmiot kontroli, sposoby jej prowadzenia, czyli technika i metodologia kontroli, status podmiotów wykonujących czynności kontrolne, czas lub miejsce wykonywania kontroli, zakres badań kontrolnych czy charakter innych zjawisk związanych z prowadzeniem kontroli. Na przykład, podział według stosunku, jaki istnieje między czasem wykonywania czynności kontrolnych a czasem, w którym odbywają się czynności kontrolne pozwala na odróżnianie kontroli wstępnej (zwanej też kontrolą *ex ante* lub uprzednią), kontroli bieżącej (zwanej też równoczesną, sterującą lub operatywną), oraz kontroli następczej (zwanej też kontrolą *ex post* lub końcową). Kontrola wstępna polega na kontroli czynności zamierzonych. Ma na celu zapobieganie niepożądanym lub nielegalnym działaniom przez sprawdzenie, czy są one zgodne z przyjętymi kryteriami kontroli. Kontrola wstępna wykonywana jest przeważnie w oparciu o dokumenty, które stanowią podstawę dla dokonania w przyszłości operacji finansowych (np. sprawdzenie projektu umowy o zamówienie publiczne). Kontrola bieżąca polega na sprawdzeniu czynności i wszelkiego rodzaju operacji gospodarczych w toku ich wykonywania, w celu stwierdzenia czy wykonywanie to przebiega prawidłowo i zgodnie z obowiązującymi przepisami. Natomiast kontrola następcza dotyczy sprawdzenia dokumentów odzwierciedlających czynności już dokonane.

⁵⁵¹ B.R. Kuc, Kontrola ..., s. 38.

⁵⁵² Tamże, s. 37.

Ze względu na charakter kryterium kontroli wyróżnić można kontrolę formalną oraz kontrolę merytoryczną. Na przykład, kontrola formalna polega na zbadaniu formalnej oraz rachunkowej prawidłowości dokonywanych operacji. Kontrolą formalną objęta jest także prawidłowość arytmetyczna sumowań, doboru jednostek miar i zestawień (kontrola rachunkowa). Natomiast kontrola merytoryczna polega na zbadaniu, czy planowanie (lub dokonanie) danej czynności było celowe, zgodne z planem lub ustaleniami zawartymi w umowie i innych wyznaczeniach.

Rodzaje kontroli mogą uwzględniać także różne zakresy oraz tryby podejmowanych czynności kontrolnych. Stąd mówić można o kontroli pełnej (zwanej też kompleksową lub całkowitą) oraz kontroli problemowej (zwanej też tematyczną, odcinkową, wycinkową lub częściową), kontroli ciągłej i kontroli doraźnej czy kontroli planowej i pozaplanowej (czy spodziewanej i niespodziewanej).

Z kolei przez pryzmat metody kontroli mówić można o kontroli pośredniej albo kontroli bezpośredniej. Kontrola pośrednia (zwana też kontrolą dokumentalną) polega na wykorzystaniu źródeł informacji zawartych w dokumentach, a w tym np. ewidencji ksiąg rachunkowych, ewidencji ksiąg pomocniczych, ewidencji operatywnej, w inwentaryzacji, normach, analizach ekonomicznych, w sprawozdawczości, w systemach obiegu dokumentów, a także zebraniu wyjaśnień i informacji od kontrolowanych i świadków. Kontrola dokumentalna, polegająca na badaniu *ex post* czynności już dokonanych jest powszechnie stosowana przez wszystkie organy kontroli finansowej (zarówno wewnętrznej, jak i zewnętrznej). Natomiast kontrola bezpośrednia polega na sprawdzeniu samego stanu faktycznego (np. oględziny miejsca realizacji robót budowlanych). Postać kontroli faktycznej, która polega na pełnym lub wrywkowym ustaleniu rzeczywistego stanu składników majątkowych jednostki w celu porównania go ze stanem wynikającym z ewidencji stanowi w istocie inwentaryzację.

Na szczególną uwagę w ramach kontroli zamówień zasługuje tzw. kontrola finansowa. Ustawa o finansach publicznych wprowadziła nie posługuje się tym terminem⁵⁵³. Można jednak wiązać ten rodzaj kontroli z kontrolą procesów związanych z gromadzeniem i rozdysponowywaniem środków publicznych oraz gospodarowaniem mieniem czy – krócej – kontrolą gospodarki finansowej⁵⁵⁴.

⁵⁵³ Uchylona ustawa o finansach publicznych z 2005 r. posługiwała się pojęciem „kontroli finansowej”. Zgodnie z brzmieniem art. 47 tejże ustawy kontrola finansowa obejmowała nie podejmowanie działań *ex post* polegających na badaniu i porównaniu zaistniałego stanu faktycznego ze stanem wymaganym, ale także polegała na przeprowadzaniu wstępnej oceny celowości zaciągania zobowiązań finansowych i dokonywania wydatków oraz prowadzeniu gospodarki finansowej oraz stosowaniu procedur (dotyczących procesów pobierania i gromadzenia środków publicznych, zaciągania zobowiązań finansowych i dokonywania wydatków ze środków publicznych, udzielania zamówień publicznych oraz zwrotu środków publicznych).

⁵⁵⁴ Art. 1 pkt 4; art. 34 ust. 1 pkt 6 b) FinPublU.

Jednym z przejawów prowadzenia wewnętrznej, funkcjonalnej kontroli finansowej w jednostkach sektora finansów publicznych, mających znaczenie także w procesie udzielania zamówień pozaustawowych, jest działalność głównego księgowego. W myśl FinPublU główny księgowy jednostki sektora finansów publicznych jest pracownikiem, któremu kierownik jednostki powierza obowiązki i odpowiedzialność w zakresie prowadzenia rachunkowości jednostki, wykonywania dyspozycji środkami pieniężnymi, dokonywania wstępnej kontroli zgodności operacji gospodarczych i finansowych z planem finansowym oraz dokonywania wstępnej kontroli kompletności i rzetelności dokumentów dotyczących operacji gospodarczych i finansowych⁵⁵⁵.

Złożoność problematyki kontroli zamówień pozaustawowych zdeterminowana jest również wielością stosowanych kryteriów kontrolnych. Jak wskazano w poprzednim rozdziale, prawidłowość udzielania zamówień oraz gospodarowania środkami publicznymi wyznacza prawo, ale także procedury wewnętrzne, plany czy zasady gospodarności⁵⁵⁶.

Wśród wyznaczonych prawem oraz stosowanych kryteriów kontroli wyróżnić można: kryterium legalności (czyli zgodność z prawem), kryterium gospodarności, kryterium celowości, kryterium rzetelności (czyli zgodności dokumentacji ze stanem faktycznym), kryterium terminowości, kryterium skuteczności (efektywności), kryterium poprawności organizacyjnej czy kryterium zgodności z ustalonym planem działania.

Przy okazji rozważań dotyczących kontroli warto odnotować, że przepisy ustawy o finansach publicznych posługują się również terminem „nadzór”. O nadzorze mowa chociażby w regulacjach dotyczących kompetencji właściwego ministra w stosunku do agencji wykonawczej⁵⁵⁷, czy uprawnieniach nadzorczych i kontrolnych dysponentów części budżetowych nad gospodarką finansową podległych im jednostek organizacyjnych⁵⁵⁸. Podobnie o nadzorze mowa w art. 247 FinPublU, który określa, iż zarząd jednostki samorządu terytorialnego sprawuje ogólny nadzór nad realizacją, określonych uchwałą budżetową, dochodów i wydatków, przychodów i rozchodów budżetu jednostki samorządu terytorialnego. Zgodnie z klasycznym rozróżnieniem nadzór jest pojęciem szerszym niż kontrola i obejmuje możliwość władczego wpływania na nadzorowany

⁵⁵⁵ Art. 54 ust. 1 FinPublU.

⁵⁵⁶ L. Kurowski. H. Sochacka-Krysiak, Podstawy kontroli finansowej, Warszawa 1981, s. 97.

⁵⁵⁷ Art. 21 ust. 2-5; Art. 22 ust. 1, 2-4 FinPublU.

⁵⁵⁸ W tym, nad dokonywaniem przez te jednostki wstępnej oceny celowości poniesionych wydatków oraz realizacją właściwych procedur, wykorzystania dotacji udzielonych z budżetu państwa, realizacji zadań finansowanych z budżetu państwa, efektywności i skuteczności realizacji planów w układzie zadaniowym na podstawie mierników stopnia realizacji celów. Na uwagę zasługuje to, iż przepis art. 175 ust. 1 FinPublU. posługuje się tu obok siebie pojęciem kontroli i nadzoru.

podmiot. Z tego powodu między podmiotem nadzorującym a nadzorowanym istnieć musi stosunek zwierzchnictwa. Kontrola polega na dokonywaniu czynności polegających wyłącznie na sprawdzaniu działalności innych jednostek, bez stałych możliwości wpływania na działalność jednostek kontrolowanych poprzez wydawanie im nakazów czy poleceń, natomiast nadzór dopuszcza możliwość stosowania władczych instrumentów w stosunku do podmiotu nadzorowanego, nazywanych też środkami nadzoru⁵⁵⁹. Tradycyjnie wyróżnia się wśród nich środki merytoryczne, polegające na przykład na stwierdzaniu nieważności zarządzenia czy uchwały oraz środki nadzoru personalnego, wyrażające się w możliwości odwoływania lub zawieszania w pełnieniu funkcji określonych osób w nadzorowanej jednostce⁵⁶⁰.

Pojęciem zbliżonym do kontroli jest również audyt. Celem audytu jest uzyskiwanie przez kierownika jednostki niezależnej oceny adekwatności, efektywności i skuteczności systemów zarządzania i kontroli – co różni audyt od innych rodzajów kontroli, które służą jedynie ocenie i wykrywaniu pojedynczych nieprawidłowości lub uchybień lub samej organizacji procesów gospodarczych. Audyt w istocie stanowi system oceny i sprawdzania kontroli, a nie samą kontrolę. Audyt uwzględnia także czynności doradcze, w tym składanie wniosków, mające na celu usprawnienie funkcjonowania jednostki⁵⁶¹.

W ramach audytu wyróżnia się audyt wewnętrzny oraz zewnętrzny. Na gruncie ustawy o finansach publicznych audyt wewnętrzny stanowi szczególnie rodzaj działań, obejmujących niezależne badanie systemów zarządzania i kontroli w jednostce. Audyt wewnętrzny jest działalnością niezależną i obiektywną, której celem jest wspieranie ministra kierującego działem lub kierownika jednostki w realizacji celów i zadań przez systematyczną ocenę kontroli zarządczej oraz czynności doradcze. W wyniku audytu kierownik jednostki uzyskuje obiektywną ocenę adekwatności, efektywności i skuteczności tych systemów. Ocena gospodarki finansowej w jednostce dotyczy również zgodności prowadzonej działalności z przepisami prawa oraz obowiązującymi w jednostce procedurami wewnętrznymi, jak również efektywności i gospodarności podejmowanych działań w zakresie systemów zarządzania i kontroli. Z kolei audyt

⁵⁵⁹ Odnotowania wymaga również kwestia podstawy prawnej do stosowania określonych środków nadzoru przez organ nadzorujący. Należy przyjąć, iż organ nadzorujący może korzystać tylko z takich środków nadzoru, jakie przewidziane są wyraźnie w przepisach prawa.

⁵⁶⁰ J. Zimmermann, *Prawo administracyjne...*, s. 136.

⁵⁶¹ Na temat relacji pojęcia audytu do pojęcia kontroli zob. m.in.: G. Gołębiowski, *Audyt wewnętrzny w administracji publicznej – kontrowersje wobec jego roli*, *Kontrola Państwowa* 6/2003, s. 102–109; M. Anczakowski, *Audyt wewnętrzny w systemie kontroli wewnętrznej*, *Kontrola Państwowa* 6/2003, s. 24–36; E. Chojna-Duch, *Audyt wewnętrzny po akcesji do Unii Europejskiej*, *Kontrola Państwowa* 4/2004, s. 29–44; J. Jagielski, *Audyt wewnętrzny – miejsce w systemie kontroli i organizacji*, *Kontrola Państwowa* 3/2003, s. 14–33.

zewnątrzny realizowany jest przez podmiot usytuowany poza strukturą organizacyjną instytucji poddanej audytowi. Przykładem jest tu audyt programów operacyjnych. Audyt programu operacyjnego obejmuje m. in. audyty wykonywane przez instytucję audytową np. zgodnie z przepisami tzw. rozporządzenia ogólnego⁵⁶² oraz tzw. rozporządzenia EWT⁵⁶³. Audyt służy zapewnieniu prawidłowego funkcjonowania systemu zarządzania i kontroli programu operacyjnego. Dokonywany jest na podstawie stosownej próby operacji w oparciu o zadeklarowane wydatki. Po jego przeprowadzeniu przedstawiane są m. in. ustalenia dotyczące defektów stwierdzonych w systemach zarządzania i kontroli oraz proponowane i wdrożone działania naprawcze⁵⁶⁴. Beneficjent jest obowiązany poddać się audytowi w zakresie prawidłowości realizacji projektu, przeprowadzanemu przez instytucję zarządzającą, instytucję pośredniczącą, instytucję wdrażającą, koordynatora EWT, wspólny sekretariat, krajowego kontrolera, a także instytucję audytową, przedstawicieli Komisji Europejskiej i Europejskiego Trybunału Obrachunkowego oraz inne podmioty, uprawnione do przeprowadzania kontroli lub audytu⁵⁶⁵.

4.1.3. Wyspecjalizowana zewnętrzna kontrola inspekcyjna w zamówieniach pozaustawowych

Jak wspomniano wyżej, w systemie zamówień publicznych funkcjonuje wyspecjalizowana kontrola dotycząca samych zamówień publicznych. Obejmuje ona kontrolę sprawowaną przez Prezesa UZP, określaną niekiedy jako kontrola *sensu stricto*, oraz kontrolę sprawowaną przez inne podmioty kontrolne, działające w ramach kompetencji określonych w innych ustawach, ale realizowaną zgodnie z zasadami określonymi w Pzp.

⁵⁶² Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1303/2013 z dnia 17 grudnia 2013 r. ustanawiające wspólne przepisy dotyczące Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego, Funduszu Spójności, Europejskiego Funduszu Rolnego na rzecz Rozwoju Obszarów Wiejskich oraz Europejskiego Funduszu Morskiego i Rybackiego oraz ustanawiające przepisy ogólne dotyczące Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego, Funduszu Spójności i Europejskiego Funduszu Morskiego i Rybackiego oraz uchylające rozporządzenie Rady (WE) nr 1083/2006 (Dz.Urz. UE L 347 z 20.12.2013, s. 320).

⁵⁶³ Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1299/2013 z dnia 17 grudnia 2013 r. w sprawie przepisów szczegółowych dotyczących wsparcia z Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego w ramach celu „Europejska współpraca terytorialna” (Dz.Urz. UE L 347 z 20.12.2013, s. 259).

⁵⁶⁴ Art. 127 rozporządzenia ogólnego.

⁵⁶⁵ Art. 23 ust. 1.

Kontrola, której zasady wyznacza Pzp dotyczy udzielenia zamówień w zakresie zgodności z przepisami ustawy⁵⁶⁶. Oznacza to, że zakres zastosowania wyspecjalizowanej kontroli nie obejmuje *ex lege* zamówień, do których Pzp nie stosuje się. Należy jednak podkreślić, że ocena zgodności udzielania zamówień z przepisami ustawy obejmuje również weryfikacje prawidłowości zastosowania wyłączeń przewidzianych w Pzp. Z tego powodu, sfera zamówień, do udzielania których określony zamawiający nie zastosował ustawy Prawo zamówień publicznych, również podlega wyspecjalizowanej kontroli, o której mowa w Pzp, jednakże w zakresie prawidłowości zastosowania przez zamawiającego wyłączeń określonych przepisami Pzp.

Najbardziej czytelnym dowodem takiego pojmowania zakresu wyspecjalizowanej kontroli zamówień publicznych są postanowienia Pzp dotyczące kar pieniężnych⁵⁶⁷. Zgodnie z nimi zamawiający publiczni będący podmiotami prawa publicznego (w tym wykonujący działalność sektorową) oraz zamawiający sektorowi (z wyłączeniem zamawiających publicznych wykonujących działalność sektorową) podlegają karze pieniężnej jeśli np. udzielają zamówienia bez zastosowania ustawy Pzp⁵⁶⁸. H. Wolska dostrzega w systemie kar pieniężnych przewidzianych w Pzp przejaw władztwa administracyjnego, a nawet nadzoru⁵⁶⁹.

Wyspecjalizowany charakter kontroli zamówień w ramach systemu zamówień publicznych oparty jest na określonych, ustawowych filarach. Można ująć w postaci kilku zasad kontroli. Należą do nich:

⁵⁶⁶ Art. 596 ust. 1 Pzp.

⁵⁶⁷ Karę pieniężną nakłada Prezes Urzędu w drodze decyzji administracyjnej (art. 621 ust. 1 Pzp). Wysokość kary pieniężnej ustala się w zależności od wartości zamówienia. Na przykład, jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż progi unijne kara pieniężna wynosi 3000 złotych. Natomiast jeśli jest równa lub przekracza progi unijne, a jest mniejsza niż wyrażona w złotych równowartość kwoty 10 000 000 euro dla dostaw lub usług oraz 20 000 000 euro dla robót budowlanych, kara pieniężna wynosi 30 000 złotych (art. 620 Pzp). Wpływy z tytułu kar pieniężnych stanowią dochód budżetu państwa i podlegają ściągnięciu w trybie przepisów o postępowaniu egzekucyjnym w administracji (art. 622 Pzp).

⁵⁶⁸ Art. 618 i art. 619 ust. 1 pkt 1 lit. c) Pzp. P. Granecki i I. Granecka stwierdzają, że zakres podmiotowy odpowiedzialności porządkowej określonej przepisami Pzp obejmuje zamawiających, którzy nie ponoszą odpowiedzialności z tytułu naruszenia dyscypliny finansów publicznych. Pogląd ten nie jest trafny. Reżim odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych dotyczy jedynie osób fizycznych, a nie jednostki organizacyjne. Ponadto, obowiązujące regulacje dotyczące odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych pozwalają na pociąganie do odpowiedzialności także osoby reprezentujące jednostki spoza sektora finansów publicznych. P. Granecki, I. Granecka, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2021, Legalis.

⁵⁶⁹ H. Wolska, Instrumenty kontroli w ustawie – Prawo zamówień publicznych, [w:] Instytucje i instrumenty kontroli w systemie zamówień publicznych, A. Powałowski, E. Przeszło, H. Wolska, Warszawa 2018, s. 117.

- 1) zasada współpracy organów kontroli;
- 2) zasada planowania i przeprowadzania kontroli na podstawie analizy ryzyka;
- 3) zasada dokonywania kontroli na podstawie przygotowanych przez organy kwestionariuszy kontrolnych;
- 4) zasada upubliczniania informacji o przeprowadzonych kontrolach i ich wynikach;
- 5) zasada oparcia stwierdzenia pokontrolnego na wykazaniu naruszenia przepisu ustawy, które miało wpływ na wynik tego postępowania.

4.1.3.1. Zasada współpracy organów kontroli

Zasada współpracy organów kontrolujących wyraża się w dwóch kluczowych obowiązkach: wymianie informacji o przeprowadzonych kontrolach i ich wynikach oraz uwzględnianiu przez organ kontrolujący wyników przeprowadzonej wcześniej kontroli innego organu kontroli⁵⁷⁰. Pierwszy ze wskazanych obowiązków ma charakter kierunkowy, ponieważ nie określa szczegółowo działań, które powinny podejmować organy kontroli. Odnosi się on do ogólnego nakazu, zgodnie z którym organy kontroli współpracują ze sobą w związku z przeprowadzaną kontrolą, wymieniając informacje o przeprowadzonych kontrolach i ich wynikach. Nieco konkretniej ujęte jest zobowiązanie do uwzględniania wyników poprzednich kontroli. Ustawa wskazuje, że w przypadku powzięcia przez organ kontroli informacji o przeprowadzonej wcześniej kontroli danego zamówienia przez inny organ kontroli, organ ten zwraca się do organu, który tę kontrolę przeprowadził z wnioskiem o udostępnienie informacji o jej wyniku. Oczywiście, organ kontroli może uzyskać informacje o wynikach poprzedniej kontroli – w tym dokument kończący kontrolę – w inny sposób.

Kluczowym aspektem zasady współpracy organów kontroli jest jednak obowiązek uwzględniania wyników przeprowadzonej wcześniej kontroli innego organu. „Uwzględnianie wyników” jest dość pojemną formułą. Nie oznacza to wprawdzie ścisłego związania kolejnego organu treścią rozstrzygnięć, które sformułował inny organ kontroli wcześniej. Tym bardziej, że w przypadku różnych kontroli, zarówno zakres ich prowadzenia, jak i kryteria kontroli mogą być różne. Tym niemniej, uwzględnianie wyników kontroli należy postrzegać jako instrument służących niwelowaniu istotnych rozbieżności, które mogą pojawiać się w ramach kontroli tych samych zamówień publicznych.

Zasada współpracy i uwzględniania wyników kontroli przeprowadzonych przez Prezesa UZP lub inne organy kontroli oznacza, że organy kontroli zobowiązane są do wymiany podstawowych informacji o przeprowadzanych

⁵⁷⁰ Art. 597 Pzp.

kontrolach wśród zamawiających, a także o ich wynikach, co pozwolić ma na ograniczenie przypadków odmiennych wykładni przepisów czy dublowania postępowań kontrolnych u tych samych zamawiających. Organy kontroli prowadząc kontrolę z punktu widzenia legalności postępowań są zobowiązane do uwzględniania wyników kontroli Prezesa UZP albo innego organu kontroli w danym postępowaniu. Dodatkowo, zgodnie z nową kompetencją Prezesa UZP, w przypadku wątpliwości lub odmiennych interpretacji prawa zamówień publicznych, organy mogą zwrócić się do niego o wydanie opinii dotyczącej stosowania prawa zamówień publicznych. Rozwiązanie to służyć ma unikaniu wydawania odmiennych interpretacji przepisów prawa zamówień publicznych przez instytucje kontrolujące.

4.1.3.2. Zasada planowania i przeprowadzania kontroli na podstawie analizy ryzyka

System kontroli zamówień publicznych oparty jest też na zasadzie analizy ryzyka. Pzp określa, że organy kontroli planują i przeprowadzają kontrolę po uprzednim dokonaniu analizy prawdopodobieństwa naruszenia prawa w ramach udzielania zamówienia. Analiza ryzyka obejmować ma identyfikację obszarów podmiotowych i przedmiotowych, w których ryzyko naruszenia prawa jest największe⁵⁷¹. W uzasadnieniu projektu Pzp wskazywano na przykładowe okoliczności, jak mała liczba ofert w danym postępowaniu, zarzuty stawiane przez wykonawców dotyczące sposobu określenia warunków udziału w postępowaniu lub opisu przedmiotu zamówienia, fakt odstąpienie od umowy, a także wcześniej stwierdzone u zamawiającego istotne naruszenia prawa⁵⁷².

Ustawa nie określa szczegółowo metodyki analizy ryzyka w zamówieniach publicznych, ograniczając się w zasadzie do stwierdzenia, że analiza taka powinna obejmować identyfikację obszarów podmiotowych i przedmiotowych, w których ryzyko naruszenia przepisów jest największe. Sposób przeprowadzenia analizy określać zatem powinien organ kontroli lub jego organ nadrzędny. Analizy nie przeprowadza się jednak w przypadku kontroli wszczynanej na wniosek⁵⁷³.

4.1.3.3. Zasada dokonywania kontroli na podstawie przygotowanych przez organy kwestionariuszy kontrolnych

Ważnymi dla praktyki kontroli zamówień publicznych są regulacje dotyczące prowadzenia kontroli na podstawie kwestionariuszy kontrolnych. Zgodnie z nimi

⁵⁷¹ Art. 598 Pzp.

⁵⁷² Rządowy projekt ustawy – Prawo zamówień publicznych, Druk nr 3624, www.sejm.gov.pl, dostęp: 30.05.2021.

⁵⁷³ Art. 598 ust. 4 Pzp.

organ kontroli określa wzór kwestionariusza kontroli zawierający szczegółowy opis zagadnień, które podlegają sprawdzeniu w toku kontroli, zakres dokumentów, których organ kontroli może żądać od zamawiającego w toku kontroli, oraz miejsce na przedstawienie przez zamawiającego informacji o przeprowadzonej kontroli udzielenia zamówienia przez Prezesa Urzędu lub inny organ kontroli. Co więcej, wzór kwestionariusza kontroli podlega udostępnieniu na stronie podmiotowej organu kontroli w Biuletynie Informacji Publicznej, co oznacza, że kwestionariusze kontroli są jawne jednocześnie dla zamawiających, wykonawców, jak i innych organów kontrolnych.

Dodatkowo, organ kontroli jest zobowiązany przekazać zamawiającemu, który ma być kontrolowany, kwestionariusz kontroli lub informację o miejscu jego udostępnienia, a w toku kontroli organ kontroli nie może wykraczać poza opis zagadnień zawarty w kwestionariuszu kontroli. Organ kontroli jest uprawniony do kontroli wyłącznie tych zagadnień, które zostały ujęte w kwestionariuszu. Wprowadzone ograniczenie ma zapobiegać – zgodnie z intencją ustawodawcy – przewlekłości postępowań kontrolnych.

4.1.3.4. Zasada upubliczniania informacji o przeprowadzonych kontrolach i ich wynikach

Zgodnie z Pzp instytucje kontrolujące są zobowiązane również do publikowania wyników kontroli, w tym dokumentów kończących kontrolę, w Biuletynie Informacji Publicznej. Zgodnie z intencjami wyrażonymi w uzasadnieniu projektu ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych, obowiązek taki służyć ma przejrzystości i prawidłowości działań organów, a także ograniczeniu wątpliwości kontrolowanych podmiotów co do przyjętych przez organy interpretacji prawa, czy podjętych decyzji. Racja ta, choć godna pochwały, wydaje się jednak zarysowana zbyt śmiało. Wyniki kontroli zawsze związane są z okolicznościami określonego przypadku. Trudno zatem przyjąć, że ich publikowanie stanie się kanwą ujednoczenia wykładni prawa. Należy spodziewać się w tym zakresie skutków zgoła odmiennych: wzrostu świadomości, że rzeczywistość spraw kontrolnych jest bardzo złożona i że trudno spotkać dwa identyczne przypadki zasługujące na taką samą ocenę.

4.1.3.5. Zasada oparcia stwierdzenia pokontrolnego na wykazaniu naruszenia przepisu ustawy, które miało wpływ na wynik tego postępowania

Pzp przewiduje także, że warunkiem stwierdzenia pokontrolnego, że postępowanie o udzielenie zamówienia zostało przeprowadzone niezgodnie z ustawą jest wykazanie okoliczności, że naruszono przepisy ustawy w sposób, który wpłynął na wynik tego postępowania. Reguły tej nie stosuje się w przypadku

kontroli postępowania o udzielenie zamówienia współfinansowanego ze środków Unii Europejskiej⁵⁷⁴. Wprowadzenie takiego kluczowego kryterium kontrolnego służyć ma zapewnieniu, że drobne uchybienia formalne nie będą podstawą uznania przez organy kontroli, że doszło do udzielenia zamówienia publicznego z naruszeniem Prawa zamówień publicznych.

Należy przy tym podkreślić, że okoliczności polegające na naruszeniu przepisu ustawy, „które miało wpływ na wynik postępowania” należy odróżniać od okoliczności, w których naruszenie przepisów „mogło mieć wpływ na wynik postępowania”⁵⁷⁵. Konieczny, a nie hipotetyczny wpływ na wynik postępowania wyznacza konieczność istnienia związku przyczynowo-skutkowego między naruszeniem określonej normy a wynikiem postępowania.

Samo pojęcie „wyniku postępowania” nie zostało zdefiniowane w przepisach. B. Artymowicz stwierdza, że za wynik postępowania można uznać albo wybór oferty najkorzystniejszej lub unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, albo ustalenie rankingu ofert poprzez sklasyfikowanie poszczególnych ofert na kolejnych pozycjach, przy uwzględnieniu przyjętych przez zamawiającego kryteriów oceny ofert. Wynik postępowania to także jego unieważnienie⁵⁷⁶. Wydaje się jednak, że należałoby poszerzyć takie ujęcie tego pojęcia. Postępowanie o zamówienie publiczne może bowiem prowadzić nie tylko do wyboru oferty, ale także wynegocjowania postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego. Ponadto, wynik postępowania należałoby również utożsamiać z jego finalnym przejawem, czyli zawarciem umowy, nawet jeśli zawarcie umowy nie stanowi czynności w postępowaniu. Można przecież przyjąć, że wpływ określonej nieprawidłowości na wynik postępowania może ujawniać się w tym, że doszło do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego z wykonawcą, z którym umowa nie powinna być zwarta (np. z powodu niedopełnienia przez wykonawcę koniecznych do zawarcia umowy wymagań formalnych), pomimo, że oferta tego wykonawcy została wybrana prawidłowo⁵⁷⁷.

Na tle omawianej zasady może ujawniać się niekiedy pytanie, czy udzielenie zamówienia jako pozaustawowego w oparciu o błędne zastosowanie normy określającej wyłączenie Pzp może wywoływać skutek w postaci rzeczywistego wpływu na wynik postępowania; lub inaczej: czy całkowite, niemające oparcia

⁵⁷⁴ Art. 601 Pzp.

⁵⁷⁵ Zob. np. orzeczenie GKO z dnia 29.09.2016 r., BDF1.4800.41.2016; orzeczenie GKO z dnia 12.12.2013 r., BDF1/4900/72/76/13/RWPD-780; orzeczenie GKO z dnia 18.02.2013 r., BDF1/4900/133/135/12/3593; orzeczenie GKO z dnia 29.01.2007 r. DF/GKO-4900-93/113/06/3247; orzeczenie GKO z dnia 17.10.2005 r., DF/GKO/Odw.-45/61/2005/361.

⁵⁷⁶ B. Artymowicz, Wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jako przedmiot odpowiedzialności dyscyplinarnej, [w:] *Dyscyplina Finansów publicznych*. Doktryna, orzecznictwo, praktyka, red. M. Winiarz, M. Smaga Warszawa 2015, s. 3.

⁵⁷⁷ Art. 7 pkt 18) Pzp.

w obowiązujących przepisach omińcie stosowania Pzp w danym postępowaniu o zamówienie publiczne może mieć wpływ na jego wyniki?

Tak postawiona kwestia prowadziłaby do konieczności porównania rzeczywistego wyniku postępowania prowadzonego błędnie jako pozaustawowe z hipotetycznym wynikiem takiego postępowania, gdyby było prowadzone prawidłowo tj. zgodnie z przepisami Pzp. Przeprowadzenie takiego postępowania nie przesądzałoby jednak w żaden sposób o wpływie błędnej klasyfikacji zamówienia jako pozaustawowego na wynik postępowania o zamówienie publiczne. Z kolei brak możliwości zaistnienia takiego związku przyczynowo-skutkowego przesądzałby o tym, że wyspecjalizowana kontrola zamówień publicznych, której zasady określa Pzp nie ma zastosowania do zamówień pozaustawowych. Należy jednak zaznaczyć, że przywołany tu problem wynika z niewłaściwej wykładni normy konstytuującej omawianą zasadę. Otóż zasada oparcia stwierdzenia pokontrolnego na wykazaniu takiego naruszenia przepisu ustawy, które miało wpływ na wynik tego postępowania nie określa zakresu zastosowania wyspecjalizowanej kontroli zamówień publicznych. Wyznacza jedynie obowiązek dotyczący formułowania określonego rodzaju wniosku pokontrolnego tj. stwierdzenia, że postępowanie o udzielenie zamówienia zostało „przeprowadzone niezgodnie z ustawą”. Stwierdzenie takie związane jest z kontrolą postępowania, które prowadzono na podstawie przepisów Pzp, ale które faktycznie przeprowadzono niezgodnie z określonymi przepisami Pzp. W takim przypadku konieczne jest wykazanie wpływu naruszenia prawa na wynik postępowania. Analizowana zasada kontroli określa więc tylko warunki formułowania określonej konkluzji kontrolnej tj. wniosku, że postępowanie o udzielenie zamówienia zostało przeprowadzone niezgodnie z ustawą. Jednak w wyniku wyspecjalizowanej kontroli udzielenia zamówień publicznych „w zakresie zgodności z przepisami ustawy” (art. 596 ust. 1 Pzp), wnioski pokontrolne mogą dotyczyć także innych nieprawidłowości, np. naruszenia tylko określonych przepisów w sposób, który jednak nie uprawnia do stwierdzenia, że całe postępowanie zostało przeprowadzone zgodnie z ustawą. Kontrola zamówień publicznych może również stwierdzić, że w ogóle nie zastosowano Pzp, pomimo, że był taki obowiązek. W takich przypadkach wykazywanie wpływu nieprawidłowości na wynik postępowania nie jest uzasadnione.

4.1.4. Kontrola zamówień współfinansowanych ze środków Unii Europejskiej

Specyfikę kontroli zamówień publicznych współfinansowanych ze środków Unii Europejskiej wyznacza głównie jej przedmiot (czyli określony rodzaj

zamówień) oraz szczególnie charakter źródeł prawnych określających obowiązki związane z jej prowadzeniem⁵⁷⁸.

Pojęcie „zamówień współfinansowanych ze środków Unii Europejskiej” należałoby łączyć z pojęciem programów lub projektów współfinansowanych ze środków pochodzących z budżetu Unii Europejskiej⁵⁷⁹. Przedmiotem współfinansowania jest bowiem w istocie realizacja określonego zadania (programu lub projektu), a nie zamówienie publiczne, które wyłącznie służy wykonaniu takiego zadania.

Środki pochodzące z budżetu Unii Europejskiej stanowią na gruncie polskiego prawa środki publiczne i obejmują środki pochodzące z funduszy strukturalnych, Funduszu Spójności, Europejskiego Funduszu Rybackiego oraz Europejskiego Funduszu Morskiego i Rybackiego, z wyłączeniem środków przeznaczonych na realizację programów w ramach celu Europejska Współpraca Terytorialna, oraz programów, o których mowa w rozporządzeniu Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 1638/2006 z dnia 24 października 2006 r. określającym przepisy ogólne w sprawie ustanowienia Europejskiego Instrumentu Sąsiedztwa i Partnerstwa⁵⁸⁰ oraz programów Europejskiego Instrumentu Sąsiedztwa⁵⁸¹.

Zasady przeprowadzania kontroli zamówień współfinansowanych ze środków Unii Europejskiej wynikają również ze specyficznego katalogu źródeł prawa. Obejmuje on akty prawa unijnego oraz krajowego, a także inne dokumenty. Wśród nich szczególne miejsce zajmują tzw. wytyczne horyzontalne. Jak trafnie stwierdza W. Miemiec „zamówienia publiczne udzielane w ramach projektów współfinansowanych ze środków UE podlegają tym samym zasadom kwalifikacji przedmiotowej, co zamówienia finansowane ze środków własnych zamawiającego. Istotne różnice polegają na tym, że zamawiający, udzielając zamówień w ramach projektów współfinansowanych ze środków UE, jest związany zasadami wynikającymi z prawa unijnego, w tym także należącymi do kategorii soft law (dokumenty i wytyczne instytucji udzielającej wsparcia)”⁵⁸².

Wytyczne wydawane są przez ministra właściwego ds. rozwoju regionalnego jako wykonującego zadania państwa członkowskiego. Ich celem jest zapewnienie zgodności sposobu realizacji programów operacyjnych z prawem Unii Europejskiej w zakresie wdrażania funduszy strukturalnych i Funduszu Spójności oraz spełniania wymagań określanych przez Komisję Europejską. Wydawanie

⁵⁷⁸ A. Piwowarczyk, *Procedury zamówień publicznych w projektach współfinansowanych ze środków funduszy strukturalnych*, Katowice 2017, s. 109.

⁵⁷⁹ Art. 5 ust. 1 pkt 2) FinPubIU.

⁵⁸⁰ Dz. Urz. UE L 310 z 09.11.2006, s. 1.

⁵⁸¹ Art. 5 ust. 3 FinPubIU.

⁵⁸² W. Miemiec, *Zagadnienia finansowoprawne ...*, s. 32.

wytycznych służy także zapewnieniu jednolitości sposobu realizacji programów operacyjnych i prawidłowości realizacji zadań i obowiązków określonych przepisami powszechnie obowiązującymi. Treść wytycznych dotyczy m. in. kontroli realizacji programów operacyjnych, kwalifikowalności wydatków w ramach programów operacyjnych czy korekt finansowych w ramach programów operacyjnych. Wytyczne nie mają statusu źródła prawa w rozumieniu Konstytucji. Jak wspomniano wyżej, są one przykładem praktyki legislacyjnej, określanej też jako tworzenie tzw. miękkiego prawa. W ujęciu doktryny „miękkie” prawo różni się od prawa „twardego” tym, iż nie posiada mocy wiążącej, choć zawiera normy postępowania i pod względem techniki redakcyjnej przypomina prawo powszechnie obowiązujące⁵⁸³. Wytyczne mają przede wszystkim charakter instrukcyjny lub interpretacyjny, dlatego nie wiążą beneficjentów przez sam fakt ich wydania. Są jednak wiążące dla beneficjentów *ex contractu*, na podstawie postanowień zawartych w umowie o dofinansowanie projektu⁵⁸⁴.

Kontrola zamówień współfinansowanych ze środków europejskich jest elementem kontroli realizacji programów operacyjnych, a w tym zadań wykonywanych przez beneficjentów. Kontrola zamówień przeprowadzana jest nie tylko pod względem zgodności procedur udzielania zamówień wynikających z przepisów prawa krajowego czy unijnego, ale również przestrzegania ogólnych zasad udzielania zamówień publicznych oraz innych procedur udzielania zamówień, obowiązujących przy wykorzystaniu środków unijnych. Jej zakresem nie są więc objęte wyłącznie zamówienia prowadzone na podstawie ustawy Prawo zamówień publicznych, ale także zamówienia pozaustawowe. Z kolei z uwagi na różnorodny status beneficjentów, kontrola zamówień pozaustawowych dotyczy zarówno zamawiających publicznych, jak i innych pozostałych podmiotów wykonujących zadania współfinansowane ze środków Unii Europejskiej.

4.2. Kontrola zarządcza w zamówienia pozaustawowych

4.2.1. Zamówienia pozaustawowe jako przedmiot zarządzania

Problematyka prawnych aspektów zarządzania w zamówieniach publicznych, w tym zamówieniach pozaustawowych osadzona jest w statusie prawnym kierownika zamawiającego oraz normach kompetencyjnych określających zakres jego uprawnień i obowiązków. Zarządzanie bowiem to jeden z przejawów szeroko rozumianego kierowania (obok administrowania,

⁵⁸³ C. Mik, Europejskie prawo wspólnotowe. Zagadnienia teorii i praktyki, Warszawa 2000, T.1, s. 521-522.

⁵⁸⁴ Art. 206 ust. 2 pkt 4a) FinPublU.

dowodzenia czy rządzenia)⁵⁸⁵. Wszak w rozumieniu legalnej definicji kierownik zamawiającego jest osobą lub organem, który zgodnie z obowiązującymi przepisami, statutem lub umową, jest właśnie uprawniony do zarządzania zamawiającym, z wyłączeniem pełnomocników ustanowionych przez zamawiającego⁵⁸⁶.

4.2.2. Pojęcie kontroli zarządczej

Współcześnie kontrola definiowana jest jako zespół działań, których celem jest regulowanie i korygowanie czynności i procesów w celu osiągnięcia określonych rezultatów⁵⁸⁷. Jak wspomniano wyżej, tradycyjna kontrola nastawiona jest na podejmowanie czynności inspekcyjnych (rewizyjnych, lustracyjnych) i reaguje na popełniony błąd (korygujący charakter kontroli). Natomiast kontrola we współczesnym ujęciu nastawiona jest dodatkowo na osiągnięcie określonych rezultatów. Jak trafnie zauważa B.R. Kuc obecnie „prawda o przeszłości, której dostarcza(-ła) kontrola wewnętrzna, wypierana jest przez identyfikację, szacowanie i zarządzanie ryzykiem, a więc zdarzeniami przyszłymi”⁵⁸⁸. Główna różnica pomiędzy tradycyjnym a współczesnym podejściem do kontroli tkwi w zaangażowanych środkach i metodach ich wykorzystywania.

Do języka prawnego określenie „kontrola zarządcza” wprowadziła ustawa o finansach publicznych uchwalona w 2009 r. Zgodnie z brzmieniem art. 68 FinPublU kontrolę zarządczą w jednostkach sektora finansów publicznych stanowi ogół działań podejmowanych dla zapewnienia realizacji celów i zadań w sposób zgodny z prawem, efektywny, oszczędny i terminowy. Celem kontroli zarządczej jest zapewnienie w szczególności zgodności działalności z przepisami prawa oraz procedurami wewnętrznymi, skuteczności i efektywności działania, wiarygodności sprawozdań, ochrony zasobów, przestrzegania i promowania zasad etycznego postępowania, efektywności i skuteczności przepływu informacji oraz zarządzania ryzykiem. Przepisy FinPublU podkreślają zatem, iż kontrola zarządcza stanowi zespół mechanizmów, wspierających zarządzanie gospodarką finansową jednostki, nastawionych na osiągnięcie określonych celów⁵⁸⁹.

⁵⁸⁵ S. Sudół, *Nauki o zarządzaniu. Pojęcie zarządzania, zakres i granice nauk o zarządzaniu, ich miejsce w klasyfikacji nauk oraz subdyscypliny [w:] Ewolucja nauk ekonomicznych. Jedność a różnorodność, relacje do innych nauk, problemy klasyfikacyjne*, red. M. Gorynia, Warszawa 2019, s. 100.

⁵⁸⁶ Art. 7 pkt 7) Pzp.

⁵⁸⁷ S. Kałużny, *Leksykon kontroli*, Warszawa 2002 s. 82.

⁵⁸⁸ B.R. Kuc, *Kontrola ...*, s. 19.

⁵⁸⁹ Tamże, s. 18 i nast.; A.S. Krysiak, *Pojęcie controllingu na tle pojęć zbliżonych (kontrola, audyt)*, *Kontrola Państwowa* 1/2006, s. 138–149; M. Siwoń, *Pojęcia audytu i kontroli*

Takie szerokie ujęcie pojęcia kontroli zarządczej zbliża się do współczesnego ujęcia kontroli wewnętrznej w rozumieniu niektórych standardów międzynarodowych⁵⁹⁰. Kontrola wewnętrzna (ang. *internal control*) w takim ujęciu to zbiór powiązanych ze sobą składników oraz działań tworzących określony system wspomagający zarządzanie tak, aby istniała racjonalna pewność, że cele jednostki zostaną osiągnięte. Kontrola wewnętrzna jest integralnym procesem, na który ma wpływ zarząd jednostki oraz jej personel. Jest ona zaprojektowana tak, aby odnosić się do ryzyk i dawać rozsądne zapewnienie, że działania jednostki skierowane na wypełnianie jej misji pomagają jej również w osiągnięciu następujących ogólnych celów, a w tym m. in. prowadzenie uporządkowanej, etycznej, gospodarnej i wydajnej działalności.

Biorąc pod uwagę sposób ujęcia kontroli wewnętrznej w standardach międzynarodowych, oraz opis kontroli zarządczej w FinPublU stwierdzić należy, iż pojęcia te są bardzo zbliżone. Niestety odmiennosc terminologii w tym zakresie jest źródłem wielu niejasności w praktyce. Rodzi także pytanie o zasadność wprowadzenia do polskiego języka prawnego oryginalnego pojęcia kontroli zarządczej, w miejsce kontroli finansowej, a nie po prostu kontroli wewnętrznej, skoro terminy te mają podobne znaczenie.

Rozumienie pojęcia „kontroli zarządczej” wymaga również prawidłowego umiejscowienia tego rodzaju aktywności kontrolnej w stosunku do innych podobnych zjawisk. Istnienie „kontroli zarządczej” w języku prawnym tłumaczyć można m. in. potrzebą zaakcentowania funkcjonalnego, czyli kierowniczego charakteru takiej kontroli. Taki wniosek potwierdza treść przepisów FinPublU, która mówiąc o kontroli zarządczej zwraca uwagę na obowiązki osób pełniących kierownicze funkcje w jednostce. W tym zakresie osoby te zobowiązane są do podejmowania bieżących działań w celu wykrywania i zapobiegania nieprawidłowościom czy zagrożeniom w osiągnięciu wytyczonych celów, co ujawnia

a działalność regionalnych izb obrachunkowych, *Finanse Komunalne* 1–2/2006, s. 103; J. Płoskonka, *Pojęcie kontroli w ujęciu zarządczym*, *Kontrola Państwowa* 2/2006, s. 3–28; A. Niewęglowski, *Controlling w jednostkach administracji publicznej*, *Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Szczecińskiego. Ekonomiczne problemy usług* 1/2006, s. 13–19; M. Siwoń, *Aplikacja międzynarodowych standardów wewnętrznej kontroli finansowej do polskiego systemu prawnego*, *Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Szczecińskiego. Ekonomiczne problemy usług* 1/2006, s. 169–175.

⁵⁹⁰ Zob. np. „Wytyczne w sprawie standardów kontroli wewnętrznej w sektorze publicznym” (Guidelines for Internal Control Standards for the Public Sector) przyjęte w 2004 r. przez Międzynarodową Organizację Najwyższych Organów Kontroli/Audytu (International Organization of Supreme Audit Institutions – INTOSAI) (tekst w języku polskim dostępny na www.nik.gov.pl) oraz „Zmienione Standardy Kontroli wewnętrznej służące skutecznemu zarządzaniu” [The Revised Internal Control Standard for Effective Management SEC (2007) 1341 appendix 1] wydane przez Komisję Europejską, przyjęte w 2007 r. (<https://ec.europa.eu>, dostęp: 30.05.2021).

prewencyjny charakter tego typu kontroli⁵⁹¹. Wykonywanie zadań z zakresu kontroli zarządczej nie spoczywa jednak wyłącznie na kierowniku jednostki. Kierownik jednostki ma przede wszystkim „zapewnić funkcjonowanie adekwatnej, skutecznej i efektywnej kontroli zarządczej”⁵⁹². Czyni to m. in. w drodze powierzenia kluczowych obowiązków dotyczących zatwierdzania, realizacji i rejestrowania operacji finansowych, gospodarczych i innych zdarzeń różnym pracownikom. Na gruncie kontroli zarządczej zapewnienie realizacji celów jednostki wymaga niejednokrotnie oceny zaistniałych zdarzeń. W myśl Standardów kontroli zarządczej kierownik jednostki w ramach wykonywania bieżących obowiązków monitoruje skuteczność systemu kontroli zarządczej i jego poszczególnych elementów. Zidentyfikowane problemy są na bieżąco rozwiązywane. Ten inspekcyjny aspekt kontroli zarządczej realizowany jest przez kierownika jednostki sektora finansów publicznych i innych pracowników pełniących funkcje kierownicze.

4.2.3. Standardy kontroli zarządczej

Analiza prawnych aspektów kontroli zamówień pozaustawowych wymaga także odniesienia do aktu prawa wewnętrznego, jakim jest Komunikat Ministra Finansów w sprawie standardów kontroli zarządczej dla sektora finansów publicznych z 16 grudnia 2009 r.⁵⁹³. Delegacja ustawowa do określenia przez Ministra Finansów – w formie komunikatu – standardów kontroli zarządczej dla sektora finansów publicznych (zgodnych ze standardami międzynarodowymi) znajduje się w art. 69 ust. 3 FinPublU. Zgodnie z brzmieniem Komunikatu standardy kontroli zarządczej dla sektora finansów publicznych określają podstawowe wymagania odnoszące się do systemów kontroli zarządczej w jednostkach sektora finansów publicznych i stanowią zbiór wskazówek, które kierownicy jednostek powinni wykorzystać do tworzenia, oceny i doskonalenia systemów kontroli zarządczej w kierowanych przez siebie jednostkach. Celem Standardów jest promowanie wdrażania w jednostkach spójnego i jednolitego modelu kontroli, zgodnego ze współczesnymi standardami i modelami kontroli

⁵⁹¹ A. Piwowarczyk, *Procedury zamówień publicznych w projektach współfinansowanych ze środków funduszy strukturalnych*, Katowice 2017, s. 139.

⁵⁹² Art. 69 ust. 1 FinPublU.

⁵⁹³ Standardy kontroli zarządczej – zgodnie z deklaracją Ministra Finansów – zostały opracowane w oparciu o powszechnie uznawane standardy kontroli wewnętrznej zawarte przede wszystkim w dokumentach pt.: „Kontrola wewnętrzna – zintegrowana koncepcja ramowa” oraz „Zarządzanie ryzykiem w przedsiębiorstwie” – raporty opracowane przez Komitet Organizacji Sponsorujących Komisję Treadway (Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission – COSO), „Wytyczne w sprawie standardów kontroli wewnętrznej...”, „Zmienione Standardy Kontroli wewnętrznej ...”.

wewnętrznej, z uwzględnieniem specyficznych zadań, które realizuje dana jednostka i warunków w jakich funkcjonuje.

Treść Komunikatu potwierdza niewiążący charakter zawartych tam wskazań. Standardy kontroli zarządczej sformułowane przez Ministra Finansów stanowią jedynie rodzaj wytycznych, a więc aktów niewiążących w sposób formalny adresatów postanowień w nich zawartych, zawierających interpretacje przepisów. Wytyczne nie mogą więc stanowić podstawy prawnej rozstrzygnięć sądowych, czy nawet kontrolnych. Są natomiast źródłem zaleceń i wskazówek, które mogą być formułowane w procesie kontrolnym. Abstrahując od ogólnej oceny zachodzących procesów w tworzeniu prawa polegających na wzroście znaczenia wytycznych i instrukcji, stwierdzić należy, iż treść Komunikatu w sprawie standardów kontroli zarządczej w jednostkach sektora finansów publicznych stanowi ważne źródło praktycznych informacji o tym, jakie działania należy podjąć w ramach kontroli zarządczej w jednostce.

W ramach Standardów szczególną rolę przypisuje się tzw. środowisku wewnętrznemu, czyli ogólnym warunkom istniejącym w jednostce. Jak określa się w Komunikacie: „właściwe środowisko wewnętrzne w sposób zasadniczy wpływa na jakość kontroli zarządczej”. Standardy w tym zakresie dotyczą systemu zarządzania jednostką i jej zorganizowania jako całości. Odpowiednie warunki wewnętrzne wyrażać się mają w przestrzeganiu wartości etycznych, posiadaniu odpowiednich kompetencji zawodowych przez pracowników, istnieniu odpowiedniej struktury organizacyjnej jednostki, praktyki identyfikacji zadań wrażliwych, oraz we właściwym powierzeniu (delegowaniu) obowiązków. W świetle Standardów kontroli zarządczej osoby zarządzające i pracownicy powinni być świadomi wartości etycznych przyjętych w jednostce i przestrzegać ich przy wykonywaniu powierzonych zadań. Osoby zarządzające powinny ponadto wspierać i promować przestrzeganie wartości etycznych dając dobry przykład codziennym postępowaniem i podejmowanymi decyzjami. W zakresie kompetencji zawodowych Standardy wyznaczają pułap staranności, według którego kierownik jednostki oraz pracownicy posiadają taki poziom wiedzy, umiejętności i doświadczenia, który pozwala im skutecznie i efektywnie wypełniać powierzone zadania i obowiązki, a także rozumieć znaczenie systemu kontroli zarządczej. Oznacza to konieczność posiadania przez osoby zarządzające i pracowników wiedzy, umiejętności i doświadczenia pozwalających skutecznie i efektywnie wypełniać powierzone im zadania.

Wskazania kontroli zarządczej korespondują w tym zakresie z postulatami profesjonalizacji zamówień publicznych. W Zaleceniach Komisji Europejskiej z dnia 3 października 2017 r wskazuje się, że cel profesjonalizacji zamówień publicznych należy rozumieć szeroko, jako odzwierciedlenie ogólnej poprawy całego zakresu umiejętności i kompetencji zawodowych, wiedzy i doświadczenia osób prowadzących zadania związane z zamówieniami publicznymi lub

uczestniczących w takich zadaniach. Profesjonalizacja obejmuje również narzędzia, wsparcie i strukturę polityki instytucjonalnej, które są niezbędne do skutecznego osiągnięcia odpowiednich rezultatów. W Komunikacie wskazuje się, że skuteczna strategia profesjonalizacji powinna określać m. in. wyraźny podział obowiązków i zadań instytucji na centralnym szczeblu polityki. Szczególny nacisk kładzie się na ulepszanie szkoleń i zarządzanie przebiegiem kariery zawodowej praktyków zamówień publicznych. Stwierdza się, że osoby uczestniczące w udzielaniu zamówień publicznych, jak również audytorzy i urzędnicy odpowiedzialni za rozpatrywanie spraw dotyczących zamówień publicznych, powinni posiadać odpowiednie kwalifikacje, umiejętności i doświadczenie potrzebne przy ich zakresie odpowiedzialności. Oznacza to zagwarantowanie doświadzonego, wykwalifikowanego i zmotywowanego personelu, oferowanie mu koniecznych szkoleń i umożliwienie ustawicznego rozwoju zawodowego, a także opracowanie struktury zatrudnienia i zachęt, w celu uatrakcyjnienia funkcji związanej z udzielaniem zamówień publicznych i motywowania urzędników do osiągnięcia strategicznych rezultatów. Niebagatelną rolę przypisuje się również tzw. inteligentnemu udzielaniu zamówień publicznych (ang. *smart procurement*), choćby poprzez narzędzia stosowane w e-zamówieniach⁵⁹⁴.

Szczególną uwagę w aspekcie środowiska wewnętrznego Komunikat poświęca właściwej strukturze organizacyjnej w jednostce oraz odpowiedniemu powierzaniu zadań. Poleca się, by struktura organizacyjna jednostki była dostosowana do celów i zadań, które aktualnie stoją przed jednostką do zrealizowania. Zakres zadań, uprawnień i odpowiedzialności jednostek, poszczególnych komórek organizacyjnych jednostki oraz zakres podległości pracowników powinien być określony w formie pisemnej w sposób przejrzysty i spójny. Aktualny zakres obowiązków, uprawnień i odpowiedzialności powinien być określony dla każdego pracownika w sposób precyzyjny, adekwatny do wagi podejmowanych decyzji, stopnia ich skomplikowania i ryzyka z nimi związanego. Tzw. nadzór kierowniczy powinien obejmować w szczególności jasne komunikowanie obowiązków, zadań i odpowiedzialności każdemu z pracowników i systematyczną ocenę ich pracy w niezbędnym zakresie oraz zatwierdzanie wyników pracy w decydujących momentach, w celu uzyskania zapewnienia, że przebiega ona zgodnie z zamierzeniami.

Biorąc pod uwagę określoną w art. 68 ust. 1 FinPubIU definicję kontroli zarządczej, za kluczowy element standardów kontroli zarządczej uznać należy system wyznaczania celów i zadań dla jednostki, a także system monitorowania realizacji wyznaczonych celów i zadań oraz zarządzanie ryzykiem.

⁵⁹⁴ Motyw 5. Zalecenia Komisji (UE) 2017/1805 w sprawie profesjonalizacji zamówień publicznych. Budowanie struktur na potrzeby profesjonalizacji zamówień publicznych, Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej L 259/28.

Wprowadzenie do pojęcia kontroli zarządczej elementów zarządzania ryzykiem jest wyrazem przemian jakich doznaje samo zarządzanie w sektorze publicznym. We współczesnych koncepcjach zarządzania publicznego (np. ang. *New Public Management* albo *New Public Governance*) szczególny nacisk położony jest na precyzyjne i jednoznacznie zdefiniowane mierników działania podmiotów publicznych, ukierunkowanie na kontrolę rezultatów realizowanych celów, ale także promowanie kooperacyjnych i partnerskich form realizacji zadań⁵⁹⁵.

W kontekście problematyki wyznaczania celów i zadań jednostki wspomnieć należy o kwestii planowania zamówień. Otóż ustawa Prawo zamówień publicznych nakłada na zamawiających publicznych oraz ich związki – z wyłączeniem podmiotów prawa publicznego – obowiązek corocznego sporządzania planu postępowań o udzielenie zamówień⁵⁹⁶. Plan postępowań o udzielenie zamówień zawiera w szczególności informacje dotyczące: przedmiotu zamówienia, rodzaju zamówienia (według podziału na zamówienia na roboty budowlane, dostawy lub usługi), przewidywanego trybu albo procedury udzielenia zamówienia, orientacyjnej wartości zamówienia oraz przewidywanego terminu wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia. Jednocześnie zamawiający jest zobowiązany zapewnić aktualność planu postępowań o udzielenie zamówień poprzez zamieszczanie jego każdorazowej aktualizacji w Biuletynie Zamówień Publicznych oraz na stronie internetowej⁵⁹⁷.

Obowiązujące aktualnie Rozporządzenie Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 18 grudnia 2020 r.⁵⁹⁸ określa wzór planu postępowań o udzielenie zamówień, z którego wynika konieczność ujęcia w planie jedynie informacji dotyczących planowanych postępowań o zamówienia publiczne o wartości mniejszej niż progi unijne oraz zamówień o wartości równej lub przekraczającej progi unijne. Zamawiający mają przy tym obowiązek wskazania przewidywanego trybu albo procedury udzielenia zamówienia. Przy czym – zgodnie z instrukcją zawartą we wzorze – wskazany tryb lub procedura może dotyczyć w zakresie zamówień o wartości mniejszej niż progi unijne wyłącznie:

⁵⁹⁵ W. Rudolf, *Rozwój zarządzania publicznego*, Acta Universitatis Lodziensis. Folia Oeconomica 261, 2011, s. 410-411; H. Izdebski, *Od administracji publicznej do public governance*, *Zarządzanie Publiczne* nr 1 (1)/2007, s. 12-17.

⁵⁹⁶ Art. 23 Pzp. Sporządzenie planu postępowań, jakie przewiduje przeprowadzić zamawiający w danym roku nie może nastąpić później niż w terminie 30 dni od dnia przyjęcia budżetu lub planu finansowego jednostki przez uprawniony organ. Z kolei sporządzony plan zamieszcza się w Biuletynie Zamówień Publicznych oraz na stronie internetowej zamawiającego. Ustawa wskazuje, że w Biuletynie Zamówień Publicznych oraz na stronie internetowej zamawiającego plan postępowań o udzielenie zamówień mogą zamieszczać również inni zamawiający. Informacji o planie postępowań o udzielenie zamówień nie zamieszcza się, jeżeli wymaga tego istotny interes bezpieczeństwa państwa lub ochrona informacji niejawnych.

⁵⁹⁷ Art. 23 ust. 6 Pzp.

⁵⁹⁸ Dz.U. z 2020 r. poz. 2362.

trybu podstawowego – bez negocjacji, trybu podstawowego – negocjacje fakultatywne, trybu podstawowego – negocjacje obligatoryjne, partnerstwa innowacyjnego, negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki, konkursu albo umowy ramowej. Powyższe oznaczałoby, że określony w rozporządzeniu wykonawczym wzór planu postępowań nie przewiduje możliwości ujęcia w nim zamówień pozaustawowych. Tymczasem należy zwrócić uwagę na przykładowe okoliczności, w których tworzenie planu postępowań o zamówienie publiczne odnosić się będzie do zamówień pozaustawowych.

Pierwsza z nich związana jest z możliwością udzielania zamówienia w częściach, z których każda stanowi przedmiot odrębnego postępowania. W takich przypadkach zamawiający ma obowiązek łącznego szacowania wszystkich części zamówienia⁵⁹⁹. Jednakże wyjątkowo, do udzielenia zamówienia na określoną część zamówienia zamawiający może stosować przepisy ustawy właściwe dla wartości tej części zamówienia. Warunkiem odrębnego szacowania wartości części zamówienia jest to, by jej wartość była mniejsza niż wyrażona w złotych równowartość kwoty 80 000 euro dla dostaw lub usług albo 1 000 000 euro dla robót budowlanych. Ponadto, łączna wartość części, które w ramach takiego zamówienia miałyby być szacowane odrębnie, nie może wynosić więcej niż 20% wartości całego zamówienia⁶⁰⁰. Może to w konsekwencji oznaczać, że wartość takiej części zamówienia w konkretnym przypadku będzie mniejsza od 130 000 złotych, co uprawniać będzie zamawiającego do niestosowania Pzp, albo będzie mniejsza od progów unijnych, co pozwoli skorzystać z innego wyłączenia obowiązku stosowania Pzp. W konsekwencji prawidłowe planowanie wszystkich postępowań podlegających Pzp stanowić będzie warunek prawidłowej klasyfikacji części zamówienia jako pozaustawowego.

Dруга okoliczność związana jest z faktem, że konstruowanie planu postępowań o zamówienie publiczne oparte jest m. in. o klasyfikację zamówień według tzw. orientacyjnej wartości zamówienia, a nie szacunkowej wartości zamówienia. Zatem, klasyfikacja zamówienia jako ustawowego lub pozaustawowego na etapie tworzenia planu postępowań ma charakter wyłącznie prognostyczny. Nie przesądza jeszcze definitywnie o tym, czy na zamawiającym spoczywać będzie obowiązek wyboru wykonawcy zgodnie z Pzp czy bez jej stosowania. Zamawiający jest zobowiązany do sporządzenia planu postępowań nie później niż w terminie 30 dni od dnia przyjęcia budżetu lub planu finansowego, natomiast szacunkowa wartość zamówienia ustalana jest odpowiednio krótko przed wszczęciem postępowania o zamówienie publiczne (nie wcześniej niż 3 miesiące dla usługi oraz dostaw i nie wcześniej niż 6 dla

⁵⁹⁹ Art. 30 ust. 1-2 Pzp.

⁶⁰⁰ Tamże, ust. 4.

robót budowanych). Wynika z tego, że w procesie planowania i przygotowania postępowania o zamówienie publiczne wystąpić może np. sytuacja, zgodnie z którą zamówienie planowane wcześniej jako ustawowe nie będzie wymagało stosowania Pzp ze względu na jego szacunkową wartość mniejszą od 130 000 zł lub nieplanowane jako ustawowe będzie wymagało zastosowania Pzp.

Istnienie obowiązku sporządzenia rocznego planu postępowań o zamówienia ustawowe spoczywającego na zamawiających publicznych nie oznacza braku prawa sporządzenia planu postępowań o zamówienia pozaustawowe. Możliwość taką warto też poddać pod rozagę zamawiających, tym bardziej, że w wielu przypadkach prawidłowa klasyfikacja zamówienia ściśle związana jest z rzetelnym planowaniem zamówień. Tytułem przykładu przywołać można zamówienia na usługi lub dostawy powtarzające się lub podlegające wznowieniu w określonym czasie⁶⁰¹. W przypadku takich zamówień zamawiający ustala wartość zamówienia na podstawie rzeczywistej, łącznej wartości kolejnych zamówień tego samego rodzaju, udzielonych w ciągu poprzednich 12 miesięcy lub w poprzednim roku budżetowym, lub roku obrotowym, z uwzględnieniem zmian ilości lub wartości zamawianych usług lub dostaw, które mogły wystąpić w ciągu 12 miesięcy następujących od udzielenia pierwszego zamówienia. Jeśli jednak ustalenie wartości zamówienia w ww. sposób nie jest możliwe, zamawiający szacuje zamówienie na podstawie łącznej wartości zamówień, których zamierza udzielić w terminie 12 miesięcy następujących po pierwszej usłudze lub dostawie. W takiej sytuacji niezbędne okazuje się prawidłowe planowanie zamówień – w tym pozaustawowych – w rocznej perspektywie.

Z planowaniem zamówień publicznych związana jest siłą rzeczy problematyka ryzyk, które mogą ujawniać się w związku z ich realizacją. Komunikat Ministra Finansów zawiera praktyczne wskazówki pozwalające wdrożyć proces zarządzania ryzykiem i wskazuje niezbędne elementy tego procesu. Obejmują one określanie misji jednostki, określanie celów i zadań, monitorowanie i ocenę realizacji zadań, identyfikację ryzyka, analizę ryzyka oraz określanie reakcji na ryzyko i podejmowanie działań zaradczych. Poleca się, by w jednostce określano poszczególne cele i zadania co najmniej w rocznej perspektywie oraz by była prowadzona bieżąca ocena (monitoring) realizacji zadań za pomocą kryteriów oszczędności, efektywności i skuteczności.

Standardy kontroli zarządczej wskazują, że systematycznie, nie rzadziej niż raz w roku, należy dokonywać identyfikacji ryzyka związanego z poszczególnymi celami i zadaniami jednostki, dotyczącego zarówno działalności całej jednostki, jak i realizowanych przez jednostkę konkretnych programów, projektów czy zadań. Należy przyjąć, iż w przypadku istotnej zmiany warunków,

⁶⁰¹ Art. 35 ust. 1 Pzp.

w których funkcjonuje jednostka, identyfikacja ryzyka jest ponawiana. W przypadku działu administracji rządowej lub jednostki samorządu terytorialnego należy uwzględnić, że cele i zadania są realizowane także przez jednostki podległe lub nadzorowane. Zidentyfikowane ryzyka powinny być poddawane analizie mającej na celu określenie możliwych skutków i prawdopodobieństwo wystąpienia danego ryzyka. Kierownik jednostki lub upoważnieni pracownicy określają akceptowany poziom ryzyka. W wyniku identyfikacji ryzyka określa się rodzaj reakcji w stosunku do każdego istotnego ryzyka. Reakcja może polegać na tolerowaniu prawdopodobieństwa wystąpienia niekorzystnych zdarzeń, przeniesieniu odpowiedzialności za skutki ich wystąpienia, wycofaniu się z określonych działań lub podjęciu określonych działań. Oczekuje się, że kierownik jednostki lub upoważnieni pracownicy będą określać działania, które należy podjąć w celu zmniejszenia danego ryzyka do akceptowanego poziomu.

Standardy kontroli zarządczej odnoszą się przede wszystkim do zarządzania ryzykiem w ramach całej jednostki. Nie wyklucza to konieczności zarządzania ryzykiem w ramach poszczególnych procesów występujących w jednostce. Jednym z przykładów są tu oczywiście zamówienia publiczne. Jak słusznie stwierdza J. Rokicki zamówienia publiczne stanowią istotny obszar zarządzania w jednostce samorządu terytorialnego, w którym można zidentyfikować różnego rodzaju ryzyka zarówno po stronie zamawiającego, jak i wykonawcy⁶⁰². Ryzyka związane z zamówieniami pozaustawowymi mogą być związane z szeregiem okoliczności. M. Urbanek podejmując próbę klasyfikacji ryzyka w zamówieniach publicznych wskazał m. in. ryzyka, których źródłem jest nieprzestrzeganie regulacji dotyczących szacowania wartości zamówień, w sposób wpływający na obowiązek stosowania przepisów o zamówieniach publicznych albo na udzielenie zamówienia wykonawcy z pominięciem Pzp⁶⁰³. Można dodać, że zagrożenia związane z prawidłowym udzieleniem zamówień pozaustawowych mogą również polegać na nieprzestrzeganiu obowiązujących zamawiającego procedur udzielania takich zamówień, braku procedur lub obowiązywaniu nieadekwatnych procedur udzielania zamówień pozaustawowych. Ryzyka związane z zamówieniami pozaustawowymi to także niebezpieczeństwo powstawania nieprawidłowości w gospodarowaniu środkami publicznymi, w tym przy zaciąganiu zobowiązań czy dokonywaniu wydatków w zamówieniach pozaustawowych albo egzekwowaniu należności od wykonawców.

Komunikat Ministra Finansów konstruuje przykładową listę mechanizmów kontroli zarządczej, czyli instrumentów (czynności, działań, aktów,

⁶⁰² J. Rokicki, Zarządzanie ryzykiem w zamówieniach publicznych realizowanych przez JST (na przykładzie Gminy Dąbrowa Górnicza), Zeszyty Naukowe Wyższej Szkoły Humanitas. Zarządzanie 2020 (3), s. 116.

⁶⁰³ M. Urbanek, Klasyfikacja ryzyka w zamówieniach publicznych, Roczniki Ekonomii i Zarządzania Tom 10(46), nr 4/2018, s. 102-103.

rozstrzygnięć) składających się na proces kontroli zarządczej. Wymienia się wśród nich dokumentowanie systemu kontroli zarządczej, nadzór, ciągłość działalności, ochronę zasobów, szczegółowe mechanizmy kontroli dotyczące operacji finansowych i gospodarczych oraz mechanizmy kontroli dotyczące systemów informatycznych. Celem odpowiednich mechanizmów kontroli zarządczej ma być utrzymanie, w każdym czasie i okolicznościach, ciągłości działalności jednostki, w szczególności operacji finansowych i gospodarczych oraz ochrona zasobów finansowych, materialnych i informacyjnych. Biorąc pod uwagę treść standardów należy stwierdzić, że w jednostce powinny istnieć mechanizmy kontroli dotyczące: operacji finansowych i gospodarczych – a w tym rzetelnego i pełnego dokumentowania i rejestrowania operacji finansowych i gospodarczych operacji finansowych przez kierownika jednostki lub osoby przez niego upoważnione – podziału kluczowych obowiązków czy weryfikacji operacji finansowych i gospodarczych przed i po realizacji. Odpowiednią rolę przypisuje się również czynności zatwierdzania (autoryzacji) operacji finansowych. Kierownik jednostki lub upoważnieni przez niego pracownicy powinni zatwierdzać wszelkie operacje finansowe i gospodarcze przed ich realizacją. Poszczególne czynności związane z realizacją operacji finansowych lub gospodarczych powinny być wykonywane wyłącznie przez pracowników do tego upoważnionych. Operacje finansowe, gospodarcze i inne istotne zdarzenia powinny być weryfikowane przed i po realizacji. Przykładem takich działań jest porównywanie dostawy z zamówieniem, porównywanie danych dotyczących dostawy uwidocznionych na fakturze z danymi dotyczącymi przyjętej dostawy czy inwentaryzacja stanu zapasów.

Standardy kontroli zarządczej przewidują, że osobom zarządzającym i pracownikom należy zapewnić, w odpowiedniej formie i czasie, właściwe oraz rzetelne informacje potrzebne do realizacji zadań. Elementem tego standardu jest także efektywny system komunikacji w obrębie struktury organizacyjnej, zapewniający, że każdy pracownik rozumie cele systemu kontroli zarządczej, zasady jego funkcjonowania, a także swoją rolę i odpowiedzialność w tym systemie. Skuteczna komunikacja powinna dokonywać się również w sferze zewnętrznej, czyli odnoszącej się do kontaktów z podmiotami zewnętrznymi, w tym wykonawcami zamówień publicznych.

Standardy w zakresie monitorowania i oceny wprowadzają zasadę ciągłej oceny systemu kontroli zarządczej funkcjonującego w jednostce. Za dokonywanie oceny odpowiedzialny jest kierownik jednostki. Do bieżącej oceny funkcjonowania kontroli zarządczej mogą być zobowiązane także inne osoby pełniące funkcje kierownicze. W ramach monitorowania i oceny, zidentyfikowane problemy powinny być na bieżąco rozwiązywane. Ocena systemu kontroli zarządczej może być dokonywana także w drodze odrębnych ocen dokonywanych przez pracowników jednostki (samoocena). Samoocena powinna być ujęta

w ramy procesu odrębnego od bieżącej działalności i udokumentowana. Natomiast w przypadkach określonych w ustawie, w jednostkach prowadzona jest również obiektywna i niezależna ocena systemu kontroli zarządczej przez audytora wewnętrznego. Źródłem uzyskania zapewnienia o stanie kontroli zarządczej przez kierownika jednostki powinny być w szczególności wyniki: monitorowania, samooceny oraz przeprowadzonych audytów i kontroli. W Komunikacie zaleca się coroczne potwierdzenie uzyskania powyższego zapewnienia w formie oświadczenia o stanie kontroli zarządczej za poprzedni rok.

Z obowiązkami dotyczącymi monitorowania i oceny zarządzania w jednostce sektora finansów publicznych korespondują obowiązki sprawozdawcze. Ich prawidłowe wykonanie nie służy bowiem tylko przekazaniu odpowiednio usystematyzowanych informacji o udzielonych już zamówieniach, ale również kształtuje praktykę bieżącego monitorowania i rejestrowania udzielanych zamówień.

Pzp nakłada na zamawiających obowiązek sporządzania rocznych sprawozdań o udzielonych zamówieniach oraz przekazywania ich Prezesowi Urzędu w terminie do dnia 1 marca każdego roku następującego po roku, którego dotyczy sprawozdanie⁶⁰⁴. Obowiązek ten obejmuje nie tylko zamówienia ustawowe, ale także zamówienia wyłączone na podstawie Pzp, zamówienia klasyczne, których wartość jest mniejsza niż 130 000 złotych, a także zamówienia sektorowe oraz zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, których wartość jest mniejsza niż progi unijne. Obowiązkowa sprawozdawczość obejmuje więc zamówienia pozaustawowe, z wyłączeniem zamówień klasycznych oraz konkursów, których wartość jest mniejsza niż progi unijne, udzielanych przez zamawiających subsydiowanych⁶⁰⁵.

Pzp przewiduje jednocześnie delegację dla ministra właściwego do spraw gospodarki do określenia w drodze rozporządzenia, zakresu informacji, które mają być zawarte w sprawozdaniu, jego wzór, sposób przekazywania oraz sposób i tryb jego korygowania – mając na względzie: wymagania dotyczące treści sprawozdania przekazywanego Komisji Europejskiej oraz potrzebę zapewnienia prawidłowych i aktualnych informacji (w celu monitorowania systemu zamówień), a także zasadność wykorzystania środków komunikacji elektronicznej.

⁶⁰⁴ Art. 82 Pzp.

⁶⁰⁵ w okolicznościach, w których ponad 50% wartości udzielanego przez zamawiającego subsydiowanego zamówienia jest finansowane ze środków publicznych lub zamawiających, o których mowa w art. 4 i art. 5 ust. 1 pkt 1 Pzp, a 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.

4.2.4. Procedury wewnętrzne w kontroli zarządczej

W ustawie o finansach publicznych wspomina się wprost – w kontekście kontroli zarządczej – o procedurach wewnętrznych. Art. 68 FinPublU stanowi, że celem kontroli zarządczej jest zapewnienie w szczególności zgodności działalności z przepisami prawa oraz „procedurami wewnętrznymi”. Jednocześnie ustawa nie definiuje pojęcia „procedur wewnętrznych”. W świetle całokształtu regulacji należy je traktować jako zbiór istniejących w danej jednostce aktów wewnętrznych, których celem jest organizacja procesów zachodzących w jednostce, a w szczególności procesów gospodarczych.

Obowiązujące przepisy nie nakładają więc na instytucję zamawiającą obowiązku tworzenia „procedur kontroli zarządczej” odnoszących się do zamówień jako nowego typu dokumentu. Należy podkreślić, że wdrożenie standardów kontroli zarządczej nie dokonuje się poprzez wprowadzenie określonej procedury czy całego ich wachlarza, ale w drodze systemowych zmian w zarządzaniu jednostką. Instrumenty kontroli zarządczej obejmują całe spektrum działań, które mogą polegać np. na dokonywaniu zmian w instrukcjach czy procedurach opisujących procesy gospodarcze, modyfikacji zakresów obowiązków, wprowadzaniu regulaminów kontroli wewnętrznej itp. Dodatkowo, kontrola zarządcza realizuje się w wielu „miękkich” formach oddziaływania, a w tym poprzez promowanie zasad etycznego postępowania, wzajemnego zaufania do siebie pracowników, komunikację. Warto przypomnieć, że system kontroli zarządczej nie zamyka się wyłącznie w procedurach, instrukcjach czy zarządzeniach kierownictwa. Skuteczność kontroli zarządczej zależy od sposobu, w jaki kierownictwo i pracownicy jednostki wykonują obowiązki z nią związane. System kontroli zarządczej powinien być wbudowany w strukturę jednostki, a skuteczność kontroli zarządczej wymaga, aby zadania z nią związane dotyczyły bieżącej działalności jednostki, tj. stanowiły część codziennych zadań wykonywanych przez pracowników na wszystkich szczeblach organizacyjnych.

W ramach procedur wewnętrznych powstających w jednostkach sektora finansów publicznych, w związku z realizacją kontroli zarządczej wyróżnić można procedury wprowadzane w celu organizacji i wdrożenia systemu kontroli zarządczej oraz procedury, które określają zasady postępowania w gospodarowaniu środkami publicznymi, o których była mowa wyżej. Funkcją procedur należących do pierwszej grupy jest komunikacja standardów kontroli zarządczej, a także sposobów ich realizacji. Procedury tego typu określają zazwyczaj zasady planowania celów i zadań jednostki, sposoby zarządzania ryzykiem, organizacji pracy etc. Natomiast procedury, które można określić jako instrumenty kontroli zarządczej pełnią rolę służebną i określają zasady dokonywania operacji finansowych. Odrębną grupę stanowią procedury określające zasady kontroli inspekcyjnej.

4.3. Wnioski

Pozastawowy charakter zamówień publicznych nie wyłącza konieczności kontroli prawidłowości działań podejmowanych przez zamawiających. W tym zakresie zamówienia pozastawowe stanowią przedmiot wyspecjalizowanej kontroli zamówień publicznych, tak samo jako zamówienia ustawowe. Odrębne pozostają jednak częściowo cele oraz kryteria kontroli zamówień pozastawowych. W ich przypadku kontrola służyć ma dodatkowo ustalaniu prawidłowości dokonywanych przez zamawiających klasyfikacji zamówień jako pozastawowych. Ponadto, w przypadku zamówień pozastawowych źródłem wzorców postępowania zamawiających będą tylko niektóre przepisy Pzp (np. określające sposoby szacowania wartości zamówień). W pozostałym zakresie miejsce Pzp zajmują inne procedury lub wyznaczenia obowiązków związanych z udzielaniem takich zamówień.

Zamówienia pozastawowe, jako element działalności jednostki, stanowią również przedmiot – wyznaczonej ustawą oraz wytycznymi – kontroli zarządczej. Jednakże, powinności związane z kontrolą zarządczą w zamówieniach pozastawowych dotyczą tylko zamawiających będących jednostkami sektora finansów publicznych. Jednostki te, realizując wskazania kontroli zarządczej zobowiązane są do podejmowania odpowiednich działań zarządczych w obszarze zamówień pozastawowych, w szczególności do identyfikacji oraz analizy ryzyka. Rozważania prowadzone w poprzednich rozdziałach wskazały na doniosłość problematyki prawidłowej klasyfikacji zamówień pozastawowych, dalej procedur ich udzielenia, a także gospodarowania środkami publicznymi. Kwestie te stanowią tym samym wskazania obszarów występowania wyzwań i zagrożeń dla prawidłowego udzielania zamówień pozastawowych.

Wnioski końcowe

Pojęcie „zamówień pozaustawowych” okazuje się uzasadnione z kilku powodów. Pozwala na ujęcie jako przedmiotu badań określonej kategorii zamówień wyróżnionych w oparciu o przesłankę formalną tj. zakres zastosowania obowiązującej ustawy Prawo zamówień publicznych. Jednocześnie „pozaustawowość” zamówień nie wyklucza możliwości uwzględniania ich zróżnicowanego charakteru oraz zmienności. W tym zakresie inne stosowane terminy, takie jak np. „zamówienia bagatelne”, „zamówienia drobne”, „zamówienia podprogowe”, które odnoszą się jedynie do wybranych aspektów niektórych zamówień pozaustawowych okazują się nieco mniej użyteczne. Wreszcie pozaustawowa specyfika zamówień zakłada, że konkretne ich przykłady mogą wynikać z samej ustawy Prawo zamówień publicznych, ale także z innych regulacji wyłączających zastosowanie Pzp.

W ramach przeprowadzonych badań odtworzono prawną koncepcję zamówień pozaustawowych. Przedstawia się ona jako zamysł prawodawczy służący wyłączeniu zastosowania zasady powszechności zastosowania ustawy Prawo zamówień publicznych. Cel wyodrębnienia zamówień pozaustawowych jawi się więc jako dość czytelny i pragmatyczny, tzn. jako ograniczenie zastosowania szczegółowych, ustawowych obowiązków dotyczących udzielania zamówień. Jednak powody, dla których ustawodawca podejmuje się realizowania takiego celu są już zróżnicowane. Mogą obejmować raczej związane z aspektami społecznymi, wynikać ze specyfiki niektórych umów, z obowiązywania innych procedur udzielenia zamówień publicznych albo być związane z faktycznym brakiem dostatecznej konkurencji w niektórych obszarach. Powodem wyodrębnienia zamówień pozaustawowych są również sytuacje wyjątkowe, temporalne, związane z ekstraordynaryjnymi okolicznościami. Normatywna koncepcja zamówień pozaustawowych zakłada także, że uchylanie zastosowania do wyboru wykonawców przepisów Pzp nie przesądza o niestosowaniu innych regulacji zawartych w samej Pzp czy innych ustawach.

Odnotować również należy, że obecnie obowiązująca ustawa Prawo zamówień publicznych, w ramach odrębnych jednostek redakcyjnych, wskazuje zamówienia, do których udzielenia stosuje się Pzp oraz zamówienia, w przypadku których wyłączone jest stosowanie Pzp. Tym samym Pzp wyodrębnia grupy zamówień, które są wyraźnie wyłączone z Pzp oraz, które nie będąc wyraźnie wyłączone z Pzp, są zamówieniami do udzielania których nie stosuje się Pzp. Taka złożoność podstaw prawnych zamówień pozaustawowych ma następujące uzasadnienie: wytycza w kontekście zamówień pozaustawowych w pierwszym rzędzie konieczność ustalenia zakresu zastosowania Pzp, a w dalszej kolejności zakresu zawartych w Pzp wyłączeń. Jednocześnie należy stwierdzić, że brak obowiązku stosowania Pzp w przypadku takich zamówień związany

jest przede wszystkim z ich udzielaniem, i nie oznacza niestosowania niektórych innych przepisów zawartych w Pzp, jak np. dotyczących sprawozdawczości.

W opracowaniu wskazano również, że specyfika zamówień pozaustawowych wyraża się przede wszystkim w położeniu prawnym instytucji zamawiających w zakresie udzielania zamówień. O podobieństwie zamówień pozaustawowych do zamówień podlegających Pzp świadczy konieczność przestrzegania obowiązków kierunkowych wyrażonych w ogólnych zasadach udzielania zamówień publicznych. Jednak o odmienności położenia udzielających zamówień pozaustawowych przesądzają zróżnicowane, konkretne obowiązki i uprawnienia, związane z udzielaniem zamówień, wynikające głównie z kodeksu cywilnego, ale niekiedy również z innych ustaw, zobowiązań, aktów administracyjnych czy wreszcie z procedur wewnętrznych.

Analiza zamówień pozaustawowych pod kątem problematyki gospodarowania środkami publicznymi pozwoliła wykazać też zasadniczą tożsamość reżimu prawnofinansowego zamówień pozaustawowych i zamówień ustawowych na płaszczyźnie przestrzegania reguł gromadzenia należności oraz wydatkowania środków publicznych. Jednak wyraźne różnice pomiędzy zamówieniami pozaustawowymi a ustawowymi zarysowują się w obszarze odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. W tym zakresie wskazano delikty dyscypliny finansów publicznych, które dotyczą przestrzegania poszczególnych przepisów Pzp, a więc nie odnoszą się do zamówień pozaustawowych – z wyjątkiem takich deliktów, które związane są z nieprawidłową klasyfikacją zamówienia jako pozaustawowego. Przykładem są tu działania związane z ustalaniem wartości zamówienia, łączeniem albo dzieleniem zamówień na odrębne oraz z udzielaniem zamówień wykonawcom niewybranym w trybie Pzp. Omówiono także nieprawidłowości, które nie są związane z przestrzeganiem Pzp, ale dotyczą również zamówień pozaustawowych. Stwierdzono przy tym, że istotne odrębności w odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych występują pomiędzy nieprawidłowościami występującymi u zamawiających będących jednostkami sektora finansów publicznych, a nieprawidłowościami występującymi u innych zamawiających – niezależnie od ustawowego czy pozaustawowego charakteru udzielanych przez nich zamówień.

Wskazano również, że w przypadku zamówień pozaustawowych, w których wykorzystywane są środki przeznaczone na realizację programów finansowanych z udziałem środków europejskich wystąpić może również konieczność zwrotu otrzymanego dofinansowania. Konsekwencje prawne dla beneficjentów są w tym zakresie takie same, jak w sytuacji naruszenia procedur dotyczących zamówień ustawowych. Inne są jednak przesłanki zastosowania sankcji – w przypadku zamówień pozaustawowych związane są z nieprzebrzeganiem procedur wynikających z dokumentów określających sposoby udzielania zamówień, inne niż regulowane w Prawie zamówień publicznych

W efekcie podejmowanych rozważań stwierdzono również, że pozaustawowy charakter zamówień publicznych nie zwalnia z traktowania ich jako przedmiotu wyspecjalizowanej kontroli inspekcyjnej w zamówieniach publicznych. Oczywiście, w przypadku zamówień pozaustawowych znajdują w części zastosowanie nieco odmienne wzorce kontroli, wynikające z innych niż Pzp źródeł, a w tym z odrębnych aktów prawnych, wytycznych czy procedur wewnętrznych. Ustalono także, że zamówienia pozaustawowe jako element działalności jednostki sektora finansów publicznych objęte są wskazaniami dotyczącymi kontroli zarządczej, co implikuje konieczność wdrażania odpowiednich standardów zarządzania w tym obszarze. Za ich przejaw uznaje można ustawowe obowiązki dotyczące sprawozdawczości w zamówieniach publicznych, w tym pozaustawowych.

Normatywna koncepcja zamówień pozaustawowych okazuje się więc trwałym elementem systemu zamówień publicznych w Polsce, wykazującym swoiste cechy. Wyłączenie stosowania przepisów zawierały wszystkie dotychczasowe ustawy dotyczące zamówień publicznych, począwszy od 1994 roku, a także wiele innych ustaw odrębnych. Można się też spodziewać, że do zamówień pozaustawowych odnosić się będą również kolejne inicjatywy legislacyjne. W związku z tym należałoby postulować, by zasadniczą praktyką ustawodawczą było wyodrębnianie poszczególnych zamówień pozaustawowych jedynie w ramach ustawy Prawo zamówień publicznych, a powody ich stanowienia oparte były na wyjątkowych, czytelnych i szczególnie uzasadnionych przesłankach.

Bibliografia

- M. Anczakowski, Audyt wewnętrzny w systemie kontroli wewnętrznej, Kontrola Państwowa 6/2003.
- B. Artymowicz, Wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jako przedmiot odpowiedzialności dyscyplinarnej, [w:] Dyscyplina Finansów publicznych. Doktryna, orzecznictwo, praktyka, red. M. Winiarz, M. Smaga, Warszawa 2015.
- P.K. Bag, E. Dinlersoz, R. Wang, More on phantom bidding, Economic Theory, 2000, Vol. 15, Issue 3.
- B. Banaszak, Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz, Warszawa 2012.
- B. Banaszak, Zasada równości w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego, [w:] Sześć lat Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej. Doświadczenia i inspiracje, red. L. Garlicki, A. Szmyt, Warszawa 2003.
- K. Bandarzewski, Prywatyzacja zadań publicznych, [w:] Koncepcja systemu prawa administracyjnego, red. J. Zimmermann, Warszawa 2007.
- A. Bator, Norma programowa, [w:] Wprowadzenie do nauk prawnych. Leksykon tematyczny, red. A. Bator, Warszawa 2008.
- L. Bielecki, Zasada wolności gospodarczej w okresie transformacji ustrojowej w Polsce, Studia Iuridica Lublinensia 1, 2003.
- A. Bierć, Freedom of Contract against the Constitutional Non-discrimination Principle, Studia Prawnicze nr 3(215)/2018.
- S. Biernat, Prywatyzacja zadań publicznych. Problematyka prawna, Warszawa – Kraków 1994.
- M. Biliński, A. Żurawik, Klauzula generalna dobrych obyczajów. Uwagi ogólne [w:] Publiczne prawo gospodarcze. System Prawa Administracyjnego, Tom 8A, red. R. Hauser, Z. Niewiadomski, A. Wróbel, Warszawa 2018.
- M. Bitner, M. Kulesza, Zasada legalizmu a zdolność kontraktowa jednostek samorządu terytorialnego, Samorząd Terytorialny nr 6/2009.
- A. Błaś, Formy działania administracji w warunkach prywatyzacji zadań publicznych, [w:] Administracja i prawo administracyjne u progu trzeciego tysiąclecia. Materiały Konferencji Naukowej Katedr Prawa i Postępowania Administracyjnego, Łódź 2000.
- A. Błaś, T. Kuta, Prawo administracyjne. Podstawowe zagadnienia terminologiczno-pojęciowe, Poznań – Wrocław 1998.
- P. Bogdanowicz, Co ma znaczenie (unijne)? i jakie? Rozważania w świetle art. 5 rozporządzenia nr 1370/2007, Internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny nr 7(3)/2014.
- M. Boratyńska, Przetarg w prawie polskim. Zagadnienia cywilistyczne, Warszawa 2001.
- A. Borodo, Polskie prawo finansowe. Zarys ogólny, Toruń 2003.
- W. Borysiak, L. Bosek, Uwagi do art. 32 Konstytucji RP, [w:] Konstytucja RP, red. M. Safjan, L. Bosek, Warszawa 2016.

- A. Brzozowska, A. Grabińska, J. Imińczuk, Informatyzacja jako element zrównoważonego rozwoju kraju, *Zeszyty Naukowe Politechniki Częstochowskiej: Zarządzanie* nr 23(t.1)/2016.
- J. Byrski, Oprogramowanie zawierające elementy sztucznej inteligencji. Wybrane zagadnienia prawne [w:] *Experientia docet. Księga jubileuszowa ofiarowana Pani Profesor Elżbiecie Traple*, red. P. Kostański, P. Podrecki, T. Targosz, Warszawa 2017.
- I. Chakraborty, G. Kosmopoulou, Auctions with shill bidding, *Economic Theory*, 2004, Vol. 24, Issue 2.
- E. Chojna-Duch, Audyt wewnętrzny po akcesji do Unii Europejskiej, *Kontrola Państwowa* nr 4/2004.
- E. Chojna-Duch, Podstawy finansów publicznych i prawa finansowego, Warszawa 2010.
- E. Chojna-Duch, Polskie prawo finansowe. Finanse publiczne, 2017; A. Skoczył-Tworek, Budżet zadaniowy jako wyzwanie dla audytorów wewnętrznych jednostek sektora finansów publicznych, *Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Szczecińskiego* nr 766, *Finanse, Rynki Finansowe, Ubezpieczenia* nr 62/2013.
- R. Ciałkowski, Pojęcie finansowania, *Zeszyty Naukowe UŁ* nr 95/1973.
- W. Chróścielewski, Akt administracyjny generalny, Łódź 1994.
- W. Chróścielewski, Imperium a gestia w działaniach administracji publicznej (w świetle doktryny i zmian ustawodawczych lat 90-tych), *Państwo i Prawo* 1995.
- R. Cieślak i J. Zdanukiewicz, Komentarz do art. 184 [w:] *Ustawa o finansach publicznych. Ustawa o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Komentarz*, red. W. Misiąg, Warszawa 2019.
- G. Ćmikiewicz, Konstrukcja prawna konkursów o stworzenie dzieła w rozumieniu prawa autorskiego, *Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego. Prace z Prawa Własności Intelektualnej* nr 3/1978.
- G. Ćmikiewicz, Postępowanie przetargowe jako konstrukcja szczególnego trybu zawarcia umowy, *Problemy Prawne Handlu Zagranicznego* 1983.
- K. Complak, Konstytucyjne postanowienia programowe czy normy o celach państwa, [w:] *Sześć lat Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej. Doświadczenia i inspiracje*, red. L. Garlicki, A. Szmyt, Warszawa 2003.
- T. Dębowska-Romanowska, Wybrane zagadnienia klasyfikacji ekonomiczno-prawnej dotacji, *Studia Prawno-Ekonomiczne* 1989, T. XLIII, Wrocław 1989.
- T. Dębowska-Romanowska, Wydatki publiczne, ich formy prawne oraz zasady realizacji w sektorze finansów publicznych, [w:] *System Prawa Finansowego*, T. II, 2010.
- B. Dolnicki, Dyscyplina finansów publicznych, [w:] *Administracja publiczna pod rządami prawa. Księga pamiątkowa z okazji 70-lecia urodzin prof. zw. dra hab. Adama Błasia*, red. J. Korczak, Wrocław 2016.
- W. Dzierżanowski, Ochrona konkurencji w prawie zamówień publicznych, Warszawa 2012.
- J. Ferrier, O naukowym administrowaniu, Warszawa 1974.
- D. Fleszer, Funkcjonowanie elektronicznej administracji na przykładzie ePUAP, *Roczniki Administracji i Prawa* nr 12/2012.

- M. Florczak-Wątor, Horyzontalny wymiar praw konstytucyjnych, Kraków 2014.
- J. Gęsiak, Zawarcie umowy w drodze przetargu, Rejent nr 9/1999.
- M. Giaro, Zawarcie umowy w trybie aukcji internetowej, Warszawa 2014.
- T. Gizbert-Studnicki, A. Grabowski, Normy programowe w konstytucji, [w:] Charakter i struktura norm Konstytucji, red. J. Trzcíński, Warszawa 1997.
- E. Gniewek, W glosie do uchwały Sądu Najwyższego z 2 sierpnia 1994 r., III CZP 96/94, Rejent nr 4/1995.
- G. Gołębiowski, Audyt wewnętrzny w administracji publicznej – kontrowersje wobec jego roli, Kontrola Państwowa 6/2003.
- A. Gorgol, Prawne aspekty publicznego finansowania partii politycznych w Polsce i na poziomie europejskim, Lublin 2011.
- Z. Góral, E. Staszewska, W kierunku prywatyzacji usług rynku pracy (wybrane zagadnienia prawne), [w:] Krytyka Prawa: niezależne studia nad prawem, Tom IV. Prywatyzacja władzy publicznej, publicyzacja sfery prywatnej, red. J. Jabłońska-Bonca, Warszawa 2012.
- M. Grabowski, A. Zając, Dane, informacja, wiedza – próba definicji, Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego w Krakowie nr 798/2009.
- P. Granecki, I. Granecka, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2021.
- P. Granecki, A. Panasiuk, Zamówienia sektorowe, Warszawa 2007.
- J. Jabłońska-Bonca, Wydawnictwa Akademickie i Profesjonalne, Warszawa 2012.
- L. Grzonka, Koncepcja norm programowych z perspektywy teorii prawa, Poznań 2012.
- L. Grzonka, Normy programowe w prawie pracy, Studenckie Zeszyty Naukowe – Koło Naukowe Prawników UMCS nr 21/2011.
- A. Habuda, Prawo administracyjne, Zagadnienia podstawowe, Wrocław 2006.
- W. Hartung, M. Bagłał, T. Michalczyk, M. Wojciechowski, J. Krysa, K. Kuźma, Dyrektywa 2014/24/UE w sprawie zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2015.
- W. Hoff, Granice prywatyzacji zadań i kompetencji władz publicznych, [w:] Krytyka Prawa: niezależne studia nad prawem. Tom IV. Prywatyzacja władzy publicznej, publicyzacja sfery prywatnej, red. J. Jabłońska-Bonca, Warszawa 2012.
- K. Horubski, Administracyjnoprawne instrumenty realizacji zamówienia publicznego, Warszawa 2017.
- H. Izdebski, Od administracji publicznej do public governance, Zarządzanie Publiczne nr 1(1)/2007.
- J. Jacyszyn, Przetarg i jego oblicza, Rzeczpospolita nr 127/1995.
- J. Jagielski, Audyt wewnętrzny – miejsce w systemie kontroli i organizacji, Kontrola Państwowa 3/2003.
- J. Jagielski, M. Wierzbowski, A. Wiktorowska, Nietypowe podmioty administrujące – kilka refleksji na tle organizacyjnych form wykonywania zadań publicznych, [w:] Podmioty administracji publicznej i prawne formy ich działania. Studia i materiały z konferencji jubileuszowej Profesora Eugeniusza Ochendowskiego (praca zbiorowa), Toruń 2005.
- M. Jasiakiewicz, Ofertowy system zawierania umów w polskim prawie cywilnym, Toruń 1993.

- M. Jastrzębska, Zarządzanie finansami publicznymi i ich administracja [w:] Nauka finansów publicznych i prawa finansowego w Polsce. Dorobek i kierunki rozwoju. Księga jubileuszowa Profesor Alicji Pomorskiej, red. J. Głuchowski, C. Kosikowski, J. Szolno-Koguc, Lublin 2008.
- S. Kałużny, Leksykon kontroli, Warszawa 2002.
- M. Karlikowska, W. Miemiec, Z. Ofiarski, K. Sawicka, Ustawa o finansach publicznych. Komentarz, Warszawa 2010.
- L. Kieres, Prawo zamówień publicznych – dziedzina prawa europejskiego, odrębny system regulacji oraz swoiste ujęcie problemów regulowanych, Prace Naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego we Wrocławiu nr 270/2012. Zamówienia publiczne – stan obecny i perspektywy.
- D. Kijowski, Umowy w administracji publicznej, [w:] Podmioty administracji publicznej i prawne formy ich działania: studia i materiały z Konferencji Naukowej poświęconej Jubileuszowi 80. urodzin Profesora Eugeniusza Ochendowskiego, (praca zbiorowa), Toruń 2005.
- H. Knysiak-Molczyk, Umowa cywilnoprawna jako forma działania organów administracji publicznej, [w:] Koncepcja systemu prawa administracyjnego. Zjazd Katedr Prawa Administracyjnego i Postępowania Administracyjnego, Zakopane 24-27 września 2006, red. J. Zimmermann, Oficyna 2007.
- W. Kocot, Ofertowy i negocjacyjny tryb zawarcia umowy w ujęciu znowelizowanych przepisów kodeksu handlowego, Przegląd Prawa Handlowego nr 5/2003.
- J. Kołacz, Swobody cząstkowe a swoboda działalności gospodarczej, Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny, Rok LXX, Zeszyt 2, 2008.
- A. Komar, Finansowanie, [w:] System instytucji prawno-finansowych PRL, red. M. Weralski, T. 1, Instytucje ogólne, Wrocław 1982.
- M. Kordela, Możliwość konstruowania ogólnej teorii zasad prawa. Uwagi do koncepcji. Roberta Alexy'ego, Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny nr 2/2007.
- M. Kordela, Zasady prawa. Studium teoretycznoprawne, Poznań 2012.
- M. Korycka-Zirk, Teoria zasad prawnych Roberta Alexy'ego, Archiwum Filozofii Prawa i Filozofii Społecznej 2010/1.
- C. Kosikowski, Finanse publiczne i prawo finansowe. Zagadnienia egzaminacyjne i seminaryjne, Warszawa 2013.
- C. Kosikowski, Nowa ustawa o finansach publicznych, Warszawa 2010.
- C. Kosikowski, Ustawa o finansach publicznych. Komentarz, Warszawa 2011.
- E. Kosiński, Aspekt prawny wolności gospodarczej. Kwartalnik Prawa Publicznego 3/4, 2003.
- M. Kotulski, Normy kontraktowe jako przejaw tworzenia i stosowania prawa administracyjnego, [w:] Źródła prawa administracyjnego. Konferencja z okazji 100 rocznicy urodzin Profesora Jerzego Stefana Langroda, red. J. Zimmermann, P. Dobosz, Kraków 2005.
- E. Kowalczyk, Automatyzacja uczestnictwa wykonawców w procedurach udzielania zamówień publicznych – uwagi wprowadzające, Prawo Zamówień Publicznych nr 3/2019.

- E. Kowalczyk, Charakter prawny zasad gospodarowania środkami [w:] Teoretyczne i praktyczne aspekty prawa finansowego: problemy, koncepcje, wyzwania i rozwiązania, red. A. Gorgol, Warszawa 2020.
- E. Kowalczyk, Klauzula dobrych obyczajów w zamówieniach publicznych, [w:] Procedura zamówień publicznych, red. M. Filipek, T. 2, Lublin 2020.
- E. Kowalczyk, Konstytucyjne podstawy obowiązku równego traktowania i zakazu dyskryminacji podmiotów ubiegających się o realizację zadań finansowanych ze środków publicznych, [w:] Finanse publiczne a konstytucja, red. M. Bogucka-Felczak, Warszawa 2020.
- E. Kowalczyk, Pojęcie finansowania zadań jednostek samorządu terytorialnego – aspekty prawne, [w:] Prawo i administracja dla regionu: zagadnienia prawnofinansowe, red. J.M. Salachna, K. Stelmaszczyk, P. Borszowski, Wałbrzych 2016.
- P. Kryczko, Charakter prawny odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych [w:] Sanacja finansów publicznych w Polsce. Aspekty prawne i ekonomiczne, red. K. Święch, A. Zalcewicz, Szczecin 2004.
- A.S. Krysiak, Pojęcie controllingu na tle pojęć zbliżonych (kontrola, audyt), Kontrola Państwowa 1/2006.
- A. Kubiak, O interpretacji przepisów programowych w Konstytucji, Państwo i Prawo nr 4/1987.
- Z. Kubot, Prywatyzacja gospodarki komunalnej, Zielona Góra 1992.
- Z. Kubot, Umowa o udzielenie zamówienia na świadczenia zdrowotne, Prawo i Medycyna nr 8/2000.
- Z. Kubot, Umowa o udzielenie zamówienia na świadczenie zdrowotne, Wrocław 2001.
- S. Kubsik, Przedkontraktowa odpowiedzialność odszkodowawcza z tytułu nieuczciwych negocjacji, Warszawa 2016.
- B.R. Kuc, Kontrola jako funkcja zarządzania, Warszawa 2009.
- M. Kuczkowska, S. Lewandowska-Klauza (red.), Ustawa o finansach publicznych. Komentarz, Wrocław 2010.
- P. Kuczma, Konstytucyjne ujęcie wolności działalności gospodarczej, Prace Naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego we Wrocławiu nr 372/2014, Przedsiębiorca w społecznej gospodarce rynkowej.
- A. Kulig, Zasada równości, [w:] Prawo konstytucyjne Rzeczypospolitej Polskiej, red. P. Sarnecki, Warszawa 2011.
- T. Kulisiewicz, M. Średniawa, Kierunki rozwoju technologii informacyjnych oraz ich zastosowań w sektorze MSP, Warszawa 2012.
- L. Kurowski, H. Sochacka-Krysiak, Podstawy kontroli finansowej, Warszawa 1981.
- T. Kuta, Pojęcie działań niewładczych w administracji na przykładzie administracji rolnictwa, Wrocław 1963.
- T. Kuta, Zagadnienia prawne niewładczych działań administracji, ZNUWr, seria A, nr 34, Nauki Społeczne 1961, Prawo VIII.
- A. Laszczyk, M. Gajdus, Wedle dobrych obyczajów czy zgodnie z zasadami współżycia społecznego? Uwagi na tle funkcjonowania klauzuli generalnej z Ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, Przegląd Prawniczy Uniwersytetu im. Adama Mickiewicza nr 1/2012.

- J. Lemańska, Umowa administracyjna a umowa cywilnoprawna, [w:] Instytucje współczesnego prawa administracyjnego. Księga jubileuszowa Profesora zw. dra hab. Józefa Filipka, red. I. Skrzydło-Niżnik, P. Dobosz, D. Dąbek, M. Smaga, Kraków 2001.
- Z. Leoński, Zarzys prawa administracyjnego, Warszawa 2004.
- L. Leszczyński, G. Maroń, Pojęcie i treść zasad prawa oraz odsyłających klauzul generalnych. Uwagi porównawcze, *Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska*, vol. LX, 1, sectio G, 2013.
- L. Lipiec-Warzecha, Ustawa o finansach publicznych. Komentarz, Warszawa 2011.
- L. Lipiec-Warzecha, Ustawa o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Komentarz, Warszawa 2008.
- M. Lubiszewski, Zamówienia Publiczne Organizacji Narodów Zjednoczonych – praktyczny przewodnik, Warszawa 2019.
- M. Lubiszewski, Zamówienia zastrzeżone w świetle nowych rozwiązań normatywnych, *Prawo Zamówień Publicznych*, nr 4/2020.
- P. Majka, Naruszenie dyscypliny finansów publicznych a udzielanie ulg w spłacie należności jednostek sektora finansów publicznych [w:] Aktualne problemy odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, red. J.M. Salachna, K. Stelmaszczyk, A. Babczuk, Warszawa 2020.
- A.M. Marcoux, Snipers, Stalkers and Nibblers. Online Auction Business Ethics, *Journal of Business Ethics* 36, 2003.
- G. Maroń, Legitymizacja zasad prawa, [w:] Teoria prawa między nowoczesnością a ponowoczesnością, red. A. Samonek, Kraków 2012.
- O. Mayer, *Deutsches Verwaltungsrecht*, T. II, München 1924.
- R. Michalska-Badziak, B. Jaworska-Dębska, E. Olejniczak-Szawłowska, M. Stahl., *Prawo administracyjne (pojęcie, instytucje, zasady w teorii i orzecznictwie)*, Warszawa 2000.
- W. Miemiec, Zagadnienia finansowoprawne zamówień publicznych w działalności jednostek samorządu terytorialnego, *Prawnicza i Ekonomiczna Biblioteka Cyfrowa. Uniwersytet Wrocławski. Wydział Prawa Administracji i Ekonomii, (Prace Naukowe Wydziału Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego, e-Monografie; nr 24, Wrocław 2013.*
- C. Mik, Europejskie prawo wspólnotowe. Zagadnienia teorii i praktyki, T. 1, Warszawa 2000.
- E. Misiąg-Malinowska, W. Misiąg, *Finanse publiczne w Polsce*, Warszawa 2007.
- A. Niederliński, *Systemy ekspertowe dla automatyzacji zarządzania*, Gliwice 2015.
- A. Niewęglowski, *Controlling w jednostkach administracji publicznej*, Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Szczecińskiego. Ekonomiczne problemy usług 1/2006.
- K. Nizioł, Analiza pojęć „wydatków publicznych”, „wydatków budżetu państwa” oraz „rochodów publicznych” na gruncie ustawy o finansach publicznych, *Studia Lubuskie*, T. VII, 2011.
- H. Nowicki, *Podstawy prawne systemu zamówień publicznych w Polsce*, [w:] System zamówień publicznych w Polsce, red. J. Sadowy, Warszawa 2013.
- P. Nowicki, *Aksjologia prawa zamówień publicznych. Pomiędzy efektywnością ekonomiczną a instrumentalizacją*, Toruń 2019.

- B. Nuzzo, Zamówienia bagatelne we Włoszech, *Prawo Zamówień Publicznych* nr 3/2018.
- B. Nuzzo, E. Plebanek, R. Szostak, *Odpowiedzialność osobista urzędników w zamówieniach publicznych*, Warszawa 2020.
- E. Ochendowski, *Prawo administracyjne. Część ogólna*, Toruń 2009.
- M. Ofiarska, *Formy publicznoprawne współdziałania jednostek samorządu terytorialnego*, Warszawa 2008.
- Z. Ofiarski, Komentarz do art. 216 [w:] *Konstytucja RP. Tom II. Komentarz do art. 87-243*, red. M. Safjan, L. Bosek, Warszawa 2016, Legalis
- S. Owsiak, *Finanse publiczne. Teoria i praktyka*, Warszawa 2006.
- C. Paczuła, *Kontrola wewnętrzna w zarządzaniu jednostką gospodarczą*, Warszawa 1998.
- R. Padrak, *Prywatyzacja spółek komunalnych w trybie przetargu publicznego*, *Finanse Komunalne* nr 7-8/2008.
- A. Panasiuk, *Prawno-ekonomiczne aspekty systemu zamówień publicznych wpływające na ograniczenie swobody kontraktowania*, Bydgoszcz 2005.
- A. Panasiuk, *Umowa publicznoprawna (próba definicji)*, *Państwo i Prawo* 2/2008.
- J. Pawelec, Komentarz do art. 4 [w:] *Dyrektywa 2014/23/UE w sprawie udzielania koncesji. Dyrektywa 2014/24/UE w sprawie zamówień publicznych. Dyrektywa 2014/25/UE w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych. Komentarz*, Warszawa 2017.
- J. Pawelec, Komentarz do art. 8 [w:] *Dyrektywa 2014/23/UE w sprawie udzielania koncesji. Dyrektywa 2014/24/UE w sprawie zamówień publicznych. Dyrektywa 2014/25/UE w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych. Komentarz*, Warszawa 2017.
- W. Piechocki, *Prawne zasady realizacji konkursów*, Warszawa 1976.
- A. Piwowarczyk, *Procedury zamówień publicznych w projektach współfinansowanych ze środków funduszy strukturalnych*, Katowice 2017.
- A. Piwowarczyk, *Rola zamówień publicznych w realizacji polityki spójności w perspektywie 2014–2020*, *Prawo Zamówień Publicznych* nr 1/2020.
- J. Płoskonka, *Pojęcie kontroli w ujęciu zarządczym*, *Kontrola Państwa* 2/2006.
- E. Przeszło, *Przetarg jako forma rozporządzania mieniem publicznym*, *Przegląd Prawa Handlowego* nr 6/1996.
- Z. Radwański, *Prawo cywilne – część ogólna*, Warszawa 1999.
- Z. Radwański, *Prawo zobowiązań*, Warszawa 1986.
- Z. Radwański, *System Prawa Prywatnego T. 2, Prawo cywilne – część ogólna* Warszawa 2008.
- P. Rączka, *Deontologia zawodowa w zamówieniach publicznych* *Prawo Zamówień Publicznych*, nr 3/2015.
- Z. Raczkiewicz, *Prawo wspólnotowe a udzielanie zamówień publicznych o wartościach podprogowych*, *Prawo Zamówień Publicznych* nr 1/2009.
- I. Rajski, *Przetarg w ujęciu nowych przepisów kodeksu cywilnego*, *Przegląd Prawa Handlowego* nr 1/1997.

- J. Reszczyński, O pojęciu wolności gospodarczej w ekonomii i naukach prawnych, *Studia Ekonomiczne. Gospodarka. Społeczeństwo. Środowisko* nr 1/2018 (2).
- T. Robaczyński, P. Gryska, *Dyscyplina finansów publicznych. Komentarz*, Warszawa 2006.
- J. Rokicki, Zarządzenie ryzykiem w zamówieniach publicznych realizowanych przez JST (na przykładzie Gminy Dąbrowa Górnicza), *ZN WSH Zarządzanie* 2020 (3).
- W. Rudolf, Rozwój zarządzania publicznego, *Acta Universitatis Lodziensis. Folia Oeconomica* 261, 2011.
- E. Ruśkowski, Zasady gospodarowania środkami publicznymi w Polsce – wybrane uwagi, [w:] *Nauka prawa finansowego po I dekadzie XXI wieku. Księga Pamiątkowa dedykowana Profesorowi Apoloniuszowi Kosteckiemu*. red. I. Czaja–Hłiniak, Kraków 2012.
- E. Ruśkowski, J.M. Salachna: Wpływ zmian regulacji zasad publicznej gospodarki finansowej na odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, *Finanse Komunalne* nr 10/2006.
- E. Rutkowska-Tomaszewska, Jednostki sektora finansów publicznych, [w:] *Prawne aspekty prywatyzacji [praca zbiorowa]*, Wrocław: Prawnicza i Ekonomiczna Biblioteka Cyfrowa. Uniwersytet Wrocławski. Wydział Prawa Administracji i Ekonomii, 2012.
- A. Rymsha, Zagubiona tożsamość. Analiza porównawcza sektora pozarządowego w Polsce i w Stanach Zjednoczonych, Ministerstwo Pracy i Polityki Społecznej, Warszawa 2013.
- M. Rymsha, Standaryzacja współpracy administracji publicznej z organizacjami pozarządowymi jako element polityki państwa wobec trzeciego sektora, [w:] *Standardy współpracy administracji publicznej z sektorem pozarządowym*, red. M.Rymsha, P. Frączak, R.Skrzypiec, Z.Wejman, Warszawa 2007.
- J.M. Salachna, Prawidłowość ugody w przedmiocie należności cywilnoprawnej jako warunek wyłączający bezprawność gospodarowania środkami publicznymi, [w:] *Aktualne problemy odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych*, red. J.M. Salachna, K. Stelmaszczyk, A. Babczuk, Warszawa 2020.
- J.M. Salachna, Środki publiczne, ich formy prawne oraz zasady realizacji w sektorze finansów publicznych, [w:] *System prawa finansowego*, Tom II, red. E. Ruśkowski, Warszawa 2010.
- J.M. Salachna, Zakres odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych a legalne pojęcie środków publicznych – wybrane aspekty, *Finanse Komunalne* nr 6/2005.
- J.M. Salachna, A. Stryjewska, Glosa do orzeczenia GKO z dnia 19 stycznia 2006 r., *Finanse Komunalne* nr 9/2006.
- P. Sarnecki (red.), *Prawo konstytucyjne RP*, Warszawa 2002.
- G. Sibiga, *Stosowanie technik informatycznych w postępowaniu administracyjnym ogólnym*, Warszawa 2019.
- G. Sibiga, M. Maciejewski, *Automatyzacja w nakładaniu administracyjnych kar pieniężnych* [w:] *Administracyjne kary pieniężne w demokratycznym państwie prawa*, red. M. Błachucki, Warszawa 2015.

- M. Siwoń, Aplikacja międzynarodowych standardów wewnętrznej kontroli finansowej do polskiego systemu prawnego, *Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Szczecińskiego. Ekonomiczne problemy usług* 1/2006.
- M. Siwoń, Pojęcia audytu i kontroli a działalność regionalnych izb obrachunkowych, *Finanse Komunalne* nr 1–2/2006.
- R. Skubisz, Klauzule generalne w prawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, *Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska*, vol. LXIII, 2, sectio G., 2016.
- A. Smerd, Zasady udzielania zamówień bagatelnych, *ZPDORADCA* nr 5/2019.
- P. Sokal, Czyn nieuczciwej konkurencji a dobre obyczaje, *Monitor Prawniczy* nr 24/2011.
- A. Sołtysińska, Europejskie prawo zamówień publicznych. Komentarz, Kraków 2006.
- P. Soroka, Zamówienia publiczne a wolność gospodarcza, *Prace Naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego we Wrocławiu* nr 270/2012 *Zamówienia publiczne – stan obecny i perspektywy*.
- R. Sowiński, Byt organizacyjnyprawy i prywatyzacja spółek komunalnych (zagadnienia wybrane), *Rejent* nr 10(150)/2003.
- M. Stahl, Cele publiczne i zadania publiczne, [w:] *Koncepcja systemu prawa administracyjnego*, red. J. Zimmermann, 2007.
- J. Starościk, *Prawne formy działania administracji*, Warszawa 1957.
- R. Stober, *Handbuch des Wirtschaftsverwaltungs- und Umweltrechts*, Kohlhammer, 1989.
- S. Sudoł, Nauki o zarządzaniu. Pojęcie zarządzania, zakres i granice nauk o zarządzaniu, ich miejsce w klasyfikacji nauk oraz subdyscypliny [w:] *Ewolucja nauk ekonomicznych. Jedność a różnorodność, relacje do innych nauk, problemy klasyfikacyjne*, red. M. Gorynia, Warszawa 2019.
- J. Szolno-Koguc, *Funkcjonowanie funduszy celowych w Polsce w świetle zasad racjonalnego gospodarowania środkami publicznymi*, Lublin 2007.
- A. Szot, Klauzule generalne jako ponadgałęziowa konstrukcja systemu prawa, *Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska*, vol. LXIII, 2, sectio G., 2016.
- R. Szostak (red.), *Informatyzacja procedur udzielania zamówień publicznych*, Warszawa 2018.
- R. Szostak, Zagadnienia konstrukcyjne przetargu w świetle znowelizowanych przepisów kodeksu cywilnego, *Kwartalnik Prawa Prywatnego* nr 1/2004.
- R. Szostak, Zamówienia wyłączone z reżimu Prawa zamówień publicznych, *Prawo Zamówień Publicznych* nr 3/2009.
- R. Szostak, Zasady prawa zamówień publicznych, *Prawo Zamówień Publicznych* nr 3/2014.
- D. Szostek, Regulacje prawne drugiej dekady XXI wieku. Dokąd zmierzamy? Czy zastąpi nas inżynieria prawa? *Monitor Prawniczy* nr 2/2019.
- A. Szpor, Państwo a subsydiarność jako zasada prawa w UE i w Polsce, *Samorząd Terytorialny* nr 1-2/2001.
- J. Szwaja (red.), *Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz*, Warszawa 2019.
- M. Szydło, *Wolność działalności gospodarczej jako prawo podstawowe*, Bydgoszcz 2011.

- R. Talaga, Ewolucja umowy o dofinansowanie projektu ze środków europejskich w polskim systemie prawnym, IUSNOVUM nr 1/2019.
- E. Ura, Prawo administracyjne, Warszawa 2004.
- M. Urbanek. Klasyfikacja ryzyka w zamówieniach publicznych, Roczniki Ekonomii i Zarządzania Tom 10(46), nr 4/2018.
- A. Walaszek-Pyziół, Swoboda działalności gospodarczej, Kraków 1994.
- A. Wernik, Finanse publiczne: cele, struktury, uwarunkowania, Warszawa 2014.
- G. Wicik, Pojęcie zamówienia publicznego. Glosa do wyroku TSUE z 01.03.2018 r. w sprawie C-9/17 (Tirkkonen), Prawo Zamówień Publicznych nr 4/2018.
- A. Wiktorowska, Kierunki zmian w teorii prawnych form działania administracji, [w:] Koncepcja systemu prawa administracyjnego, red. J. Zimmermann, Warszawa 2007.
- A. Wiktorowska, Prawne determinanty samodzielności gminy. Zagadnienia administracyjnoprawne, Warszawa 2002.
- P. Wilczyński, Podmioty niepubliczne w sferze administracji publicznej, Państwo i Prawo 2/2002.
- H. Wolska, Instrumenty kontroli w ustawie – Prawo zamówień publicznych, [w:] Instytucje i instrumenty kontroli w systemie zamówień publicznych, A. Powałowski, E. Przeszło, H. Wolska, Warszawa 2018.
- A. Wójcik, Zawarcie umowy w drodze przetargu, Kraków 2000.
- W. Wójtowicz, Zarys finansów publicznych i prawa finansowego, Warszawa 2017.
- B. Woźniak, Środki publiczne [w:] Współczesne finanse publiczne, red. A. Alińska, B. Woźniak; autorzy rozdziałów: B. Woźniak, J. Marczakowska-Proczka, A. Alińska, M. Dworakowska, A. Gołębiowska, E. Kosycarz. Warszawa 2015.
- B. Woźniak, Zasady funkcjonowania i zakres publicznego systemu finansowego, [w:] B. Pietrzak, Z. Polański, B. Woźniak, System finansowy w Polsce 2, Warszawa 2015.
- S. Wronkowska, M. Zieliński i Z. Ziemiński, Zasady prawa. Zagadnienia podstawowe, Warszawa 1974.
- A. Wróbel, Niedyskryminacja i obywatelstwo Unii, [w:] Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, T. 1 (art. 1-89), red. A. Wróbel, Warszawa 2012.
- J. Wróblewski, Prawo obowiązujące a „ogólne zasady prawa”, Zeszyty Naukowe UŁ Prawo nr 42/1965.
- J. Wróblewski, Teoria prawa, Warszawa 1969.
- L. Zacharko, Prywatyzacja zadań publicznych gminy. Studium administracyjnoprawne, Uniwersytet Śląski, Katowice 2000.
- L. Zacharko, Tradycyjne a współczesne pojęcie kontroli i jej zasięg [w:] Administracyjne procedury kontrolne: wybrane zagadnienia, red. A. Gronkiewicz, A. Ziółkowska, Katowice 2016.
- P. Zamelski, Społeczne aspekty prawa do dobrej legislacji, Roczniki Nauk Społecznych Tom 7(43) nr 4/2015.
- M. Zieliński, Derywacyjna koncepcja wykładni jako koncepcja zintegrowana, [w:] Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny nr 3/2006.

- K. Ziemiński, Alternatywy dla aktu administracyjnego [w:] *Koncepcja systemu prawa administracyjnego*, Zjazd Katedr Prawa Administracyjnego i Postępowania administracyjnego, Zakopane 24-27.09.2006 r., red. J. Zimmermann, Warszawa 2007.
- K. Ziemiński, *Formy prawne działania administracji publicznej*, [w:] *Aktualne problemy administracji i prawa administracyjnego*, red. J. Poślusznny, Przemysł-Rzeszów 2003.
- K. Ziemiński, *Indywidualny akt administracyjny jako forma prawna działania administracji*, Poznań 2005.
- K. Ziemiński, *Precyzyjne określenie form prawnych działania administracji jako warunek konieczny dobrego administrowania*, [w:] *Prawo do dobrej administracji. Materiały ze Zjazdu Katedr Prawa i Postępowania Administracyjnego*, red. Z. Niewiadomski, Z. Cieślak, Warszawa–Dębe 23–25 września 2002, Warszawa 2003.
- K. Ziemiński, *Zasady ogólne prawa administracyjnego*, Poznań 1989.
- J. Zimmermann, *Prawo administracyjne*, Warszawa 2008.
- M. Ziółkowska, *Charakter prawny konkursu w zamówieniach publicznych*, *Prawo Zamówień Publicznych* nr 4/2013.
- W. Ziółkowska, *Finanse publiczne. Teoria i zastosowania*, Poznań 2012.
- F. Zoll, *Pytanie o celowość rozszerzenia grona osób uprawnionych do unieważnienia umowy zawartej w wyniku przeprowadzenia aukcji lub przetargu (w związku z nowelizacją kodeksu cywilnego)*, *Transformacje Prawa Prywatnego* nr 2/2003.
- A. Żurawik, *Dobre obyczaje a zwyczaje, zasady współżycia społecznego i dobra wiara: ujęcie teoretyczne*. *Kwartalnik Prawa Publicznego* nr 7/4/2007.
- A. Żurawik, *Klauzula generalna „dobrych obyczajów” – ujęcie teoretyczne*, *Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny*, Rok LXXI, zeszyt 1/2009.
- A. Żurawik, *Obowiązek wykonywania działalności gospodarczej zgodnie z zasadami uczciwej konkurencji i poszanowania dobrych obyczajów [w:] Prawo przedsiębiorców. Przepisy wprowadzające do Konstytucji Biznesu. Komentarz*. red. G. Koziół, Warszawa 2019.

Wykaz aktów prawnych

Prawo Unii Europejskiej

- Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej.
- Dyrektywa nr 2002/12/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 07.03.2002 r. w sprawie wspólnych ram regulacyjnych sieci i usług łączności elektronicznej (Dz.Urz. UE L Nr 108, s. 33 ze zm.).
- Dyrektywa 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz.Urz. UE L z 2004 r. Nr 134, str. 114 ze zm.).
- Dyrektywa 2009/81/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 13 lipca 2009 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania niektórych zamówień na roboty budowlane, dostawy i usługi przez instytucje lub podmioty zamawiające w

dziedzinach obronności i bezpieczeństwa i zmieniającej dyrektywy 2004/17/WE i 2004/18/WE (Dz.Urz. UE L 216 z 20.08.2009, str. 76, z późn. zm.).

- Dyrektywa 2014/24/UE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE (Dz.Urz. UE L 94 z 28.03.2014, str. 65, z późn. zm.).
- Dyrektywa 2014/25/UE Parlamentu Europejskiego i Rady 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 z 28.03.2014, str. 243, z późn. zm.).
- Rozporządzenie nr 79/65/EWG z dnia 15 czerwca 1965 r. ustanawiającego sieć zbierania danych rachunkowych o dochodach z działalności gospodarczej gospodarstw rolnych w Europejskiej Wspólnocie Gospodarczej (Dz.Urz. EWG P 109 z 23.06.1965).
- Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 1638/2006 z dnia 24 października 2006 r. określającym przepisy ogólne w sprawie ustanowienia Europejskiego Instrumentu Sąsiedztwa i Partnerstwa (Dz.Urz. UE L 310 z 09.11.2006, str. 1).
- Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1299/2013 z dnia 17 grudnia 2013 r. w sprawie przepisów szczegółowych dotyczących wsparcia z Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego w ramach celu „Europejska współpraca terytorialna” (Dz.Urz. UE L 347 z 20.12.2013, str. 259).
- Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1303/2013 z dnia 17 grudnia 2013 r. ustanawiające wspólne przepisy dotyczące Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego, Funduszu Spójności, Europejskiego Funduszu Rolnego na rzecz Rozwoju Obszarów Wiejskich oraz Europejskiego Funduszu Morskiego i Rybackiego oraz ustanawiające przepisy ogólne dotyczące Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego, Funduszu Spójności i Europejskiego Funduszu Morskiego i Rybackiego oraz uchylające rozporządzenie Rady (WE) nr 1083/2006 (Dz.Urz. UE L 347 z 20.12.2013, str. 320).

Prawo krajowe

- Konstytucja RP z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz.U. Nr 78, poz. 483).
- Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (Dz.U. z 2020 r. poz. 1740).
- Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. - Kodeks karny (Dz.U. z 2020 r. poz. 1444).
- Ustawa z dnia 26 czerwca 1974 r. - Kodeksu pracy (Dz.U. z 2020 r. poz. 1320).
- Ustawa z dnia 26 maja 1982 r. - Prawo o adwokaturze (Dz.U. z 2020 r. poz. 1651).
- Ustawa z dnia 6 lipca 1982 r. o radcach prawnych (Dz.U. z 2020 r. poz. 75).
- Ustawa z dnia 14 lipca 1983 r. o narodowym zasobie archiwalnym i archiwach (Dz.U. z 2020 r. poz. 164).
- Ustawa z dnia 14 lutego 1991 r. - Prawo o notariacie (Dz.U. z 2020 r. poz. 1192).
- Ustawy z dnia 29 grudnia 1992 r. o radiofonii i telewizji (Dz.U. z 2020 r. poz. 805).

- Ustawa z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2020 r. poz. 1913)
- Ustawa z dnia 4 marca 1994 r. o zakładowym funduszu świadczeń socjalnych (Dz.U. z 2020 r. poz. 1070 i 2400).
- Ustawa z dnia 29 września 1994 r. o rachunkowości (Dz.U. z 2021 r. poz. 217).
- Ustawa z dnia 20 października 1994 r. o specjalnych strefach ekonomicznych (Dz.U. z 2020 r. poz. 1670).
- Ustawa z dnia 20 czerwca 1997 r. Prawo o ruchu drogowym (Dz.U. z 2020 r. poz. 110).
- Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. - Prawo bankowe (Dz.U. z 2020 r. poz. 1896).
- Ustawa z dnia 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych (Dz.U. z 2021 r. poz. 423).
- Ustawa z dnia 29 listopada 2000 r. o zbieraniu i wykorzystywaniu danych rachunkowych z gospodarstw rolnych (Dz.U. z 2021 r. poz. 1215).
- Ustawa z dnia 5 lipca 2002 r. o świadczeniu przez prawników zagranicznych pomocy prawnej w Rzeczypospolitej Polskiej ((Dz.U. z 2020 r. poz. 823).
- Ustawa z dnia 18 lipca 2002 r. o świadczeniu usług drogą elektroniczną (tj. Dz.U. z 2020 r. poz. 344).
- Ustawa z dnia 14 marca 2003 r. o referendum ogólnokrajowym (Dz.U. z 2020 r. poz. 851).
- Ustawa z dnia z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 1843).
- Ustawa z dnia 12 marca 2004 r. o pomocy społecznej (Dz.U. z 2020 r. poz. 1876).
- Ustawa z dnia 27 sierpnia 2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych (Dz.U. z 2021 r. poz. 1285).
- Ustawa z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenia dyscypliny finansów publicznych (Dz.U. z 2021 r. poz. 289).
- Ustawa z dnia 6 grudnia 2006 r. o zasadach prowadzenia polityki rozwoju (Dz.U. z 2021 r. poz. 1057).
- Ustawa z dnia 23 stycznia 2009 r. o Krajowej Szkole Sądownictwa i Prokuratury (Dz.U. z 2020 r. poz. 1366).
- Ustawa z dnia 9 października 2009 r. o dyscyplinie wojskowej (Dz.U. z 2021 r. poz. 1489).
- Ustawa z dnia 5 listopada 2009 r. o spółdzielczych kasach oszczędnościowo-kredytowych (Dz.U. z 2021 r. poz. 1844).
- Ustawa z dnia 5 stycznia 2011 r. - Kodeks wyborczy (Dz.U. z 2020 r. poz. 1319).
- Ustawa z dnia 15 kwietnia 2011 r. o działalności leczniczej (Dz.U. z 2021 r. poz. 711).
- Ustawa z dnia 11 lipca 2014 r. o zasadach realizacji programów w zakresie polityki spójności finansowanych w perspektywie finansowej 2014-2020 (Dz.U. z 2020 r. poz. 818).
- Ustawa z dnia 10 lipca 2015 r. o Agencji Mienia Wojskowego (Dz.U. z 2021 r. poz. 303).
- Ustawa z dnia 9 października 2015 r. o rewitalizacji (Dz.U. z 2021 r. poz. 485).

- Ustawa z dnia 10 czerwca 2016 r. o Bankowym Funduszu Gwarancyjnym, systemie gwarantowania depozytów oraz przymusowej restrukturyzacji (Dz.U. z 2020 r. poz. 842).
- Ustawa z dnia 5 września 2016 r. o szczególnych rozwiązaniach związanych z wystąpieniem afrykańskiego pomoru świń na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej (Dz.U. z 2021 r. poz. 1573).
- Ustawa z dnia 21 października 2016 r. o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi (Dz.U. z 2021 r. poz. 541).
- Ustawa z dnia 15 grudnia 2016 r. o Prokuraturii Generalnej Rzeczypospolitej Polskiej (Dz.U. z 2020 r. poz. 762).
- Ustawa z dnia 22 marca 2018 r. o komornikach sądowych (Dz.U. z 2021 r. poz. 850).
- Ustawa z dnia 20 lipca 2018 r. Prawo o szkolnictwie wyższym i nauce (Dz.U. z 2021 r. poz. 478).
- Ustawa z dnia 4 października 2018 r. o pracowniczych planach kapitałowych (Dz.U. z 2020 r. poz. 1342).
- Ustawa z dnia 22 listopada 2018 r. o dokumentach publicznych (Dz.U. z 2020 r. poz. 851).
- Ustawa z dnia 4 kwietnia 2019 r. o wspieraniu działalności naukowej z Funduszu Polskiej Nauki (Dz.U. z 2021 r. poz. 1060).
- Ustawa z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.).
- Ustawy z dnia 2 marca 2020 r. o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych (Dz.U. z 2020 r. poz. 374).
- Ustawą z dnia 20 lipca 2000 r. o ogłaszaniu aktów normatywnych i niektórych innych aktów prawnych (Dz.U. z 2019 r. poz. 1461).
- Rozporządzenie Ministra Zdrowia z dnia 14 października 2020 r. w sprawie sposobu ogłaszania o postępowaniu w sprawie zawarcia umowy o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej, składania ofert, powoływania i odwoływania komisji konkursowej, jej zadań oraz trybu pracy (Dz.U. z 2020 r. poz. 1858).
- Uchwała nr 207 z dnia 19 grudnia 2017 r. Rady Ministrów w sprawie rządowego programu przeciwdziałania korupcji na lata 2018-2020 (M.P. z 2018 r. poz. 12).

Wytyczne i zalecenia

Standardy kontroli zarządczej – zgodnie z deklaracją Ministra Finansów- zostały opracowane w oparciu o powszechnie uznawane standardy kontroli wewnętrznej zawarte przede wszystkim w dokumentach pt.: „Kontrola wewnętrzna - zintegrowana koncepcja ramowa” oraz „Zarządzanie ryzykiem w przedsiębiorstwie” - raporty opracowane przez Komitet Organizacji Sponsorujących Komisję Treadway (Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission - COSO), „Wytyczne w sprawie standardów kontroli wewnętrznej w sektorze publicznym” - przyjęte w 2004 r. przez Międzynarodową Organizację Najwyższych Organów Kontroli/Audytu (International Organization of Supreme Audit Institutions - INTOSAI), „Zmienione Standardy Kontroli wewnętrznej służące skutecznemu zarządzaniu” Komisji

Europejskiej przyjęte w 2007 r. [The Revised Internal Control Standard for Effective Management SEC (2007) 1341 appendix 1].

Zalecenia Komisji (UE) 2017/1805 w sprawie profesjonalizacji zamówień publicznych. Budowanie struktur na potrzeby profesjonalizacji zamówień publicznych, Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej L 259/28.

Orzeczenia Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości

Postanowienie TSUE z dnia 3 grudnia 2001 r. w sprawie Vestergaard, C-59/00.

Wyrok TSUE z dnia 17 maja 1984 r. w sprawie Denkvit Nederland, C-15/83.

Wyrok TSUE z dnia 13 maja 1986 r. w sprawie Bilka, C-170/84.

Wyrok TSUE z dnia 24 września 1985 r. w sprawie Man (Sugar) v IBAP, C-181/84.

Wyrok TSUE z dnia 18 listopada 1999 r. w sprawie Unitron Scandinavia, C-275/98.

Wyroki TSUE z dnia 7 grudnia 2000 r. w sprawie Telaustria i Telefonadress, C-324/98.

Wyrok TSUE z dnia 18 czerwca 2002 r. w sprawie HI, C-92/00.

Wyrok TSUE z dnia 21 lipca 2005 r. w sprawie Coname, C-231/03.

Wyrok TSUE z dnia 13 października 2005 r. w sprawie Parking Brixen, C-458/03.

Wyrok TSUE z dnia 20 października 2005 r. w sprawie Komisja przeciwko Francji, C-264/03.

Wyrok TSUE z dnia 6 października 2016 r. w sprawie Tecnoedi Construzioni, C-318/15.

Wyrok TSUE z dnia 19 kwietnia 2018 r. w sprawie Oftalma Hospital, C-65/17.

Wyrok TSUE z dnia 10 listopada 2019 r. w sprawie Komisja przeciwko Austrii, C-29/04.

Orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego

Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 31 stycznia 2001 r., P 4/99, OTK ZU Nr 1/2001.

Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 4 września 2007 r., P 19/07, OTK ZU Nr 8/A/2007.

Orzeczenia Sądu Najwyższego

Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 28 kwietnia 1969 r., II CR 72/69.

Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 4 listopada 1982 r., II CR 407/82, OSN 1983, nr 7, poz. 97.

Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 30 listopada 1984 r., OSNCAP 1985, nr 10, poz. 156.

Wyrok Sądu Najwyższego - Izba Cywilna z dnia 26 sierpnia 2004 r., I CK 210/04.

Wyrok Sądu Najwyższego - Izba Cywilna z dnia 16 września 2009 r., II CSK 104/09.

Uchwały i orzeczenia Naczelnego Sądu Administracyjnego

Uchwała Składu Siedmiu Sędziów Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 27 października 2014 r. II GPS 2/14.

Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 21 stycznia 2003 r., III SA 417/01.

Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 27 stycznia 2003 r., III SA 575/01.

Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 9 stycznia 2014 r. II GSK 1546/12.

Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 22 stycznia 2015 r. II GSK 2004/13.

Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 14 czerwca 2017 r., II GSK 2596/15.

Orzeczenia wojewódzkich sądów administracyjnych

Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Gdańsku z dnia 23 lutego 2016 r., I ACa 911/05.

Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Katowicach z dnia 28 listopada 2012 r., I ACa 689/12.

Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Opolu z dnia 4 października 2018 r., I SA/Op 163/18.

Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Poznaniu z dnia 15 stycznia 2020 r., IV SAB/Po 227/19.

Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Rzeszowie z dnia 22 czerwca 2018 r., II SA/Rz 572/18.

Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Szczecinie z dnia 13 września 2018 r., II SA/Sz 523/18.

Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 5 września 2007 r., V SA/Wa 495/07.

Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 5 września 2009 r., V SA/Wa 495/07.

Orzeczenia sądów powszechnych

Wyrok Sądu Apelacyjnego w Łodzi z dnia 31 lipca 1995 r., I ACr 308/95.

Wyrok Sądu Apelacyjnego w Lublinie z dnia 30 września 1998 r., I ACa 281/98.

Orzeczenia Głównej Komisji Orzekającej

Orzeczenie Głównej Komisji Orzekającej z dnia 6 listopada 2000 r., sygn. DF/GKO/Odw.– 116/177-178/RN-46-47/2000.

Orzeczenie Głównej Komisji Orzekającej z dnia 3 czerwca 2002 r., DF/GKO/Odw.- 188/278/2001.

Orzeczenie Głównej Komisji Orzekającej z dnia 31 marca 2003 r., DF/GKO/Odw.- 155/200-201/2002.

Orzeczenie Głównej Komisji Orzekającej z dnia 21 kwietnia 2005 r., DF/GKO/Odw.- 107/145/2004/1325.

- Orzeczenie Głównej Komisji Orzekającej z dnia z 9 maja 2005 r., sygn. DF/GKO/Odw. – 2/2-3 RN-1-2/2005.
- Orzeczenie Głównej Komisji Orzekającej z dnia z 17 listopada 2005 r., sygn. DF/GKO/Odw. – 56/73-74/2005/501.
- Orzeczenie Głównej Komisji Orzekającej z dnia z 19 stycznia 2006 r., sygn. DF/GKO/Odw. – 85/112/RN-27/2005/716.
- Orzeczenie Głównej Komisji Orzekającej z dnia 14 września 2006 r., DF/GKO-4900-36/49/06/965.
- Orzeczenie Regionalnej Komisji Orzekającej z dnia 27 listopada 2007 r., RKO-511/63/07.
- Orzeczenie Głównej Komisji Orzekającej z 21 kwietnia 2008 r., DF/GKO-4900-6/6/08/339.
- Orzeczenie Głównej Komisji Orzekającej z dnia 25 listopada 2010 r., BDF1/4900/91/102/10/246.
- Orzeczenie Głównej Komisji Orzekającej z dnia 1 grudnia 2016 r., BDF1.4800.63.2016.
- Orzeczenie Głównej Komisji Orzekającej z dnia 30 stycznia 2017 r., BDF1.4800.70.2016.

Inne

- Uchwała I Senatu Federalnego Trybunału Konstytucyjnego z dnia 13 czerwca 2006 r., I BvR 1160/03.
- Uchwała Regionalnej Izby Obrachunkowej we Wrocławiu z dnia 2 marca 2011 r., nr 26/2011.
- Uchwała Krajowej Izby Odwoławczej uchwałe z dnia 11 lutego 2016 r., KIO/KD 14/16.
- Orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej 20 stycznia 2020, KIO 13/20.
-